كتاب المجموع

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

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

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

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

alassrya@terra.net.lb
E. Mail 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 التاسع

تابع كتاب البيوع

باب بيع المصراة والرد بالعيب

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة ولم يعلم بأنها مصراة، ثم علم أنها مصراة، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد، لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تصروا الإبل والغنم للبيع، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثًا، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر» وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها مثل ـ أو مثلي ـ لبنها قمحًا».

الشرح: حديث أبي هريرة متفق عليه، رواه الأئمة مالك في «الموطأ» والشافعي والبخاري ومسلم في صحيحيهما وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، وليس في شيء من ألفاظهم ولا في غيرها مما وقفت عليه من كتب الحديث اللفظ الذي أورده المصنف هكذا، وهذا الحديث رواه عن أبي هريرة جماعة، منهم عبد الرحمن الأعرج المشهور بصحته، ولفظه «لا تصِروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»[(١)] رواه البخاري ومسلم وأبو داود، وليس فيه: «بعد أن يحلبها ثلاثًا». وكذلك رواه الشافعي وفيها زيادة: «لا تصروا الإبل والغنم للبيع» كذلك رواه المزني عنه. وقيل: إن المزني انفرد بهذه الزيادة عن الشافعي رحمه الله.

وأما الربيع فإنه روي عنه كما روى الجماعة بدون هذه الزيادة. ومن الرواة له عن أبي هريرة رضي الله عنه أبو بكر محمد بن سيرين، ولفظه: «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها صاعًا من التمر لا سمراء» وفي رواية من طريقه «من اشترى مصراة فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعًا من تمر لا سمراء»[(٢)] رواهما مسلم وأبو داود.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٤٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٤١٢) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٤٣) ومالك في الموطأ (٢/ ٥٢٦).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٢٤) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٤٤) والترمذي في سننه برقم (١٢٥٢) والنسائي في سننه (٧/ ٢٥٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٣٩) وأحمد في المسند (٢/ ٢٤٨).

وروى الترمذي والنسائي وابن ماجه بعض ذلك. وروى أبو صالح عن أبي هريرة ولفظه: «من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها ورد معها صاعًا من تمر»[١] رواه مسلم، قال البخاري: قال بعضهم عن ابن سيرين: صاعًا من طعام. وهو بالخيار ثلاثًا. وقال بعضهم عن ابن سيرين: صاعًا من تمر. ولم يذكر ثلاثًا والتمر أكثر. اهـ كلام البخاري ورواه عن أبي هريرة موسى بن يسار ولفظه: «من اشترى شاة مصراة فلينقلب بها فليحلبها، فإن رضي حلابها أمسكها وإلّا ردها، ورد معها صاعًا من تمر»[٢] رواه مسلم. ورواه عن أبي هريرة أبو صالح ولفظه «من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها ورد معها صاعًا من تمر» رواه مسلم.

وفي لفظ من رواية ابن سيرين «من اشترى من الغنم فهو بالخيار» رواه مسلم، ورواه عن أبي هريرة همام بن منبه ولفظه «إذا ما أحدكم اشترى نعجة مصراة ـ أو شاة مصراة ـ فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها. إما هي وإلّا فليردها وصاعًا من تمر»[٣] رواه مسلم. قال بعضهم: وهو دليل على الرد بغير أرش. ورواه عن أبي هريرة ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد، ولفظه «من اشترى غنمًا مصراة فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر»[٤] رواه البخاري وأبو داود. وقال بعضهم: وهو دليل على أن صاع التمر في مقابلة اللبن وأنه أخذ قسطًا من الثمن.

ورواه عن أبي هريرة الشعبي ولفظه «من اشترى منكم محفلة فكرهها فليردها وليرد معها صاعًا من طعام»[٥] رواه ابن الجارود. وفي لفظ من رواية ابن سيرين «من اشترى نعجة مصراة ـ أو شاة مصراة ـ فحلبها فهو بأحد النظرين بالخيار إن شاء ردها وإناء من طعام»[٦] رواه البيهقي عن أبي عبد الله الحاكم بسند صحيح، وكل هذه الألفاظ مرفوعة إلى النبي ﷺ فهذه روايات أبي هريرة ليس في شيء منها اللفظ الذي ذكره المصنف بتمامه، بل طريق الأعرج جمعت بين النهي عن التصرية وبيان حكمها من غير ذكر الثلاث.

---

(١) انظر السابق.
(٢) انظر السابق.
(٣) انظر السابق.
(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٥١) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٤٥).
(٥) أخرجه ابن الجارود في المنتقى برقم (٥٩٣) وأحمد في المسند (٢/ ٤٦٠) بنحوه.
(٦) أخرجه البيهقي في سننه (٥/ ٣١٨).

وطريق ابن سيرين وأبي صالح فيها ذكر الثلاث، وهي مقتصرة على بيان الحكم والظاهر أنهما حديثان وليسا حديثًا واحدًا حتى يمكن أن تضاف هذه الزيادة إلى الرواية الأولى، بل والمعنى أيضًا مختلف لأن رواية ابن سيرين وأبي صالح اللتين فيهما ذكر الثلاث، فالأول: يقتضي إثبات الخيار ثلاثًا من غير بيان ابتدائه والثاني: يقتضي إثبات الخيار من غير بيان مدته، فالجمع بينهما كما في الكتاب، يقتضي التصريح بحكم لم يصرح به في شيء من الروايتين. وهو أن يكون الخيار بعد الحلب ثلاثًا. فالثلاث إما راجعة للخيار فيقتضي أنه بعد حلبها ثلاثًا يثبت الخيار وكل واحد من الأمرين لم يدل عليه شيء من الروايات صريحًا، وإما الثاني فلم يدل عليه أصلًا لا صريحًا ولا ظاهرًا، وممن ذكر الحديث كما ذكره المصنف سواء، العبدري في «الكفاية» والرافعي في «التهذيب» وقالا: رواه البخاري ومسلم وينبغي أن يكون مرادهما أصل الحديث، لا ذلك اللفظ، وممن ذكره كذلك أيضًا الشيخ أبو حامد في «تعليقه»، وذكر أنه حديث «مختصر المزني»، والمصنف تبع الشيخ أبا حامد في ذلك، والموجود في «مختصر المزني»، ليس فيه هذه اللفظة، ولم يذكرها القاضي أبو الطيب في «تعليقه» أيضًا، وإنما ذكر على الصواب، وذكره ابن أبي هريرة في «تعليقه» بلفظ قريب مما ذكره المصنف فيه الخيار ثلاثًا، وليس فيه: بعد أن يحلبها، وهو مصدر بالنهي كما ذكره المصنف وهو في الغرابة كاللفظ الذي أورده المصنف، وذكره أيضًا جماعة من الأصحاب منهم الغزالي كما ذكره المصنف.

وأصل الحديث ثابت متفق عليه بالْالفاظ المتقدمة على ما تبين، أجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته من حديث أبي هريرة، رواه عنه الأعرج ومحمد بن سيرين وأبو صالح السمان وهمام بن منبه وثابت مولى عبد الرحمن وقد تقدمت روايتهم، ومحمد بن زياد ورواياته في «جامع الترمذي» بقريب من الألفاظ المتقدمة وموسى بن يسار، وقد تقدم، ومجاهد وأبو إسحاق ويزيد بن عبد الرحمن ابن أذينة وغيرهم، ورواه عن هؤلاء وعمن بعدهم خلائق لا يحصون، حتى ادعى بعضهم أنه صار إلى التواتر، وقال ابن عبد البر: حديث المصراة ثابت صحيح لا يدفعه أحد من أهل العلم بالحديث.

وأما حديث ابن عمر[1] فرواه أبو داود وابن ماجه باللفظ الذي ذكره المصنف قال الخطابي: وليس إسناده بذاك، قال الحافظ المنذري: والأمر كما قال: فإن

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٤٤٦) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٤٠).

جميع بن عمير، قال ابن نمير: من أكذب الناس، وقال ابن حبان: كان رافضيًا يضع الحديث، قلت: وجميع هو الذي رواه عن ابن عمر وهذا الكلام عن ابن نمير وابن حبان من أشد ما قيل فيه وقد قال ابن أبي حاتم: سألت أبي عنه فقال: من عتق الشيعة ومحله الصدق صادق الحديث كوفي تابعي.

وقال البخاري في «التاريخ الكبير»: فيه نظر، وقال البيهقي في «المعرفة» لما ذكر هذا الحديث: هذه الرواية غير قوية، وقال في كتاب «السنن الكبير»: تفرد به جميع بن عمير وذكر عبد الحق هذا الحديث في الأحكام ولم يتعرض لحال جميع بن عمير هذا، وإنما بصدقة بن سعيد الراوي عن جميع، فإنه أيضًا ليس بالقوي، فهذا ما يتعلق بالحديثين اللذين في الكتاب.

وقد روى حديث المصراة عن ابن عمر أيضًا بما يوافق رواية أبي هريرة رواه الدارقطني[1] من حديث ليث عن مجاهد عن ابن عمر وأبي هريرة رفعا الحديث «لا يبيع حاضر لباد، ولا تلقوا السلع بأفواه الطرق، ولا تناجشوا ولا يسم الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، حتى ينكح أو يرد، ولا تسل المرأة طلاق أختها لتكتفي ما في صحفتها، فإنما لها ما كتب لها ولا تبيعوا المصراة من الإبل والغنم، فمن اشتراها فهو بالخيار إن شاء ردها وصاعًا من تمر، والرهن مركوب ومحلوب» وليث المذكور في سنده هو ليث بن أبي سليم، ولا تقوم به حجة عند أكثر أهل العلم بالحديث. وروى الدارقطني من حديث كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده، وهو عمرو بن عوف المزني قال: قال رسول الله ﷺ: «لا جلب ولا جنب ولا إعراض، ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو إذا حلبها بخير النظرين إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر» وكثير بن عبد الله هذا ضعيف جدًا.

قال الشافعي رحمه الله فيه: ركن من أركان الكذب. وقال ابن حبان: له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة. قال الدارقطني عقب هذا الحديث: تابعه عاصم بن عبيد الله عن سالم عن ابن عمر في المصراة. وروي البيهقي رحمه الله في «السنن الكبير» بسند جيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى التابعي الكبير الثقة المشهور عن رجل من أصحاب النبي ﷺ عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن أن تتلقى الأجلاب وأن يبيع حاضر لباد ومن اشترى مصراة فهو بخير النظرين، فإن حلبها ورضيها أمسكها، وإن ردها رد معها صاعًا من طعام ـ أو صاعًا من تمر» قال البيهقي: يحتمل أن يكون هذا شكًا

---

(١) (٣/ ٧٤).

من بعض الرواة فقال: صاعًا من هذا أو من ذاك لا أنه على وجه التخيير ليكون موافقًا للأحاديث الثابتة في هذا الباب.

وروى البيهقي[١] رَحِمَهُ اللَّهُ أيضًا من حديث إسماعيل بن مسلم عن الحسن عن أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى شاة محفلة فإن لصاحبها أن يحتلبها، فإن رضيها فليمسكها وإلّا فليردها وصاعًا من تمر» إسماعيل بن مسلم متروك. وروى أبو بكر الإسماعيلي في كتابه «الصحيح المستخرج على صحيح البخاري» رَحِمَهُ اللَّهُ من حديث سليمان التيمي عن عبد الله، وهو ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي ﷺ قال: «من اشترى شاة محفلة فردها فليرد معها صاعًا» رواه من حديث أبي خلف العمي لكنه اختلف في وقفه ورفعه، فرواه البخاري في «الصحيح»[٢] موقوفًا من قول ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وكذلك رواه الشافعي في «الأم»[٣] في أحكام علي وابن مسعود رواه عن هشام. هكذا رأيته في «الأم».

وقال ابن الأثير فيما بلغه عن هشام: وقال الإسماعيلي أن أبا خالد رفعه وأن ابن مبارك ويحيى بن سعيد وابن أبي عدي ويزيد بن زريع وهشامًا وجريرًا وغيرهم رواه موقوفًا على ابن مسعود ورواه البرقاني موقوفًا على شرط البخاري. وزاد «من تمر ماله» والإسناد والحكم على طريقة المحدثين شرط في مثل هذا الموضع للوقف وتقديمه على رواية الرفع.

أما على طريقة الفقهاء فينبغي الحكم للرفع، وإن أبا خالد وهو سليمان بن حبان الأحمر، لأنه احتج به الشيخان، ومن رفع معه زيادة على من وقف، والمخالف في هذه المسألة يحكم بصحة مثل ذلك.

فقد تلخصت روايات حديث المصراة من طريق أبي هريرة وابن عمر وعمرو بن عوف المزني جد كثير بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ورجل من أصحاب النبي ﷺ وأنس بن مالك وابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وأصحها: رواية أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ورواية رجل من الصحابة سندها جيد. ورواية ابن مسعود على طريقة المحدثين ضعيفة في رفعها ويجب على طريقة كثير من الفقهاء التمسك بها وترجيح الحكم بالمرفوع ولا أرى التمسك بمثل هذا المصنف في مثل هذا الموضع مع قوة الظن بالوقف لرجحان رواته كثرة وجلالة.

نعم ذكر الماوردي أن الشافعي رواه عن يحيى بن سعيد عن التيمي ولم أقف

---

(١) (٥/ ٣١٩).
(٢) (٥/ ١١٣).
(٣) (٧/ ١٠٥).

عليه في كلام الشافعي، فإن صح ذلك وكان الرفع فيه محققًا تعين الحكم بصحته، وقد ذكر الإسماعيلي عن يحيى ابن سعيد أنه ممن رواه موقوفًا، فإن صح ما ذكره الماوردي فيكون عنه روايتان، والله أعلم.

أما اللغة: فقوله ﷺ: «لا تصروا» فهو بضم التاء المثناة من فوق وفتح الصاد وبعد الراء المشددة واو، وفتح لام الإبل على مثال تركوا.

قال القاضي عياض: كذا صحيح الرواية من صرى إذا جمع مثقل ومخفف، وهو تفسير مالك له، والكافة من أهل اللغة والفقه وبعض الرواة تحذف واو الجمع وتضم لام الإبل على ما لم يسم فاعله، وبعضهم يقول يصروا ـ بفتح الياء وضم الصاد وإثبات واو الجمع ونصب لام الإبل ـ وخطأ القاضي هذين الوجهين وقال إنهما لا يصحان إلّا على تفسير من فسر بالربط والشد من صر يصر. وقال فيه المصرورة، وهو تفسير الشافعي لهذه اللفظة كأنه يحبسه بربط أخلافها وشدها لذلك وخطأ ابن عبد البر الوجه الأخير وجعله وهما، محتجًا بأنه لو كان كذلك لكانت مصرورة. قال: وهذا لا يجوز عندهم. ولم يذكر ابن عبد البر الوجه الثاني، وهو مثل الوجه الأخير، وقيده الفارقي تلميذ المصنف بالوجه الثاني وابن معن شارح «المهذب» بالوجه الثالث، وكلاهما خطأ، والفارقي أقل عذرًا لأن الواو ثابتة في جميع ما وقفت عليه من كتب الحديث ونسخ «المهذب».

قال الخطابي: اختلف أهل العلم واللغة في المصراة ومن أين أخذت واشتقت؟ فقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: التصرية أن تربط أخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرًا فيزيد في ثمنها، فإذا تركت بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها.

قال أبو عبيد: المصراة الناقة أو البقرة أو الشاة التي قد صرى اللبن في ضرعها يعني حقن فيه أيامًا فلم يحلب، وأصل التصرية حبس الماء وجمعه، يقال منه صريت الماء، ويقال إنما سميت المصراة لأنها مياه اجتمعت. قال أبو عبيد: ولو كان من الربط لكان مصرورة أو مصررة. قال الخطابي: كأنه يريد به الرد على الشافعي قال الخطابي: قول أبي عبيد حسن. وقول الشافعي صحيح. والعرب تصر ضروع الحلوبات إذا أرسلتها تسرح ويسمون ذلك الربط صرارًا فإذا راحت حلت تلك الأصرة وحلبت، واستدل لصحة قول الشافعي بقول العرب «العبد لا يحسن الكر والفر وإنما يحسن الحلب والصر» ويقول متمم بن نويرة:

فقلت لقومي هذه صدقاتكم مصررة أخلافها لم تجدد

قال: ويحتمل أن أصل المصراة مصررة، أبدلت إحدى الراءين ياء، وقال

الأزهري في كلامه على «مختصر المزني»: جائز أن تكون سميت مصراة من صر أخلافها كما قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وجائز أن تكون سميت مصراة من الصرى، وهو الجمع، يقال: صريت الماء في الحوض إذا جمعته، ويقال كذلك: الماء صرى، وقال عبيد:

يا رب ماء صرى وردته سبيله خائف حدث

ومن جعله من الصر قال: كانت المصراة في الأصل مصررة فاجتمعت ثلاث راءات فقلبت إحداها ياء كما قالوا: «تظننت من الظن» وكما قال العجاج:

يمضي الباز إذا البازي كسر

هذا كلام الأزهري رَحِمَهُ اللَّهُ، وكلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ المذكور هو في «مختصر المزني»، وقال النووي رَحِمَهُ اللَّهُ: وفي «صحيح مسلم» عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «نهى رسول الله ﷺ عن النجش والتصرية»[1] قال: وهذا يدل لرواية الجمهور يعني للضبط في الرواية كما تقدم وأما الاشتقاق والمعنى المختلف فيه بين الشافعي وغيره فليس فيه تعرض له، لأنه يصح ذلك مع إبدال الراء ياء، على أنه ليس في كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ تصريح بأن ذلك مأخوذ من الصر، وإنما مقصوده ومدلول كلامه أنه فسر التصرية بالأمور المذكورة في كلامه من الربط والترك من الحلب حتى يجتمع اللبن والشك أن ذلك فيه معنى الربط والجمع معًا، فيحتمل أن تكون التسمية بذلك لأجل الجمع، وذكر الربط لأنه المعتاد عند العرب على ما تقدم من كلام الخطابي، ولأنه سبب في احتباس اللبن.

وإذا كان كذلك فليس في كلام الشافعي مخالفة لغيره إلّا زيادة تبيين ما كانت العرب تفعله من ربط أخلاف الناقة والشاة، ويحتمل أن يكون تسميتها بذلك لما اشتملت عليه من الصر والربط، وحينئذٍ تتحقق المخالفة، فالأقرب أن الشافعي إنما أراد المعنى الأول، وقد قال أبو حاتم السجستاني: الشافعي أعلم باللغة منا، نقله عنه الثعلبي في تفسير سورة النساء.

وروينا عن عبد الملك بن هشام قال: قول الشافعي حجة في اللغة. قال الربيع: وكان ابن هشام بمصر كالأصمعي بالعراق، وقال أبو عبيد: الشافعي ممن يؤخذ عنه اللغة ـ أو من أهل اللغة ـ الشك من ابن أبي حاتم.

وقال المازني: الشافعي عندنا حجة في النحو، وقال أبو الوليد ابن الجارود: إن للشافعي لغة جيدة يحتج بها كما يحتج بالبطن من العرب، وقال ثعلب: إن

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤١٢)

الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ من بيت اللغة يجب أن يؤخذ عنه، وقال أيوب بن سويد: خذوا عن الشافعي اللغة، وقال ثعلب أيضًا: إنما يؤخذ الشافعي باللغة لأنه من أهلها، وإنما ذكرت هذه الأقوال كلها ليتبين قدر الشافعي عند أئمة اللغة وقد وقع في كلامه رَحِمَهُ اللَّهُ أن التصرية أن يربط أخلاف الناقة والشاة، وأخلاف جمع خلف ـ بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام ـ قال ابن قتيبة: الخلف لكل ذات خف، والطي للسباع وذوات الحافر وجمعه أطياء، والضرع لكل ذات ظلف، قال: وقد يجعل الضرع أيضًا لذوات الخف. والخف لذوات الظلف، والثدي للمرأة.

قلت: فإطلاق الشافعي أخلاف الناقة والشاة، إما أن يكون على هذا القول وإما أن يكون من باب التغليب غلبنا الناقة على الشاة، والله أعلم، وفي التصرية لغة التصوية بدل الراء واو، قال الهروي: التصوية والتصرية واحد. وهو أن تصرىٰ الشاة أن تحفل، قال يوسف بن إسماعيل بن عبد الجبار بن أبي الحجاج المقدسي فيما علقه من كتاب «التنبيه» على تصحيف أبي عبيد الهروي في كتاب «الغريبين» تخريج ابن ناصر: قال الحافظ: هكذا رأيته في عدة نسخ يصر الشاة بغير ياء، والصواب أن يصري بإثبات الياء بعد الراء من حديث الناقة.

فأما قوله: أن يصر فمعناه أن يشد، وذلك يجوز، ولم ينه عنه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قلت: ولم أره في «الغريبين» إلّا بالراء والياء كما نقلته، فلعل النسخ التي وقعت لابن ناصر كانت مصحفة، ولو كان الأمر على ما وقع له من النسخ لكان ذلك قريبًا من المعنى المنسوب للشافعي، وقد تقدم الكلام فيه.

وما اعترض به من أن النهي لم يرد عن الصر، فجوابه أن المراد أن يكون ذلك لأجل البيع على وجه الغش والخديعة، كما دلت عليه رواية المزني المتقدمة وكلا الأمرين الصر والتصرية حرام إذا قصد به ذلك، وجائز إذا لم يقصد به، ولم يترتب عليه خديعة ولا ضرر بالحيوان، لكن الحكم المذكور من الرد وثبوت الخيار إنما يكون في حالة يحصل فيها اجتماع اللبن لا في الصر المجرد لفهم المعنى، والله أعلم.

واللقحة ـ بكسر اللام وفتحها ـ والكسر أفصح، وجمعها لقح مثل قربة وقرب وهي الناقة القريبة العهد بالولادة نحو شهرين أو ثلاثة، والمحفلة هي التي حفل اللبن في ضرعها وهي المصراة، وقوله: بخير النظرين هو إمساك المبيع أو يرده أيهما كان خيرًا له فعله والحلاب: هو الإناء يملؤه قدر حلبة ناقة، ويقال له المحلب أيضًا، وبعضهم يطلق فيقول: الحلاب الإناء الذي يحلب فيه الألبان ويطلق على المحلوب وهو اللبن كالحراف لما يحترف.

وقال أبو عبيدة: إنما يقال في اللبن الإحلابة والمشهور عند العلماء أن المراد بالحلاب في الحديث وكذلك الحلبة في بعض روايات الحديث اللبن نفسه، ومن الظاهرية من امتنع من ذلك، ورأوا أن هذا من المجاز الذي لم يدل نص على إرادته، وسيقع الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى في الفصل الثاني عند قول المصنف: بدل اللبن التمر والحنطة والطعام في بعض روايات الحديث.

وإن كان مطلقًا فالمراد به التمر، واستدلوا على ذلك بأمرين أحدهما: أنه كان الغالب على أطعمتهم، والثاني: لأن معظم روايات الأحاديث إنما جاءت «وصاعًا من تمر» ويحتمل وجهًا ثالثًا من الاستدلال، وهو حمل المطلق على المقيد وليس من شرط ذلك أن يكون هو الغالب ولا أن يترجح روايته، هذا ما في حديث الكتاب وطرقه من اللغة، وتبويب المصنف المقصود به ذكر الأسباب المثبتة لخيار النقيصة، وهو ما ثبتت بفوات أمر مظنون ينشأ فيه من تغرير فعلي كالتصرية، أو نص عرفي كالعيب فإن العرف يقتضي السلامة أو التزام شرطي كشرط الكتابة ونحوه إذا خرج بخلافه.

وقد ضمن المصنف هذا الباب هذه الأقسام الثلاثة على هذا الترتيب، وقدم التصرية لأنها المنصوص عليها، وذكر الرد بالعيب بعد ذلك، وقاسه عليها، كما سيأتي في كلامه، وقد أورد فيه حديثًا نصًا سنذكره في موضعه إن شاء الله تعالى ثم ذكر بعده خيار الخلف الذي يثبت بفوات الالتزام الشرطي وجعل مؤخرًا عن الرد بالعيب، إما لأنه ورد فيه حديث أيضًا أعني الرد بالعيب، وإما لأن الرد بالعيب أكثر وقوعًا، وإن كانا جميعًا ثبتا بالقياس على التصرية كما اقتضاه كلام المصنف، ولولا التصرية ورد فيها النص لكان يقتضي أن يقدم الالتزام الشرطي عليهما. لأن الملتزم بالشرط أوكد من حيث المعنى من الملتزم بالعرف أو بقرينة الحال ولذلك قال الغزالي: إن الالتزام الشرطي هو الأصل وما عداه ملحق به، يشير إلى هذا المعنى، فكان ذلك كنص في فرع ليس فيه إلّا أصل واحد، فإنه يتبين بذلك حكم ذلك الأصل، ويصح أن يقال: إن حكم الفرع مأخوذ من ذلك الأصل وإن كان منصوصًا، وهذا المعنى ذكره القاضي حسين في نص الشافعي على فرع يكون بهذه الصفة.

وأما اقتصار المصنف في الترجمة على المصراة والرد بالعيب وسكوته على خيار الخلف، وإن كان الخلف ليس بعيب، ولكنه فوات فضيلة فلأجل استوائها في النقص فيه بأحدهما على الآخر، ولأن التصرية والرد بالعيب فرعان لأصل بالمعنى الذي لحظه الغزالي كما تقدم، فذكرهما في الترجمة منبه على أصلهما بطريق أولى،

ووضع المصنف هذا الباب لأنه فرع من الأبواب المتضمنة شروط العقد مطلقًا في باب ما يجوز بيعه وشروطه في الربويات وبيع الثمار أخذ في أسباب الفسخ واستدراك ما يقع في البيع من العيب بالفسخ أو بالأرش، وقول المصنف «أو بقرة» ليتبين أن الحكم غير مقصور على الإبل والغنم اللذين ضمنهما الحديث الذي ذكره، بل هو شامل إما بالقياس إذا اقتصر على الحديث الذي أورده المصنف، وذلك من باب الأولى، لأن لبن البقر أغزر وأكثر بيعًا من لبن الإبل وإما بالنص، فإن في الروايات الصحيحة التي تقدمت «من اشترى مصراة».

وقال بعض شارحي «التنبيه»: إن ذلك للرد على الظاهريين الذين خصوا الحكم بالمنصوص عليه من الإبل والغنم، وهذا الذي نقله عن الظاهريين نقله القاضي أبو الطيب وغيره من أصحابنا عن داود، فصرح ابن المغلس وابن حزم الظاهريان بأن شمول الحكم تمسكًا بالنص العام وهو قوله: «من اشترى مصراة» ولم يحكيا في ذلك خلافًا، وهو اللائق بمذهبهم أخذًا بعموم الخبر، ولا يجب تقييد أحد الخبرين بالآخر، لأن ذلك إنما يكون في المطلق، والخبر ههنا عام لصيغة «من».

لكن يعرض ههنا بحثان، أحدهما: أن هذا الخبر الذي فيه «من اشترى مصراة» من رواية ابن سيرين عن أبي هريرة كما تقدم، وقد تقدم من روايته أيضًا: «من اشترى شاة مصراة»، وهذه الرواية فيها زيادة ليست في الأولى، وزيادة العدل مقبولة، فيجب العمل بها وعدم القول بالعموم، فإن الحديث واحد ومخرجه واحد، ووجه إدراك الصواب في هذا البحث أنا نظرنا الرواية العامة المذكورة التي ليست فيها الزيادة وهي قوله: «من اشترى مصراة» فوجدناها من رواية سفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين، وذلك في مسلم، ومن رواية هشام بن حسان عن ابن سيرين، وذلك في ابن ماجه بسند صحيح، ومن رواية قرة بن خالد عن ابن سيرين، وذلك في الترمذي بسند صحيح، وعن رواية محمد بن زياد عن أبي هريرة وذلك في الترمذي بسند صحيح، ومن رواية موسى بن يسار عن أبي هريرة، وذلك في النسائي.

ونظرنا الزيادة فوجدناها من طرق، منها: عبد الوهاب عن أيوب، وفيها «من اشترى من الغنم» وهذا اختلاف عن أيوب عن سفيان وعبد الوهاب، والراوي عنهما شخص واحد، وهو العدني ومنها: قرة عن ابن سيرين وفيها «ومن اشترى شاة مصراة» وهذا اختلاف عن قرة أيضًا وكذلك موسى بن يسار واختلف عنه أيضًا، واختلف أيضًا عن هشام بن حسان وكلا السندين إليه على شرط الصحيح، فلما رأينا

هذه الروايات والاختلاف نظرنا ما يقتضيه النظر في ذلك فقلنا: جميع أصحاب أبي هريرة الذين ذكرناهم ههنا اختلف عنهم في ذلك إلّا محمد بن زياد والشعبي فإنه لم يختلف منهما فيما علمنا، ولم يرد عنهما إلّا الصيغة العامة، وإلّا ثابت مولى عبد الرحمن فلم يرد عنه إلّا الطريق المثبته الزيادة وهي قوله: «من اشترى غنمًا مصراة» فقد يقال: إن كل واحد من الشعبي ومحمد بن زياد أجل من ثابت مولى عبد الرحمن، وسفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين أجل واحفظ واتقن ممن خالفه، فتقدم رواية العموم لذلك.

وقد يقال: إن جانب الزيادة هنا ورد من طرق صحيحة، واحتمال النقص في رواية المثبت المتقن أولى من احتمال الخطأ والوهم بالزيادة في حق الثقة، والذي أقوله إن الحكم بالخطأ على راوي الزيادة ههنا بعيد، فالأقرب أن تجعل الروايتان ثابتتين، ولعل النبي ﷺ تكلم بهما مرتين فرواهما أبو هريرة كذلك ويكون ذكر الغنم في إحدى الروايتين على سبيل المثال ولو كان الحكم مقصورًا عليه لما ذكر في الإبل، وقد صح في الإبل من حديث الأعرج عن أبي هريرة.

والبحث الثاني: إذا ثبتت الروايتان عن كلام النبي ﷺ فمفهوم الرواية التي فيها التقييد لم لا يخص به عموم الرواية الأخرى كما مثله في قوله: «إذا أفضى أحدكم بيده إلى فرجه»[1] مع قوله: «من مس فرجه»[2] حيث خصوا عموم الثاني بمفهوم الأول، فلا ينتقض بغير الإفضاء الذي هو المس بباطن الكف. وذلك ههنا، إما من مفهوم الشرط لقوله: «من اشترى»، وإما من مفهوم الصفة لقوله: «من اشترى من الغنم» وكلا المفهومين حجة عند كثير من العلماء منهم: الشافعي والمفهوم يخص به العموم كما قلنا في المس.

والجواب: عن هذا أن جانب المفهوم ههنا ضعف بثبوت الحكم المذكور في الإبل صريحًا بحديث الأعرج عن أبي هريرة، ويفهم المعنى من ذلك بخلاف الأحاديث، فإن مبناها على التعبد، فهذان الأمران أضعفا اعتبار المفهوم من قوله: «من اشترى شاة» وقوله: «من اشترى من الغنم» والثاني وحده يضعف اعتبار المفهوم من قوله: «إذا اشترى أحدكم نعجة أو شاة» وأما الظاهرية فإنهم غير قائلين بالمفهوم، فلا يرد عليهم، ويحتجون بالعموم لثبوته على ما تقدم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

وقول المصنف «ولم يعلم أنها مصراة» شرط لا بد منه على أصح الوجهين عند الجمهور. منهم القاضي أبو الطيب، وفيه قول آخر مشهور في المذهب أن الخيار يثبت وإن كان المشتري عالمًا بالتصرية حين العقد، ويعبر عن الوجهين بأن هذا الخيار هل هو خيار عيب أو خيار ثابت بالشرع؟ وبناهما الرافعي وغيره على أن الخيار هل يمتد ثلاثة أيام أو يكون على الفور؟ فإن قلنا: بالأول ثبت مع العلم، وإلّا فلا، وسيأتي الوجهان في كونه على الفور أو إلى ثلاثة أيام في كلام المصنف إن شاء الله تعالى، والصحيح: عند الرافعي ومن وافقه أن ذلك على الفور، فالبناء حينئذٍ متجه.

والمختار: أن يمتد ثلاثة أيام كما سيأتي إن شاء الله تعالى تقريره، والجمهور ههنا أن متى علم المشتري بالتصرية حالة العقد لا يثبت الخيار، وأن ذلك خيار ثبت لأجل النقص. ومن العجب أن الظاهرية لم يثبتوا الخيار ههنا في حالة العلم، ويحتاجون إلى دليل في ذلك بأن اللفظ متأول، وما ادعينا نحن من ظهور المعنى وفهمه هم لا يعتبرونه.

وقوله: «فهو بالخيار.. إلخ» هذا هو الحكم المقصود من هذا الفصل، وممن قال به من الصحابة عبد الله بن مسعود وأبو هريرة من فتياه، صح ذلك عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة، ونقل العبدري القول به أيضًا عن ابن عباس وابن عمر وأنس. وممن قال به من الفقهاء بعدهم الشافعي ومالك والليث وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وأبو يوسف وزفر ومسلم بن خالد الزنجي وأبو عبيد وجمهور أهل الحديث.

واتفق جميع أصحابنا على ذلك تبعًا لإمامهم، وخالف في ذلك أبو حنيفة ومحمد، ورويت رواية غريبة بذلك عن مالك، ذكر العتبي من سماع أشهب عن مالك أنه سئل عن قول رسول الله ﷺ: «من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعًا من تمر» فقال سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطأ عليه، ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما علف وضمن قيل: له: نراك تضعف الحديث، فقال: كل شيء يوضع موضعه وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته. قال ابن عبد البر: هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك وما رواها عنه إلّا ثقة، ولكنه عندي اختلاف من رأيه.

قلت: وإن صحت هذه الرواية عن مالك فينبغي أن يؤول قوله «ليس بالثابت» على الحكم لا على الحديث، فإنه صحيح عنده بلا إشكال وقد أودعه «الموطأ» المشهور عنه خلاف هذه الرواية، فالقول بمقتضى الحديث.

وقال ابن القاسم: قلت لمالك: أتأخذ بهذا الحديث؟ قال: نعم، قال مالك: أو لأحد في هذا الحديث رأي؟ قال ابن القاسم: وأنا أخذته، إلّا أن مالكًا قال لي: أرى لأهل البلدان إذا نزل بهم هذا أن يعطوا الصاع من عيشهم قال: وأهل مصر عيشهم الحنطة وقال ابن عبد البر في «التمهيد»: أن الصحيح عن مالك ما رواه ابن القاسم، وأن رواية أشهب منكرة. والله أعلم أما الاستدلال فدليلنا في المسألة الأخبار المتقدمة وهي صريحة في المقصود، والمعنى في ذلك صحيح مستقيم غير خارج عن الأصول، على ما سنبين في أجوبة المخالفين إن شاء الله تعالى.

ومن القياس على ما لو باع طاحونة حبس ماؤها زمانًا ثم أرسله حالة البيع فظن المشتري أنه أبدًا كذلك، ثم علم، فإنا أجمعنا على ثبوت الخيار.

واعتمد المخالفون في الاعتذار عن الحديث أمورًا ضعيفة ترجع إلى طريقتين طريقة الرد وطريقة التأويل، الأول أن هذا خبر واحد مخالف لقياس من الأصول المعلومة، وما كان كذلك لم يلزم العمل به، أما كونه مخالفًا لقياس الأصول المعلومة فمن وجوه.

أحدها: أنه أوجب غرم اللبن مع إمكان رده.

وثانيها: أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله.

وثالثها: أنه جعل القيمة تمرًا، وهي إنما تكون ذهبًا أو ورقًا.

ورابعها: أنه جعلها مقدرة لا تزيد بزيادة اللبن ولا تنقص بنقصانه، ومن حكم الضمان أن يختلف باختلاف المضمون في الزيادة والنقصان.

وخامسها: أن اللبن إن كان موجودًا عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه وذلك يمنع الرد، وإن كان اللبن حادثًا بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمنه وإن كان مختلطًا: فما كان موجودًا منع الرد، وما حدث لم يجب ضمانه.

وسادسها: إثبات الخيار ثلاثًا من غير شرط مخالف للأصول، فإن الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تقدر بالثلاث.

وسابعها: يلزم من العمل بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع في بعض الصور، وهو ما إذا كانت قيمة الشاة صاعًا من تمر، فإنها ترجع إليه مع الصاع الذي هو مقدار ثمنها.

وثامنها: أنه مخالف لقاعدة الربا في بعض الصور، وهو ما إذا اشترى شاة بصاع فإذا استرد معها صاعًا من تمر فقد استرجع الصاع الذي هو الثمن، فيكون قد باع شاة وصاعًا بصاع، وذلك خلاف قاعدة الربا عندكم، فإنكم تمنعون مثل ذلك.

وتاسعها: أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط، لأن نقصان اللبن ليس بعيب ولا الرد به بدون التصرية.

وعاشرها: أن اللبن كالحمل لا يأخذ قسطًا من الثمن وإلّا لجاز إفراده بالعقد كالثمن، وإذا لم يأخذ قسطًا من الثمن لا يضمن.

وأما المقام الثاني وهو أن ما كان من أخبار الآحاد مخالفًا لقياس الأصول المعلومة لم يجب العمل به فلأن الأصول المعلومة مقطوع بها، وخبر الواحد مظنون، والمظنون لا يعارض المعلوم.

العذر الثاني لكم: أن هذا الحديث من أخبار أبي هريرة، وإنما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة والنار، وأما في الأحكام فلا يقبل، وتارة يقولون أنه غير فقيه والحديث مخالف للقياس، والصحابة ينقلون بالمعنى، ولا ثقة برواية غير الفقيه.

العذر الثالث: دعوى النسخ في هذا الحديث أنه يجوز أن يكون ذلك حيث كانت العقوبة بالمال جائزة.

العذر الرابع: أن هذا حديث مضطرب لما وقع الاختلاف في ألفاظه، وهذه الأمور الأربعة لترك العمل به بالكلية.

العذر الخامس: في مخالفتهم لظاهر الحديث بتأويله واستعماله، وحمله على ما إذا اشتراها فشرط أنها تحلب خمسة أرطال مثلًا وشرط الخيار، فالشرط فاسد، فإن اتفقا على إسقاطه في مدة الخيار مع العقد، وإن لم يتفقا بطل، وأما رد الصاع، فلأنه كان قيمة اللبن في ذلك الوقت.

والجواب في ذلك، أما الأول فبالظن في المقامين جميعًا أما قولهم أنه مخالف لقياس الأصول فمن الناس من فرق بين مخالفة الأصول ومخالفة قياس الأصول، وخص الرد بخبر الواحد المخالف للأصول لا المخالف لقياس الأصول وهذا الخبر إنما يخالف قياس الأصول، وقياس الأصول يترك بخبر الواحد لأنه أقوى منه، ولهذا قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أن القياس أن الأكل ناسيًا يفطر، ولكن ترك القياس بخبر أبي هريرة: «أطعمه الله وسقاه» وقبل أبو حنيفة خبر أبي فزارة في جواز التوضىء بالنبيذ، وخبر زاذان في إبطال طهارة المصلي بالقهقهة مع أنهما إنما خالفا قياس الأصول، ورد خبر التصرية وبيع العرية لأنهما خالفا أصول القياس عنده، وصاحب هذه الطريقة ينازعه في ذلك ويقول: أن ذلك إنما هو مخالف لقياس الأصول كالأول، ومن سلك هذه الطريقة يسلم أن الحديث المذكور مخالف لقياس الأصول، ومنهم: من لا يسلم أن مخالفة الأصول أيضًا قادحة، ويقول: أن ما ورد

النص به فهو أصل بذاته، لا يعتبر فيه موافقة الأصول كالدية على العاقلة، والغرة في الجنين وغير ذلك، وليس إبطال أصل لمخالفته أصولًا أخرى بأولى من إبطال تلك الأصول لمخالفتها ذلك الأصل.

والصواب: العمل بها جميعًا، ويعتبر كل أصل بنفسه، وصاحب هذه الطريقة يقول: أنه لا فرق بين مخالفة قياس الأصول ومخالفة الأصول، وكلاهما لا يوجب الرد، والأحاديث التي ذكروها في التصرية والقهقهة وغيرها سواء في ذلك مع أن خبر التصرية أصح.

واعلم أن الأصول المختلف في رد الخبر بها هي المستنبطة التي تكون في نفسها محتملة، أما الأصول المقطوع بها فنص الكتاب والتواتر والإجماع أو الأصول التي في معناها كتحريم الضرب المستفاد من تحريم التأفيف فإذا ورد الخبر بخلافه رد، ويعتقد أنه لم يصح، لأن النبي ﷺ لا يقول ما يخالف ذلك، هكذا قاله الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني، فهذا جوابان إجماليان عن دعوى مخالفة الأصول، ومنهم: من سلك في الجواب عن ذلك طريق التفضيل، ويتبين أن ذلك ليس مخالفًا لقياس الأصول من الوجوه التي ذكروها، بل في الأصول ما يشهد له ويعاضده.

أما غرم القيمة مع إمكان الرد فإن رد اللبن في التصرية غير ممكن لوجهين.

أحدهما: نقص قيمته وذهاب كثير من منافعه بطول المكث.

والثاني: أن لبن التصرية قد خالطه ما حدث في الضرع بعده على ملك المشتري، فلم يمكن رده مع الجهل بما خالطه.

وعن الثاني والثالث والرابع: وهو غرامة القيمة مع وجود المثل، وكونه تمرًا وكونه مقدرًا مع اختلاف قدره ـ إن كان مجهول القدر مجهول الوصف ـ جاز الرجوع فيه إلى بدل مقدر في الشرع، من غير مثل ولا تقويم، وقد وجد ذلك في مواضع، منها: الحر يضمن بمائة من الإبل ومنها: الجنين يضمن بالغرة. ويستوي فيه الذكر والأنثى، ومنها: المقدرات من جهة الشرع في الشجاج كالموضحة مع اختلافها بالصغر والكبر، ومنها: جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من النقدين، ولا من شرط المثلي أن يضمن بالمثل، والعدول في الأمور التي لا تنضبط إلى شيء معدود ولا يختلف من محاسن الشرع قطعًا للخصومة والتشاجر، وهذه المصلحة تقدر على تلك القاعدة الكلية، والتمر غالب أقواتهم كما قدرت الدية بالإبل، لأنها غالب أموالهم.

وعن الخامس: وهو إيجاب الرد مع ما حدث في يد المشتري من النقص من وجهين، أحدهما: أن النقص حادث في اللبن دون الشاة، وهو إنما يرد الشاة دون

اللبن، والثاني: أن النقص الحادث الذي لا يتوصل إلى معرفة العيب إلّا به لا يمنع من الرد، كالذي يكون مأكوله في جوفه إذا كسر.

وعن السادس: وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف للأصول، بأن الشيء إنما يكون مخالفًا لغيره إذا كان مماثلًا له، وخولف في حكمه، وههنا الصورة انفردت عن غيرها بأن الغالب أن هذه المدة هي التي يتبين بها لبن الحلبة المجتمع بأصل الخلقة، واللبن المجتمع بالتدليس، فهي مدة يتوقف على العلم عليها غالبًا بخلاف خيار الرؤية والعيب، فإنه يحصل من غير هذه المدة فيهما، وخيار المجلس ليس لاستعلام عيب، وعلى أن لنا في تقييد خيار المصراة خلافًا سيأتي إن شاء الله تعالى.

وإنما جاء السؤال والجواب على ظاهر الحديث والوجه الموافق له.

وعن السابع: وهو لزوم الجمع بين البدل والمبدل من ثلاثة أوجه، أحدها: أن صاع التمر بدل عن اللبن لا عن الشاة، فلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض الثاني: أن الحديث وارد على العادة والعادة أن لا تباع شاة بصاع الثالث: أن ذلك غير ممتنع كما إذا باع سلعة بعبد، قيمة كل منهما ألف، ثم زاد العبد وبلغت قيمته ألفين، ووجد المشتري بالسلعة عيبًا فيردها، ويسترجع العبد وقيمته ألفان، وذلك قيمة الثمن والمثمن.

وعن الثامن: وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا إنما يعتبر في العقود لا في الفسوخ ولا في ضمان المتلفات.

وعن التاسع: وهو إثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار ثبت بالتدليس، كما لو باع رحى دائرة بماء قد جمعه لها، وكما لو سود الشعر، فإن العيب إنما أثبت الخيار، لأنه ينقص الثمن به، والتدليس كذلك، ونحن نقول، إن هذا التدليس نفسه عيب.

وعن العاشر: وهو كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع، وأن اللبن يقابله قسط من الثمن كاللبن في الإناء، وقولهم: لو قابله قسط من الثمن جاز إفراده بالعقد، منقوض بأساس الدار وأطراف الخشب التي في البناء، لا يجوز إفرادها، ويدخل فيه على سبيل البيع ويقابلها قسط من الثمن.

وأما الحمل قلنا: فيه قولان، فعلى قولنا بأنه لا يأخذ قسطًا يفرق بينهما بأن الحمل غير مقدور على استخراجه من الأم، فهو بمنزلة اللحم المخلوق في الجوف بخلاف اللبن فإنه مقدور عليه، فهذه الأجوبة دافعة لقولهم: إنه مخالف لقياس الأصول.

ولئن سلمنا مخالفته لذلك فالجواب: ما تقدم من أن المخالفة لا تضر لما تقدم، وقولهم: أن تقديم خبر الواحد على الأصول المعلومة فيه تقديم المظنون على المقطوع ممنوع. فإن تناول تلك الأصول لمحل خبر الواحد غير مقطوع به، لجواز استثناء محل الخبر عن ذلك الأصل، فإن تلك الأصول عامة، والخبر خاص. والمظنون يخصص المعلوم.

وأما العذر الثاني: وهو كونه من رواية أبي هريرة، فلولا ذكره في الكتب والاحتياج إلى الجواب، لكنا نستحي من ذكره، ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية، أو نسمعه في أحد من الصحابة، وأبو هريرة من ثقته وأمانته وحفظه لسنة رسول الله ﷺ بالمحل المعلوم، ودعا له النبي ﷺ أن يحببه الله وأمه إلى كل مؤمن ومؤمنة، وروي عن عثمان أنه قال له حين روى لهم «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله» حفظ الله عليك دينك كما حفظت علينا سنة نبينا ﷺ. وفضائل أبي هريرة ومناقبه مشهورة، والمخالفون في حكم هذه المسألة إنما يتعللون بظنهم أنه ليس بفقيه، وهذا ليس بصحيح. فإن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمله على البحرين ولم يكن عمر رضي الله عنه ليولي غير فقيه، وكان أبو هريرة على المدينة في خلافة معاوية. أترى كان يحكم بغير فقه؟.

وقد نقلت عنه فتاوى. وقد روى عبد الرزاق في «مصنفه» عن معمر بن راشد عن يحيى ابن أبي كثير عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان «أن رجلًا من مزينة طلق امرأته ثلاثًا قبل أن يدخل بها، فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة، فقال ابن عباس: إحدى المعضلات يا أبا هريرة، فقال أبو هريرة: واحدة تبينها وثلاث تحرمها، فقال ابن عباس زينتها يا أبا هريرة أو قال: نورتها أو كلمة تشبهها يعني أصاب» ففتياه بحضور ابن عباس وقول ابن عباس في ذلك دليل أيضًا على فقهه، ولو فرضنا وحاش لله أنه غير فقيه فاشتراط الفقه تحكم لا دليل عليه مع عدالة الراوي وضبطه وفهمه الذي يمنع من إحالة المعنى، ثم إن المخالف قبل خبر أبي هريرة في مواضع من جملتها في النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيحة غير طريق أبي هريرة وقد روي من جهة غيره بطريق ضعيفة، فقبلوا خبره في ذلك وهو مخالف لعموم الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فأيهما أعظم؟ مخالفته لعموم الكتاب؟ أو مخالفته لقواعد متنازع في عمومها؟ ومخالفته للقياس المتأخر عن الكتاب بمراتب؟.

ثم إن حديث المصراة قد روي من غير طريق أبي هريرة كما تقدم، ومن جملتها طريق عن ابن مسعود، الإمام المجمع على فقهه وعلمه، وإن كنا قد رجحنا

فيما تقدم أنه موقوف على ابن مسعود كما هو في «صحيح البخاري»، لكن طريق الرفع أيضًا جيدة، وعلى طريق كثير من الفقهاء غير المحدثين لا يبعد تصحيحها وقد روي رفعه من غير طريق الإسماعيلي المتقدمة، ذكرها الماوردي عن أبي عثمان النهدي عن عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ وهذه إذا صح فيها الرفع طريق قوية جدًا، هذا مع متابعة الروايات المتقدمة مع ملاحظة الوجوه المتقدمة، المبينة أن ذلك غير خارج عن القياس، وإن لم يصح طريق الرفع في رواية فكونه من كلامه صحيح بلا إشكال، وقول الصحابي عندهم حجة لا سيما ابن مسعود، وطريق فقههم ترجع إليه، فإن لم يكن ههنا حجة فلا أقل من أن يكون عاضدًا لحديث أبي هريرة على زعمهم وأما نحن فلا نقول: أن الحديث يحتاج إلى شيء يعضده، والله أعلم.

وأما الاعتذار الثالث: وهو دعوى النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات لأنه دعوى نسخ بالاحتمال من غير دليل.

وأما الاعتذار الرابع: بالاضطراب فإن الألفاظ المختلفة التي وردت منها ما سنده ضعيف فلا اعتبار به، ومنها ماهو صحيح لا منافاة فيه، والألفاظ التي صحت كلها لا تناقض فيها، بل الجمع بينها ممكن ظاهرًا.

وأما الاعتذار الخامس: واستعمالهم للحديث على وجه الاشتراط فذلك لا يصح لأربعة أوجه أحدها: أن النهي عن التصرية وما ذكره معه يقتضي تعليق الحكم بالتصرية، وما استعملوه عليه يقتضي تعليق الحكم بفساد الشرط، فصار ذكر التصرية لغوًا، الثاني: أنه جعل الرد للمشتري وحده، ولو كان لأجل الشرط لكان لهما لأن البيع حينئذٍ يكون فاسدًا، قاله الماوردي وغيره، وفيه نظر، فإنه إذا شرط في الشاة المبيعة أنها تحلب مقدارًا فنقصت عنه فإنما يثبت الرد للمشتري لا للبائع، وذلك على وجه سيأتي في كلام المصنف بصحة البيع، والشرط الثالث: أنه جعل الرضا موجبًا للإمضاء، والسخط موجبًا للفسخ والرد، ولم يجعله متعلقًا بإسقاط الشرط، والرابع: أنه أوجب فيه رد صاع من تمر، وإسقاط الشرط لا يوجب رد صاع من تمر، قال هذه الأوجه الماوردي رحمه الله، وأقواها الوجه الأول لكماله هو دون غيره. فقد بان بحمد الله تعالى صحة ما ذهبنا إليه وجمهور العلماء واندفع ما تعلق به الخصم في دفع ذلك.

وأما أن القياس هل هو معاضد للحديث فجماعة يدعون ذلك ويثبتونه بما علم في الأجوبة المتقدمة، وبعضهم يأبى ذلك، ويروي الاستناد في ذلك إلى الحديث، ويجعل الأجوبة المذكورة لدفع الاعتراضات فقط، قال الغزالي في «المآخذ»: والإنصاف أولى من العناد، ونحن نعلم أن حديث المصراة لو لم يرد لكنا لا نثبت

الخيار: وقد سلم ما وجد حالة العقد، ولم يتخلف إلّا منفعة في المستقبل، فالاعتماد على الحديث وهو صريح لا تأويل له، والله أعلم.

وقول الغزالي هذا أنه لو لم يرد الحديث لكنا لا نثبت الخيار لا يضرنا فيما قدمناه، فإنا قد لا نسلم ذلك وندعي ثبوت الخيار كالعيب والشرط، ولو سلمنا فحيث ورد الحديث فهو العمدة مع فهم المعنى فيه، وأن ما اشتمل عليه من الأحكام من محاسن الشرع كما تقدمت الإشارة إليه. وهذا الذي قاله الغزالي خالف فيه الإمام، فإنه قال في «النهاية»: إن قاعدة مذهب الشافعي تدل على أن ثبوت الخيار جار على القياس. وذكر بيان ذلك بمسألة تجعيد الشعر وتلطيخ الثوب بالمداد وشبه ذلك عند الكلام في هذه المسائل إن شاء الله تعالى، أما رد الصاع فالإمام موافق على أنه خارج على القياس، والله تعالى أعلم. وقد ذكر القاضي أبو الطيب عن أبي عبيد القاسم بن سلام أنه قال في كتابه المسمى «بالحجر والتفليس»: ناظرت محمد بن الحسن واحتججت عليه بحديث أبي هريرة «وأيما رجل مات أو أفلس» فقال: هذا من أخبار أبي هريرة، فكان ما هرب إليه أشد عليه مما هرب منه.

قال القاضي أبو الطيب: فإن قال ـ يعني الذي رده ـ إنه يكثر الحديث عن النبي ﷺ فالجواب: أن ذلك يوجب قبوله ويؤكد لزومه، وغزارة حفظه وسعة علمه، وكان الشيخ أبو محمد البافي يجيب عنه بقول البحتري:

إذا محاسني اللاتي أدل بها ... صارت ذنوبي فقل لي كيف أعتذر؟

وأبو هريرة نفسه قد أجاب عن إكثار الحديث، فإنه كان يلزم رسول الله ﷺ ودعا له النبي ﷺ بالحفظ.

فرع في علة هذا الخيار: وجهان، أحدهما: التدليس الصادر من البائع، والثاني: الضرر الحاصل للمشتري بإخلاف ما وطن نفسه عليه، ويظهر أثر الوجهين فيما لو تحفلت بنفسها أو صرها غيره بغير إذنه، والأصح: عند صاحب «التهذيب» ثبوته، وبه قطع القاضي حسين وقطع الغزالي بخلافه في الوجهين فيما إذا تحفلت بنفسها. وفي «الوسيط» حكى الوجهين، وجعل الأولى عدم الثبوت وحقيقة الوجهين ترجع إلى إلحاق خيار التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف المجمع على كل منهما فرجح: البغوي والقاضي حسين الأول، وهو مقتضى كلام الماوردي والعراقيين، ممن صرحوا أن التصرية عيب، وكذلك يقتضيه كلام الشافعي في «الأم» فإنه قال: «فإذا حلبها ثم أراد ردها بعيب التصرية» وقال أيضًا: «فإن رضي الذي ابتاع المصراة أن يمسكها بعيب التصرية» ورجح الغزالي الثاني، وتبعه عبد الغفار القزويني في «حاويه».

والمراد: بتحفلها بنفسها أن يترك صاحبها حلبها أيامًا من غير شد لا عن قصد بل نسيانًا أو لشغل عرض، فإن اللبن يجتمع في ضرعها إذا لم يصل إليها ولدها أو يتفق شد أخلافها لحركتها بنفسها لا بصنع آدمي. ولو ترك صاحبها حلبها ثلاثة أيام من غير شد الأخلاف لقصد غزارة اللبن ليراه المشتري فهو في معنى الشد بلا خلاف.

قال ابن الرفعة: ولهذا قال بعض الشارحين: وليس شد الأخلاف شرطًا بل هو الغالب وإنما المعتبر أن يترك حلبها قصدًا، قلت: وذاك داخل تحت الحديث على تفسير أبي عبيد. وقد تقدم التوفيق بينه وبين تفسير الشافعي والتي صراها أجنبي بغير إذن البائع لا شك أنها داخلة تحت اسم المصراة عليها، وإن لم يصح إطلاق اسم المصراة عليها فهي كهي في المعنى من جهة الظن الناشىء من رؤيتها، فظن السلامة في غيرها.

وأما إلحاق ذلك بالخلف جعل ذلك كالالتزام فبعيد، ولو صراها لا لأجل الخديعة ثم نسيها فقد حكى الشيخ أبو الفتح القشيري المشهور بابن دقيق العيد عن أصحابنا فيه خلافًا، ولم أر ذلك في كلامهم صريحًا، لكنه يتخرج على أنا هل ننظر إلى أن المأخذ التدليس؟ أو ظن المشتري؟.

فعلى الأول لا يثبت الخيار، لأنه لم يقصد الخديعة والتدليس، وعلى الثاني يثبت لحصول الظن، والراجح: من ذلك ثبوت الخيار نظرًا إلى المعنى وفوات ما ظنه المشتري، ولو شد أخلافها قصدًا لصيانة لبنها عن ولدها فقط، قال ابن الرفعة: فهو بلا شك كما لو تحفلت بنفسها.

قلت: وهي كالمسألة التي حكاها الشيخ أبو الفتح عن أصحابنا لكن في تلك الزيادة النسيان، وهو ليس بشرط، فإنه إذا كان القصد صحيحًا لم يحصل تدليس وخديعة وليس لقائل أن يقول: إن التدليس حاصل بعدم تبيينه وقت البيع، وهو عالم به، لأن هذا المعنى حاصل فيما إذا تحفلت بنفسها وباعها وهو عالم بالحال لا فرق بين المسألتين، وابن الرفعة سقط عليه من كلام القشيري، فنقل المسألة عنه على أنه صراها لأجل الخديعة ثم نسيها، ثم اعترض بأنه ينبغي أن يكون هذه من صور الوفاق، وهذا الاعتراض ـ لو كان الأمر كما نقله ـ صحيح لأنه حينئذٍ يكون قد حصل التدليس والظن ولا يفيد توسط النسيان، فإذن المسألة ذكرها ابن الرفعة وخرجها على ما إذا تحفلت بنفسها، والمسألة التي نقلها القشيري واحدة والمسألة التي نقلها ابن الرفعة عن القشيري بحسب النسخة التي وقعت له غلطًا مسألة أخرى ينبغي الجزم بالخيار فيها، فلذلك ذكرت المسألتين وأوجبت التنبيه عليهما، لأنهما ليسا في كلام الأصحاب صريحًا فيما علمت، والله أعلم.

فرع: لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة، والخداع محرم في الشريعة قطعًا، وهل يختص أثم فاعله بحالة علم التحريم أو لا؟ لأنه ظاهر المفسدة، قال ابن الرفعة: يشبه أن يكون الكلام فيه كما في النجش، قلت: والذي اختاره الرافعي في النجش تخصيص معصية الناجش ممن عرف التحريم بعموم أو خصوص، وحكى البيهقي من كلام الشافعي ما يقتضي ذلك، والله أعلم.

وهذا الذي ذكرت من نفي الخلاف في تحريم التصرية هو المشهور بين أصحابنا وغيرهم وحكى الشيخ أبو حامد صاحب «العدة» عن أبي حنيفة جوازه، ولو حصلت التصرية لغير قصد البيع فقد رأيت في كلام بعض الأصحاب أنها حرام، وينبغي أن يحمل ذلك على ما إذا كانت تضر بالحيوان، أما إذا لم يحصل ضرر بالحيوان ولا يلتبس على أحد فلا معنى للتحريم، وبعض الأصحاب الذي أشرت إليه هو صاحب «التتمة»، فإنه لما تكلم في إلباس العبد ثوب الكتان فرق بينه وبين التصرية، قال: إلباس ثوب الكتان من غير قصد البيع ممنوع بالشرع، بل للسيد أن يلبس عبده كل ما يحل لبسه، وأما ترك حلب اللبن من غير قصد اللبن ممنوع عنه بالشرع، ويجب حمل ذلك على ما ذكرته.

قال المصنف رحمه الله تعالى: واختلف أصحابنا في وقت الرد فمنهم من قال: يتقدر الخيار بثلاثة أيام فإن علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار في بقية الثلاث للسنة ومنهم: من قال: إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فإن لم يرد سقط خياره لأنه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب.

الشرح: الذي قال بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو القاضي أبو حامد المروروذي وعليه نص الشافعي في «اختلاف العراقيين» في باب الاختلاف في العيب في الجزء الخامس عشر من «الأم»، قال: من قبل أن المصراة قد تعرف تصريتها بعد أول حلبة في يوم وليلة وفي يومين، حتى لا يشك فيها، فلو كان الخيار إنما هو ليعلم استبانة عيب التصرية أشبه أن يقال: الخيار حتى يعلم أنها مصراة قل ذلك أو قصر كما يكون له الخيار في العيب إذا علمه بلا وقت قل ذلك أو قصر، ونقله الروياني عن نصه في «الإملاء» أيضًا، ونقله الجوري وابن المنذر من كلام الشافعي صريحًا، ولم يذكر الجوري غيره وهو الصحيح عملًا بالحديث، ويقتضي إيراد الروياني في «البحر» وابن سراقة في بيان ما لا يشيع جهله والشاشي في «الحلية» ترجيحه وهو الذي قاله الغزالي في «الخلاصة»، وقطع به القشيري والماوردي مع احتمال في كلامه. والخيار على هذا القول يكون خيار تروية كخيار الشفعة على قول وكخيار الشرط.

والثاني: وهو أنه على الفور على قول أبي علي ابن أبي هريرة فيما نقله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما، وصححه الفارقي تلميذ المصنف والبغوي في «التهذيب» والرافعي والخوارزمي في «الكافي» وابن أبي عصرون في «الانتصار».

وقال الروياني في «الحلية»: إنه القياس والاختيار، وهذان الوجهان متفقان على جواز الرد إذا اطلع على التصرية في الثلاث، وإنما الخلاف بينهما في كونهما على الفور أو يمتد إلى آخرها، وفي المسألة وجه ثالث قاله أبو إسحاق أنه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعدها أيضًا وإنما له الرد عند انقضاء الثلاث وهذا الوجه بعيد، وهكذا حكاه الروياني والبندنيجي، وسيأتي في آخر المسألة تنبيه على ما يتعلق بتحرير هذه الأوجه.

واعلم أن بين الأوجه الثلاثة اشتراكًا وافتراقًا والوجه الأول والثالث يشتركان في اعتبار الثلاث في التصرية فهي ثابتة بالشرع من غير شرط ويفترقان، فأبو إسحاق يقول: المقصود بها الوقوف على عيب التصرية فإنه لا يظهر بحلبة ولا بحلبتين فإذا حصلت الحلبة الثالثة عرف الحال، وكان الرد حينئذٍ الرد بالعيب على الفور. وأبو حامد يجعل الخيار في الثلاث كالخيار الثابت بالشرط، ويدل له قوله ﷺ: «فهو بالخيار ثلاثة أيام» جعل الثلاثة ظرفًا للخيار، وهو مخالف لما يقوله أبو إسحاق، وكلا الوجهين مباين لقول ابن أبي هريرة، فإن ابن أبي هريرة يقول: إن الخيار ثلاثة أيام. إنما يثبت بالشرط ويحمل الحديث على ذلك، والتصرية موجبة للخيار على الفور، لأنها عيب من العيوب، فبين قول ابن أبي هريرة، وقول أبي إسحاق اشتراك في جعل خيار التصرية خيار عيب ثبت على الفور، وافتراق في أن ابن أبي هريرة لا يعتبر الثلاث عند عدم الشرط أصلًا، وأبو إسحاق يعتبرها، ولذلك فإنه إذا اطلع على التصرية بعد الثلاث ثبت له الخيار على الفور عند ابن أبي هريرة ولا يثبت عند أبي إسحاق.

وتأويل ابن أبي هريرة للحديث على الاشتراط لا دليل عليه، وقول أبي حامد وابن أبي هريرة متباعدان جدًا، لكن بينهما اشتراك واحد في جعل الخيار في الثلاثة الأيام في صورة الشرط، وتلخيص هذا أن خيار التصرية عند أبي حامد خيار شرع، وعند أبي إسحاق وابن أبي هريرة خيار عيب. وخيار الثلاث عند أبي حامد بالشرع، وعند ابن أبي هريرة بالشرط، وعند أبي إسحاق بالعيب.

أصحهما وأوفقهما: للحديث ولنص الشافعي قول أبي حامد. والأصحاب نقلوا عنه أنه حكى ذلك على اختلاف العراقيين، وقد رأيته فيه كما حكاه. وقد قدمت من حكاه أيضًا.

ولأجل ذلك صححت هذا القول وخالفت الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «التصحيح»، فإني رأيت أكثر الأصحاب ممن حكى الخلاف لم يصحح شيئًا، والذين صححوا قد ذكرتهم، وهم مختلفون في التصحيح، وليس يترجح أحد الجانبين على الآخر بكثرة، والرافعي تبع في ذلك البغوي، وهو معارض بالصيمري والجوري، ومعناه الدليل من الحديث، ونص الشافعي، واعتذر البغوي عن الحديث بأنه بني الأمر على الغالب لأن الغالب أنه لا يقف على التصرية قبل ثلاثة أيام، ويحمل نقصان اللبن في اليومين على تبدل المكان وتفاوت العلف وغير ذلك، وهذا الاعتذار يوافق قول أبي إسحاق.

وأما ما قاله صاحب «التهذيب» من أنه ثبت الخيار على الفور إذا اطلع قبل مضي الثلاث فلا يناسب ذلك، ولو كان الحديث على الغالب لقال: «فهو بالخيار ثلاثة أيام» فإذن هذا العذر مع تصليح هذا الوجه لا يجتمعان اجتماعًا ظاهرًا، لكن ههنا تنبيهات.

إحداها: ما يمكن أن يكون مستندًا لأبي إسحاق وابن أبي هريرة.

أما أبو إسحاق فيمكن أن يكون مستنده الحديث باللفظ الذي أورده المصنف رحمه الله، وكذلك أورده جماعة من الأصحاب في كتبهم الفقهية. وهو قوله: «فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثًا» فإن هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد بعد أن يحلبها ثلاث حلبات يثبت له الخيار، فلا يكون له الخيار قبل انقضاء الثلاث لأن الحديث لم يدل عليه على هذا التقدير، ولا يمتد بعد الثلاث، بل يكون على الفور، لأن الحديث على هذا التقدير إنما دل على مطلق الخيار حينئذٍ فلا يمتد لأمرين أحدهما: عدم الدليل عليه، والأصل الملزوم، والثاني: القياس على ما سواه من العيوب.

لكنا قد بينا أن هذه الرواية لم تصح ولا رأيتها في شيء من الروايات فتعذر هذا البحث، وبتقدير الصحة فذلك محتمل لاحتمال أن يكون ثلاثًا متعلق بخير النظرين، ويكون الحلب مطلقًا غير مقيد بالثلاث، ويؤيده الرواية التي فيها التصريح بإثبات الخيار ثلاثًا، لكني سأنبه في التنبيه الثاني على زيادة في ذلك، فليكن المستند في رد ذلك عدم صحة الحديث.

وأما ابن أبي هريرة فمستنده أن التصرية عيب وخيار العيب على الفور، فيحمل ورود الثلاث في الحديث على ما إذا شرط الخيار ثلاثًا، وهذا منه يشبه ما ذهبت إليه الحنفية في بعض اعتذاراتهم عن الحديث، وإن لم يكن موافقًا فيما ذكروه في رد الصاع، وقوة الحديث تقتضي أن ذلك ثابت بالتصرية لا بالشرط ثم يقال لابن أبي هريرة: أنت من الموافقين على العمل بالحديث وعدم الالتفات إلى مخالفة القياس،

فليكن معمولًا به في أن هذا الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام، ولا يقاس على ما سواه من العيوب، فإن هذا الدليل أخص من الدليل الدال على أن خيار العيب على الفور.

بل إن لم يكن في مسألة العيب إجماع ولا نص يقتضي الفور فاللائق أن يجعل الخيار فيه ثلاثًا بالقياس على المصراة التي ورد فيها النص، وإن كان فيها نص أو إجماع فهو عام، وهذا خاص، والخاص مقدم على العام، فلا مستند حينئذٍ لهذا الوجه، وهو الذي صححه البغوي والرافعي، ولا لقول أبي إسحاق الذي قبله والصواب الصحيح المنصوص قول أبي حامد المروروذي، وقول ابن أبي هريرة يشهد له من جهة المذهب شيء، وهو أن في كلام الشافعي ما يقتضي أن خيار الشرط ثلاثًا في البيوع، مأخوذ من حديث المصراة، فلو كان عند الشافعي أن خيار المصراة ثابت بالشرع من غير شرط كيف كان، يستنبط منه جواز اشتراط الخيار ثلاثًا في البيوع، ويحتمل أن يقال: إن ثبوته بالشرع مع عدم الجهالة فيه مسوغ لاشتراطه، وهذا أقرب إلى ظاهر الحديث، فإنه ليس فيه تعرض للشرط، والله تعالى أعلم.

التنبيه الثاني: أن الحديث باللفظ الذي أورده المصنف رحمه الله على الاحتمال المقابل لما أبديته في مأخذ أبي إسحاق يقتضي إثبات الخيار ثلاثة أيام، ابتداؤها بعد الحلب، وهذا لا أعلم أحدًا قال به، لا أبا حامد ولا غيره، إلّا أبا بكر ابن المنذر فإنه قال: له خيار ثلاثة أيام بعد الحلب على ظاهر الحديث، وإنما قال أبو حامد بأنها من آثار العقد كخيار الشرط على ما سأذكره إن شاء الله تعالى، لكن الحديث بهذا اللفظ لم يصح، والله أعلم.

التنبيه الثالث: أن الألفاظ الصحيحة في الحديث ورد فيها «فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها» وفي الألفاظ الصحيحة في رواية أخرى «فهو بالخيار ثلاثة أيام» فاللفظ الأول يقتضي أن الخيار بعد الحلب. واللفظ الثاني يقتضي أن مدة الخيار ثلاثة أيام. ويلزم من مجموع ذلك أن يكون الخيار ثلاثة أيام ابتداؤها من الحلب، وهو الذي لم أعلم أحدًا قال به غير ابن المنذر وأما أن يعمل بالحديثين ويجعل أحدهما مبينًا للآخر، فيلزم هذا الذي لم يقل به أحد فيما علمت غير ابن المنذر وأما أن يجعلا متعارضين، فتقف الدلالة على ترجيح أن الخيار يمتد ثلاثة أيام.

والجواب: عن هذا أن قوله «فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها» محمول على الغالب لأن الرضا والسخط إنما يكون بعد الحلب، وتبين الحال، والحلب الغالب أنه يقع في الثلاثة، فإثبات الخيار ثلاثة أيام اقتضى زيادة على ما اقتضاه قوله: «بعد أن يحلبها» فعلمنا بالزائد المبين، وحملنا الآخر على الغالب، وهذا الحمل لا يأباه اللفظ بخلاف حمل قوله: «فهو بالخيار ثلاثًا» على الغالب، فإنه يأباه اللفظ،

واللائق بإرادة ذلك المعنى أن تقول: فهو بالخيار بعد ثلاث.

التنبيه الرابع: أن الأصحاب يعبرون عن الخلاف في هذه المسألة بأن الخيار هل هو خيار شرع أو خيار عيب؟ فالأول قول أبي حامد، والثاني قول أبي إسحاق، ومنهم من يعبر بأنه هل هو خيار شرط أو خيار عيب، والأول قول ابن أبي هريرة، والثاني قول أبي إسحاق، وقد علمت معنى ذلك فيما تقدم، وأن ابن أبي هريرة يوافق أبا إسحاق في أصل الخيار خيار عيب، والثلاثة عنده ثابتة بالشرط لا لأجل التصرية، بل بشرط المتعاقدين، فكلام الأصحاب كلهم مصرح بأن الخيار عند أبي حامد بالشرع لا بالعيب، وفرعوا على ذلك فروعًا سأذكرها إن شاء الله تعالى، وكأنهم أخذوا بالتسليم أن خيار العيب لا يكون إلّا على الفور.

وأنت إذا تأملت ما قدمته في جواب ابن أبي هريرة في التنبيه الأول توجه ذلك المنع لذلك، فإنا نقول لا تنافي بين الأمرين، وما المانع من أن يكون الشرع جعل خيار هذا العيب ثلاثة أيام كخيار الشرط؟ لأنه غالبًا إنما يظهر فيها، ولا يحتاج إلى أكثر منها، ولا يكون ذلك من باب التعبد المحض الذي لا يعقل له معنى، فهذا أقرب إلى المحافظة على اتباع النصوص والمعاني، وقد قال الماوردي في «الإقناع»: أن التصرية عيب يرد بها المشتري إلى مدة ثلاثة أيام، وظاهر هذا الجمع بين جعلها عيبًا أو امتداد الخيار ثلاثًا، لكنه ليس نصًا فيما أقوله، فإنه يحتمل أن يرتدا به أي وقت ظهر له التصرية في الأيام الثلاثة يرد على الفور ولا يرد بعدها، وهو قول أبي إسحاق ولذلك لم أورده، ولم أروه، ولذلك لم أذكره مع الموافقين لشيخه الصيمري في إثبات الثلاثة لأجل هذا الاحتمال كما قدمت الإشارة إليه، وقد يظهر لهذا البحث أثر في التفريع الذي سنذكره إن شاء الله تعالى.

التنبيه الخامس: أنه تقدم عن الغزالي التردد في إلحاق خيار التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف. وههنا في الأوجه الثلاثة جعلناها راجعة إلى أنه هل هو خيار شرع أو شرط أو عيب؟ ولم يذكر الخلف، فالجواب: أن خيار العيب وخيار الخلف يشتركان في أن كلا منهما على الفور، وإنما لا يفترقان فيما لا يكون من فعل البائع كتحفل الشاة بنفسها، هل يثبت أصل الخيار أو لا يثبت فالذي يقول ههنا بأنه على الفور، لا يختلف نظره، وكان التعبير عن ذلك بالعيب وبالخلف سواء.

التنبيه السادس: أنه قد تقدم أن الأصح عند صاحب «التهذيب» وغيره ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت بنفسها، وتخريج ذلك على أنه يسلك به مسلك العيب، وذلك مستمر على صحيح صاحب «التهذيب» هنا أنه على الفور، وأما على ما صححته ونص الشافعي عليه وقاله أبو حامد من أن الخيار بالشرع، فهل يكون

الحكم بثبوت الخيار ثلاثًا مستمرًا أو لا؟ فإن كان مستمرًا فلا مستند له، فإن الحديث لم يشمل إلّا التي صريت، وإلحاقه بالعيب لا يقتضي إثبات الثلاث، وإن لم يثبت خيار أصلًا كان ذلك مخالفة لصاحب «التهذيب»، وقد تقدم موافقته هناك، وإن ثبت الخيار على الفور كان ذلك موافقة له هنا، فأحد الأمرين لازم، إما مخالفة صاحب «التهذيب» هناك، وإما موافقته هنا.

والجواب: أنه يثبت الخيار ثلاثًا، لأن المعنى الذي يثبت لأجله في محل النص موجود هنا، وهو فوات الظن، وكونه من باب العيب لا يمنع إثبات الثلاث لما تقدم في التنبيه الرابع أنه لا منافاة بين ذلك وأن الدليل الدال على إثبات الثلاث هنا أخص من الدليل فيما سواه من العيوب، فلا يلزم من موافقة صاحب «التهذيب» في ثبوت الخيار هناك لوجود معنى الحديث موافقته ههنا في عدم اعتبار الثلاث، لما في ذلك من مخالفة ظاهر الحديث.

التنبيه السابع: أن قول أبي إسحاق المذكور وقع في نقله ما ينبغي التثبت فيه، فمنهم من يجعله كما حكيته فيما تقدم، وأنه يمتنع عليه الرد قبل الثلاث وبعدها وإنما له الرد عند انقضاء الثلاث، صرح بذلك الروياني وهو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد. وظاهر هذا الكلام إذا أخذ على إطلاقه يشمل ما إذا علم التصرية قبل الثلاث بإقرار البائع أو بينة، وامتناع الرد إذا أقر البائع أو قامت بينة لسببه، ففيه بعد.

والذي يقتضيه كلام القاضي حسين أن له الرد في هذه الحالة على كل قول عند العلم، فإنه حكى الأوجه الثلاثة من غير تعيين قائلها، فقال: منهم من قال هو خيار التصرية يمتد إلى ثلاثة أيام، لأنه لا يتحقق دونها حتى لو علم بعيب التصرية في الحال، بأن أقر به أو شهد له البينة يكون على الفور، ومنهم من قال هو للتروية كما في الشفعة في قول يمتد إلى ثلاثة أيام، ومنهم: من قال أراد به إذا شرط الخيار ثلاثًا، لأن خيار التصرية خيار عيب ونقيصة، فهو على الفور. انتهى.

والقول الثاني: في كلامه هو قول أبي حامد المروروذي.

والثالث: هو قول ابن أبي هريرة والأول هو ـ والله أعلم ـ قول أبي إسحاق وقد صرح عليه بثبوت الخيار إذا علم. وصاحب «التتمة» لم يحك إلّا قول أبي حامد وقول أبي إسحاق. وصرح على قول أبي إسحاق بأنه إذا علم التصرية بإقرار أو بينة وأخر الفسخ بطل خياره، فتعين أن يحمل كلام غيرهما ممن حكى المنع عن أبي إسحاق كالروياني وغيره، على أنه يمتنع عليه الرد إذا ظهر له التصرية بحلبة أو حلبتين، لأن ذلك لا يفيد العلم لاحتمال أن يكون بخلل في العلف أو لبدل الأيدي.

أما إذا حصل العلم بقول البائع أو ببينة ـ ولا مانع من ثبوت الخيار ـ وحينئذٍ يكون في هذا موافقة لابن أبي هريرة في ثبوت الخيار في الثلاثة على الفور إذا حصل العلم، لكنه مع ذلك يخالفه في أن ابن أبي هريرة يثبت الخيار إذا حصل الاطلاع على التصرية بعد الثلاث. وأبو إسحاق لا يثبته على ما حكاه الروياني، ولم يتعرض القاضي حسين لذلك بموافقة ولا مخالفة. مع أن منع الرد بعد الثلاث أيضًا مع وجود العيب بعيد. والذي حكاه الماوردي تفريعًا على قول أبي إسحاق أن له الرد إذا اطلع بعد الثلاث، ولم يحك الخلاف إلّا بين أبو حامد وأبي إسحاق، قال: ثبت عن أبي إسحاق ما صرح به الروياني ومن وافقه، فالخلاف بين ابن أبي هريرة وأبي إسحاق متحقق، وإن كان أبو إسحاق يقول بالرد بعد الثلاث أيضًا كما قاله الماوردي، وقبلها، كما قاله القاضي حسين. فحينئذٍ يتحد قوله وقول ابن أبي هريرة، لكن الشيخ أبا حامد مصرح بما قاله الروياني. ولم يحك الخلاف إلّا بين أبي إسحاق وابن أبي هريرة، وأبو حامد لا يرد نقله، فهي ثلاثة أوجه محققة، ويبعد كل البعد أن يقال أنها أربعة تمسكًا بظاهر ما قاله الروياني عن أبي إسحاق من امتناع الرد قبل الثلاث، وبما حكاه القاضي حسين ولم ينسبه. فيكون ذاك قولًا مغايرًا للثلاثة، وبه تصير أربعة. هذا بعيد لا ينبغي المصير إليه، وليس ذلك إلّا للاختلاف في النقل والتعبير عن وجه واحد وتنبيه كلام صاحب «التتمة».

ولولا تصريح الشيخ أبي حامد وغيره بالخلاف بين أبي إسحاق وابن أبي هريرة لكنت أقول أن كلامهما يرجع إلى معنى واحد، وهو أن الخيار على الفور، وأنه وجه واحد مقابل لوجه أبي حامد. وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف، لكن الأصحاب مطبقون على ذكر الخلاف بين أبي إسحاق وابن أبي هريرة، والله تعالى أعلم.

التنبيه الثامن: أن قول المصنف: «ومنهم من قال: إذا علم بالتصرية يثبت له الخيار على الفور» يحتمل أن يكون مراده إذا علم بالتصرية في الثلاثة الأيام ويحتمل مطلقًا. فإن كان المراد الثاني فالقول المذكور وهو قول ابن أبي هريرة كما ذكرناه فيما تقدم لأنه القائل بجواز الرد قبل الثلاث وبعدها على الفور. ويكون قول أبي إسحاق حينئذٍ قولًا ثالثًا في المسألة لم يتعرض المصنف لحكايته. وإن كان المراد الأول، وإن فرض المسألة في الثلاث خاصة فالقول المذكور هو قول ابن أبي هريرة باتفاق الناقلين، وهو قول أبي إسحاق أيضًا على ما تقدم عن القاضي حسين، فإنه يوافق على الرد قبل الثلاث على الفور، ولا يكون حينئذٍ في مسألة الكتاب إلّا وجهان، وتكون مسألة العلم بعد الثلاث مسكوتًا عنها، وفيها أيضًا وجهان بين ابن أبي هريرة وأبي إسحاق، فهما متفقان قبل الثلاث، مختلفان بعدها، وأبو حامد

يخالفهما قبل الثلاث، ويوافق أبا إسحاق في امتناع الرد بعدها.

التنبيه التاسع: أن اتفاق ابن أبي هريرة وأبي إسحاق على جواز الرد على الفور قبل الثلاث إذا حصل العلم بإقرار البائع وببينة ظاهر لا إشكال فيه، ولا شك أن أبا إسحاق لا يعتبر العلم بغير ذلك من ظهور التصرية بالحلبة والحلبتين كما تقدم، وأما ابن أبي هريرة فلم يصرحوا عنه في ذلك بشيء، ويحتمل أن يكون موافقًا لأبي إسحاق في ذلك، فإن الحكم بإحالة تناقص اللبن على التصرية مع احتمال إحالته على اختلاف العلف وتبدل الأيدي غير مجزوم به، ويحتمل أن يكون ابن أبي هريرة مخالفًا لأبي إسحاق في ذلك، ويكتفي في جواز الرد بظهور ذاك بالحلبة والحلبتين حيث لا معارض لذلك كما يعتمد عليه في الثلاث، فيكون ابن أبي هريرة وأبو إسحاق مختلفين قبل الثلاث من بعض الوجوه دون بعض.

التنبيه العاشر: قول المصنف: «إذا علم» يحتمل أن يريد به حقيقة العلم بإقرار البائع أو بالبينة، وذلك يسمى عالمًا في الحكم، وحينئذٍ يحصل الاتفاق بين ابن أبي هريرة وأبي إسحاق في جواز الرد قبل الثلاث، ويحتمل أن يريد به مطلق الإطلاق، ولو بدلالة الحلب، فيعود فيه الكلام الذي قدمته الآن، والله أعلم.

التفريع: لو اطلع على التصرية بعد الثلاث، فعلى قول أبي حامد قالوا ليس له الرد، لأن ذلك خيار ثبت بالشرع للتروي كخيار الشرط، فيفوت بانقضاء الثلاث، وعلى قول ابن أبي هريرة وأبي إسحاق فقد تقدم حكمه، وقال الجوري: إذا علم بالتصرية بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب، وإنما جعل الثلاث فسحة له إذا علم في أول يوم بالتصرية، أو في الثاني أن يؤخر الرد إلى الثلاث وينقطع بآخر الرد بعد ثلاث.

وأما إذا لم يعلم فهو كسائر العيوب، وهذا حسن، ويوافقه ما سنذكره عن «الإبانة» و«الوسيط»، ولو اشتراها وهو عالم بالتصرية، فعلى قول ابن أبي هريرة وأبي إسحاق لا يثبت كسائر العيوب عندهم إلّا أبا حامد، قالوا: يثبت له الخيار لأنه خيار شرع، وشبهوه بما إذا تزوجت عنينا عالمة بعنته، وعلى قول ابن أبي هريرة وأبي إسحاق لا يثبت كسائر العيوب وهو الأظهر في «المستظهري».

واعلم أن الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوته إذا اشتراها عالمًا بالتصرية ميل إلى جانب التعبد، وكل المفرعين ذكروا ذلك على قول أبي حامد حتى الماوردي، وقد نبهت فيما تقدم على أنه لا تنافي بين إثبات الثلاث وجعل ذلك من باب العيب، ويؤيده ما تقدم عن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أنه صرح في «الأم» بأن التصرية عيب، مع ما تقدم من الحكاية عن نصه أن الخيار ثلاثة أيام، فالجمع بين هذين النصين يقتضي ما

قلته، ومقتضى ذلك أنه إذا اطلع بعد الثلاث له الخيار على الفور كسائر العيوب، مع قولنا: إن الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام، وإن كان الزمن الذي قدره الشرع للخيار على سبيل التروي قد مضى، كما يكون له الخيار بعيب يطلع عليه بعد خيار الشرط، وقد يتفق أن المشتري يغفل عن ملاحظتها في مدة الثلاثة الأيام بأن يكون في يد وكيله أو البائع أو غيرهما، ثم يطلع بعد الثلاث على التصرية دون تناقص اللبن في الحلبات الماضية.

وأما إذا اشتراها وهو عالم بالتصرية فيحتمل أن يقال: ثبوت الخيار كما ذكروه في التفريع على هذا القول مع كونه عيبًا، لأن هذا العيب لا يوقف على حقيقته في العادة إلّا بالثلاث، فلا يفيد العلم بكونها مصراة حتى يحلبها ثلاثًا، فحينئذٍ يعلم مقدار لبنها الأصلي، وقبل ذلك يكون رضًا بأمر مجهول، كما يقول في بيع العين الغائبة إذا قلنا بصحته أنه ينفذ فسخه قبل الرؤية، ولا ينفذ إجازته على الأصح على قول بيع الغائب، فكذلك ههنا، وفي ذلك تمسك بظاهر الحديث ومراعاة المعنى وبه يتجه إثبات الخيار مع العلم، ولا يلزم منه إسقاط الخيار إذا اطلع على التصرية بعد الثلاث.

ومما يرشد إلى المعنى في ذلك ما ورد في الحديث «بيع المحفلات خلابة، ولا تحل الخلابة لمسلم»[1] روي ذلك عن ابن مسعود مرفوعًا إلى النبي ﷺ وموقوفًا على ابن مسعود، والوقف أصح، والرفع ضعيف، ولكن يستأنس بذلك في المعنى، وهو يرشد إلى إلحاق هذا الخيار بخيار العيب، كما أن من باع عينًا علم عيبها ولم يبين فقد حصلت منه الخلابة، وهي الخديعة، وأما الذي يشترط وصفًا في المبيع بحيث إذا ظهر خلافه يرد عليه ليس حاله حال المخادع، فأفادنا الأثر المذكور أن الخديعة في البيع على تلك الصورة، وأن التصرية ـ وإن لم تكن من البائع ـ تثبت الخيار، لأنه بالبيع معها من غير تبيين مخادع، كما أن بائع العين المعيبة مخادع، وإن كان العيب ليس منه، فهذا المعنى يقتضي ثبوت الخيار، أي وقت اطلع عليه.

ثم في المصراة معنى آخر، وهو أنه لا يوقف على عيبها في العادة إلّا بثلاثة أيام فزيد فيها هذا الحكم، ولم يسقط بالعلم كغيرها من العيوب، لأن العلم بالتصرية لا يفيد الغرض، وينخرم به الخدش على مقدار اللبن الأصلي، فهذا ما ظهر لي في هاتين المسألتين، وأنه يثبت الخيار ثلاثًا مع العلم، ويثبت إذا اطلع على عيب التصرية بعد ثلاث على الفور، وقد قدمت عن الجوري القول بذلك، وابن

(١) أخرجه أحمد في المسند (١/ ٤٣٣) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٤١).

المنذر لما نقل عن الشافعي وناس من أهل الحديث أنهم يجعلون لمشتريه خيار ثلاثة أيام.

قال: وفي مذهب بعض المدنيين له الخيار ـ متى تبين له أنها مصراة ـ أن يردها، قلت: وهذا هو قول ابن أبي هريرة، وقد خرج صاحب «التتمة» بأنه إذا علم التصرية لا خيار له وحكى الوجهين فيما إذا توهمها أو أخبره بها من لا يثق بخبره ثم تحقيق ذلك عنده.

وقال الشيخ أبو حامد رحمه الله: إذا علم التصرية ثم لم يدم اللبن بل عاد إلى ما كان عليه قبل التصرية، فهل له الرد؟ فيه وجهان، وهذا الكلام يوهم أنه لو دام على ما أشعرت به التصرية لم يكن له الرد، وأن الخلاف مقصور على ما إذا رجع إلى ما كان عليه، ويؤيده أنهم قد شبهوا ذلك بما إذا تزوجت عنينًا عن غيرها على رجاء أن لا يكون عنينًا عنها، فإذا تحققت عنته عنها أيضًا ثبت لها الخيار ولا شك أنه لو لم يعن عنها لم يثبت لها خيار.

لكن الخلاف في مسألة المصراة مطلق، لأن مأخذ إثبات الخيار أنه خيار شرع ثابت بالحديث، وذلك لا يختلف، نعم يمكن أن يقال: إن جعلنا الخيار خيار شرع فيثبت في حالة العلم بالتصرية، سواء دام اللبن أو لم يدم، وإن جعلناه خيار عيب فيأتي فيه الخلاف كما أشعر به كلام أبي حامد، وللمأخذ الذي ذكره من الإلحاق بمسألة العنين.

وفي «الإبانة» و«الوسيط» الجزم بأنه إن كان بعد مضي الثلاث فالخيار على الفور وإن كان قبله فوجهان، وهذه العبارة قد يؤخذ منها أنه على أحد الوجهين يمتد الخيار إلى ثلاثة أيام، وأنه إن اطلع بعد الثلاث كان على الفور، وهو الذي تقدم اختياري له، لكني لا أعلم من قال بذلك من الأصحاب.

وما اقتضاه كلام الفوراني المذكور يقوي التمسك به في ذلك، لأنه لم ينقل عن شخص معين أنه قال بمجموع ذلك، وإنما اقتصرت على قول الفوراني بعد الثلاث، وعلى الوجهين قبله، وكان الأولى في الترتيب في الصنف خلافه، إلّا أن يكون عنده وجه بذلك، فيكون موافقًا لما اخترته، ويمكن أن يقال: لا حاجة إلى نقله عن غيره، بل كلام الفوراني وحده يكون في إثبات طريقة في المذهب في الجزم بالفور بعد الثلاث، والتردد قبلها، ومن ذلك يخرج القول المختار ففيه وجهان أحدهما: له الخيار للتدليس، والثاني: لا، لعدم الضرر.

فرع: إذا قلنا بأن الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام، فهل ابتداؤها من حين العقد، أو من التفرق، فيه الوجهان في خيار الشرط، هكذا قال الرافعي رحمه الله تبعًا للشيخ أبي

محمد وصاحب «التتمة» والأصح: من الوجهين في خيار الشرط أن ابتداؤه من العقد.

وقد قال الجوري هنا: إن الأصح أن أول وقت الثلاث من التفرق، قال: لأن الفرقة تبيح له التبسط بالحلب وغير ذلك، وقبل التفرق ممنوع من التصرف، وخيار المجلس لهما جميعًا، وإذا تفرقا بطل خيار البائع، وحصل للمشتري خيار الثلاث، وفي «المجرد من تعليق أبي حامد» أن ابتداء الثلاث على مذهب المروزي التفرق، وعلى مذهب ابن أبي هريرة على وجهين.

فرع: لو اشترط خيار الثلاث للبائع في المصراة. قال الجوري: لم يجز لأن الخيار يمنع المشتري من الحلب وسائر التصرف، وترك الحلب والتصرف في الشاة يؤدي إلى الإضرار بالشاة، هكذا قاله الجوري، ووقفت عليه في كتابه ونقله ابن الرفعة عنه وسكت عنه ولك أن تقول: لم لا يكون الحلب وجواز التصرف لمن الملك له؟ فإن حكم بأن الملك للبائع فله الحلب وإلّا فللمشتري ولا يحصل بذلك إضرار بالشاة، نعم ذلك يؤدي إلى محظور على قولنا: إن الملك للبائع في زمن الخيار، لأن اللبن الحادث يكون تبعًا للملك وإن تم العقد على الأصح فاللبن الموجود عند العقد للمشتري لدخوله في العقد واختلاطهما معلوم.

فلو شرط الخيار للبائع وحكم بأن الملك له في اللبن الحادث للزم هذا المحذور فيؤدي إلى بطلان البيع بخلاف خيار المجلس، فإن مدته قصيرة غالبًا، وأيضًا فالقول بأن الملك للبائع في خيار المجلس ضعيف، بخلاف خيار الشرط إذا كان للبائع وحده. وقد يقال: إن ما علل به الجوري صحيح، وإن التصرف في المبيع أو في جزئه، وإن حكمنا بأن الملك للبائع ممتنع، وإن كان إذا تصرف يصح كما ذكر الأصحاب في بعض التصرفات. وأما الحل فلم يذكروه فإن ثبت تحريم على التصرف لزم ما قاله الجوري، لأن التصرف بالحلب تصرف في المبيع وإذا منعنا من ذلك أدى إلى الإضرار بالشاة كما قال، والله أعلم.

فرع: لو اشترط الخيار للمشتري وحده. قال ابن الرفعة: فيشبه أن يكون ابتداء الثلاث في التصرف من انقضاء خيار الشرط للمشتري. إذا قلنا عند فقده: إنه من انقضاء خيار المجلس. حذرًا من اجتماع متجانسين كالأجل ذلك. قلنا: إن ابتداء خيار الشرط من حين التفرق، قلت: وهذا بعيد لأن التصرية تتبين في الثلاثة الأولى، فإثبات ثلاثة أخرى لا وجه له، والأولى أن نقول على هذا القول أنه لا حاجة إلى شرط الخيار للمشتري، لأنه ثابت بالشرع، فكان كما لو شرط خيار المجلس، فإن ذلك لغو لا فائدة فيه، والله أعلم.

فإن صح ذلك فتكون هذه المسألة من المسائل التي يثبت فيها خيار المجلس ولا يثبت فيها خيار الشرط للبائع وحده، ولا للمشتري وحده، وأما شرطه لهما فيحتمل أن يمتنع أيضًا أخذًا مما قاله الجوري ومما قلته، ويحتمل أن يجوز، ولا يمتنع التصرف بالحلب، لأن الأصل استمرار العقد ومنه ثبتا، وفي الصورة التي ذكرها الجوري نظر في أنه إذا كان الخيار للمشتري بالشرع لأجل التصرية، فلو صححنا اشتراط الخيار مع ذلك للبائع هل يكون ثبوت الخيار لهما بهذين الشيئين كثبوته بالشرط حتى لا يحكم بالملك للبائع حينئذٍ أو لا؟ لا، لاختلاف سببهما وهو الظاهر، والله أعلم.

فرع: إذا اشتراها وهي مصراة ولم يعلم بها حتى ثبت لبنها على الحد الذي أشعرت به التصرية وصار عادة بتغير المرعى، ففيه وجهان، أحدهما: له الخيار للتدليس، والثاني: لا، لعدم الضرر. قال القاضي أبو الطيب: والأول أصح، قلت: وهذا على رأيه في أنه خيار عيب، وشبهوا هذين الوجهين بالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم إلّا بعد زواله، وبالقولين فيما إذا أعتقت الأمة تحت عبد ولم يعلم عتقها حتى عتق الزوج، وفي تعليق سليم عن أبي حامد، قال الشيخ: أما القولان فعلى ما قال. وكذلك مسألة العيب، فأما هذه المسألة فلا أعرف لإثبات الخيار وجهًا لأن نقصان اللبن ليس بعيب في الأصل، وإنما كانت تثبت الخيار للجمع وقد استدام له ذلك.

قلت: وليس الْامر كذلك بل له وجه ظاهر، لأن هذه الأمور العارضة على خلاف الجبلة لا يوثق بدوامها، بخلاف اللبن المعتاد من أصل الخلقة. ومن المعلوم أن الكلام في هذا الفرع إذا جعلنا له الرد من باب العيب. أما من يجعل الخيار بالشرع ويبين ذلك في الثلاثة فله الرد بلا إشكال، وبنى الجرجاني الوجهين على أن الخيار هل هو خيار خلف أو خيار عيب؟ فإن جعلناه خيار خلف فلا يثبت ههنا، لأنه لم يخلف، وإن جعلناه خيار عيب فينبني على أن من اشترى سلعة وبها عيب فلم يعرف إلّا بعد زواله هل يثبت له الخيار؟.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن اختار رد المصراة رد بدل اللبن الذي أخذه، واختلفت الرواية فيه، فروى أبو هريرة «صاعًا من تمر» وروى ابن عمر «مثل أو مثلي لبنها قمحًا» واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو العباس ابن سريج: يرد في كل بلد من غالب قوته، وحمل حديث أبي هريرة على من غالب قوت بلده التمر. وحديث ابن عمر على من غالب قوت بلده القمح، كما قال في زكاة الفطر: «وصاعًا من تمر أو صاعًا من شعير» وأراد التمر لمن قوته التمر، والشعير لمن قوته الشعير. وقال أبو إسحاق: الواجب صاع من التمر لحديث أبي هريرة، وتأول

حديث ابن عمر عليه إذا كان مثل لبنها من القمح أكثر قيمة من صاع التمر فتطوع به.

الشرح: رواية أبي هريرة وابن عمر تقدم بيانهما. وأن الرواية إلى ابن عمر غير قوية.

أما الأحكام: فالمشتري للمصراة إما أن يختار إمساكها وإما أن يختار ردها، وإذا اختار الرد فإما قبل الحلب وإما بعده. وإذا كان بعده فإما مع بقاء اللبن وإما بعد تلفه، فهذه أربعة أحوال سكت المصنف عن الحالتين الأولتين لسهولة الأمر فيهما. وذكر الحالتين الآخرتين إحداهما في هذه القطعة من الفصل، والأخرى في القطعة التي ستأتي في كلامه إن شاء الله تعالى، فلنذكر الأحوال الثلاث ونقدم الصور التي فرضها المصنف وهي ما إذا أراد ردها.

وصورة المسألة إذا كان ذلك بعد الحلب، وكان اللبن تالفًا. فقد اتفق الأصحاب على جواز ردها وردّ بدل اللبن، ولا يخرج ردها على الخلاف في تفريق الصفقة، لتلف بعض المبيع وهو اللبن اتباعًا للأخبار الواردة في الباب، على أن اللبن على رأي لا يقابله قسط من الثمن وسيأتي في الحالة الثالثة تحقيق النقل في هذا الرأي. ولا أعلم أحدًا حكى خلافًا في جواز الرد، إلّا ابن أبي الدم فإنه قال: فيه وجه حكاه الإمام أنه إذا حلب اللبن فتلف امتنع عليه رد الشاة، قياسًا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر، ولا وجه لهذا الوجه مع الحديث.

قلت: وهذا الوجه لم أقف عليه في «النهاية». ولعله اشتبه بالوجه الذي سنذكره في الحالة الثالثة إذا ردها بعيب غير التصرية. قال ذلك الوجه في «النهاية»، أما ههنا فلا. ثم اختلفوا في المضموم إلى المصراة الرد في جنسه وقدره لأجل اختلاف الأحاديث الواردة أما الجنس وهو الذي ذكره المصنف فقد حكى المصنف فيه وجهين، والأول منهما نسبه الشيخ أبو حامد فيما علق سليم عنه والقاضي أبو الطيب إلى ابن سريج كما نسبه المصنف رحمه الله، وأن الواجب عنده في كل بلد غالب قوتها ونسبه الماوردي إلى أبي سعيد الإصطخري ونسبه الروياني إليهما.

وقال في «الحلية»: إنه القياس. ونسبه المحاملي والشيخ أبو حامد في «تعليق البندنيجي» عنه إلى ابن أبي هريرة وهو غريب، ونسبه الجوري لما تكلم في مسألة الجارية إلى ابن سلمة. قال: فكان ابن سريج وابن سلمة يردانها مع صاع من أقرب قوت البلد، فإن صحت هذه النقولات فلعلهم الأربعة قائلون بهذا الوجه. وظاهر كلام هؤلاء الناقلين أنه لا يجوز على هذا الوجه التمر إذا لم يكن غالبًا. أو يكون حكمه كما لو عدل إليه عن القوت الواجب في زكاة الفطر، وفيه خلاف. والجوري

جعل محل الخلاف فيما إذا علم الثمن فحكى فيه قولين، أحدهما: يعتبر غالب قوت البلد، والثاني: لا يجوز إلّا التمر. وصاحب «التتمة» قال: إنه لا يختلف المذهب أنه لو رد التمر جاز وأنه لو رد بدله شيئًا آخر كالحنطة أو الشعير ففيه وجهان، أحدهما: عليه رد الثمن ولا يجب على البائع قبول غيره، والثاني: يجوز أن يرد بدله صاعًا من قوته وكلا هذين الصنفين يخالف ظاهر إطلاق الأولين وكلام الرافعي يوافق كلام صاحب «التتمة» فإنه صور كلامه بأنه يرد التمر. ثم حكى الخلاف في تعينه وقيام غيره مقامه، والمراد بعدم الجواز هنا أنه لا يجبر البائع على قبوله. أما عند التراضي فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى.

فإذا جمعت ما قاله الجوري وصاحب «التتمة» مع اقتضاء كلام الأكثرين حصل لك في رد الغالب من قوت البلد ثلاثة أوجه، أحدها: أنه واجب، والثاني: أنه جائز، وهو مقتضى كلام الرافعي وصاحب «التهذيب» والثالث: التفرقة بين أن يكون التمر موجودًا فيمتنع، أو معدومًا فيجوز، ويكون حينئذٍ هو الواجب، ويحتمل أن تكون هذه ثلاثة أوجه محققة من قائلين مختلفين. ويحتمل أن يكون اختلافًا في تحقيق قول واحد.

أما عن بعض الأصحاب كابن سريج أو عن الشافعي كما اقتضاه إطلاق الجوري قولين، وبالجملة فلك أن تعتمد على ذلك في حكاية الخلاف على هذه المقالات الثلاث، وكلها ضعيفة والصحيح خلافها كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وقد نقل الأئمة عن ابن سريج أنه جعل اختلاف الأحاديث على ذلك. وأن النبي ﷺ اختلف لفظه لذلك فقال: «صاعًا من تمر بالمدينة» لأن غالب قوتها التمر، وكانت الحنطة بها عزيزة وقال: «صاعًا من طعام لا سمراء» حيث يكون الغالب من القوت الشعير أو الذرة أو الأرز، وقال: «مثل لبنها قمحًا» وأراد به الصاع لأن الغالب أنه مثل اللبن الذي في الضرع. وقصد به اللبن الذي يكون ذلك غالب قوته.

ووراء هذه الأوجه الثلاثة غير القول بتعين التمر الذي ذكره المصنف رحمه الله وجه رابع أنه يرد صاعًا من أي الأقوات المزكاة شاء. من تمر أو بر أو شعير أو زبيب، ويكون ذلك على التخيير. نقله الماوردي عن ابن أبي هريرة وقد تقدم نقل المحاملي عنه للوجه الأول، والله أعلم.

وقال الماوردي بعد حكاية هذا القول: وقوله: «مثلي لبنها قمحًا» لأنه في الغالب يكون صاعًا لأن الغالب في الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع. يعني ويكون تردد الرواية في ذلك محمولًا على التنويع، مثل لبنها إن كان كثيرًا، قدر لبنها إن كان كبيرًا قدر صاع، أو مثلي لبنها إن كان قليلًا، وهو الغالب على الشياة في بلادهم.

وممن ذهب إلى هذا الوجه أبو بكر أحمد بن إسماعيل الإسماعيلي، فإنه قال في كتابه «المستخرج على صحيح البخاري»: وفي قوله: «صاع من تمر لا سمراء» دليل على أن معنى هو المقصود لا الاقتصار على اللفظ، لأن التمر اسم لنوع معروف وقوله: «سمراء» لو كان نوع التمر هو المقصود لم يكن لقوله لا سمراء معنى، فثبت أن المعنى التمر، وما قام مقامه لا يكنى سمراء.

قلت: ولا يلزم ذلك. وليست (لا) متعينة في الإخراج، وإنما هي هنا عاطفة، مثلها في قولك: جاءني رجل لا امرأة والمعنى في ذلك نفي توهم أن تكون السمراء مجزئة. فهذه الأوجه الأربعة مشتركة في أن التمر غير متعين. بل يقوم مقامه غيره، وهؤلاء الذين قالوا بأن غيره يقوم مقامه قصروا ذلك على الأقوات كما في صدقة الفطر، وإنما الخلاف ههنا في التخيير أو في اعتبار الغالب من قوت البلد، وهو الصحيح على القول بعدم تعيين التمر. قال الإمام: لكن لا نتعدى هنا إلى الأقط بخلاف ما في صدقة الفطر للخبر. وهذا الذي قاله الإمام يوافقه ما تقدم عن الماوردي في نقل قول التخيير.

وقوله: إن ذلك في الأقوات المزكاة وإن كان قد أطلق النقل في قول الإصطخري ووراء هذه الأوجه الأربعة على القول بأن التمر لا يتعين وجه خامس عن حكاية الشيخ أبي محمد، واختلف في التعبير عنه (فقال ولده إمام الحرمين) وهو أعرف بمراده: ذكر شيخي مسلكًا غريبًا زائدًا على ما ذكره الأصحاب في طرقهم فقال: من أصحابنا من قال: يجري في اللبن على قياس المضمونات فإن بقي عينه ولم يتغير رده، وليس عليه رد غيره، وإن تغير مثله. فإن اللبن من ذوات الأمثال. فإن أعوز المثل فالرجوع إلى القيمة. وقد أومأ إليه صاحب «التقريب» ولم يصرح به. وهذا عندي غلط صريح وترك لمذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، بل هو حيد عن مأخذ مذهبه. ويبطل عليه مذهب الشافعي في مسألة المصراة، ولم يبق إلّا الخيار فإن اعتمدنا فيه الخبر لم يبعد من الخصم حمله على شرط الغزارة مع تأكيد الشرط بالتحفيل، فهو إذن هفوة غير معدودة من المذهب لا عود إليها. هذا ما ذكره الإمام في ذلك وهو أعرف بمراد والده، والأمر في تضعيفه كما ذكره فإن ذلك مجانب للحديث والمذهب.

ويقتضي أن التمر ليس الواجب أصلًا وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله والرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ صدر كلامه بأنه يرد التمر ثم جعل ما حكاه الشيخ أبو محمد رَحِمَهُ اللَّهُ على أنه يقوم مقام التمر غيره حتى لو عدل إلى مثل اللبن أو إلى قيمته عند إعواز المثل أجبر البائع على القبول اعتبارًا بسائر المتلفات، وفي هذا تأويل لكلام الشيخ أبي

محمد رَحِمَهُ اللَّهُ وأن إيراده يرده إن شاء، وليس عليه رده حتمًا، وذلك موافق لما سيأتي في الكتاب في هذا الفصل أن البائع يجبر ـ على وجه ـ على قبول اللبن إذا كان باقيًا، ومال ابن الرفعة إلى هذا التأويل، وقال: إن كلام الشيخ أبي محمد رَحِمَهُ اللَّهُ في «السلسلة» ينطبق عليه، لكن هذا التأويل يأباه ظاهر حكاية الإمام عنه. وقوله: أنه يجري في اللبن على قياس المضمونات، وأيضًا فإن الوجه الذي سيأتي في كلام المصنف رحمه الله إنما هو في حالة بقاء اللبن، والإمام ـ وإن كان كلامه عن الشيخ أبي محمد في حالة بقاء اللبن أيضًا ـ لكن قوله: أنه على قياس المضمونات نعم، وأيضًا كلام الرافعي في ذلك: إنما هو في حالة التلف، فإن حمل على هذا التأويل على بعده وأن الواجب الأصلي هو التمر وله أن يعدل عنه إلى مثله فعلى بعده ليس على قياس المضمونات، كما اقتضاه كلام الإمام عنه، وهو وجه آخر غير ما ذكره الأصحاب في الحالتين أعني حالة تلف اللبن، وحالة بقائه خلافًا لما قاله ابن الرفعة، أن ذلك ليس خارجًا عن كلام الأصحاب، وإن كان المراد ظاهر ما نقله الإمام، ففي ذلك مخالفة لما نقله الرافعي، وهو في غاية المصادمة للحديث والمذهب.

قال ابن الرفعة: لكن له وجه، فإن اللبن الكائن في الضرع قبل الحلب يسير لا يتمول فصار تابعًا لما في الضرع كما إذا اختلط بالثمرة المبيعة ونحوها شيء من مال البائع لا قيمة له فإنه لا يمنع وجوب التسليم عليه للمشتري، ولهذا حكى الماوردي طريقة قاطعة بأنه إذا اشترى رطبة فلم يأخذها حتى طالت أن الزيادة تكون للمشتري ككبر الثمرة، وقد حكى الإمام مثل ذلك عن شيخه فيما إذا باع صاعًا من اللبن الذي في الضرع، وقد رأى منه أنموذجًا فقال: وكأن شيخي سابق في التصوير، ويقول: إذا ابتدر حلبه واللبن على كمال الدرة لم يظهر اختلاط شيء به، له قدر به سألاه، وإن فرض شيء على ندور لمثله محتمل، كما إذا باع جزة من قرظ.

قال ابن الرفعة: والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره، فإنه يقتضي أن الرد بعد ثلاث، واللبن إذ ذاك يكون تالفًا في الغالب، نعم المشكل قوله: عند تعيين اللبن، يعني بالحموضة بوجوب رد مثله. والخبر إذا خرج مخرج الغالب يوجب رد غيره، فالغرابة في هذا، لكنه قياس إيجاب رد اللبن عند عدم التغير نظرًا إلى جعل زيادة اللبن بالحلب تابعة، وإذا وجب رد المثل فتعذر كان الواجب قيمته.

قلت: وهذا التكلف على طوله ليس فيه محافظة على ظاهر ما نقل عن الشيخ أبي محمد من الجري على قياس المضمونات، فإن ما ذكره ابن الرفعة مقتصر على حالة بقاء اللبن، وحمل الحديث على الغالب، ثم ذلك غير متجه من وجهين أحدهما: أن مقتضى ذلك أن لا يجوز الرد قبل ثلاث، وهو لا يقول بذلك على ما

هو المشهور من المذهب والثاني: أن غاية ذلك إبداء وجه من القياس لرد اللبن، ونحن لا نذكر أن القياس قد يقتضي ذلك ولكن المتبع في ذلك الحديث وهو عمدة المذهب في ذاك فالعدول عنه خروج عن المذهب. وكلام الشيخ أبي محمد في «السلسلة» مقتصر بظاهره على حالة التلف فإنه قال في حكاية الوجه: للمشتري جبر البائع على قبول المثل إن كان المثل موجودًا، وإلّا عدل إلى الدراهم كسائر المتلفات، والله تعالى أعلم.

فهذه الخمسة الأوجه على ما اقتضاه كلام الرافعي يجمعها القول بأن التمر لا يتعين، وعلى ما يشعر به ظاهر كلام الإمام الأربعة الأولى مشتركة في ذلك، وهذا الخامس لا يشاركها بل يتعين عليه رد اللبن أو مثله أو قيمته على الأحوال التي ذكرها، ويقابل ذلك كله الوجه الثاني الذي ذكره المصنف عن أبي إسحاق المروزي أن الواجب صاع من التمر، وهذا الوجه هو الصحيح، اتباعًا لحديث أبي هريرة رضي الله عنه، ممن صحح هذا الوجه الشيخ أبو محمد في «السلسلة»، والرافعي والنووي، وممن نسبه إلى أبي إسحاق كما نسبه المصنف رحمه الله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ وغيرهم.

واختلف القائلون لهذا الوجه فقال الماوردي: على هذا لا يجوز العدول إلى غير التمر. ولو أعوز التمر أعطي قيمته. وفي قيمته وجهان، أحدهما: قيمته في أقرب بلاد التمر إليه، والثاني: قيمته بالمدينة. وقال القاضي أبو الطيب والبغوي عن أبي إسحاق: إنه إن عدل إلى ما هو أعلى منه جاز، وإن عدل إلى ما هو دونه لا يجوز إلّا برضا البائع، هكذا قال البغوي وفيه «التنبيه» على أنه إذا عدل إلى الأعلى جاز من غير رضا البائع، وكلام البغوي يقتضي أن الحنطة أعلى من التمر، وكلام أبي الطيب مصرح بأنها قد تكون أعلى وقد تكون أدون، وكأنه راعى في ذلك القيمة، وكأن البغوي راعى في ذلك الاقتيات فحصل من هذين النقلين عن أبي إسحاق وجهان.

والعجب أن الرافعي رحمه الله عمدته «التهذيب»: ولم يحك عن أبي إسحاق ما حكاه البغوي فيه، وإنما حكى عن أبي إسحاق ما حكيناه عن نقل الماوردي، ولم يحك عن الماوردي أيضًا عند الإعواز إلّا اعتبار قيمة المدينة، وكلام المصنف منطبق على ما حكاه القاضي أبو الطيب والبغوي، فقد اجتمع في جنس المردود مع المصراة سبعة أوجه، ولك في ترتيبها طريقان، أحدهما: أن تقول في الواجب ثلاثة أوجه. أحدها: على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الإمام.

والثاني: التمر، والثالث: جنس الأقوات فإن قلنا: بالتمر فهل نعدل إلى أعلى

منه أو إلى غالب قوت البلد، أو يتعين أو يفرق بين أن يكون التمر موجودًا فتعين، أو معدومًا فيعدل إلى الغالب؟ أربعة أوجه وإن قلنا: بالأقوات فهل يتعين الغالب أو يتخير؟ وجهان.

والطريقة الثانية: أن نقول: الواجب التمر، وهل يتعين؟ وجهان فإن قلنا: يتعين فهل يعدل إلى أعلى منه؟ وجهان، وإن قلنا: لا يتعين، فهل يقوم مقامه الأقوات، أو الأقوات وغيرها؟ وجهان، الثاني: قول الشيخ أبي محمد وإن قلنا: الأقوات وحدها، فهل يتخير أو يتعين الغالب؟ وجهان، وهذه الطريقة مقتضى ترتيب الرافعي، وليس في كلام الرافعي رحمه الله إلّا أربعة أوجه، ولم يحك وجه العدول إلى الأعلى ولا التفرقة بين أن يكون التمر موجودًا أو معدومًا ولا وجه الجري على قياس المضمونات على الإطلاق، ولا القول بأن الواجب الغالب عينًا ظاهر ما حكاه الإمام، وليس لك أن تأخذ من هذا الكلام إثبات وجه ثامن جمعًا بين ما اقتضاه كلام الإمام وكلام الرافعي في النقل عن الشيخ أبي محمد، لأن ذلك اختلاف في فهم كلام رجل واحد من الأصحاب، وإنما يصح إثبات وجهين لو ثبتا جميعًا عنه، أو قائلين، وليس الأمر ههنا على هذه الصورة.

فإن قلت: ما ذكرت أن الرافعي سكت عنه مما حكاه صاحب «التهذيب» عن أبي إسحاق قد شمله قول الرافعي رحمه الله، أن الاعتبار بغالب قوت البلد يعني في القيام مقام التمر، فهذا هو العدول من التمر إلى أعلى منه.

قلت: ليس كذلك، لأنه ليس غالب قوت البلد أعلى من التمر على الإطلاق لا في الاقتيات ولا في القيمة، فقد يكون بلد غالب قوته قوت هو أدنى من التمر قوتًا وقيمة، وقد نقل الأصحاب عن أبي إسحاق أنه جعل ترتيب الأخبار على القول المنقول عنه، كما أشار إليه المصنف رحمه الله إليه، فصرح بالتمر في حديث وفي حديث آخر قال: «من طعام» وأراد التمر، وفي آخر قال: «قمحًا» وذلك إذا كان القمح أعز، ورضي بذلك.

وحيث قال: «مثل» أو «مثلي لبنها» أراد إذا كان قدر ذلك صاعًا، وهذا الترتيب يوافق ما حكاه عنه المصنف والقاضي أبو الطيب والبغوي، وكذلك هو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد عنه، وأما ما حكاه عنه الماوردي والرافعي فلا يوافق ذلك، لأنه لا يجوز إخراج غير التمر أصلًا.

فإن قلت: ما الصحيح من هذه الأوجه؟ قلت: تصحيح أن الواجب هو التمر، لأن الأحاديث الصحيحة مصرحة بالتمر، والتي فيها الطعام مطلقًا محمولة عليه، لأن المطلق محمول على المقيد.

وأما حديث ابن عمر الذي فيه القمح فقد تقدم التنبيه على ضعف طريقه، ولا حاجة إلى ما تأوله ابن سريج وأبو إسحاق عليه فيكون الصحيح أن الواجب هو التمر لا شبهة فيه. لكن هل يتعين ولا يجوز غيره كما نقله الماوردي عن أبي إسحاق؟ أو يقوم مقامه ما هو أعلى منه كما نقله الباقون؟ هذا محل النظر وقد قال الرافعي: أن الأصح عند الشيخ أبي محمد وغيره أنه يتعين التمر ولا يعدل عنه ولم يحك الرافعي عن أبي إسحاق غير ذلك. وظاهر ذلك تصحيح لما نقله الماوردي. وإن غير التمر لا يجوز. كذلك هو في «المحرر». وصححه النووي أيضًا، وهو الذي يقتضيه ظاهر الحديث، اللهم إلّا أن يكون ذلك برضا البائع وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى.

لكن قد يتوقف في هذا التصحيح لأمرين، أحدهما: أن حكاية الأكثرين عن أبي إسحاق أنه يجوز العدول إلى الأعلى، كما اقتضاه كلام المصنف وغيره، وكثرة القائلين لذلك عن أبي إسحاق يقتضي على ما نقله الماوردي عينه وتبين مراد أبي إسحاق ولا يبعد أن يتناول كلام الماوردي. وإن كان خلاف الظاهر ليوافق كلام الأكثرين. وإذا لم يتحقق هذا الوجه عن أبي إسحاق. وليس منقولًا عن غيره فكيف نقضي بصحته، الثاني: أن الأصحاب اتفقوا في زكاة الفطر على أنه يجوز العدول عن القوت الواجب إلى قوت أعلى منه. فإذا عدل عن التمر إلى ما هو أعلى ينبغي أن يجوز.

والأصح: أن الاعتبار بزيادة الاقتيات. والقمح أعلى بذلك الاعتبار. وإن اعتبرنا القيمة على الوجه الأخير فقد يكون القمح في بعض الأوقات أكثر من قيمة التمر. فلو كان التمر في المصراة متعينًا حتى لا يجوز غيره، وإن كان أعلى.

فالجواب: أما اختلاف النقل عن أبي إسحاق وكون ذلك يقتضي التوقف في نسبة هذا القول إليه أو إلى غيره، ويلزم من ذلك أن لا يكون متحققًا، فهو بحث صحيح. ولكن لنا أن نتمسك في أن الواجب هو التمر بظاهر كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وقوله: أن يرد صاعًا من تمر، وقوله: أن ذلك ثمن واحد وقته رسول الله ﷺ إذا كان نص الحديث ونص صاحب «المهذب» يقتضي أن بدل اللبن هو التمر فيمكن للمشتري من إعطاء بدله بغير رضا مستحقه على خلاف القواعد، لا يدل عليه دليل. ويكفي التمسك في الصحيح بنص صاحب «المهذب» المستند إلى دليل. وأما من يشترط في التصحيح موافقة معظم الأصحاب فيحتاج إلى بيان ذلك ههنا في هذه المسألة. ولم أقف من كلام الأصحاب على ما يقتضي ذلك، ولا على نسبة القول المذكور إلى غير أبي إسحاق. نعم الإمام قال: ذهب ذاهبون إلى أن الأصل التمر فلا معدل عنه. وهذا الذي نقله الإمام يوافق ما نقله الماوردي عن أبي إسحاق،

فيحتمل أن يكون مراد الإمام بالذاهبين أبا إسحاق ومتابعيه، ويعود ما تقدم من جهة اختلاف النقل عنه.

وبالجملة فمستند من لم يقل من الأصحاب على كثرتهم يتعين التمر اختلاف الرواية ومجيء القمح في بعض الروايات. وقال الإمام: إن ذلك الذي مهد لأصحاب القوت مذهبهم، وإلّا فالأصل الاتباع، وأنت إذا وقفت على ما تقدم من التنبيه على ضعف رواية القمح المطلق على المقيد في بقية الروايات التي أطلق فيها الطعام تارة وذكر التمر أخرى، لم تبال بمخالفة كثير من الأصحاب إذا اتبعت الحديث ونص الشافعي من غير تأويل.

وأما الجواب عن اتفاق الأصحاب في زكاة الفطر على أنه يجوز العدول إلى الأعلى، فإن المقصود في زكاة الفطر سد خلة المساكين، والحق فيها لله تعالى، فلا يحصل فيها من التنازع والخصومة ما يحصل في غيرها، وهذان الأمران مقصودان في مسألة المصراة، فإن الحق فيها للآدمي مقصود الشارع فيها قطع النزاع مع ما فيها من ضرب التعبد. فقد بان ووضح لك أن الصحيح وجوب التمر وتعيينه، ولا يجوز العدول عنه إلى غيره، سواء كان أعلى أو أدنى إلّا برضا البائع فسيأتي الكلام فيه. وهذا الصحيح خلاف الوجهين المذكورين في الكتاب لما تبين لك أن مراده عن أبي إسحاق أنه يعدل إلى الأعلى، وصحح ابن أبي عصرون في «الانتصار» قول ابن سريج، والله أعلم.

هذا الكلام في جنس الواجب، وأما مقداره ففيه وجهان، أصحهما: أن الواجب صاع قل اللبن أو كثر وإن زادت قيمته على قيمة الصاع أم نقصت لظاهر الخبر. وهذا الذي نص الشافعي عليه رَحِمَهُ اللَّهُ في الجزء السادس عشر من «الأم» قال الشيخ أبو محمد: وإليه مال ابن سريج. والمعنى فيه قطع النزاع، لأن اللبن الموجود عند البيع يختلط بالحادث بعده، ويتعذر التمييز فتولى الشرع تعيين بدله قطعًا للخصومة. وقد تقدم ذلك في الجواب عن الوجه الرابع من أسئلة الحنفية التي ادعوا فيها خروج الحديث عن القياس.

والثاني: أن الواجب يتقدر بقدر اللبن لرواية ابن عمر التي فيها: «مثل أو مثلي لبنها». وعلى هذا فقد يزداد الواجب على الصاع وقد ينقص، وأن الأمر بالصاع كان في وقت علم أنه يبلغ مقدار اللبن. فإذا زاد زدنا وإذا نقص نقصنا، وهذا الوجه بعيد مخالف لنص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ولنص الحديث. وقد تقدم ضعف الرواية التي تمسك بها. وهذان الوجهان حكاهما الفوراني والقاضي حسين والشيخ أبو محمد وغيرهم من الخراسانيين هكذا على الإطلاق، ومقتضى ذلك أنا ننظر إلى قيمة اللبن، ونؤدي

بقدرها على هذا الوجه، وبه صرح الروياني. وكذلك الشيخ أبو محمد في «السلسلة» ذكر الوجهين فيما إذا زاد لبن التصرية على قيمة صاع من تمر. وكذلك الإمام في «النهاية»، وقال الروياني: أنه ضعيف، والأمر كما قال، فإن كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم» يصرح بخلافه فإنه قال: ردها وصاعًا من تمر، كثر اللبن أو قل، كان قيمته أو أقل من قيمته لأن ذلك شيء وقته رسول الله ﷺ بعد أن جمع فيه بين الإبل والغنم، والعلم يحيط أن ألبان الإبل والغنم مختلفة الكثرة والأثمان ـ فإن ألبان كل الإبل وكل الغنم مختلفة.

وهذا الذي قاله الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ هو الحق الذي لا محيص عنه ولو كان الواجب يختلف باختلاف اللبن لفاوت النبي ﷺ بين الإبل والغنم فلما لم يفاوت بينهما وأوجب فيهما صاعًا من تمر، علم قطعًا بطلان هذا الوجه. ولم أر لهذا الوجه ذكرًا في طريق العراقيين على هذا الإطلاق، وإنما في كلامهم وكلام بعض الخراسانيين كالغزالي حكاية الخلاف فيما إذا زادت قيمة الصاع على قيمة نصف الشاة أو كلها كما سيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى، ولولا أن الرافعي اعتد بهذا الخلاف وحكاه، وتصريح الشيخ أبي محمد والإمام والروياني لكنت أقول: إنه يجب تنزيله على ما في كتب العراقيين، لكن هؤلاء الأئمة ذكروه صريحًا. والرافعي حكى الأمرين فقال: إن منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة. وقطع بوجوب الصاع فيما إذا نقصت عن النصف، ومنهم من أطلقه إطلاقًا. وليس في كلام الرافعي هذا ما يؤيد تنزيل هذا الإطلاق على ما في كتب العراقيين. لكن ما حكاه الشيخ أبو محمد والإمام والروياني صريح، وكذلك يقتضيه كلام القاضي حسين، وفي كلام الإمام كشف ذلك، فإنه حكى الوجهين في أنه هل يتعين الصاع أو يجب من التمر بقيمة اللبن؟ فإن اعتبرنا الصاع فكانت قيمته بقدر الشاة أو أكثر ففي وجوبه وجهان عن العراقيين. فجعل حكاية العراقيين الوجهين تفريعًا على اعتبار الصاع، وأفاد كلامه حصول ثلاثة أوجه في المسألة، أحدها: وجوب الصاع مطلقًا، والثاني: وجوب قدر قيمة اللبن مطلقًا والثالث: الفرق بين أن تكون قيمة الشاة أو لا، فإن لم تكن بقيمة الشاة وجب الصاع وإلّا وجب بالتعديل. والأوجه الثلاثة المذكورة متفقة على أن المردود هو التمر، أما صاع أو أقل أو أكثر وسيأتي في كلام المصنف رحمه الله ما يخالفه، وكذلك قوله على الوجه الثالث باعتبار التعديل مخالف لكلام المصنف وأكثر الأصحاب كما ستعرفه هناك إن شاء الله تعالى، وفي بعض شروح «المهذب» المجموعة من «الذخائر» وغيرها ذكر الوجهين المذكورين وذكر حديث ابن عمر ثم قال العراقيون:

أراد الخبر أنه يجب المثل إذا كان اللبن صاعًا ويجب مثلاه إذا كان اللبن نصف صاع، وهذا يجب حمله على ما قاله الشيخ أبو محمد وغيره من اعتبار قيمة الصاع إلّا أن يكون اللبن صاعًا كما هو ظاهر هذه العبارة، وبالجملة فهذا الوجه في غاية الضعف، مخالف لصريح نص الشافعي رحمه الله والحديث، وممن حكاه أيضًا ابن داود في «شرح المختصر»، والله أعلم.

وإذا ضممت الخلاف في المقدار إلى الخلاف في الجنس، زادت الأوجه فيما يرده بدل اللبن، والله أعلم. وسأتعرض لذلك إن شاء الله في فرع عند الكلام فيما إذا زاد الصاع على قيمة الشاة، والله أعلم.

فرع: هذا كله فيما إذا لم يرض البائع، فأما إذا تراضيا على غير التمر من قوت أو غيره أو ذهب أو روق أو على رد اللبن المحلوب عند بقائه، قال الرافعي: فيجوز بلا خلاف، كذا قاله صاحب «التهذيب» وغيره، وعبارة صاحب «التهذيب» أنه يجوز على الوجهين، قال الرافعي: ورأيت القاضي ابن كج حكى وجهين في جواز إبدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه.

قلت: وقد قال ابن المنذر في «الإشراف»: أنه لا يجوز أن يدفع مكان التمر غيره، لأن ذلك يكون بيع الطعام قبل أن يستوفى، وهو أحد قولي المالكية، وقول ابن المنذر، وهذا يقتضي أن ذلك من باب الاعتياض، فإن كان كذلك فالمنع من الاعتياض في ذلك مخالف لنص الشافعي رحمه الله، فإنه قال في باب السنة في الخيار: ومن كان له على رجل طعام حال من غير بيع فلا بأس أن يأخذ به شيئًا من غير صنفه، إذا تقابضا من قبل أن يتفرقا، واحترز الشافعي رحمه الله بالحال عن المؤجل.

وقد تقدم في باب الربا في الاعتياض عن الطعام المؤجل أن الشافعي رحمه الله نص على منعه، وما ذكره ابن المنذر هنا لم يتعرض الأصحاب له هناك فيحتمل أن يكون ابن كج موافقه في المنع من الاعتياض عن الطعام مطلقًا، ويحتمل أن يخص ذلك بهذه المسألة لما فيها من ضرب من البعد، فتلخص أن المذهب جواز الاعتياض عنه مطلقًا، وقول ابن المنذر المنع مطلقًا، وما حكاه ابن كج المنع في اعتياض البر عن التمر. والظاهر أنه يعدي ذلك إلى كل مطعوم، فإما أن يقول قولًا فارقًا بين المطعوم وغيره فيكون قولًا ثالثًا، وإما أن يكون يعمم المنع في الجميع تشبيهًا له بالثمن في الذمة، فيكون قد وافق ابن المنذر في الحكم وخالفه في المأخذ، وإما أن يكون موافقًا له في الحكم والمأخذ معًا، ويمنع الاعتياض عن الطعام في الذمة وإن كان حالًا، وهو خلاف نص الشافعي رحمه الله.

وليس في عبارة صاحب «التهذيب» نفي الخلاف مطلقًا كما ذكره الرافعي رحمه الله

حتى يستدرك عليه كل خلاف، وإنما قال على خلاف الوجهين، يعني قول ابن سريج، وقول أبي إسحاق رحمهم الله، وليس في كلامه أيضًا في النسخة التي وقفت عليها ذكر القوت، وإنما ذكر الذهب والفضة وما لا يقتات ورد اللبن وأما حكايته وحكاية الرافعي عنه الاتفاق على جواز رد اللبن عند بقائه، فينبغي أن يكون صورة ذلك إذا تراضيا على أخذه بدلًا عن الواجب، ويشترط في ذلك اللفظ، هذا إذا جعلنا ذلك من باب الاعتياض كما تقدم، أما إذا اقتصر على الرد فهل يكفي لأنهما تراضيا عليه فيرد الرد عليهما أولا يكفي لأن الواجب غيره، فليس ذلك من باب الرد على صورة الفسخ، والله أعلم. وسنتعرض له في كلام المصنف رحمه الله إن شاء الله تعالى. وفي فرع الآن فتنبه له.

فرع: التمر الذي يجب رده هل يتعين نوع منه؟ أو ذلك إلى خيرة المشتري ما لم يكن معينًا؟ قال أحمد بن بشرى فيما نقله من نصوص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: صاعًا من تمر البلد الذي هو به تمر وسط بصاع النبي ﷺ فظاهر هذا الكلام يقتضي أنه لا يعطي تمرًا دون تمر بلده، وإن كان سليمًا ولم أر من تعرض لذلك ولا اعتد به لا هنا ولا في زكاة الفطر، والذي اقتضاه النص من تعيين تمر البلد يشهد له ما ذكره في الشاة الواجبة عن خمس من الإبل، وأنه لا يجوز العدول عن قيمة البلد على المذهب، وما ذكر في الدراهم المأخوذة في الجبران في الصعود أو النزول وأنه يتعين نقد البلد، قطعًا، فإذا ثبت التعين ههنا فالتعيين في زكاة الفطر أولى، لأن أطماع الفقراء تمتد إلى قوت البلد ونوعه.

نعم: إن كان في البلد أنواع فقد ذكروا في الشاة المخروجة عن خمس من الإبل أوجهًا. نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فيها، وهو الذي قطع به صاحب «المهذب» بتعين غالب البلد وأصحها على ما ذكره الرافعي أنه يخرج من أي نوعين شاء، وقياس ذلك أن يأتي ههنا ذلك الخلاف بعينه.

فإن قلت: قد قال الماوردي رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه إذا أعوز التمر أخرج قيمته بالمدينة على وجه، وهو الذي اقتصر الرافعي على حكايته، وهو الذي قاله المصنف على قول أبي إسحاق، فيما إذا زادت قيمة الصاع على الشاة، واعتبار قيمة الحجاز يدل على أن المعتبر تمر الحجاز، لأن القيمة بدل عنه، فلو كان الواجب تمر البلد لأخرج قيمته، قلت: ما ذكره الشافعي هنا من تعين تمر البلد وتأيد بالنظائر، يدل على أن الأصح هو الوجه الثاني الذي نقله الماوردي أنه عند إعواز التمر يعتبر قيمته في أقرب بلاد التمر إليه، وإن كان الرافعي لم يذكره.

وأما ما ذكره المصنف وغيره من الأصحاب على قول أبي إسحاق واقتصروا

عليه، وأن المعتبر قيمة الحجاز، فذلك إنما قالوه على قول أبي إسحاق، وقد يكون أبو إسحاق لا يوافق على ما اقتضاه النص من تعين البلد، وهو بعيد أو يوافق على أن المعتبر عند الوجود تمر البلد، فإن أعوز رجع إلى قيمة الحجاز وهو بعيد أيضًا ولا يلزم من حكاية الأصحاب ذلك أنهم يعتبرون قيمة الحجاز عند الإعواز على المذهب، ولا شك أن مقتضى قول أبي إسحاق اعتبارها، فإنه إذا اعتبرها في غير حالة الإعواز ففي حالة الإعواز أولى، فتخلص أن التمر الذي يجب رده هو تمر البلد على ظاهر النص، وفيه على قول أبي إسحاق ما ذكرته.

وإذا أوجبنا تمرًا فعدل إلى تمر أعلى منه جاز، كما قالوه في زكاة الفطر، وفي الشاة المخرجة عن الإبل، ولو عدل إلى ما دونه لم يجزه. كما ذكروه في الشاة. هذا عند الوجود وعند الإعواز الواجب قيمته بأقرب البلاد إليه، وقيل: بالمدينة، وهو مقتضى قول أبي إسحاق، وقد يقال: إنه إذا عدل عند الوجود إلى نوع أعلى ينبغي أن يكون كالعدول إلى جنس آخر، كما قيل بمثله في السلم: إن اختلاف النوع كاختلاف الجنس، وحينئذٍ فلا يجوز ههنا بغير التراضي، ويجوز بالتراضي لأن هذا يجوز الاعتياض عنه على الأصح، كما تقدم بخلاف المسلم فيه.

وأما العدول إلى نوع أدنى فلا يجوز إلّا بالتراضي، إلّا إذا فرعنا على قول التخيير، وكذلك في الزكاة إذا وجبت عليه الزكاة من نوع لم يعدل إلى نوع دونه إلّا إذا اعتبرنا القيمة، ففيه خلاف وكذا لا يخرج عن الكرائم إلّا كريمة.

فرع: الصاع الذي يجب رده بدل اللبن، هل ينزل منزلة العين الْاخرى، الذي شملها العقد، حتى إنه يتوقف الرد على رده مع الشاة، أو نقول: إنه يرد الشاة، ويبقى بدل اللبن في ذمته؟ لم أقف في ذلك على نقل، وقوله في الحديث: «ومعها صاعًا من تمر» يشعر بالأول، ويؤيده أن إفراد إحدى العينين بالرد لا يجوز في غير هذا الكتاب، فجعل التمر قائمًا مقام اللبن للرد عليهما أقرب إلى المحافظة على ذلك، وإذا صح ذلك فلا يكون اتفاقهما على أخذ بدل التمر من باب الاعتياض حتى يحتاج إلى لفظ كما تقدم لأن التمر لا ثبوت له في الذمة على هذا البحث، وإنما يقام مقام اللبن ليرد الرد عليهما، ويشكل أخذ بدله لا لأجل التعليل الذي قاله ابن المنذر، بل لهذا المعنى، وهذا الذي وعدت به فلتتنبه له.

نعم: اتفاقهما على رد اللبن واضح على هذا التقدير، ولا يحتاج حينئذٍ إلى اعتياض لأن ذلك هو الأصل، وإنما عدل إلى التمر خوفًا من اختلافهما، فإذا تراضيا عليه جاز وورد الرد عليهما، ويحصل الفسخ في جمع المعقود عليه، ويخرج من ذلك أنه يجوز اتفاقهما على رد اللبن، ولا يجوز اتفاقهما على بدل آخر غيره لا

يعدو إلى غيره، ولم أر أحدًا صرح بمجموع هذا فلتتنبه لهذه الدقائق.

فرع: يمكن أن يقال: إذا جعلنا التمر قائمًا مقام اللبن على ما تقدم من البحث، وتراضيا على رد الشاة، وأن يبقى التمر في ذمته، يجوز كما يجوز في الشفعة، حيث يكتفي برضا المشتري بذمة الشفيع عن تسليم العوض، ويمكن أن يقال: لا يكفي ذلك هنا، لأن الشفعة تملك جديد. وههنا رد، والرد يعتمد المردود، فعلى الاحتمال الأول يستمر ما قاله البغوي والرافعي رحمهما الله من أخذ البدل عن التمر، لأنه قد صار في الذمة، فيأخذ عنه ما يقع الاتفاق من مقدار غيره، ويأتي فيه خلاف ابن المنذر وتعليله وعلى الاحتمال الثاني يتعين ما تقدم وأنه يتعين رد التمر أو اللبن باتفاقهما لأنه الأصل، ولا يجوز غير ذلك لأن ذلك إقامة لغير المبيع مقام المبيع في حكم الرد، وذلك إنما يكون من جهة الشرع.

فرع: ولو كانت المصراة اثنين أو أكثر، هل يرد أداء الواجب بذلك؟ لم أقف لأصحابنا على نقل في ذلك، لكن أبو الفرج ابن أبي عمر الحنبلي رَحِمَهُ اللَّهُ نقل في «شرح المقنع» على مذهبهم، وعن الشافعي وبعض المالكية أنه يرد مع كل مصراة صاعًا، لقوله: «من اشترى غنمًا».

قلت: وممن ذهب إلى ذاك ابن حزم الظاهري وزعم ابن الرفعة أن ذلك ظاهر الحديث قال: وما أظن أصحابنا يسمحون بذلك، وهذا منه يدل على أنه لم يقف في ذاك على ما نقل، وكذلك أنا لم أقف على نقل إلّا ما قدمته من نقل بعض الحنابلة عن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وهو مقتضى المذهب، وقال ابن عبد البر: ينبغي أن لا يجب في لبن شياة عدة أو بقرات عدة إلّا الصاع عبادة وتسليمًا.

فرع: اتفق أصحابنا رحمهم الله وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن التالف. لأن الصاع بدل اللبن بدليل قوله ﷺ: «ففي حلبتها صاع من تمر»، ويفهم المعنى.

وقال ابن حزم: يجب رد مثله مع التمر إن كان تالفًا، وعينه إن كان باقيًا، وذاك في اللبن الموجود عند العقد، وأجاب عن الحديث بأن الحلبة مصدر، وإطلاقه على المحلوب مجاز، ولا دليل عليه، واتفقوا على أنه ليس عليه رد اللبن الحادث عنده، والله أعلم.

وقد روى ابن أبي عدي حديث المصراة بلفظ فيه: «وإن شاء ردها وصاعًا من تمر وكان بما احتلب من لبنها» وهو يدل على أنه بدل المحلوب، ولكن في سنده سليمان بن أرقم وهو ضعيف.

فرع: في مذاهب العلماء: قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف: يرد معها قيمة اللبن

هكذا نقل عنهما ابن المنذر وغيره. ونقل ابن حزم عنهما أنه يرد قيمة صاع من تمر. وقال مالك في أحد قوليه يؤدي أهل بلد صاعًا من أغلب عيشتهم. وهكذا قول ابن سريج من أصحابنا. وقال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما: إذا كان اللبن تالفًا ليس له ردها، لكن يرجع بقيمة العيب فقط، وإن كان باقيًا رده، ولا يرد معها صاع تمر ولا شيئًا هكذا نقل ابن حزم عنه. والمشهور عنه أنه إذا حلبها امتنع عليه الرد. ونقل بعض أصحابنا عن أحمد أنه إذا حلبها سقط خياره، وتعين حقه في الأرش. وهذا خلاف الحديث، وعن بعض المالكية أنه لا يرد معها شيئًا. لأن الخراج بالضمان.

الحالة الثانية: أن يختار الرد قبل حلب اللبن. وهذا إنما يكون على غير الوجه الذي نقله الشيخ أبو حامد والروياني ومن وافقهما عن أبي إسحاق في أنه يمتنع الرد قبل الثلاث، والمشهور خلافه. فإذا أراد الرد قبل الحلب ردها ولا شيء عليه وفاقًا. فإن قوله: وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر، المراد به إذا كان بعد الحلب، والجمع بين طرق الحديث يبين ذلك، وأيضًا المعنى يرشد إليه، ونقل ابن عبد البر أنه لا خلاف فيه. ولا يعكر ذلك على قولنا: أنه له الخيار قبل الحلب.

الحالة الثالثة: أن يختار إمساكها قال الشافعي رحمه الله: إذا رضي بإمساكها ثم وجد بها عيبًا قديمًا غير التصرية فله ردها بالعيب. ويرد بدل اللبن الموجود حالة العقد. وعلى رواية الشيخ أبي علي وجه أنه كما لو اشترى عبدين وتلف أحدهما وأراد رد الآخر فيخرج على تفريق الصفقة، والمذهب الأول، وبه جزم كثيرون، وهو الذي نص عليه الشافعي رحمه الله في «المختصر».

وقال الإمام: قطع الإمام وصاحب «التقريب» والصيدلاني أجوبتهم بذلك. وعنى بالإمام والده الشيخ أبا محمد ثم استشكله من طريق القياس بأن المعنى يرشد إلى أن الصاع بدل عن اللبن والبهيمة مع اللبن في ضرعها كالشجرة مع ثمرتها، فإذا بلغت الثمرة وأراد رد الشجرة دخل هذا في تفريق الصفقة، قال: هكذا حكم القياس.

ولكن الشافعي رحمه الله وجميع الأصحاب حكموا بما ذكرناه يعني من عدم التخريج على تفريق الصفقة، قال: والسبب فيه أن الرد بالعيب القديم في معنى الرد بالخلف قطعًا واللبن في الواقعتين على قصة واحدة، فرأى الشافعي إلحاق الواقعة بالواقعة، كما رأى إلحاق الأمة بالعبد في قوله ﷺ: «من اشترى شركًا له في عبد» وذكر الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص» أن من أصحابنا من رد هذه المسألة إلى موجب القياس وخرجها على تفريق الصفقة.

قلت: وكلام الشافعي رحمه الله في «الرسالة» في باب الاجتهاد، يقتضي أن رد

التمر في هذه الصورة بالحديث لا بالقياس، لكن مراد الإمام بالإلحاق الإلحاق في أصل الرد، لا في ضمان بدل اللبن، واعتذر الغزالي عن التخريج على تفريق الصفقة في حالة رد المصراة بأن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأي، فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي. بخلاف العيب الحادث.

فإن قلنا: يقابله قسط من الثمن فلا وجه لمخالفة الحديث، فلنؤيد به جواز تفريق الصفقة، فإنه المختار، لا سيما في الدوام، وهذا الذي قاله الغزالي من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأي الإمام، ذكره في لبن غير المصراة تخريجًا على الحمل فقال: الوجه أن نجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن على رأي الإمام؟ ذكره في لبن غير المصراة تخريجًا على الحمل، فقال: الوجه أن يجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن؟ وذكره الغزالي والرافعي هنا في المصراة.

قال ابن الرفعة: ولبن المصراة مخالف لذلك. إذ هو مقصود فيها بخلافه في غيرها، ولهذا قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، إنه إذا أراد رد غير المصراة بعيب لا يرد بدل اللبن ولم يقل الشافعي ولا أحد من الأصحاب بذلك في المصراة، وقال ابن الرفعة: إن الغزالي أثبت احتمال الإمام وجهًا، ونقله إلى لبن المصراة، وهو خلاف ما عليه الأصحاب، وقال عما ذكره الرافعي: إنه إن قاله تبعًا للغزالي فلا عبرة به، وإلّا ففيه تعضيد لما ذكره الغزالي.

قلت: وما حكاه الإمام عن الشيخ أبي علي مفروض في المصراة، لكن في هذه الحالة التي يتكلم فيها وهي ما إذا اختار إمساكها ثم أراد الرد فعيب آخر، أما عند الرد بعيب التصرية فلم يقل أحد فيما علمت بالتخريج على تفريق الصفقة، لأن ذلك يكون مصادمًا للحديث، وإذا كان كلام الشيخ أبي علي مفروضًا في المصراة كان مستندًا لما نقله الغزالي في المصراة من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأي، وإلّا لم يخرج على تفريق الصفقة عند إرادته الرد بعيب آخر، وأما امتناع التخريج عند إرادة الرد بالتصرية فيصد عنه الحديث، فلذلك لم يصر إليه صائر، ويبقى فيما عداه على مقتضى القياس، فليس ما نقله الغزالي والرافعي خارجًا عما عليه الأصحاب.

وأما نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في غير المصراة فسيأتي الكلام فيه، وأن ظاهر المذهب خلافه، وقد اعترض ابن الرفعة على ما نقله الشيخ أبو علي من التخريج وقال الإمام: إنه القياس بأنا إنما نخرج على تفريق الصفقة ما هو مقصود كله كأحد العبدين ونحوهما، وما نحن فيه ليس كذلك، فإن اللبن غير مقصود كالشاة بل هي

المقصودة، واللبن إن قصد فتابع، ولهذا اغتفرت الجهالة فيه، والتوابع إذا فاتت لا تلحق بالمتبوعات، ألا ترى أن المبيع إذا ظهر عيبه، وامتنع رده، لا نقول: يخرج القول في الباقي على تفريق الصفقة؟ وإن كانت السلامة من العيب مقصودة، لكنها تابعة لا تفرد بالعقد فاللبن مثلها.

قلت: وهذا أميل إلى أنه لا يقابل بقسط من الثمن مع إنكاره له، وإلّا فمقتضى المقابلة أنه إذا أراد بتفريق الصفقة يرده، وقد حكى الجوري قولًا يوافق ما حكاه الشيخ أبو علي في امتناع الرد ويخالفه في المأخذ، فقال: إن ظهر على عيب التصرية فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر بعد مدة ففيها قولان.

أحدهما: لا يرد كما لا يرد سلعة اشتراها فظهر منها على عيب فلم يردها حتى ظهر منها على عيب آخر لأنه رضيها معيبة.

والقول الثاني: يرد، والفرق بينه وبين السلع أنه يرد معها صاعًا بدلًا للبن المصراة، فكأنه يرده بعيب واحد وسائر السلع لا يرد معها شيئًا، وكان قد رضيه فلا شيء له. قال الجوري: قد يجيء في السلع أنه يرد المصراة، لأنه رضي بعيب واحد بدون الآخر.

قلت: وهذا الاحتمال الذي قاله الجوري هو القياس ولا يلزم من الرضا بعيب الرضا بجميع العيوب، والذي قاله أولًا من أن سائر السلع غير المصراة إذا ظهر منها على عيب فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر أنه يمتنع الرد، بعيد لا وجه له، وما أظن الأصحاب يساعدونه على ذلك كما حكاه الجوري من القولين، بل صرح الماوردي والشيخ أبو حامد وغيرهما بخلافه، فإنهم قالوا في هذه المسألة: أن من رضي بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضا بما علم من الرد بما لم يعلم، وجعلوا ذلك دليلًا على الرد ههنا. لكني رأيت في «تعليق الطبري» عن ابن أبي هريرة ما يوافقه، فإنه قال في ذلك: منزلته منزلة المشتري سلعة، فوجد بها عيبين فرضي بأحدهما، كان له أن يرد بالعيب الثاني، وقد قيل: إنه لا يرد ولكن يرجع بأرش العيب الثاني، قال: وهو ضعيف، على أن قوله في هذا الكلام: وقد قيل يحتمل أن يكون في المصراة في المسألة المقيس عليها، وبالجملة فالمذهب المشهور أن ذلك غير مانع ونقله ابن بشرى في منصوصات الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقد حكى ابن الرفعة عن الجوري هذا عند الكلام في بيع البراءة. وقال: لعل وجهه أن في رده إبطال عفوه عن الأول فلم يجز، ولهذا نظر يأتي في الجنايات وما حكاه الجوري من القولين في المصراة قد وجه هذا القول بالمنع منهما بالقياس على غيرهما من السلع، ونحن نمنعه حكم الأصل إما جزمًا وإما على المذهب المشهور،

ولئن سلم فالفرق ما ذكره. وتبين بذلك أن مأخذ القول بالمنع الذي حكاه الجوري غير مأخذ الوجه الذي حكاه الشيخ أبو علي رَحِمَهُ اللَّهُ من التخريج على تفريق الصفقة قوي من جهة القياس، والحديث يصد عنه، غير أن القول الذي حكاه الجوري على غرابته وضعفه يعتضد به الوجه الذي حكاه الشيخ أبو علي وإن اختلفا في المأخذ لتواردهما على حكم واحد وهو امتناع الرد، وكلاهما شاهد للرأي الذي حكاه الغزالي والرافعي من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن وهو مع ذلك ضعيف لمخالفته نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ.

ولا وجه لمنع التخريج على تفريق الصفقة إلّا اتباع الحديث، وإلّا فلقائل أن يقول: إن كان اللبن مقابلًا بقسط من الثمن وجب أن القول بالتخريج على تفريق الصفقة وإن لم يلازمها بلا واجب لا يرد بدله، وقد دل الحديث على رد البدل، ولذلك جزم الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ وأكثر الأصحاب بأنه مقابل بقسط، وقطعوا بذلك في باب الربا، واستدلوا له هناك بحديث المصراة كما تقدم، والوجه الذي حكاه الشيخ أبو علي والجوري في غاية الغرابة، وما قاله ابن الرفعة من كون اللبن تابعًا تقدم الجواب عنه، وليس أوصاف السلامة يتقسط الثمن عليها حتى إذا فات بعضها يتخرج على تفريق الصفقة بخلاف اللبن فإنه يوافق على أنه يقابله قسط من الثمن، وكون الشيء مقابلًا بقسط من الثمن أخص من كونه مقصودًا. هذا ما ذكره كثير من الأصحاب.

وفصل الماوردي رَحِمَهُ اللَّهُ فقال: إن كان بعد العقد علم بالتصرية ورضي ثم وقف على عيب آخر فله الرد، لا يختلف أصحابنا فيه، ويرد معها صاعًا من تمر وإن كان علمه بالتصرية مع العقد ثم وقف على عيب آخر فوجهان، خرجهما ابن أبي هريرة من تفريق الصفقة فتحصلنا في هذه المسألة على ثلاث طرق، وفي «الرونق» جزم بردها.

وحكى في رد الصاع التمر معها قولين، وهذه طريقة رابعة، غريبة، فهذه الأحوال الثلاث اللاتي تقدم الوعد بذكرهن، والحالة الرابعة وهي ما إذا كان اللبن باقيًا سيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا قلنا بأنه لا يرد تخريجًا على أنه لا تفرق الصفقة فله الأرش، قاله البندنيجي في غير المصراة كما سيأتي إن شاء الله تعالى وقياسه أن يأتي هنا.

فائدة: قال الجوري: إن قال قائل: إذا كان الصاع إنما يرده بدلًا للبن التصرية الذي تضمنه العقد، فقد ردت العين مع قيمة النقص، فهلا كان هذا أصلًا لكل نقص عند المشتري أنه يرده وقيمة النقص؟ قيل: لأن المقصود في الشاة عينها، واللبن تابع فقد رد العين بكمالها ورد قيمة التالف، وإذا أراد شيئًا نقصت عينه لم يرد العين

بكمالها لأن الكل مقصود، ولو جاز أن يردها وقيمة النقص لجاز أن يرد قيمتها كلها إذا تلفت، فإن قيل: كذا نفعل لرد قيمتها كلها وإن تلفت وهو قول أبي ثور قلنا: هذا تدفعه السنة، لأنه قيل «فهو بالخيار فيها إن شاء ردها وصاعًا من تمر»، فإنما جعل له الخيار فيها لا في قيمتها، والله أعلم.

فرع: إذا لم يعلم بالتصرية إلّا بعد تلف الشاة تعين الأرش، وقد تقدم الآن عن أبي ثور أنه يرد قيمتها، والله أعلم.

فائدة: قول الغزالي رَحِمَهُ اللَّهُ فيما تقدم قريبًا فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي بخلاف العيب الحادث. قال ابن أبي الدم: إنه كذلك وصوابه أن يقول بخلاف أحد العبدين الباقيين، فإن موت أحدهما يوجب في الباقي عيبًا، وهو تفريق الصفقة. وليس للعيب الحادث ههنا حدث، بل العيب يمنع الرد بالعيب القديم. قال ولمتكلف أن يتكلف تصحيح كلامه بجواب بعيد فيقول: مراده بالعيب الحادث الحاصل بتفريق الصفقة في أحد العينين بعد تلف العين الأخرى، وهذا تكلف بعيد. انتهى. ولم يتعرض ابن الرفعة لهذا السؤال.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: يجب عليه قيمة صاع بالحجاز، لأنا لو أوجبنا صاعًا بقيمة الشاة حصل للبائع الشاة وبدلها، فوجب قيمة الصاع بالحجاز لأنه هو الأصل. ومن أصحابنا من قال: يلزمه الصاع، وإن كان بقيمة الشاة أو أكثر. ولا يؤدي ذلك إلى الجمع بين الشاة وبدلها، لأن الصاع ليس ببدل عن الشاة، وإنما هو بدل عن اللبن. فجاز كما لو غصب عبدًا فخصاه فإنه يرد العبد مع قيمته، ولا يكون ذلك جمعًا بين العبد وقيمته لأن القيمة بدل عن العضو المتلف.

الشرح: هذا من بقية الكلام في الحالة الأولى. وهي ما إذا أراد رد المصراة بعد تلف اللبن، وتقدم من المصنف رحمه الله إطلاق القول في جنس الواجب وبينا الكلام في مقداره وأن من الأصحاب من أطلق حكاية الخلاف في تفاوت المقدار ومنهم من خصص، فمن المخصصين المصنف فيما ذكره هنا، وهو إذا كانت قيمة الصاع الواجب قدر قيمة الشاة أو أكثر ففيه الوجهان اللذان حكاهما المصنف رحمه الله، وممن حكاهما كذلك مثل ما حكى المصنف شيخه القاضي أبو الطيب، ولكنه فرض فيما إذا كان التمر يأتي على ثمن الشاة أو على الأكثر منه. فهذا يقتضي أنه إذا كانت قيمة الصاع أقل من قيمة الشاة ولكنه يأتي على أكثرها أنه يجري الوجهان. وجوزت أن يكون ما وقفت عليه من «تعليق أبي الطيب» فيها زيادة لا يوافق كلام المصنف رحمه الله فرأيت ابن الصباغ في «الشامل» وهو كثير الاتباع للقاضي أبي الطيب.

وفرض المسألة فيما إذا كانت قيمته قيمة الشاة أو أكثر من نصف قيمتها فحصل الوقوف بما في «تعليق أبي الطيب»، لأن الأكثر من ثمن الشاة هو ما زاد على نصفه، وكذلك قال الروياني والرافعي رحمهم الله: إن منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة. قطع بوجوب الصاع إذا نقصت عن النصف. هكذا حكاه الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ من غير تعيين، وحكاه الروياني عن أبي إسحاق. فهذه النقول متفقة على أن أبا إسحاق قائل بذلك فيما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة.

وقد حكى الإمام عن العراقيين الوجهين، وفرض المسألة فيما لو بلغت قيمة الصاع قيمة الشاة أو زادت. وذلك يوافق ما حكاه المصنف رحمه الله. ثم حكى عن العراقيين أيضًا أنه إن زادت قيمة الصاع على مثل نصف قيمة الشاة فالوجهان جاريان وليس في شيء من ذلك منافاة، فإن كلام المصنف رحمه الله ساكت عن حكم ما إذا زادت القيمة عن النصف ونقصت عن الشاة.

وكلام أبي الطيب ومن وافقه فيه زيادة بيان أن الخلاف فيها أيضًا، والقطع فيها إذا نقص عن النصف. وقد تقدم عن بعضهم إطلاق حكاية الخلاف. ولو كانت قيمة الصاع مثل نصف قيمة الشاة أو أقل وجب رده عند أبي إسحاق. صرح به الشيخ أبو حامد وغيره. وقال سليم: إنه لا خلاف فيه على المذهب. وفي «تعليق أبي حامد» من طريق البندنيجي و«المجرد» منها ذكر الوجهين في النصف كالأكثر. وذكر العجلي في كلامه على «الوسيط» و«الوجيز» وجهًا بالتعديل أبدًا أي أنه لا فرق بين أن يكون أقل من النصف أو أكثر، وهذا هو الوجه الذي تقدمت حكايته عن الخراسانيين في ذكرهم للخلاف على الإطلاق في تفاوت ذلك بتفاوت اللبن، وزيادة قيمة التمر على الشاة أو نصفها، فرضوه في بلاد يكون التمر بها عزيزًا كخراسان.

والوجهان في المسألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران في طريقة العراقيين ولم يذكرهما غيرهم، إلّا من حكاهما عنهم كالإمام والغزالي ومن وافقهما، وذكرهما على الإطلاق كما تقدم لا يعرف إلّا في طريقة الخراسانيين، والعلة التي ذكرها المصنف رحمه الله للوجه الأول إنما تظهر في الفرض الذي فرضه هو. لا فيما فرضه أبو الطيب وموافقوه. ولعل المصنف رحمه الله إنما عدل عن الصورة التي فرضها أبو الطيب لذلك حتى يصح استدلاله. وفي كلام الإمام تعليله بمعنى يمكن إطراده فيهما، فإنه قال: إن الرسول ﷺ وإن نص على الصاع من التمر فقد أفهمنا أنه مبذول في مقابلة شيء فائت من المبيع يقع منه موقع التابع من المتبوع فينبغي أن لا يتعدى على هذا حد التابع، والغلو في كل شيء مذموم، وقد يغلو المبيع للفظ الشارع فيقع في مسلك أصحاب الظاهر.

ووجه الغزالي رحمه الله بأنا نعلم أنه عليه السلام قدره به، لأنه وقع في ذلك الوقت قريبًا من قيمة اللبن المجتمع في الضرع، ولك أن تقول: إن هذا يقتضي أن لا يضبط ذلك بنصف قيمة الشاة، وإنا إذا علمنا زيادة قيمة الصاع على ما في زمان النبي صلى الله عليه وسلم لم نوجبه، وعلة العراقيين سالمة عن هذا السؤال، ولكن هذا يوافق الوجه الذاهب بأن الوجه من التمر بمقدار قيمة اللبن مطلقًا، وسيأتي في التفريع إيضاح لهذا إن شاء الله تعالى.

وممن نسب هذا الوجه إلى أبي إسحاق كما نسبه المصنف شيخه أبو الطيب والبندنيجي وسليم وابن الصباغ رحمهم الله. وقال سليم: إنه أصح، وهذا الوجه يرى أنه لا يجب الصاع في هذه الحالة، وسنذكر في التفريع حقيقة ما يوجبه، ونتعرض فيه إلى لفظ المصنف إن شاء الله تعالى.

والوجه الثاني حكوه عن بعض الأصحاب، وهو الأصح، وممن صححه الجرجاني والرافعي وابن أبي عصرون أنه يلزمه الصاع وإن زادت قيمته على قيمة الشاة للحديث، وإطلاق نص الشافعي رحمه الله أيضًا يقتضي ذلك، ولكن غير مصرح به إنما صرح أنه لا فرق بين أن يكثر اللبن أو يقل، ولا فرق بين أن تكون قيمته وقيمة اللبن سواء أو متفاوتة كما تقدم عنه. وأما قيمة الصاع مع قيمة الشاة فلم يتعرض لها في ذلك الكلام، لكن إطلاقه يقتضي أن لا فرق أيضًا ولأن الصاع بدل عن اللبن فلم يدل على مساواته له، فإذا لم تعتبر مساواته له فقدم اعتبار مساواته للشاة أولى، وقد تقدم عن حكاية الشيخ أبي محمد أن ابن سريج مال إلى ذلك القول، ولعله المراد ببعض الأصحاب هنا، وقد أجاب المصنف عما تمسك به أبو إسحاق بما ذكره، وهو حق، والمسألة التي استشهد بها فيما إذا غصب العبد وخصاه صحيحة على القول الجديد، أن جراح العبد تتقدر من قيمته كجراح الحر من ديته، فإنه على هذا يجب عليه كمال القيمة، وعلى القديم وهو أنها لا تتقدر، فالواجب ما نقص من القيمة، فإن لم ينقص شيء فلا شيء عليه وإن نقص وجب عليه ذلك النقص وهذا مبين في باب الغصب.

وقد يكون النقصان زائدًا على نصف القيمة كما لو قطع يديه ورجليه ونقص من قيمته أكثر من النصف، فإنه على القديم يصح الاستشهاد بهذه المسألة أيضًا فإنه يرده ويرد أكثر من نصف قيمته على القديم، والقاضي أبو الطيب لم يستشهد بما ذكره المصنف رحمه الله، وإنما استشهد بما إذا باع سلعة بعبد قيمة كل منهما ألف، ثم يزيد العبد فتبلغ قيمته ألفين، ويجد المشتري في السلعة عيبًا فيردها ويسترجع العبد، وقيمته ألفان، وذلك قيمة الثمن والمثمن. وما استشهد به المصنف رحمه الله تبع فيه

الشيخ أبا حامد، وهو أولى، لأن الزيادة هنا في القيمة فقط، والعين المستردة واحدة لم يسترجع معها شيئًا آخر، ومسألة الغصب استرجع مع العبد الناقص قيمته فكان نظير استرجاع الشاة التي ذهب لبنها مع صاع يساوي قيمتها.

وقد يقول المنتصر لأبي إسحاق: إن الأصل في المصراة ضمان اللبن التالف ببدله على قياس المتلفات، لكن الشارع جعل الصاع بدلًا لما في ذلك من قطع النزاع مع قرب قيمة الصاع من قيمة اللبن في ذلك الوقت غالبًا، فإذا زادت قيمته على ذلك زيادة مفرطة فبعد إقامته بدلًا من لبن لا يساوي جزءًا منه يقع موقعًا بخلاف ضمان ما فات من العبد المغصوب فإن ذلك واجب متأصل.

والجواب عن هذا أن الشرع لما أوجب في لبن الغنم ولبن الإبل مع العلم بتفاوتهما تفاوتًا ظاهرًا بدلًا واحدًا، علم أن ذلك بدل في جميع الأحوال والشرع إذا أناط الأمور المضطربة بشيء منضبط لا ينظر إلى ما قد يقع نادرًا، وإذا وقع ذلك النادر لا يلتفت إليه بل يجري على الضابط الشرعي، لا سيما والمشتري ههنا يتمكن من الإمساك، فإن أراد الرد فسبيله رد ما جعله الشرع بدلًا.

وقول الإمام: إن الغلو مذموم، جوابه: أن المعنى إذا ظهر وسلم وجب اعتباره، وإذا لم يسلم وجب اتباع اللفظ. ولا يسمى ذلك غلوًا مذمومًا، والمختص بأهل الظاهر الذي ذموا به هو التمسك باللفظ مع ظهور المعنى وصحته بخلافه، والعالم في الحقيقة هو الجامع بين اللفظ والمعنى، والله أعلم.

وقال صاحب «الوافي» فيما أجاب به المصنف عن قول أبي إسحاق بأن الصاع ـ وإن كان قيمة اللبن ـ إلّا أنه لم يكن مقصودًا، وإنما كان على سبيل التبع، ولا يزيد على قيمة المتبوع الذي هو الشاة، وهذا الكلام ليس بالقوي بالنسبة إلى ما تقدم، ونقل الإمام عن صاحب «التقريب» أنه قطع جوابه باعتبار قيمة الوسط في صورة الوجهين.

التفريع: إن قلنا بالأصح ووجوب الصاع للاتباع فلا إشكال، وإن قلنا: بالوجه الأول، وقول أبي إسحاق: أنه لا يجب الصاع في هذه الحالة فقد قال المصنف رحمه الله: إنه يجب عليه قيمة صاع بالحجاز، وهكذا قال جماعة من العراقيين والرافعي رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وقال القاضي أبو الطيب: إنه يقوم بقيمة المدينة وهو أخص، فإن الحجاز يشمل مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها، كما فسره الشافعي والأصحاب، وذكره المصنف في كتاب الجزية، نسأل الله تعالى أن ييسر علينا الوصول إلى ذلك المكان في خير وعافية.

وقال ابن الرفعة: إن من أطلق الحجاز أراد المدينة كما قاله القاضي أبو الطيب لأن الخبر ورد فيها، ويوافقه ما تقدم عن الماوردي أنه عند الإعواز يرجع إلى قيمة المدينة على أحد الوجهين. هذا ما ذكره العراقيون على قول أبي إسحاق وأما الإمام فإنه قال: إن لم نر إيجاب الصاع في هذه الصورة اعتبرنا القيمة الوسط للتمر بالحجاز واعتبرنا بحسب ذلك قيمة مثل ذلك الحيوان اللبون بالحجاز وإذا نحن فعلنا هكذا جرى الأمر في المبذول على الحد المطلوب، وهكذا لكلام من الإمام فيه إجمال.

وقال الغزالي في «الوسيط»: على هذا الوجه يعدل بالقيمة، فنقول قيمة الشاة وسط، وقيمة صاع وسط في أكثر الأحوال، فإن قيل: هو عشر الشاة مثلًا، أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة، وكذلك قال ابن عبد السلام في «اختصاره للنهاية»: إنه يعتبر قيمة تلك المصراة بالحجاز، والقيمة المتوسطة للتمر بالحجاز فيجب من التمر بهذه النسبة، وكلام الإمام المذكور كالظاهر في هذا المعنى وتنزيله عليه، ولم يذكر الإمام في التفريع على الوجه الذي حكاه العراقيون في هذه الصورة غير ذلك لأن الوجهين المذكورين على مقتضى نقله يتفرعان على أن الواجب هو الصاع.

وأما الوجه الآخر الذي حكاه في صدر كلامه أن الواجب مقدار قيمة اللبن من التمر كيف كان، فلم نذكره هنا، لأنه قسيم الوجه الذي عليه يفرع، فلذلك لم يذكر هنا إلّا وجه التعديل، وعبارته بعد ذلك في لبن الجارية المصراة قدر قيمة اللبن من التمر أو القوت لا يناقض ذلك، لأن مقصوده به الوجه المذكور هناك في صدر كلامه، ولا يجيء عليه قول التعديل.

وقول الغزالي: إذا قيل: هو عشر الشاة مثلًا أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة، مراده ـ والله أعلم ـ بالشاة الأولى الشاة الوسط، وبالشاة الثانية الشاة المصراة المبيعة، مثاله إذا قيل: قيمة الصاع الوسط في الغالب درهم وقيمة شاة وسط في الغالب عشرة، وقيمة الشاة المبيعة خمسة، فإنا نوجب من الصاع نصف عشر ما يساوي عشر قيمة الشاة، كما إذا كان الصاع في ذلك الوقت مثلًا بخمسة، فنوجب منه عشرة، وهو يساوي نصف درهم، وإن كان الصاع في ذلك الوقت يساوي ثلاثة، فوجب سدسه، لأنه يساوي عشر قيمة هذه الشاة وهو نصف درهم.

إذا عرف ذلك فقد نقل الرافعي رحمه الله عن الإمام أنه يعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز. وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز، فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلًا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة، ولم أر في «النهاية» إلّا ما حكيته قبل ذلك من الكلام

الذي فيه إجمال، ونسبت الكلام الذي فيه إجمال إلي والكلام الذي بعده في الجارية، وقد ثبت أنه لا تناقض بينهما وأن كلام الإمام الأول منزل على ما قاله الغزالي وبين الغزالي والرافعي اختلاف فإن الغزالي ينسب قيمة الصاع من قيمة الشاة، فإذا كان قيمة الصاع عشر قيمة الشاة أوجب عشر الصاع وأول كلام الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ يقتضي ذلك، لكن آخره يقتضي نسبة اللبن من قيمة الشاة فإنه قال: فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلًا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة، واللبن لم يجر له ولا لتقويمه ذكر، وإنما ذكر التمر فالوجه أن يقول: فإذا كان التمر وقد جوزت أن يكون ذكر اللبن بدل التمر سهوًا من ناسخ، لكنه هكذا فيما وقفت عليه من النسخ وفي نسخ «الروضة» أيضًا. فأول كلام الرافعي وآخره لا يلتئمان التئامًا ظاهرًا، إلّا أن يكون المراد بقيمة اللبن على حذف مضاف ويكون المراد بقيمة اللبن التمر، لأنه بدله، وذلك تعسف على أنه يمكن أن يقال بالآخر فقط بأن يقوم اللبن وتقوم الشاة وينسب قيمة اللبن منها، لكن صدر كلام الرافعي وكلام الإمام يأبى ذلك، ويقتضي تقويم التمر، وأيضًا لا أعلم أحدًا من الأصحاب قال بتقويم اللبن، ثم إن كلام الرافعي والغزالي رحمهما الله متفقان على أنا بعد النسبة نوجب من الصاع ما اقتضته النسبة، فنوجب في المثال المذكور أن يرد من الصاع تمرًا يساوي عشر قيمة الشاة، وذلك مخالف لما قاله جميع العراقيين من أن المردود فيه الصاع بالحجاز وبين الكلامين تفاوت ظاهر.

والظاهر من كلام العراقيين أنه لا يرد شيئًا من التمر. قال ابن الرفعة: وهو الأشبه بمذهب أبي إسحاق فإنه يرى أن الصاع من التمر أصل لأجل الخبر كيف كان الحال، وأنه الواجب، وما يوجد يكون بدلًا عنه ولا يجوز أن يجعل بعض صاع بدلًا من صاع.

فرع: هو من تتمة الكلام في ذلك. اشترى شاة بصاع تمر ثم أراد ردها بالتصرية ففيه وجهان حكاهما الماوردي في «الحاوي» وغيره.

أحدهما: وهو الأصح يردها ويرد معها صاعًا، ولا اعتبار بزيادة الثمن ونقصه كما لا اعتبار بقلة اللبن وكثرته، ولا يكون ذلك ربا، لأن الربا في العقود لا في الفسوخ، قال صاحب «التتمة»: إلّا أن ذلك سوء تدبير منه في المال فيقتضي الحجر، قلت: ومتى فرض الأمر كذلك فينبغي امتناع الرد، لأنه سفه كما تقدم لنا، فيما إذا صارفه دراهم بدنانير على عينها، وخرج ببعضها عيب كخشونة الفضة وقلنا بجواز التفريق.

فإن قلنا: الإجازة بكل الثمن قال القاضي أبو الطيب: لم يكن له حظ في رد

المعيب، لأنه سفه فنبقيه على ملكه أصلح له، وقد تقدم ذلك، وأن غير أبي الطيب يشعر كلامهم أنه يتعين العدول إلى قول الإجازة بالقسط، قياس ذلك أن يتفقوا على امتناع الرد، ورد الصاع، ثم إما أن يمنع الرد مطلقًا وهو قياس قول أبي الطيب وإما أن يرجع إلى القول الآخر الذي سيأتي، وهو قياس الاحتمال الآخر في مسألة الصرف فراجعه هناك.

والوجه الثاني: في هذا الفرع أنه يرد بقدر نقص التصرية من الثمن لأن الرد لاستدراك النقص، فعلى هذا يقوم الشاة لو لم تكن مصراة فإذا قيل عشرة قومت مصراة، فإذا قيل ثمانية، علم أن نقص التصرية هو الخمس، فيرد المشتري معها خمس الصاع الذي اشتراها به، فهذا الوجه الذي في هذه الصورة هو موافق لما قاله الغزالي والرافعي، فتأيد ما قالاه به.

قال ابن الرفعة: لا، لأن ما قاله الغزالي فيما إذا ساوت قيمة الصاع قيمة الشاة لا الثمن، وما ذكره الماوردي فيما إذا ساوى الصاع الثمن وبينهما فرق، لأن التمر قد يكون بقدر قيمة الشاة، وقد يكون أكثر منها، وقد يكون أقل، نعم الغالب مقاربة الثمن للقيمة، وهذا الوجه قائله ناظر فيه إلى الغلبة، ومع هذا يصح أن تعضد الخلاف الذي ذكره الغزالي به. وفي هذا الفرع وجه ثالث ذكره الجوري أنه يرد الشاة وقيمة اللبن ذهبًا أو ورقًا، قياسًا على ما إذا اشترى حليًا بمثله من الذهب، ثم وجد به عيبًا وحدث عنده عيب. ووجه رابع مجزوم به في «تعليق الطبري» عن ابن أبي هريرة أنه يردها ولا شيء عليه.

فرع: هذا الذي تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة. هو الذي ذكره أكثر العراقيين. وقد تقدم عن الماوردي فيما إذا أعوز التمر حكاية وجه أنه يعتبر قيمة أقرب البلاد إليه تفريعًا على قول أبي إسحاق. وقياس ذلك أن يأتي هنا فإنه لا فرق بين أن يعوز التمر وبين أن يجوز له العدول إلى القيمة، فإذا ضممت ذلك وما قاله الغزالي رَحِمَهُ اللَّهُ في كلام المصنف رحمه الله حصل لك في هذه المسألة ـ أعني مسألة الكتاب ـ أربعة أوجه، أصحها: وجوب الصاع، الثاني: وجوب قيمته بالمدينة، الثالث: وجوب قيمته بأقرب البلاد إليه، الرابع: وجوب بعض صاع لمقتضى التوزيع، ليس في الفرع الذي قاله الماوردي الوجهان اللذان ذكرهما عند إمكان رد التمر، وما حكيناه عن الجوري وابن أبي هريرة، وأما إن أعوز فسيأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا أوجبنا رد الصاع التمر فيما إذا اشتراها بتمر وهو الأصح، فلو أنه رضي بها ثم أراد الإقالة قال القاضي حسين وصاحب «التتمة»: إن قلنا الإقالة عقد

فلا يجوز لأنه يلزمه أن يرد بدل اللبن تمرًا، فكأنه باع شاة وصاع تمر بتمر.

وإن قلنا: الإقالة فسخ جاز، لأن الفسوخ لا ربا فيها، قلت: وهذا الخلاف في الإقالة يأتي على كل من الوجهين اللذين حكاهما الماوردي، وأما الذي حكاه الجوري أنه يرد قيمة اللبن نقدًا فيجوز. سواء قلنا الإقالة بيع أو فسخ.

فرع: عن البندنيجى أنه يعتبر قيمة الرد كرجل أقرض رجلًا صاعًا من تمر بالحجاز، ولقيه بخراسان، له مطالبته بقيمة الحجاز يوم المطالبة، وليس له مطالبته بالتمر، كذا ههنا، وكذلك يقتضيه كلام الشيخ أبي حامد، قلت: فلو فرضنا قيمة التمر يوم الرد بالحجاز كثيرة تزيد على نصف قيمة الشاة لغلاء سعر التمر ورخص الشاة، فكيف الحال في ذلك، يمكن أن يقال يلزمه ذلك كما في القرض. ويمكن أن يقال يتعين التمر لأنه الأصل ولا فائدة في العدول عنه، وقد تقدم من كلام الإمام أنه يعتبر القيمة الوسط، وينبغي أن يحمل ذلك على الوسط من الأنواع حتى يكون موافقًا لكلام البندنيجي، لكن قول الغزالي في أكثر الأحوال ظاهر بخلافه، وأنه لا يعتبر وقت الرد، وما قاله العراقيون أقل.

فرع: الذي يقول بإيجاب شيء من التمر فيما إذا اشترى شاة بصاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع. قال ابن الرفعة: ليت شعري ماذا يقول عند فقد التمر فليته قال والظاهر أنه يقول: يرد ما اقتضاه التوزيع من القيمة، وعلى ما ذكره العراقيون يكون الواجب قيمة صاع من تمر الحجاز كما سسلف، وتقدم وجه آخر عن «الحاوي» أنه يجب قيمة صاع تمر بأقرب بلاد التمر إليه. قلت: وما قاله إنه ظاهر متعين على هذا الوجه وحينئذٍ يكون في هذه الصورة أربعة أوجه، أصحها: إيجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة، والثاني: قيمة الصاع بأقرب البلاد، والثالث: إيجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة على ما اقتضاه التوزيع، والرابع: إيجاب بعض قيمة صاع بأقرب البلاد إليه، وقد تقدم ما ذكره الجوري وابن أبي هريرة.

فائدة: قول المصنف رحمه الله: لأنه هو الأصل، أي لأن التمر هو الأصل. كذلك صرح به الشيخ أبو حامد، فيحمل كلام المصنف عليه، ويكون المعنى أن صاع التمر بالحجاز هو الأصل، فإذا تعذر رده رجعنا إلى قيمته بالحجاز كمن أقرض تمرًا بالحجاز ولقيه بخراسان فطالبه بقيمة الحجاز.

فرع: رأيت في «شرح التنبيه» لابن يونس أنه إذا أراد قيمة الصاع فإنا نوجب فيه صاعًا من تمر بالحجاز، ويشبه أن يكون في النسخة تصحيف، ولعله يوجب قيمة صاع، والله أعلم.

فرع: تقدم في جنس الواجب رده مع المصراة سبعة أوجه، وفي مقداره أربعة

أوجه أصحها: صاع تمر، والثاني: بقدر قيمة التمر، والثالث: إن زاد الصاع فيما يقتضيه التعديل وإلّا وجب الصاع، والرابع: إن زاد فالواجب القيمة بالحجاز وإلّا فالواجب الصاع، ولم يقل أحد فيما أعلمه أنه إن زاد الصاع فالواجب قيمة الصاع من التمر وإلّا وجب التمر، فإذا خلطت الأوجه بعضها ببعض وجمعتها حصل لك فيما ترده مع المصراة خمسة وعشرون وجهًا من ضرب الأربعة في ستة.

وأما السابع وهو ما حكاه أبو محمد فلا يأتي خلاف في المقدار فيه، وترتيبها هكذا، أصحها: أن الواجب صاع من تمر مطلقًا ـ كثر اللبن أو قل ـ زادت قيمته أو نقصت، الثاني: صاع من القوت الغالب، الثالث: صاع على التخيير بين الأقوات ما عدا الأقط، الرابع: التمر أو ما هو أعلا منه، الخامس: التمر أو غالب قوت البلد، السادس: لو كان التمر موجودًا فصاع منه وإلّا فصاع من الغالب فهذه ستة، ومثلها أن الواجب بقيمة اللبن من هذه الأشياء على الخلاف فيها صارت اثنى عشر، وستة إن زادت قيمة الصاع على الشاة أو نصفها فالواجب ما يقتضيه التعديل من هذه الأشياء الستة على الخلاف فيها وإن لم تزد فالواجب الصاع من الأمور المذكورة فهذه ثمانية عشر وستة، أنه إن زادت قيمة الصاع فالواجب قيمته وإلّا فهذه الأشياء الستة على الخلاف، والخامس والعشرون ما حكاه الشيخ أبو محمد من الجري على قياس المضمونات وهو أضعفها، ولا يمكن أخذه مع الأربعة، والله أعلم.

فرع: فإن كان باع الشاة المصراة بصاع من تمر، فيجيء فيها بمقتضى التركيب ثمانية وعشرون وجهًا، هذه الخمسة والعشرون المذكورة وثلاثة أخرى، أحدها: أنه يجب من الصاع بقدر نقص التصرية من التمر، والثاني: يرد قيمة اللبن ذهبًا أو فضة، والثالث: يردها ولا شيء عليه، فقد تقدم ذلك، واعلم أن تركيب هذه الوجوه ذكر لتستفاد ويعرف كيفية النظر في ذلك ولكن إثباتها لذلك متوقف على أن كل واحد من أصحاب الوجوه قائل بالوجوه التي تركب معها، حتى يصح التركيب، وقد فعل الأصحاب مثل ذلك في مواضع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان ما حلب من اللبن باقيًا فأراد رده ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: لا يجبر البائع على أخذه لأنه صار بالحلب ناقصًا لأنه يسرع إليه التغير فلا يجبر على أخذه. ومن أصحابنا من قال: يجبر لأن نقصانه حصل لمعنى يستعلم به العيب فلم يمنع الرد، ولأنه لو لم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز إفراد الشاة بالرد. لأنه إفراد بعض المعقود عليه بالرد، فلما جاز ذلك ههنا ـ وإن لم يجز في سائر المواضع ـ جاز رد اللبن ههنا مع نقصانه بالحلب، وإن لم يجز في سائر المواضع.

الشرح: هذه الحالة الرابعة من أحوال رد المصراة، وهي إذا أراد ردها بعد

الحلب واللبن باق، وهذا على قسمين أحدهما: أن يكون قد حمض وتغير فلا خلاف أن البائع لا يكلف أخذه والثاني: أن لا يكون كذلك، وهي صورة الكتاب ففيها وجهان أصحهما: وهو قول أبي إسحاق أنه لا يجب على البائع أخذه لما ذكره المصنف رحمه الله وفيه تنبيه على أنه ليس من شرط المسألة أن يأتي عليه زمان، بل لو كان عقب الحلب لم يجب أخذه، لأنه صار يسرع إليه التغيير، فنقص عما كان في الضرع، وقول المصنف رحمه الله بعد ذلك: فلا يجبر على أخذه، تأكيد لأنه قد ذكر ذلك أولًا، ويمكن تعليل هذا الوجه أيضًا بأن اللبن الموجود عند العقد الذي يستحق بدله اختلط باللبن الحادث المختص بالمشتري، فإذا سمح به لا يجبر البائع على قبوله، وهذا قد يخدشه الخلاف المذكور في الأخبار في مسألة اختلاط الثمار ومسألة النعل، ومسألة الحنطة المختلطة، فيكون الاقتصار على العلة الأولى أولى.

وقد يقال: أنه لا يصار إلى الأخبار في المسائل المذكورة إلّا للضرورة، ألا ترى أن النعل إذا لم يكن نزعه معيبًا فلم ينزعه لا يجب قبوله؟ وههنا لا ضرورة تدعو إلى قبول اللبن لإمكان رد التمر الذي قدره الشرع، وممن صحح هذا الوجه ابن أبي عصرون والرافعي. وقال الروياني في «البحر»: إنه الأصح عند جمهور أصحابنا. وبه جزم الماوردي.

والوجه الثاني: أنه يجب على البائع قبوله، ويجبر عليه لما ذكره المصنف. والاعتذار بكون ذلك لاستعلام العيب، وهو الذي ذكره القاضي أبو الطيب. مستمر على الأظهر من القولين في تلك المسألة، وكأنه إذا كسر منه قدر ما يفرق به العيب فرده قهرًا، وقاسوه على مسألة المصراة، هذا والقول الثاني في تلك المسألة بمسألة المصراة التي قاسوا عليها رد الشاة بدون اللبن، فإنه جائز قولًا واحدًا مع النقصان الذي حصل فيها بالحلب، لأجل أن ذلك لاستعلام عيب الشاة، وليس مرادهم مسألة اللبن التي فيها. إذ لا يحسن تخريج قول على وجه، وحينئذٍ فمسألة اللبن هذه فرد من أفراد تلك المسائل المسندة إلى رد المصراة بعد نقصها بالحلب.

الثاني: أنه إذا كان النقص الذي يستقل به العيب غير مانع على الأظهر من القولين في تلك المسائل وبلا خلاف في رد الشاة نفسها بعد الحلب، فلم لا كان هنا في رد اللبن كذلك؟ ولم حكم الجمهور بأن الصحيح عدم الإجبار؟.

فالجواب: أن اللبن لم يظهر فيه عيب قديم يقتضي رده بخلاف الشاة، وما لا يوقف على عيبه إلّا بكسره فإنه مشتمل على عيب قديم بسببه يرد، فنقصه لاستعلام عيبه، واللبن نقصه لاستعلام عيب غيره وهو الشاة وإلحاقه بما نقصه لاستعلام عيبه يحتاج إلى بيان، والتمييز بين النوعين كاف في الفرق وأيضًا: النقص لاستعلام

العيب لو قلنا بأنه يمنع في غير هذا الموضع لأدى إلى بطلان رد المعيب، وههنا لا يؤدي إلى ذلك، لأن الشرع جعل اللبن بدلًا يرده مع الشاة المعيبة، واللبن ليس بمعيب فلا يلزم من اغتفاره في محل الضرورة اغتفاره حيث لا ضرورة.

الثالث: أنا على القول بالرد فيما نقصت قيمته بكسره، نقول بأنه يلزم الأرش على قول، وإن كان الأظهر خلافه، وأما ههنا على الوجه بأن له رد اللبن لا نعلم أحدًا قال بأن المشتري يغرم مع ذلك تفاوت ما بين قيمة اللبن في الضرع وقيمته محلوبًا. وهذا يحرك لنا بحثًا، وهو أن التمر يتقسط على الشاة، واللبن الذي في ضرعها، كما تقدم، وذلك باعتبار قيمتيهما، فهل تعتبر قيمة اللبن في الضرع أو بعد الحلب؟ وقد يقال أنه في الضرع لا يمكن تقويمه كالحمل في البطن، لكنا إذا كنا نعلم أنه بعد الحلب أنقص مما في الضرع، وحين المقابلة كان في الضرع، والمعتبر في التقسيط وقت العقد، فهذا البحث حركته لننظر فيه، فإن كان يعتبر قيمته في الضرع وبالحلب ينقص عن ذلك، فكان قياس ذلك الوجه إيجاب الأرش، ولا أعلم من قال به. وإن كان يعتبر قيمته بعد الحلب فلا نقص حينئذٍ ولا يحتاج أن يعتذر بأنه نقص حدث لاستعلام العيب.

الرابع: أنا إذا قلنا بأن للمشتري رد اللبن فهل له إمساكه ورد الشاة؟ قال صاحب «التتمة»: إن كان قد أمسكها زمانًا يحدث في مثله لبن لا يكلف الرد، لأن الحادث بعد العقد ملكه فلا يلزمه رده. وإن حلب عقيب الشراء وقلنا على البائع قبول اللبن لأنه عين حقه. فعلى المشتري رده إذا أراد الفسخ. وليس له رد البدل. لأن حقه في يده.

الخامس: أن القائل بأن له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك بطريق الفسخ؟ كما لو اشترى عينين فوجد بإحداهما عيبًا فإن له أن يرد الجميع. إن كان كذلك فينبغي عند هذا القائل أنه إذا أراد إمساك اللبن ورد الشاة يجري فيها الخلاف فيما إذا أراد أن يفرد إحدى العينين بالرد فعلى قول يمتنع عليها الإفراد بالرد، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب «التتمة» عند عدم اختلاط اللبن بلبن جديد، وعلى قول لا يمتنع، وإن لم يكن بطريق الفسخ فبماذا يجبر البائع على قبوله؟ وحقه في التمر واللبن على ملك المشتري بمقتضى العقد، فتلخص أن صاحب هذا الوجه يلزمه أن يوجب رد اللبن عند بقائه وهو خلاف ظاهر الحديث.

السادس: أن رد اللبن هل يكون حكمه حكم رد المصراة؟ إذا قلنا الخيار فيها على الفور حتى إذا أخر بطل إجبار البائع عليه، ويقتصر على رد الشاة والتمر، أو نقول رد الشاة على الفور واللبن إلى خيرة المشتري؟ لم أر في ذلك نقلًا، وهو

يلتفت على ما تقدم من البحث في أن ذلك هل هو بطريق الفسخ أو لا، فإن كان بطريق الفسخ كان على الفور، وكل هذه التفريعات المضطربة سببها ضعف هذا الوجه القائل بأن له رد اللبن قهرًا.

السابع: قول المصنف رحمه الله: «ولأنه لو لم يجز الرد» إلى آخره هو الدليل الثاني في كلامه الذي وعدت بالكلام عليه، وهو دليل مستقل غير ناظر إلى أن النقصان لأجل الاستعلام أو لا، وبهذا يخالف ما قدمته من أن هذه المسألة، ومسألة ما لا يوقف على عيبه إلّا بكسره جميعًا، يرجعان إلى مسألة رد المصراة مع نقصها بالحلب، وهذا الدليل الذي ذكره المصنف رحمه الله غير ذلك لأنه جعل امتناع رد اللبن مستلزمًا لامتناع إفراد الشاة بالرد، علل الأول بالنقص بالحلب، والثاني بأنه إفراد بعض المعقود عليه، وذلك غير النقص بالحلب، فلم يحصل الجمع بينهما به، وإنما مقصوده قياس النقصان بالحلب على النقصان بالإفراد فإن إفراد بعض المعقود عليه نقص.

وسكت المصنف رحمه الله عن ذلك لوضوحه ولذكره في موضع آخر وهو ما إذا اشترى عينين صفقة واحدة فإنه لا يجوز إفراد أحدهما بالرد، إما جزمًا إذا كان العيب بهما، أو على الأظهر إذا كان بأحدهما. وإذا كان إفراد بعض المعقود عليه نقصًا. فلو امتنع رد اللبن بنقصانه بالحلب لامتنع إفراد الشاة لنقصانها بالإفراد والجامع بينهما مطلق النقصان فلما جاز رد الشاة ههنا وإفرادها عن اللبن اتفاقًا ولم يجعل النقصان بالإفراد مانعًا ـ وإن كان مانعًا في سائر المواضع ـ وجب أن يجوز رد اللبن، ولا يجعل النقصان بالحلب مانعًا ـ وإن كان مانعًا في سائر المواضع ـ هذا تقرير هذا الدليل، ولا بد من الجواب عنه إذ الأصح في المذهب خلافه.

وطريق الجواب أن الأصل أن النقص مانع، ولا يلزم من مخالفة الأصل في موضع مخالفته في كل موضع إلّا أن يتبين أن المعنى الذي استثنى لأجله نقصان إفراد الشاة بالرد عن سائر مواضع الإفراد موجود في النقصان بالحلب ههنا، حتى يستثنى عن سائر مواضع النقص، وصحة القياس متوقفة على ثبوت ذلك، وهو غير بين.

الثامن: أن الأصحاب أطبقوا على حكاية الوجهين كما حكاهما المصنف رحمه الله، وكلام الشيخ أبي حامد يقتضي حكاية الوجهين عن أبي إسحاق ولذلك الروياني قال: أن أبا إسحاق أشار في «الشرح» إلى وجهين، والمصنف وابن الصباغ جعل القول بعدم الإجبار قول أبي إسحاق، وكلام أبي الطيب محتمل لما قاله أبو حامد، ولما قاله المصنف، فإنه قال: لا يجبر عليه، ذكره أبو إسحاق في «الشرح»

وقال: لأنه صار معيبًا، وفيه وجه آخر أنه يجوز، وبقية الأصحاب يذكرون الوجهين غير منسوبين، والجمع بين ذلك كله أن أبا إسحاق ذكر في «شرحه» الوجه الذي اختاره والوجه الآخر.

التاسع: أن هذا كله في رده على جهة القهر، أما لو تراضيا على ذلك، قال الماوردي والروياني في «البحر»: جاز، وقد تقدم ذلك عن البغوي والرافعي رحمهما الله أنه لا خلاف فيه، ونبهت هناك أنه هل هو من باب الاعتياض؟ أو من باب الرد بالفسخ؟ وأن ابن المنذر خالف فيه، ومقتضى كلامه المخالفة ههنا، وهو أحد قولي المالكية، وأن ابن المنذر جعله من باب الاعتياض وذكرت بحثًا هناك يقتضي أنه ليس كذلك وأنه يجوز، فلينظر ذلك البحث في فرع عند شرح قول المصنف «وإن أجاز رد المصراة بدل اللبن».

فرع: قسم المرعشي العيب الحادث عند المشتري إلى قسمين، أحدهما: المصراة يردها ناقصة عما أخذت عليه من كون اللبن في ضرعها، وما سوى المصراة ثلاثة أضرب، أحدها: يرد قولًا واحدًا كالعنب والخيار يغمزه بعود أو حديدة فيتبين أنه مر، والثاني: فيه قولان كالثوب يقطع ثم يعلم عيبه والثالث ثلاثة أقوال إذا كسرنا ما لا نوقف على عيبه إلّا بكسره، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى في الرد بالعيب، وفيه توقف نذكره هناك إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا اشترى شاة وجز صوفها، ثم وجد بها عيبًا ـ إن كان الجز لاستعلام العيب ـ لم يمتنع الرد، وجرى مجرى الحلب.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه:

أحدها: أنه يردها ويرد معها صاعًا لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار، والصاع كالشاة.

والثاني: أنه يردها لأن لبنها يقصد لتربية الولد، ولم يسلم له ذلك، فثبت له الرد ولا يرد بدله، لأنه لا يباع ولا يقصد بالعوض.

والثالث: لا يردها لأن الجارية لا يقصد في العادة إلّا عينها دون لبنها.

والرابع: لا يردها، ويرجع بالأرش لأنه لا يمكن ردها مع عوض اللبن لأنه ليس للبنها عوض مقصود، ولا يمكن ردها من غير عوض، لأنه يؤدي إلى إسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل، ولا يمكن إجبار المبتاع على إمساكها بالثمن المسمى، لأنه لم يبذل الثمن إلّا ليسلم له ما دلس به من اللبن، فوجب أن يرجع على البائع بالأرش، كما لو وجد بالمبيع عيبًا وحدث عنده عيب.

الشرح: الكلام في هذا الفصل، والفصل الذي بعده يحتاج إلى أصل، وهو أن المنصوص عليه في كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ حكم الإبل والغنم والبقر، والصحيح

المشهور أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة، والمصرح به من ذلك في الحديث هو الإبل والغنم، وكثير من الأصحاب يجعلون حكم البقر ثابتًا بالقياس وبه يشعر كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «المختصر»، ومنهم: من يأخذه من النص في الحديث الذي لفظه «من اشترى مصراة» فإنه عام، وقد تقدم ذلك، واتفقوا على إثبات الحكم في البقر إما بالنص وإما بالقياس، فإن القياس فيها ظاهر جلي وهي في معنى الإبل والغنم، فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها.

أما ما عدا ذلك من الحيوانات كالجارية والأتان، فلا يظهر فيهما أنهما في معنى الأصل المنصوص عليه، وعقد المصنف رحمه الله هذا الفصل والذي بعده للكلام فيهما، والذي تجري أحكام المصراة عليهما فطريقه في ذلك إما القياس وإن كان ليس في الجلاء والظهور كالأول، وإما إدراجها في عموم قوله: «من اشترى مصراة» والذي لا تجري عليهما أحكام المصراة طريقه قطع القياس، ويتبين أنهما غير داخلين في عموم قوله: مصراة، إما بأن الاسم غير صادق عليهما عند الإطلاق، وإما بإخراجهما من اللفظ بدليل، وقد يقال: أن من جملة ما يدل على إخراج الجارية قوله في الحديث: «بعد أن يحلبها» فإن ذلك يقتضي قصر الحكم على ما يصدق عليه اسم الحلب، وفي إطلاق الحلب على الجارية نظر.

واعلم أن قاعدة مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، كما ذكره الإمام، يدل على أن ثبوت الخيار في المصراة جار على القياس، وإذا كان كذلك فيسوغ إلحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص، والمصنف رحمه الله وكثير من الأصحاب لم يذكروا الحديث الذي فيه صيغة العموم، وإنما ذكروا النص في الإبل والغنم، وكان ما سوى المنصوص عليه على قسمين:

قسم: التصرية موجودة فيه في غير الإبل والغنم وقسم: فيه معنى يشبه التصرية، فذكر المصنف رحمه الله الجارية في هذا الفصل والأتان في الذي بعده لأنهما ملحقان عند من يقول بالإلحاق بالإبل والغنم لشمول التصرية بالجميع، وذلك بعد تجعيد شعر الجارية، ولأنه ملحق بالتصرية فلذلك أخره وله مراتب في الظهور كتجعيد الشعر، فيلحق، والخفاء كنقطة من المداد على ثوب العبد فلا يلحق، وبين ذلك ففيه خلاف.

ونذكر هذه المراتب إن شاء الله تعالى عند كلام المصنف في تجعيد شعر الجارية، وذكر الماوردي وجهين في التصرية في غير الإبل والبقر والغنم، فأحد الوجهين وهو قول البصريين أنها ليست بعيب، والثاني: وهو قول البغداديين أن التصرية في كل الحيوان عيب.

وأما تصرية الجارية الذي هو محل كلام المصنف هنا، فقال الإمام: إن الخلاف فيه ليس من النمط المذكور، فإن التلبيس بالتصرية في الجارية كالتلبيس بالتصرية في البهيمة، وإنما نشأ الخلاف من أصل آخر، وهو أن الأصل في خيار الخلف أن يترتب على الشرط والفعل والموهم، المدلس الخلف بالشرط، وهو دونه ويقوى أثره فيما يظهر توجه القصد إليه، فأما ما لا يتوجه القصد إليه فلا يظهر التلبيس فيه، قال: ويمكن أن يقال: هذا مع التقريب يلتحق بما قدمناه من مواقع الخلاف، يعني من المرتبة التي بين الظهور والخفاء كما أشرنا إليه من قبل، فإن الشيء إذا كان لا يقصد مما يجري من تلبيس فيه وفاقًا لا توهم، ويمكن أن يقرب مما تقدم من وجه آخر، وهو أن الضرع والأخلاف يعتاد معاينتها ويدرك الفرق فيها، وليس كذلك الثدي في بنات آدم، فإن المشاهدة لا تتعلق غالبًا به وغرضنا تخريج الوفاق والخلاف على أصول ضابطة. انتهى.

ومقصود الإمام أن الثدي إذا كان لا يرى غالبًا، ولا يحصل فيه قصد التغرير غالبًا، فلم يتحقق كضرع الناقة والشاة الذي هو مرئي الغالب، ومقصوده بما قاله أولًا من أن لبن الجارية غير مقصود، أي في الغالب لأنه لا يقصد إلّا على ندور لأجل الحضانة، فلا يلتحق بما هو مقصود في كل الأحوال ولذلك لم يغتر برؤية الحلمة وهو الثدي. إذا عرف ذلك فهل التصرية في الجارية عيب أم لا؟ على وجهين على ما تقدم عن الماوردي.

وقال الشيخ أبو حامد: إنه لا خلاف أنها عيب لأمرين، أحدهما: الرغبة في رضاع الولد، والثاني: أن كثرة اللبن تحسن الثدي لأنه يعلو ولا يسترسل، هكذا قال أبو حامد، ولكن غيره مصرح بالخلاف في ذلك، وشبهوه على أحد الوجهين بما إذا اشترى جارية فبانت أخته فلا خيار، لأن الوطء في ملك اليمين غير مقصود.

إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف أربعة أوجه أصلها وجهان وقيل قولان، أحدهما: أنه يرد معها صاعًا، لما ذكره المصنف. وهذا قول ابن سريج وابن سلمة فيما حكاه الجوري، والآخر: يردها ولا يرد بدل اللبن لأنه لا يعتاض عنه في الغالب، وإن كان متقومًا، وهذا معنى قول المصنف رحمه الله أنه لا يقصد بالعوض، ولم يرد أنه لا يباع منفردًا، لأن مذهبنا جواز بيعه. وهذا الوجه ذكره الصيدلاني وغيره على ما حكاه الإمام، وكلا الوجهين مذكور في «الحاوي» وفيما علقه سليم عن أبي حامد.

والوجه الثاني: أنه لا يرد. وهذا قول أبي حفص ابن الوكيل على ما يقتضيه كلام الجوري، وعلى هذا فوجهان أحدهما: وهو الثالث في كلام المصنف رحمه الله أنه لا يرد، أي ولا شيء له لما ذكره المصنف رحمه الله، وهذا الوجه لم يذكره

الرافعي ولكن ذكره القاضي أبو الطيب والقاضي حسين والماوردي وغيرهم، وهو مفرع على أن التصرية في ذلك ليست بعيب والآخر: وهو الرابع في كلام المصنف أنه لا يرد ويرجع بالأرش، وصححه ابن أبي عصرون تفريعًا على القول بعدم الرد.

واختلف في مأخذه، فالشيخ أبو حامد ذكره فيما علقه البندنيجي عنه من قوله: إنه لا خلاف في أنها عيب مستدلًا بما ذكره المصنف وهو حسن. واستدل ـ لأنه لا يمكن ردها من غير عوض ـ بأنها نقصت عنده، فهذا الوجه بهذا التعليل مع الوجهين الأولين ثلاثتها مفرعة على القولين بأن التصرية في ذلك عيب، ولذلك ذكرها الشيخ أبو حامد مفرقة في «التعليقين». ونقل الروياني عن الدارمي أنه على القول بأنه ليس بعيب، فإنه يرجع بالأرش، وغلطه قال: لأن هذا القائل منع الرد لأنه ليس بعيب، وقدر الدارمي أنه لا يرد، لأن الحلب عيب حادث، فقال يرجع بالأرش، قلت: وينبغي أن يحمل كلام الدارمي على ما قاله الشيخ أبو حامد رَحِمَهُ اللَّهُ، ولا يغلط، ولا يظن به أنه فرع ذلك على أنه ليس بعيب. هذا ما ذكره الأصحاب رحمهم الله في ذلك. وقال الإمام: إذا أثبتنا الخيار بتصرية الجارية، وإن قدرنا التمر بقيمة اللبن فلم يكن للبن الجارية قيمة لم يجب شيء. وإن أوجبنا الصاع فههنا وجهان، هذا إذا لم يكن اللبن متقومًا، وإن كان له قيمة فلا بد من بدله. وهل يبدل بالصاع أو بقيمته من تمر أو قوت آخر؟ فيه وجهان. وهذا التخريج حسن، والأصح: من هذه الأوجه عند الرافعي وصاحب «التهذيب» أنه يرد، ولا يرد بدل اللبن، وهو الثاني في كلام المصنف رحمه الله قال الروياني في «البحر»: وهذا أقرب عندي، والأصح: عند القاضي أبي الطيب والجرجاني أنه يردها ويرد معها صاعًا بمنزلة تصرية الإبل والغنم وقال ابن أبي عصرون: إنه الأقيس به في «المرشد».

وقد تقدم في باب الربا أن محمد بن عبد الرحمن الحضرمي نقل عن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز، وهو رد ما صححه القاضي أبو الطيب هنا، لأنه لو كان اللبن بمنزلة العين ويقابله قسط من الثمن لما صح بيعها بلبن آدمية، كما لا يصح بيع شاة في ضرعها لبن بلبن غنم، وعلى ما تقدم من تخريج الإمام رجع النظر إلى تحقيق مناط، وهو أن لبن الجارية هل له قيمة أو لا؟ فإن كان له قيمة تعين الحكم بوجوب بدله كما قال الإمام، قال: لأن نفى البدل في هذا المقام لا يقتضيه خبر ولا يوجبه قياس.

فرع: حكم إناث الخيل حكم الجارية، وذكره الماوردي، ولم يذكر الماوردي في الجارية الثلاثة الأوجه المذكورة أولًا في كلام المصنف رحمه الله، قال العبدري: لنا في تصرية لبن الجارية قولان، وفي الأتان وجهان، فاقتضى كلامه أن

الخلاف في الجارية منصوص عليه، وكذلك رددت القول فيما تقدم في ذلك هل هو وجهان أو قولان؟ والله أعلم.

فرع: من جملة العلماء القائلين بأن حكم التصرية لا ينحصر في الإبل والغنم البخاري رَحِمَهُ اللَّهُ، فإنه قال في تبويبه باب النهي «للبائع أن لا يحفل الإبل والغنم والبقر وكل محفلة، والمصراة التي صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم تحلب أيامًا» ولم يذكر في الباب حديثًا فيه صيغة عامة بنعته، والله أعلم.

فرع: حكي المصنف في «التنبيه» وجهين، أحدهما: أنه لا يرد، والثاني: أنه يرد ولا يرد بدل اللبن، فالثاني في «التنبيه» هو الثاني في «المهذب»، والأول في الثاني يحتمل أن يكون هو الثالث في «المهذب»، وهو أنه لا يردها، ولا شيء له، ويحتمل أن يكون هو الرابع. وهو أنه لا يرد ويأخذ الأرش، ويحتمل أن يكون مقصوده عدم الرد الذي هو مشترك بين الوجهين، ويكون كل من الوجهين مفرعًا عليه، وهو الأول.

وقال ابن الرفعة في قول «التنبيه»: إنه لا يرد. قال: أي ويأخذ الأرش وقال: إن القول بأنه لا يرد ولا يرجع بالأرش هو ما ظن ابن يونس أنه القول الأول من كلام الشيخ، قلت: وأما تفسير ابن الرفعة لكلام الشيخ فممنوع لما تقدم، وأما كلام ابن يونس فمحتمل، لأنه حكى الوجهين فيحتمل أن يكون جعلهما مفرعين على الوجه الذي حكاه الشيخ، وهو الاحتمال الذي قلت: أنه الأولى، وحينئذٍ لا ينسب إلى ابن يونس حمل كلام الشيخ على أحد الوجهين دون الثاني، والله سبحانه أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشترى أتانًا مصراة، فإن قلنا بقول الإصطخري: إن لبنها طاهر، ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة وإن قلنا: بالمنصوص: إنه نجس ففيه وجهان، أحدهما: أنه يردها ولا يرد بدل اللبن، لأنه لا قيمة له، فلا يقابل ببدل، والثاني: يمسكها ويأخذ الأرش، لأنه لا يمكن ردها مع البدل، لأنه لا بدل له ولا ردها من غير بدل لما فيه من إسقاط حق البائع من لبنها، ولا إمساكها بالثمن لأنه لم يبذل الثمن إلّا لتسلم له الأتان مع اللبن ولم تسلم، فوجب أن تمسك ويأخذ الأرش.

الشرح: الأتان الأنثى من الحمر، وقول الإصطخري رَحِمَهُ اللَّهُ بطهارة لبنها معروف مشهور، وهو يقول بطهارته وحل تناوله، وعده الإمام من هفوات بعض الأئمة. وحكى الإمام أن من أصحابنا من حكم بطهارة لبنها وحرمته وهذا بعيد، والمذهب نجاسته، وقد تقدم أن تصرية الأتان هل هي عيب أم لا؟ على وجهين، وقال الشيخ أبو حامد: إنه لا خلاف في أنها عيب كما تقدم أنه مثل ذلك في الجارية، إذا عرف ذلك ففي حكم تصرية الأتان طرق.

إحداها: ما ذكره المصنف رحمه الله أنه إن قلنا بطهارة لبنها ردها، ورد بدل اللبن، وإن قلنا: بنجاسته فقيل: يردها ولا يرد معها شيئًا. وقيل، يمسكها ويأخذ الأرش، وممن ذكر هذه الطريقة الشيخ أبو حامد.

الطريقة الثانية: التي ذكرها الماوردي من العراقيين، والقاضي حسين من الخراسانيين: أنه هل يرد أو لا يرد؟ في المسألة وجهان، فإن قلنا: بنجاسة لبنها ردها ولا يرد معها شيئًا، وإن قلنا: بطهارة لبنها. وهو قول الإصطخري. فهل يرد معها صاعًا من تمر؟ على وجهين كالجارية وإناث الخيل. وهذه عكس ما ذكره المصنف رحمه الله، والطريقة الثالثة: التي ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب الجزم بردها وتخريج رد بدل اللبن على الخلاف فإن قلنا: بطهارته رد بدله صاعًا من تمر، وإن قلنا: بنجاسته لا يرد لأن النجس لا بدل له ولا قيمة، وهذه تخالف طريقة الماوردي، فإن الماوردي يتردد في رد بدل اللبن على القول بطهارته، وأبو حامد وأبو الطيب جازمان به، وتخالف طريقة المصنف رحمه الله في قوله أنه يمسكها ويأخذ الأرش، وقد نقل الشاشي عن القاضي أبي الطيب أن الأوجه التي في الجارية في الأتان على قول الإصطخري فهذه الطرق الثلاثة في طريقة العراقيين، وبعضها في كلام الخراسانيين كما تقدم.

والطريقة الرابعة: التي ارتضاها الإمام أنه إن قلنا: اللبن نجس فلا يقابل بشيء، ولكن لا يبعد إثبات الخيار، إذ قد يقصد غزارة لبنها لمكان الجحش، فيلتحق هذا الخيار بقبول التردد، وإن حكمنا بأنه طاهر فكذلك، فإن اللبن المحرم لا يتقوم، وإن حكمنا بحله فالقول في تصرية الأتان كالقول في تصرية الجارية، وقد تقدم كلامه في الجارية، وهذه الطريقة توافق طريقة الماوردي في إلحاقها بالجارية على قول طهارة اللبن وحله، وتخالفها في أن الماوردي لم يحك القول بتحريم اللبن مع طهارته ولا التفريع عليه، وفي أن الماوردي لم يبن الخلاف في الرد على الخلاف في النجاسة، وإنما حكى الخلاف في الرد وفي سائر الحيوانات غير الإبل والبقر والغنم.

فإن قلنا: بشمول الحكم للجميع، فالماوردي جازم على قولنا بنجاسة اللبن، يرد الأتان ولا شيء معها، والإمام مقتضى كلامه التردد في ردها، وطريقة الإمام تخالف طريقة المصنف رحمه الله أيضًا، ولأن الإمام لم يتعرض لإمساكها بالأرش، والمصنف لم يتعرض لطهارة اللبن مع تحريمه، والله أعلم. ولم يتعرض ابن عبد السلام في «اختصار النهاية» لما أشار إليه الإمام من التردد في ثبوت الخيار، فتخلص من هذه الطرق أربعة أوجه:

أحدها: أنه يردها ويرد معها بدل اللبن.

والثاني: أنه يردها ولا يرد معها شيئًا. وهذا هو الصحيح عند الرافعي وغيره. وهو الذي جزم به المصنف رحمه الله في «التنبيه».

والثالث: أنه لا يردها ويأخذ الأرش.

الرابع: الذي دل عليه كلام الإمام أنه لا يردها ولا شيء له، لأنه جعل ذلك من صور الخلاف. ومراده به إلحاقه بالمرتبة المتوسطة بين المراتب الثلاث التي تقدمت الإشارة إليها، ويأتي ذكرها إن شاء الله تعالى عند كلام المصنف رحمه الله في تجعيد شعر الجارية. وإذا كان كذلك فيقتضي كلام الإمام المذكور إثبات وجه كما قلناه أنه لا خيار له. وكذلك يقتضيه كلام الماوردي حيث ألحق الأتان بالجارية. وحيث حكى الخلاف في سائر الحيوان مطلقًا غير الإبل والبقر والغنم، كما تقدم عن البصريين والبغداديين في أن التصرية فيها عيب. أو ليست بعيب. وكلام غيره أيضًا. وهذا الوجه ليس مذكورًا في كلام المصنف رحمه الله. والأوجه الثلاثة التي ذكرها المصنف ذكرها الشيخ أبو حامد أيضًا مع قوله إن لا خلاف في أنها عيب.

والوجه الرابع القائل بعدم الخيار مستمد من الوجه الذي تقدم عن البصريين أن التصرية في ذلك ليست بعيب. فيجوزون الأوجه الأربعة، وهي نظير الأوجه الأربعة التي ذكرها المصنف رحمه الله في الجارية وإن كانت المآخذ مختلفة. وقال ابن أبي عصرون على قول الإصطخري بعد أن حكى كلام الأصحاب وقولهم في التفريع عليه: أنه يرد مثل بدل لبن الشاة قال: وعندي ينبغي أن يرد الأرش، لأن لبنها لا يساوي لبن الأنعام ولا يلحق به في تقدير بدله. كما أن جنين البهيمة لما لم يساو جنين الآدمية ضمن بها ويقضي من قيمة الأم. وهذا الذي ذكره لو ثبت كان زائدًا على الأوجه الأربعة لكنه بعيد لأنه على القول بطهارته وجعله مما يقابل بالعوض لا يفارق لبن الأنعام وإن كان أنقص قيمة منها فإن بعض الأنعام لبنها أنقص قيمة من بعض، ولا اعتبار بذلك، ويلزمه أن يقول بذلك في الجارية، ولم يقل به هناك، بل قال: إن الأقيس أنه يجب رد بدله، والله أعلم.

فرع: قول المصنف رحمه الله «لم يبذل الثمن إلّا لتسلم له الأتان مع اللبن» وكذا قوله فيما تقدم في الجارية «ولم يبذل الثمن إلّا ليسلم له ما دلس به من اللبن» رأيتها مضبوطة في بعض النسخ ـ بضم التاء وفتح السين وتشديد اللام المفتوحة ـ والأحسن أن يقرأ ـ بفتح التاء وإسكان السين وفتح اللام المخففة ـ فإن البائع سلم الأتان مع اللبن، وسلم الجارية مع اللبن ولكن حصلت في ذلك السلام للمشتري.

فرع: جزم المصنف في «التنبيه» بأنه يرد الأتان، ولا يرد بدل اللبن وتردد في رد الجارية مع الجزم فيها بأنه لا يرد بدل اللبن، فأما جزمه برد الأتان وتردده في رد الجارية فلأن لبن الأتان مقصود ولا يساويه لبن الجارية في ذلك، وعلى قوله في «المهذب»: إنه لا يرد قال: إنه بأخذ الأرش يكون اللبن في الأتان مقصودًا فلم يتردد قوله لا في «المهذب» ولا في «التنبيه» في أن لبن الأتان مقصود، ولكن امتناع رد بدله على الصحيح لأجل نجاسته وإن كنا قد حكينا عن غير المصنف رحمه الله وجهًا رابعًا بعدم الرد مطلقًا، وذلك يلزم منه القول بأنه غير مقصود.

وأما جزمه في «التنبيه» بأنه لا يرد بدل لبن الأتان. فإنه تفريع على المذهب في نجاسته، وزعم ابن الرفعة أن ذلك سواء قلنا بنجاسته أو بطهارته كما ذهب إليه الإصطخري، قال: وقيل على القول بطهارته يجب الصاع، وهذا الذي قاله ابن الرفعة وإن كان الخلاف ثابتًا فيه كما تقدم، لكن لا يحسن أن نشرح به كلام «التنبيه»، لأن صاحبه في «المهذب» جازم على قول الإصطخري: يرد بدل اللبن، فيجب حمل كلامه في «التنبيه» على المذهب، فيكون موافقًا لذلك، ليس ذلك مما اختلفت فيه الطريقان حتى يحمل كلامه في «التنبيه» على طريقة وكلامه في «المهذب» على طريقة أخرى، وقد تبين لك الطرق المذكورة في ذلك، والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة أرطال، ففيه وجهان، بناء على القولين فيمن باع شاة وشرط حملها، أحدهما: لا يصح، لأنه شرط مجهول فلم يصح، والثاني: أنه يصح لأنه يعلم بالعادة فصح شرطه، فعلى هذا إذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الإمساك والرد.

الشرح: هذه المسألة جزم الرافعي رحمه الله في باب البيوع المنهي عنها فيها بعدم صحة البيع، وصرح في «الروضة» بأنه يبطل البيع قطعًا لأن ذلك لا ينضبط فصار كما لو شرط في العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات ولم يتعرض الرافعي للمسألة في باب التصرية، وابن الصباغ ذكر المسألة هنا وجزم فيها بالبطلان، وكذلك صاحب «التتمة» قبل هذا الباب صرح وجزم بأن العقد فاسد، وقال مع ذلك: إنه إذا شرط أنها لبون فإن كانت تدر لبنًا ـ وإن قل ـ فلا خيار له، وإن لم يكن لها لبن أصلًا فله الخيار، وكذلك قال غيره، ونقلوا عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقول بالبطلان في هذه أيضًا ولو شرط أنها غزيرة اللبن فتبين غزارته فله الرد، قاله الروياني.

وكلتا المسألتين لا إشكال فيهما بخلاف مسألة الكتاب، وصرح صاحب «العدة» حكاية الوجهين في مسألة الكتاب كما حكاهما المصنف رحمه الله حرفًا بحرف، ونقل بعض المصنفين مسألة الكتاب وحكاية الوجهين فيها عن «التتمة». ولم

أرهما فيها بل الذي رأيت فيها البطلان والمصنف المذكور هو يعقوب بن أبي عصرون وذلك وهم منه، ولعله جاء يكتب «المهذب» كتب «التتمة».

وقال الروياني في «البحر»: لو اشترى شاة على أنها تحلب كل يوم كذا وكذا، قال أصحابنا: لا يصح قولًا واحدًا. قال: وقيل: فيه وجه أنه يصح، وقال ابن أبي عصرون في «الانتصار»: أنه لا يصح البيع على أصح القولين، فيحتمل أن يكون تابعًا للمصنف في حكاية الخلاف في المسألة، وأطلق القولين على الوجهين ويحتمل أن يكون عنده نقل خارج، وممن حكى الخلاف أيضًا في هذا الباب العمراني، ويحتمل أن يكون تابعًا للمصنف، وكذلك حكاه فيما إذا شرط أن الشاة تضع لرأس الشهر مثلًا، والمشهور في المسألتين القطع بالفساد، ولم أر الخلاف إلّا في كلام المصنف والروياني وصاحب «العدة» أيضًا.

على أن المصنف رحمه الله وحده كاف في النقل، فهو الثقة الأمين، ولا يستبعد ذلك من جهة المعنى، فإن ذلك قد يعلم بالعادة فإن الشاة التي خبرها البائع وجربها دائمًا وهي تدر كل يوم مقدارًا معلومًا أو أكثر منه، فهذا العقد الذي جرب وجوده منها في جميع الأيام يغلب على الظن دوامه، أما وضع الحمل لرأس الشهر المنقول عن العمراني فذلك بعيد إلّا على إرادة التقريب الكثير، نعم ههنا كلامان:

أحدهما: أن الفرق ظاهر بين اشتراط قدر معلوم من اللبن، واشتراط الحمل، فإن اشتراط كونها حاملًا نظيره اشتراط مقدار من اللبن، ينبغي أن يكون كاشتراط مقدار أو وصف في الحمل، وذلك لا يمكن تصحيحه، لأنه لا يمكن العلم به.

واعلم أن ههنا ثلاث مراتب، إحداها: يشترط مقدار أو وصف في الحمل وهذا لا يصح قطعًا، لأنه لا سبيل إلى علمه ولا ظنه.

الثانية: اشتراط أصل الحمل واللبن، وهذا يصح على الأصح، لأنه معلوم موجود عليه أمارات ظاهرة.

الثالثة: اشتراط مقدار من اللبن، فهذا قدر يقوم عليه أمارة لعادة متقدمة ونحوها، ومن هذا الوجه أشبه الحمل ويفارقه من جهة أنه متعلق بأمر مستقبل يخرم كثيرًا فلذلك جرى التردد فيه.

الثاني: أن بناء المصنفين الوجهين على القولين في اشتراط الحبل، يقتضي أن يكون الصحيح صحة الشرط ههنا، لأن الشرط صحه اشتراط الحبل، لكن ابن أبي عصرون ممن وافق المصنف رحمه الله على حكاية الخلاف وصحح البطلان وأكثر الأصحاب قطعوا به، والفرق ما قدمته وجعلته من رتبة منحطة غير رتبة أصل الحمل واللبن، والله أعلم.

التفريع: إذا قلنا بالصحة في ذلك فأخلف فله الخيار بين الإمساك والرد كما قال المصنف، كالمصراة، بل أولى من حيث المعنى، لأن هذا بشرط صريح، وذاك بما يقوم مقامه من التغرير، ومقتضى إلحاقها بالمصراة أنه إن حصل الخلف قبل الثلاث يجري فيها الخلاف المذكور في المصراة في أنه يمتد الخيار إلى ثلاثة أيام، أو يكون على الفور أو لا يثبت إلّا عند انقضاء الثلاث على الأوجه السابقة فلو ظهر الخلف بعد الثلاث فيكون على الفور كالمصراة، ولا يأتي ههنا قول أبي حامد: إنه لا يثبت الخيار بعد الثلاث، لأن هناك مأخذه أن الخيار ثابت بالشرع، وههنا ثابت بالشرط، وأيضًا الخيار في التصرية خيار عيب على قول كما تقدم، وأما هنا فخيار خلف ليس إلّا.

نعم لو ظهر نقص اللبن ههنا بعد مدة فإن كان ذلك بطرآن حادث يقتضي ذلك فلا إشكال في أنه لا يثبت الخيار، لأن ذلك غير لازم للبائع، لأن سببه ما حدث في يد المشتري، وإن لم يظهر حاله بحال نقص اللبن عليها فيحتمل أن يقال: إنه لا أثر للنقص أيضًا لأنه لما دام اللبن وثبت على مقتضى الشرط حصل الوفاء بمقتضى الشرط. وعلم بذلك مزاج الحيوان، والنقص بعد ذلك بمدة طويلة محمول على تغير طرأ، وكذلك في المصراة لدوام اللبن مدة، ثم حصل نقص لم يتبين بذلك وجود التصرية. بل ذلك محمول على نقص حادث، وإنما يبقى ثبوت الخيار حينئذٍ إذا اعترف البائع أو قامت بينة أنه كان قد صراها وهذا الاحتمال متعين.

وأما مقدار المدة فيحتمل أن يقال: إنه إذا حلبها ثلاثة أيام واللبن على حاله لم يتغير، فتغيره بعد ذلك لا يؤثر. وتكون الثلاثة ضابطًا لذلك لاعتبار الشارع إياها في هذا الباب. ويحتمل أن لا يضبط بمدة معينة، بل بما يظهر من شاهد الحال ودلالته على أن النقص لأمر أصلي أو طارىء. والله سبحانه أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإذا ابتاع جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة الشعر، أو سود شعرها ثم بان بياض شعرها، أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها، ثبت له الرد لأنه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار كالتصرية، وإن سبط شعرها ثم بان أنها جعدة ففيه وجهان:

أحدهما: لا خيار له، لأن الجعدة أكمل وأكثر ثمنًا. والثاني: أنه يثبت له الخيار، لأنه قد تكون السبطة أحب إليه وأحسن عنده، وهذا لا يصح، لأنه لا اعتبار به، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن، والجعدة أكثر ثمنًا من السبطة، وإن ابتاع صبرة ثم بان أنها كانت على صخرة، أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة، ثبت له الرد لما ذكرناه من العلة في المسألة قبلها.

الشرح: الفصل يتضمن مسائل من التغرير الفعلي ملحقة بالمصراة، إما بلا

خلاف وإما على وجه، وقد كنت أشرت فيما تقدم إلى ذلك على ثلاث مراتب ووعدت بذكرها ههنا، ولنجعل ذلك مقدمة على مسائل الفصل.

قال الإمام: إن أئمة المذهب نصوا بأن كل تلبيس حال محل التصرية من البهيمة إذا فرض اختلاف فيه ثبت الخيار، فلو جعد الرجل شعرًا تجعيدًا لا يتميز عن تجعيد الخلقة. ثم زال ذلك ثبت الخيار للمشتري، فنزلوا التجعيد منزلة اشتراط الجعودة، وقد طردت في هذا مسلكًا في الأساليب، وإذا جرى الحالف بشيء لا ظهور له فلا مبالاة به، كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتبًا، ولو كان وقع المداد بحيث يعد من منزلة أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة، فإذا أخلف الظن ففي ثبوت الخيار وجهان وإذا بنى الأمر على ظهور شيء في العادة فما تناهى ظهوره يتأصل في الباب وما لا يظهر يخرج عنه، وما يتردد بين الطرفين يختلف الأصحاب فيه.

هذا كلام الإمام، وهو منبه على المراتب الثلاث التي يثبت الخيار فيها جزمًا والتي لا يثبت جزمًا، والتي يتردد فيها، ولم يذكر المصنف المرتبة التي يجزم بعدم الخيار فيها اقتصارًا منه على ما يلحق بالتصرية جزمًا أو على وجه، إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف رحمه الله من المرتبة الأولى أمثلة.

منها: إذا اشترى جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة اتفق الأصحاب على ثبوت الخيار قياسًا على المصراة، لأن الغرض يختلف بالجعودة والسبوطة، وأيضًا: الجعودة قيل: إنها تدل على قوة الجسد والسبوطة تدل على ضعفه، وللمسألة شرطان.

أحدهما: أن يكون المشتري قد رأى الشعر، فلو لم يره ففي صحة العقد وجهان، أحدهما: وبه قال الأكثرون وابن أبي هريرة: إنه لا يصح ويكون كبيع الغائب، والثاني: وبه قال القفال وجماعة، وهو الأصح عند الماوردي الصحة، فعلى الأول لا تأتي المسألة، وعلى الثاني إذا لم يره لا يثبت الخيار إلّا إذا شرط. وقد قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «المختصر»: ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد، فالأكثرون حملوه على مسألة الكتاب إذا كان البائع قد جعد شعرها بناء على الصحيح عندهم أنه لا بد من رؤية الشعر، وعلى الوجه الثاني يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون المراد ما إذا شرط أنها جعدة، وفي كلام الرافعي ما يقتضي جواز حمله على الاشتراط. وإن فرعنا على الأصح لأن الشعر قد يرى ولا يعرف جعوده وسبوطته لعروض ما يستوي الحالتان عنده من الابتلال وقرب العهد بالتسريح ونحوهما، ففي كون المسألة منصوصة للشافعي لهذا الاحتمال، وعلى كل حال لا خلاف في المذهب فيها.

قال القاضي حسين في رؤية الشعر: نشأ من اختلاف أصحابنا في قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: «ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد» من أصحابنا من حمله على الشرط. ومنهم من قال: أراد إذًا جعد شعرها بالتدليس.

الشرط الثاني: ما تقدم عن الإمام أن التجعيد يكون بحيث لا يتميز عن تجعيد الخلقة، والأكثرون ساكتون عن ذلك، ولا شك أنه إذا كان التجعيد يسيرًا بحيث يظهر لغالب الناس أنه مصنوع، فالمشتري منسوب إلى تفريط، أما إذا كان التجعيد بحيث يوهم كونه خلقيًا، فهذا هو المثبت للخيار، وهو مراد الأصحاب، وشرط ثالث: فيه نزاع أن يكون ذلك تجعيد البائع أو غيره بإذنه فلو تجعد بنفسه جزم الفوراني في الإبانة بعدم الخيار والأشبه تخريجه على ما إذا تحفلت الشاة بنفسها. وقد تقدم أن فيها خلافًا، وفي الصحيح خلاف، والأصح عند صاحب «التهذيب» وقضية كلام الأكثرين ثبوته هناك كما تقدم، فينبغي أن يكون هنا كذلك.

وكلام ابن أبي عصرون في «الانتصار» والمرشد يقتضي ثبوت الخيار في ذلك، فإنه قال: إن نظر إلى شعرها فرآه جعدًا ثم بعد ذلك بان أنه سبط ثبت له الرد، وهذه العبارة بعمومها تشمل ما إذا تجعد بنفسه وما إذا جعده، وكذلك عبارة الماوردي في «الحاوي» والفوراني أيضًا في «العمدة» وهو الظاهر، فإنه لا فرق بين تجعد الشعر بنفسه، وبين أن تحفل الشاة بنفسها، ولعل الأصحاب إنما لم ينصوا على ذلك مثل ما نصوا على تحفل الشاة لأن تحفل الشاة بنفسها قد يقع كثيرًا. وأما تجعد الشعر بنفسه فبعيد لا يتأتى في العادة فأفرض وقوعه، فهو كحفل الشاة بنفسها، ولعل الفوراني من القائلين بعدم ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت الشاة بنفسها كما رأى الغزالي في «الوجيز»، فيكون جزمه في تجعيد الشعر بنفسه على ذلك.

تنبيه: المراد بالتجعيد ما يخرج الشعر عن السبوطة المكروهة عند العرب وهو ما يظهر إذا أرسل من التكسير والتقبض والالتواء، وليس المراد أن يبلغ الجعد القطط، فإن ذلك مكروه أيضًا. وأحسن الشعر ما كان بين ذلك. وقد جاء في وصف شعر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنه كان شعرًا رجلًا. ليس بالجعد القطط ولا بالسبط»[١] وفي رواية أخرى «لم يكن بالجعد القطط ولا بالسبط، كان جعدًا رجلًا»[٢] وقوله «سبط» هو بفتح السين وبإسكان الباء وفتحها وكسرها أي مسترسلة الشعر من غير تقبض، والله أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٥٤٨) ومسلم في صحيحه برقم (٢٣٤٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٥٤٧).

المسألة الثانية: من أمثلة المرتبة الأولى إذا سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها ثبت الخيار بلا خلاف، والكلام فيه كالكلام فيما إذا جعد شعرها حرفًا بحرف. وقياس ما قاله الفوراني فيما إذا حصل ذلك بنفسه أن يأتي ههنا، وتحمير الوجه والخدين يكون بالدمام وهو الكلكون، قاله القاضي أبو الطيب. وهذه اللفظة مذكورة في «المهذب» في باب الإحداد وهي بكاف مفتوحة ثم لام مشدودة مفتوحة أيضًا ثم كاف ثانية مضمومة ثم واو ساكنة ثم نون. وأصله كلكون بضم الكاف وسكون اللام ـ والكل: الورد، والكون: اللون. أي لون الورد. وهي لفظة عجمية معربة. هكذا قال النووي رَحِمَهُ اللَّهُ في «التهذيب». ومن مسائل هذه المرتبة إذا بيض وجهها بالطلاء ثم أسمر. قاله القاضي أبو الطيب رَحِمَهُ اللَّهُ. والطلاوة بياض.

وكذلك إذا صبغ الحمار حتى حسن لونه أو نفخ فيه حتى صار بالنفخ كأنه دابة سمينة، قالهما صاحب «التتمة»، أو دهن شعر الدابة، قاله المحاملي في «المقنع». وكذلك لو كان له رحى قليلة الماء فأراد البيع فحبس الماء في الطريق حتى اجتمع الماء الكثير فلما أراد العرض على البيع والإجارة أرسل ذلك الماء المحبوس حتى ظن المشتري أن الرحى كثيرة الماء، شديدة الدوران، ثم ظهر أن الماء قليل. اتفق الأصحاب عليها. وكلامهم يقتضي أن أبا حنيفة وافق عليها. كذلك إذا حبس ماء القناة ثم أطلقه عند البيع أو الإجارة، أعني إجارة الأرض، فكذا إذا أرسل الزنبور في وجه الجارية فانتفخ وظنها المشتري سمينة ثم بان خلافه، أو لون جوهرًا بلون البلخش أو العقيق أو الياقوت، فظنه المشتري كذلك ثم بان زجاجًا له قيمة بحيث يصح بيعه صح، اتفق الأصحاب في جميع هذه المسائل على ثبوت الخيار، لما ذكره المصنف رحمه الله.

وقوله: «بما يختلف به الثمن» يحترز به مما لا يختلف به الثمن، كالمسألة الثانية إذا سبطه فبان جعدًا، فإن الثمن يزيد به وما أشبهها مما لا ينقص الثمن به، ولو لم يخضب الشعر ولا شرط سواده، ولكن باعها مطلقًا فوجدها المشتري بيضاء الشعر، فسيأتي حكمه بالرد بالعيب إن شاء الله تعالى. ولو لم يلون الجوهر وباعه مطلقًا، والمشتري يظنه عقيقًا أو فيروزجًا. قال القاضي حسين: لا خيار له كما لو اشترى بقرة وقد عظم بطنها فظنها المشتري حاملًا ولم تكن فلا خيار، ولك أن تقول: إذا ظن المشتري من غير اعتماد على أمر صحيح الجزم بعدم الخيار. وأما إذا عظم بطن البهيمة من غير فعل البائع، وقلنا بأنه لو أكثر علفها حتى صارت كذلك ثبت الخيار على وجه سيأتي إن شاء الله تعالى. فينبغي أن يكون كما إذا تحفلت الشاة بنفسها فيجري فيها ذلك الخلاف. وكذلك إذا تلون الجوهر من غير

فعل البائع، ينبغي أن يجري فيه الخلاف. ويكون حكمه حكم الشاة إذا تحفلت بنفسها، لأن الظن فيه قوي بخلاف انتفاخ البطن.

المرتبة الثانية: ما في ثبوت الخيار فيها خلاف، وهو على قسمين، منه ما مثار الخلاف فيه من ضعف الظن، ومنه ما مثار الخلاف فيه من خروجه على أكمل مما ظنه، ولنقدم الكلام في هذا، فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله إذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جعدة الشعر، فلا شك أن الجعد أشرف، وقد يكون السبط أشهى إلى بعض الناس ففي المسألة طريقتان، إحداهما: ما ذكره المصنف وارتضاه الإمام واقتصر الرافعي عليها، أن في المسألة وجهين كالوجهين فيما إذا اشترط أنها سبطة الشعر فبانت جعدة، ففي الخيار بالخلف في هذا الشرط الوجهان المذكوران فيما إذا شرط أنها ثيب فخرجت بكرًا، أصحهما: في المسائل الثلاث أنه لا خيار، والذي حكاه الماوردي عن ابن سريج في شرط السبوطة.

والطريقة الثانية: أنه لا يثبت الخيار في التدليس بالسبوطة وجهًا واحدًا وإن ثبت في الخلف باشتراطها، قال الصيدلاني: وجعل ذلك ضابطًا عامًا أن كل ما لو كان مشروطًا واتصل الخلف به اقتضى خيارًا، وجهًا واحدًا، فالتدليس الظاهر فيه كالشرط، فإذا جعد شعر المملوك ثم بان سبطًا ثبت الخيار وكل ما لو فرض مشهورًا وصور الخلف فيه فكان في الخيار وجهان، فإذا فرض التدليس فيه ثم ترتب عليه خلف الظن، قال: لا خيار وجهًا واحدًا، لضعف المظنون أولًا وقصور الفعل في الباب عن القول. قال الإمام: وهذا تحكم لا يساعد عليه، والتدليس في ظاهر الفعل كالقول في مجال الوفاق والخلاف على الإطراد والاستواء، فإذا سبط الرجل شعر الجارية ثم بان أن شعرها جعد ففي الخيار الوجهان عندنا.

قال ابن الرفعة: ولك أن تعجب من قول الإمام أن ما ذكره الصيدلاني تحكم عجبًا ظاهرًا من جهة أن مأخذ إثبات الخيار عند التغرير بالفعل التصرية بلا نزاع وقد حكى أن مأخذ إثبات الخيار في المصراة عند بعض الأصحاب إلحاق ذلك بالعيب، وإذا كان كذلك لم يحسن إثباته إذا خرج المبيع أجود مما رآه لأنه لا عيب ويكون حينئذٍ الصيدلاني في قطعه ناظرًا للمعنى المذكور، ولعله هو قائله، فإن لم يكن هو قائله استفدنا من كلامه هذا أنه موافق له.

قلت: وهذا ضعيف لأمرين، أحدهما: أن الصيدلاني إنما علل انتفاء الخيار لضعف الظن وقصور الفعل عن القول. وهذا المعنى لا فرق فيه بين الجعودة والسبوطة، فإن لم يكن الفعل والظن معتبرًا في الثاني لم يكن معتبرًا في الأول، فلا يثبت الخيار في واحد منهما، وإن قيل بمساواة ذلك القول فيثبت فيهما، وإن قيل

باعتباره مع انحطاطه عن رتبة القول حتى يجري الخلاف، فيجب أن يكون ذلك في الصورتين. أما الحكم بثبوت الخيار في الأولى قطعًا كالقول وعدمه في الثانية قطعًا لا وجه له. ولو كان الصيدلاني سكت عن التعليل لأمكن تحمل ذلك وأن الخيار ثابت في الأولى بالعيب ومنتف في الثانية لعدم العيب، لكن كلامه ناص على أن التدليس كالشرط في الصورة الأولى، وعلى انتفاء الثانية لضعف الظن وقصور الفعل فلا جرم قال الإمام: إن ذلك تحكم.

الثاني: أن القائلين من الأصحاب بأن إثبات الخيار في التصرية مأخذه الإلحاق بالعيب، معناه الاكتفاء في ثبوته بفوات الذي وطن المشتري نفسه عليه برؤيته للمبيع على تلك الصورة، حتى يثبت فيما إذا تحفلت الشاة بنفسها ومقابلة القول الذي يلحق ذلك بخيار الخلف حتى لا يثبت الخيار، إلّا إذا كان حاصلًا بتدليس من البائع كما تقدم، وإذا كان كذلك أمكن أن يقول بثبوت الخيار ههنا لأن المشتري وطن نفسه على السبوطة لما رآها، وقد يكون له فيها غرض، فليس معنى إلحاق ذلك بالعيب إلّا جعل دلالة الرؤية على هذا الوصف كدلالة الغلبة على وصف السلامة، فخروجها على غير الوصف الذي رآه هو العيب، وليس الوصف الذي رآه من السبوطة أو كبر الضرع من غير علم بالتصرية عيبًا، والذي يقول بأن الغرض قد يتعلق بالشعر السبط لا يمنع أن يجعل خروجه جعدًا بمنزلة العيب، إذا كان الغرض قد تعلق بسبوطته باشتراط أو برؤية لا فرق بينهما، ويدلك على هذا أن الصحيح ـ كما تقدم ـ أن التصرية ملحقة بالعيب، كما دل عليه كلام الشافعي والعراقيين، ولذلك كان الصحيح ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت بنفسها.

والطريقة الصحيحة ههنا جريان الوجهين، فلو كان المأخذ في ذلك إلحاقه بالعيب من كل وجه لقطعوا بعدم الخيار ههنا. وأما كون الصحيح من الوجهين ههنا أنه لا خيار، فلأن الصحيح من الوجهين فيما إذا أخلف الشرط لصفة أكمل كذلك، والله أعلم. وبما ذكرناه يظهر لك أن هذا القسم متفق على إلحاقه بالتصرية وإنما الخلاف في الرد بحكم ذلك، فعلى وجه يرد كما في التصرية، وعلى الصحيح لا يرد لخروجه أكمل وهو لو شرط وصفًا فخرج أكمل لم يرد على الصحيح. وبهذا التحقيق يتعين أن يكون هذا القسم من المرتبة الأولى ولا يكون من المرتبة المتوسطة التي تقدمت الإشارة إليها في كلام الإمام، وإنما ذكرته في المرتبة الثانية لكونه من صور الخلاف في الجملة، نعم كلام الصيدلاني وما أشار إليه من ضعف الظن وتصور الفعل يقتضي التردد في إلحاقه بالتصرية، وقد تقدم ما فيه. ثم إن المصنف رحمه الله رد الوجه الثاني بأنه لا اعتبار به أي لا اعتبار بغرض المشتري، وإنما

الاعتبار بما يزيد في الثمن، لأنه المعتبر لعموم الناس، وهذا سيأتي مثله أيضًا في كلام المصنف فيما إذا شرط أنها ثيب فخرجت بكرًا، وقد حكى الروياني في «البحر» أنه لو صرح باشتراط السبوطة فخرجت جعدة، قال بعض أصحابنا بخراسان: يثبت الخيار وجهًا واحدًا لأجل التصريح، وقيل: فيه وجهان. فحصل في كل من المسألتين طريقان، الصحيح فيهما: إجراء الوجهين وقيل في المسألة الشرط يثبت قطعًا، وقيل في مسألة التدليس لا يثبت قطعًا.

القسم الثاني من هذه المرتبة الثانية التي هي محل الخلاف ما يضعف الظن فيه. والخلاف في هذا القسم في إلحاقه بالتصرية لأجل التغرير والظن، أولًا لضعف الظن في هذا القسم وقصوره على الشرط والظن المسند إلى أمر غالب، فمن ذلك من جهة أن هذا يقرب استكشافه وجرت العادة به بخلاف تسويد الشعر ونحوه، وكذلك الخلاف في هذا القسم، فمن ذلك لو لطخ ثوب العبد بالمداد أو ألبسه ثوب الكتبة والخبازين، أو سود أنامله وخيل كونه كاتبًا أو خبازًا فبان خلافه فوجهان أحدهما: يثبت الخيار للتلبيس، وأصحهما: عند الرافعي وغيره لا خيار وبه جزم الجرجاني، لأن الإنسان قد يلبس ثوب غيره عارية، فالذنب للمشتري حيث اغتر بما ليس فيه كثير تغرير، وعلى هذا لو ألبسه ثوب الأتراك فظن المشتري أن المملوك تركي وكان روميًا، فالحكم على ما ذكرنا، قاله صاحب «التتمة»، وكذلك لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها، فتخيل المشتري كونها حاملًا قاله الإمام والمتولي قولًا عن الأصحاب والرافعي.

وكذلك لو أرسل الزنبور في ضرعها حتى انتفخ، وظنها المشتري لبونًا قاله المتولي والرافعي أيضًا، لأن الحمل لا يكاد يلتبس على الخبير، ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدي، بخلاف صورة التصرية، وكثرة اللبن، فإنه لا سبيل إلى معرفتها، وقيل إثبات الخيار في مسألة تحمل الحمل منسوب إلى أبي حامد، وقال ابن الرفعة: وظاهر كلام الأصحاب في ذلك يدل على أنه مفرع على أن الحمل في الدواب ليس بعيب كما هو أظهر الوجهين في كتاب «الصداق» والموجود في أكثر الكتب.

أما إذا قلنا: إنه عيب، وهو ما أورده في «التهذيب»، فيظهر أن يكون الكلام فيه كالكلام فيما إذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جعدة، لأن الأغراض تختلف به وإن كان يعده وصف كمال، وقد أسلفت ما فيه.

قلت: وكان مراده بذلك أن يأتي فيه على طريقة قاطعة بعدم الخيار. كما قال الصيدلاني هناك. وانتصر له وإن كنت قد بينت هناك ما يرده من كلام الصيدلاني أما

ههنا فلا يأتي ما تقدم من الاعتراض بكلام الصيدلاني، ولكن قد يقال: الحمل وإن كان عيبًا فقد يقصده بعض العقلاء، ويتعلق الغرض به، ولهذا يصح اشتراطه في الجارية على الأصح، وإن كان عيبًا فيها، ويثبت الخيار بعدمه كما قاله ابن يونس.

والطريقة الصحيحة: إجراء القولين في اشتراط حمل الجارية. والطريقة القاطعة بالصحة فيها لأجل أن الحمل في الآدميات عيب، وأن شرطه إعلام بالعيب ضعيف. والأصح إن الحمل في الجارية والبهيمة زيادة ونقص كما ذكره في كتاب الصداق، فليس نقصًا من كل وجه، حتى يكون عدمه كعدم العيب، بل عدمه يفوت به ما فيه من الزيادة. فلذلك يثبت به الخيار.

وقال ابن الرفعة في كتاب البيع: إنا إذا قلنا: إنه عيب فأخلف فلا خيار له كما إذا شرط أنه سارق فخرج غير سارق. وفي كلام الرافعي ما يقتضي أن هذه طريقة ليست المذهب، ولكن مع ذلك إنما يأتي إذا قلنا الحمل عيب ونقص من كل وجه، وهو بعيد. فإنه قد يكون مقصودًا للعقلاء ويرغب فيه في بعض الأوقات لأغراض صحيحة بخلاف العيب المحض.

المرتبة الثالثة: التي لا يثبت فيها الخيار قطعًا، وهو إذا جرى الخلف بشيء لا ظهور له، كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتبًا، هكذا ذكره الإمام، ونبه على أن محل الوجهين اللذين ذكرناهما في المرتبة الثانية، وأما إذا كان وقع المداد بحيث يعد من مثله أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة، وذكر الروياني فيما إذا كان على الثوب أثر مداد فظنه كاتبًا طريقين:

أحدهما: أن فيه وجهًا واحدًا، لأنه يحتمل أن يكون استعار ثوبًا، فقد ظن في غير موضعه، فهذا الذي قاله الروياني يحتمل أن يكون في المسألة من حيث الجملة، ويحتمل أن يكون القطع في محل، والخلاف في محل آخر على ما تقدم، ويحتمل أن يكون الطريقان في هذه المرتبة الأخيرة (والأفقه) التفصيل المتقدم ولم يذكر المصنف رحمه الله هذه المرتبة الأخيرة ولا شيئًا من أمثلة القسم الثاني من المرتبة الثانية، وإنما ذكر مسألة سبوطة الشعر وقد نبهت على أنها ـ وإن كان فيها خلاف في الرد ـ فليس ذلك اختلاف في إلحاقه بالمصراة، بل لأجل خروجها على الوصف الأكمل.

فينبغي أن يحمل كلام المصنف رحمه الله على أنه لم يرد إلا ذكر المصراة وما يلحق بها، ولذلك ذكر بعده مسألة هي من المرتبة الأولى التي لا خلاف في ثبوت الخيار فيها، وهي إذا اشترى صبرة ثم بان أنها على صخرة، أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة، أي وإن كان الكل جيدًا لا عيب فيه، فأما مسألة الصبرة إذا بان

أنها على صخرة وكان المشتري عند العقد يظن أنها على استواء الأرض، فهل يتبين بطلان العقد؟ وفيه وجهان: أصحهما: لا، ولكن للمشتري الخيار كما ذكره المصنف رحمه الله تنزيلًا لما ظهر في منزلة العيب والتدليس، وهو الذي نص عليه الشافعي في باب السنة في الخيار في الجزء السابع من «الأم».

قال الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: وهذا ما أورده صاحب «الشامل» وغيره، قلت: وممن جزم به الماوردي في باب الشرط الذي يفسد البيع، والقاضي أبو الطيب قبل باب بيع المصراة.

والثاني: وبه قال الشيخ أبو محمد يتبين بطلان العقد، لأنا بنينا بالآخرة أن العيان لم يفد علمًا، هذا إذا ظنها مستوية الأرض، أما لو علم بالحال فثلاثة طرق، أصحها: أن في صحة البيع قولي بيع الغائب، والثاني: القطع بالصحة، والثالث: القطع بالبطلان، وهو ضعيف، وإن كان منسوبًا إلى بعض المحققين.

فإن قلنا: بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها، والوجهان في حالة الظن الاستواء مفرعان على القول بالبطلان ههنا، وأما إذا بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة، فالتلبيس حاصل كمسألة المصراة، وتجعيد الشعر، وشبهها من المسائل المجزوم بثبوت الخيار فيها ولم أرها في غير كلام المصنف رحمه الله، أتبعه ابن أبي عصرون في «الانتصار» و«المرشد»، وإنما المشهور في كلام الأصحاب إذا وجد باطنها عفنًا أو نديًا أو معيبًا، أما إذا وجده دون ظاهرها في الجودة مع كونه غير معيب فقل من تعرض له، لكن في كلام الشيخ ما يحتمله، فإنه قال في باب الشرط الذي يفسد البيع: إن نقلها فوجد أرضها مستوية وباطن الطعام كظاهره فالبيع لازم، وإن كانت على دكة أو خرج الطعام متغيرًا كان له الخيار، لأنه تدليس، فهذا الكلام يمكن أن يؤخذ منه ما ذكره المصنف، وبالجملة فالحكم فيه واضح للتدليس، وهذا فرع عن القول بصحة البيع.

وقد قال الإمام عند الكلام في بيع الغائب: ولو كان باطن الصبرة يخالف ظاهرها فحفظي عن الإمام أن ذلك بيع غائب، وفيه احتمال ظاهر عندي، وإنما أخر المصنف هذه المسألة بعد مسألة تسبيط الشعر المختلف فيها حتى يجعل تسبيط الشعر بعد تجعيده، والخلاف فيها لغير إلحاقها بالمصراة كما تقدم التنبيه عليه، والله تعالى أعلم.

وقد يقال: إن العلم بباطن الصبرة مما يسهل استكشافه بإدخال يده فيها ونحوه فهلا كان ذلك كعلف البهيمة وإرسال الزنبور وأخواتها؟ وقد تقدم أن الأصح عدم ثبوت الخيار فيها لسهولة الاستكشاف.

والجواب: أن الاستدلال بظاهر الصبرة على باطنها أمر معتاد، لا ينسب صاحبه إلى تفريط ويشق تقليب الصبرة بكمالها، وأما انتفاخ بطن البهيمة وضرعها وأخواتها فلا يدل دلالة واضحة على الحمل واللبن، والمكتفى بدلالة ذلك على الحمل واللبن، ودلالة تلطخ الثوب بالمداد على الكتابة منسوب إلى تفريط، وقد نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فيما نقله أحمد بن بشرى على أنه إن خلط حنطة بشعير ثم جعل أعلاها حنطة لم يجز، وإن خلطهما أو حنطتين إحداهما أرفع فلا بأس ببيعها إذا كان ظاهره وباطنه واحدًا فالتقيد بذلك دليل على أنه إذا جعل ظاهرها أجود يثبت الخيار، لأنه جعله من الغش المحرم، والغش المحرم يثبت الخيار.

فروع: إذا أسلم إليه في جارية جعدة فسلم إليه جعدة فلا خيار له على أصح الوجهين، قاله القاضي أبو الطيب.

اشترى جارية على أن شعرها أبيض فكان أسود، ففي الرد وجهان في «الحاوي» وغيره. قال في «المجرد» من «تعليق أبي حامد» وغيره: الصحيح أنه لا يرد، وقياسه أن يأتي الوجهان فيما إذا شاهد شعرها أبيض فبان أسود كما في السبوطة، وكذلك في «البحر». لكنه في نسخة سقيمة لم أثق بها الخيار في تلقي الركبان مستنده التغرير كالتصرية، وكذا خيار النجش إن أثبتناه. ومن التدليس الذي لا يثبت به خيار أن يقول كاذبًا طلب هذا الشيء مني بكذا، أو اشتريته بكذا، فإن المشتري يغتر بما يقوله ويزيد في الثمن بسببه، قاله القاضي حسين وغيره، والله تعالى أعلم.

فرع: غير المصراة إذا حلب لبنها ثم ردها بعيب، ذكر العراقيون هذا الفرع في مناظرة جرت بين الشافعي ومحمد بن الحسن بعضهم عن «الإملاء» وبعضهم عن «القديم» قال الشافعي: قال لي محمد بن الحسن: فما تقولون فيما إذا اشترى شاة ليست بمصراة ولكن فيها لبن فحلبها زمانًا ثم وجد بها عيبًا أله الرد؟

قلت: نعم فقال: إذا رد أيرد شيئًا لأجل اللبن؟ قلت: لا، هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة قال: والفصل بينهما أن لبن المصراة متحقق فوجوده حالة العقد يتقسط عليه بعض الثمن فوجب رد قيمته على البائع عند تلفه وغير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد، فلم يتقسط عليه شيء من الثمن فلم يجب رد قيمته.

واعترض الإمام على ذلك بأنا إذا كنا نردد القول في أن الحمل هل يعلم؟ فاللبن معلوم في الضرع، قال: وكيف لا؟ وقد تتكامل الدرة، ويأخذ الضرع في التقطير، ولكن الوجه أن نجعل اللبن كالحمل في مقابلته بقسط من الثمن، فإن قلنا: لا يقابل بقسط، فالجواب ما حكوه وإن قلنا يقابل، فالوجه أن يرد بسبب اللبن

شيئًا، وجزم صاحب «التهذيب» بأنه يرد معها صاعًا من تمر. وحكى الرافعي ما قاله صاحب «التهذيب»، وما حكاه أبو حامد عن النص، وما رواه الإمام عن التخريج على أنه هل يأخذ قسطًا من الثمن؟ قال: والصحيح الأخذ، وذلك إشارة إلى ترجيح طريقة الإمام أو طريقة صاحب «التهذيب» على الطريقة المحكية عن النص، وأن الأصح أنه يرد بدل اللبن.

وقال الماوردي: إن له الرد وعليه رد بدل اللبن، ولكن لا يلزمه رد صاع لأن الصاع عوض لبن التصرية، فإن اتفقا على قدره فذاك، وإلا فالقول قول المشتري، فهذه أربع طرق، وفي «تعليق أبي علي الطبري» عن ابن أبي هريرة أنه يردها قولًا واحدًا، ويرد معها صاعًا من تمر على أصح الوجهين، وفي هذا موافقة لصاحب «التهذيب»، وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» التي بخط سليم، و«تعليق القاضي أبي الطيب» وغيرهما تفصيل لا بد منه، وهو أنه إذا لم يمكن هناك رد اللبن المحلوب ولا رد شيء لأجله، لأن اللبن لم يكن موجودًا في حالة العقد وإنما حدث في ملكه وإن كان ينتج في تلك الحالة شيء فذلك يسير لا حكم له، وما حدث في ملكه لا يمنعه من الرد ولا يوجب عليه بدلًا كغلة العبد، فهذا القسم لا يمكن الخلاف فيه، لأنه ليس عند العقد لبن يقابل بقسط من الثمن، فإيجاب البدل لا يدل عليه معنى ولا يفيد أن في ضرعها لبن مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية، فحلبها ثم علم بها عيبًا، فإن كان اللبن تالفًا فلا رد، لأنه تناوله لاستعلام العيب، فلا يمكن له رد بعض المبيع.

ونقل القاضي أبو الطيب أن من أصحابنا من قال: له رد الشاة ولا يرد بدل اللبن، وأنه نص عليه في «القديم»، لأن لبن غير التصرية يسير، قال أبو الطيب والشاشي: والأول أقيس، وإذا ضممت ما ذكره الرافعي والماوردي إلى ما اختاره هو لاجتمع في المسألة في هذا القسم خمس طرق:

أحدها: امتناع الرد. وهو اختيار الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ومن وافقهما.

والثاني: الرد فلا يرد بدل اللبن شيئًا، وهو المحكي عن نصه في «القديم». والرافعي نقله عن حكاية أبي حامد، ولم أره في «تعليقه» في هذا القسم صريحًا، وإنما ذكره مطلقًا، وأما أبو الطيب فإنه صرح به في هذا القسم كما ذكرت.

الطريق الثالث: قول صاحب «التهذيب»: إنه يردها ويرد صاعًا من تمر.

الرابع: قول الماوردي: إنه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع.

الخامس: قول الإمام التخريج على مقابلته بالقسط والأصح المقابلة، فيلزم رد

بدله، لكن ماذا يرد هل هو التمر؟ كما قال صاحب «التهذيب» أو غيره؟ كما قال الماوردي، لم يصرح الإمام في ذلك بشيء.

وإن كان اللبن باقيًا فعند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ومن وافقهما ينبني على الوجهين المتقدمين، فيما لو كان اللبن باقيًا وطلب المشتري رده مع المصراة، إن قلنا: يرد رده وردها بالعيب وإن قلنا لا يرد يرجع بالأرش ولم يتعرض الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ وصاحب «التهذيب» والإمام والماوردي لحالة بقاء اللبن بخصوصها، والظاهر أن صاحب «التهذيب» القائل: يرد به الصاع التمر. لا يفترق الحال عنده بين بقاء اللبن وتلفه كالمصراة على المذهب، والماوردي يحتمل أن يكون كذلك، وهو الظاهر لتعذر العلم بمقدار اللبن، إلا أن يتفقا على رده، وقول الإمام محتمل لكلام صاحب «التهذيب» وكلام الماوردي كما تقدم، فعلى هذا يأتي في حالة بقاء اللبن أيضًا ست طرق: امتناع الرد أو الرد، ولا يرد معها شيئًا، والرد مع رد اللبن، أو الرد مع رد التمر، أو الرد مع رد البدل غير التمر، أو التخريج على المقابلة بالقسط.

وفي هذه المسألة إذا قلنا برد الشاة مع اللبن عند مقابلة شيء ليس في مسألة المصراة على ذلك القول، وهو أنا هناك على قول نقول له أن يرد ويجبر البائع على القبول وللمشتري مع ذلك أن لا يرد اللبن ويرد الشاة وحدها مع التمر. وأما هنا على هذا القول فإنا نقول: إما أن يرد اللبن والشاة، وإما أن لا يرد شيئًا، ولا نقول أن له رد التمر، لأنه لو كان تالفًا لم يرد التمر، وإنما يمتنع، فكذلك إذا كان باقيًا، واللبن عند هؤلاء لعين أخرى ورد عليها العقد في غير التصرية، والله أعلم.

تنبيه: اعلم أن كل من قال بالرد ورد شيء بدل اللبن يقول بأن اللبن يقابله قسط من الثمن، ومن قال برده ولا يرد بدله نقول بأنه لا تقابل بقسط، ومن يقول بأنه لا يرد أصلًا يقول بأنه مقابل بالقسط، فيشبه أن تكون إطلاقاتهم مخرجة على ذلك، ويكون ما ارتضاه من التخريج بين بلا خلاف على ذلك، لا أن تكون طريقة مخالفة، وحينئذٍ تعود الطريق إلى القسم الأول إلى أربعة في الثاني إلى خمسة، وإنما ذكرت طريقة الإمام معهم لمغايرتها في ظاهر العبارة، والله أعلم.

وإذا وقفت على ما تقدم علمت أن الذي ينبغي أن يكون هو الصحيح أحد قولين، إما امتناع الرد في القسم الأول كما اختاره الشيخ أبو حامد، وقال القاضي أبو الطيب: أنه الأقيس، وذلك لأن الصحيح أن اللبن يقابله قسط من الثمن، فليس له أن يرد من غير رد بدله ولا مع بدله، لما فيه من تفريق الصفقة، ورد الشاة بعد تعيبها بما ليس من ضرورة الوقوف على العيب، ولأن الصاع الذي جعل بدلًا عن

اللبن ورد في المصراة على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه، وكذلك في القسم الثاني، لأنهم بنوه على الوجهين السابقين في رد لبن المصراة عند بقائه، والصحيح هناك أنه لا يجب على البائع قبوله، ومقتضى البناء أن يكون الصحيح هنا أنه لا يرد ويأخذ الأرش، وأخذ الأرش واحد في القسمين إذا قلنا بامتناع الرد، سواء كان اللبن باقيًا أو تالفًا، وإن سكتوا عنه فالصحيح حينئذٍ امتناع الرد مطلقًا في القسمين.

وإما قول صاحب «التهذيب» أنه يردها وصاعًا من تمر مطلقًا في القسمين ففيه بعد. فإن في الحديث الوارد في المصراة إن صح قياس هذه عليه وجب أن يرد التمر كما قال صاحب «التهذيب»، وإن لم يصح قياسها على المصراة وجب أن يجري فيها على حكم القياس. فيمتنع الرد كما قاله أبو الطيب ومن وافقه فيقول: الماوردي مخالف للأمرين جميعًا. فأصح الأقوال وأحسنها أحد القولين، إما قول أبي الطيب ومن وافقه، وإما قول صاحب «التهذيب». وفي كل منهما مرجح.

أما قول صاحب «التهذيب» فلأنه لما علم من الشارع في المصراة أن بدل اللبن صاع من تمر وجب أن يكون ذلك بدلًا له في المصراة في غيرها، لا سيما والمعنى الذي ثبت لأجله من قطع التنازع موجود ههنا. فيثبت بالقياس على المصراة، وأما قول الشيخ أبي حامد وأبي الطيب ومن وافقهما فيرجحه الجريان على القياس الكلي في غير المصراة، وقصر الحكم الوارد في الحديث على محل النص. لكونه مخالفًا للقياس فلا يتعدى به محله، والمختارون لهذا القول من العراقيين أكثر. وقال صاحب «العدة»: إنه ظاهر المذهب، وعندي في الترجيح بين القولين نظر، إن قوي القياس على المصراة يترجح قول صاحب «التهذيب»، وإلا يرجح قول أبي الطيب، وهو ومن وافقه يجيبون عن القياس على المصراة بأن المصراة حلبها لاستعلام العيب بخلاف هذه. والقلب إلى ما قاله هؤلاء أميل منه إلى ما قاله صاحب «التهذيب». والعجب أن الرافعي لم يتعرض لهذا ولا حكاه. هذا إذا كان عند العقد لبن موجود له قيمة. فإن لم يكن كذلك جاز رد الشاة وحدها كما تقدم ذلك مما لا نزاع فيه.

واعلم أن إطلاق النص يقتضي أيضًا مخالفة قول الأكثرين. وقول صاحب «التهذيب» وقول الماوردي وأنه يردها ولا يرد معها شيئًا، فإما أن يكون ذلك من الأقوال القديمة كما اقتضاه نقلهم له عن «القديم»، وإما أن يكون محمولًا على ما إذا كان لبن يسير. أما اللبن الكثير فهو مقابل بقسط من الثمن على ما صرح به الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم» وحكيناه في غير موضع، فلا يمكن القول بالرد بدون رد بدله، والله أعلم. إلا إذا قلنا بأنه لا يقابل بقسط من الثمن.

ويحتمل أن يحمل قول الشافعي رحمه الله: لا يرد شيئًا لأجل اللبن، أي اللبن الحادث، فإن في نصه الذي حكاه ابن بشرى قال: «وإذا اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها شهرًا أو أكثر ثم ظهر على عيب دلس له فيها ردها ولم يرد معها شيئًا» وقوة هذا الكلام تشير إلى أنه لا يرد معها شيئًا عن ذلك الذي احتلبه طول الشهر، وصاحب «التهذيب» فيما قاله في هذه المسألة تابع للقاضي حسين فإنه سئل عنها فقال: ينبغي أن يرد معها صاعًا من تمر، والله أعلم.

فرع: إذا كانت الشاة غير مصراة وشككنا هل كان في ضرعها حين البيع لبن له قيمة أو لا؟ لم يرد معها شيئًا. وعليه يحمل قول الشيخ أبي حامد ومن وافقه فيما تقدم أن غير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه الثمن فلم يجب رد قيمته. والله أعلم.

فرع: الكلام إلى هنا في بيع المصراة، وفي الفصل الذي بعده في الرد بالعيب والمزني في «المختصر»، وأكثر الأصحاب جعلوا ذلك بابين، فترجموا الأول بباب بيع المصراة، وترجموا الثاني بباب الخراج بالضمان والرد بالعيوب. والمصنف رحمه الله جعل ذلك بابًا واحدًا لاشتراكهما فيما نبهت عليه أول الباب، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ومن ملك عينًا وعلم بها عيبًا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها. لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «المسلم أخو المسلم، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعًا يعلم فيه عيبًا إلا بينه له» فإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى أبو سباع قال: «اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر فقال: هل بين لك ما فيها؟ قلت: وما فيها؟ إنها لسمينة ظاهرة الصحة. فقال: أردت بها سفرًا أم أردت بها لحمًا؟ قلت: أردت عليها الحج قال: إن بخفها نقبًا. قال صاحبها: أصلحك الله ما تريد إلى هذا تفسد علي؟!! قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا يحل لأحد يبيع شيئًا إلا بين ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه» فإن باع ولم يبين العيب صح البيع. لأن النبي ﷺ صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية.

الشرح: حديث عقبة بن عامر[1] هذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم في «المستدرك» وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. فأما حكمه بصحته فصحيح، لأن رواته كلهم ثقات من رجال الصحيح ولا يظهر فيه علة مانعة،

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٤/ ١٥٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٤٦) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٢٠) والحاكم في المستدرك (٢/ ٨).

وأما قوله إنه على شرط الشيخين ففيه نظر، لأن في رواته يحيى بن أيوب وهو الغافقي، وشيخ شيخه عبد الرحمٰن بن شماسة وكلاهما لم يرو عنه البخاري، وإنما هما من إفراد مسلم.

وللحاكم شيء كثير مثل هذا، وذلك محمول منه ـ والله أعلم ـ على أن الرجال المذكورين في إسناد هذا الحديث لا تقصر رتبتهم عن الرجال الذين اتفق الشيخان عليهم وإثبات ذلك صعب، فإنه يتوقف على سبر جميع أحوال هؤلاء وهؤلاء، والموازنة بينهما، وإن تأتى ذلك في النادر فإنه يصعب في الأكثر، ولعل عند البخاري شيئًا من حال الشخص الذي لم يخرج له لا نطلع نحن عليه، فدعوى أنه على شرطه فيها ما علمت. نعم هذا الحديث على شرط مسلم لأن الرجلين المذكورين أخرج لهما مسلم والباقين متفق عليهم.

وقد ذكر البخاري في «جامعه الصحيح» هذا الحديث من كلام عقبة بن عامر فقال في باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا. وقال عقبة بن عامر: «لا يحل لامرىء يبيع سلعة يعلم بها داء إلا أخبره» أورده هكذا معلقًا، وذلك لا يقدح في رواية من رواه مرفوعًا، وعقبة أفتى بذلك بمقتضى الحديث الذي سمعه من النبي ﷺ.

واعلم أن في لفظ الحديث في رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة في اللفظ لما ذكره المصنف رحمه الله في الكتاب، فإن لفظ ابن ماجه «المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع لأخيه بيعًا فيه عيب إلا بينه له» ولفظ الحكام كذلك، وكذلك البيهقي عنه «المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم إن باع من أخيه بيعًا فيه عيب أن لا يبينه له» وليس في شيء من الروايتين التقييد بالعلم كما في كلام المصنف رحمه الله، وإن كان العلم لا بد منه في التكليف، ولكن ترك ذكره كما في الرواية أبلغ من الزجر عن ذلك، وأدعى إلى الاحتياط والاحتراز، فإنه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع، ولكنه متمكن من الاطلاع عليه، ولو بحث عنه واستكشفه لعلمه، فإهماله لذلك وتركه الاستكشاف مع تجويزه له تفريط منه لا يمنع تعرضه للإثم بسببه، نعم التقييد بالعلم مذكور في الأثر الذي ذكره البخاري من كلام عقبة، وبقية المخالفة في اللفظ يسيرة لا يتعلق بها معنى، وكل الألفاظ المذكورة تدل على أن الذي لا يحل هو الكتمان لا البيع ومعرفة هذا هنا نافعة في صحة البيع كما سيأتي إن شاء الله تعالى في آخر الفصل.

وروى هذا الحديث عقبة بن عامر بن عبس ـ بباء موحدة من تحت ساكنة ـ الجهني، وفي نسبه وكنيته اختلاف كثير، والأصح في كنيته أبو حماد سكن مصر

وكان واليًا عليها، وتوفي بها في آخر خلافة معاوية، روى عنه جماعة من الصحابة وخلق من التابعين، وسند هذا الحديث من يحيى بن أيوب إليه، وهم أربعة كلهم مصريون وقبر عقبة معروف مشهور بالقرافة.

وحديث واثلة بن الأسقع الذي ذكره المصنف رحمه الله أخرجه الحاكم في «المستدرك»[١] من طريق أبي سباع المذكور، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وفي حكمه بصحته نظر فإنه من رواية أبي جعفر الرازي عن يزيد بن أبي مالك عن أبي السباع، وأبو جعفر الرازي وهو عيسى بن عبد الله بن ماهان التميمي، وثقه يحيى بن معين وأبو حاتم الرازي وتكلم فيه جماعة، قال الفلاس: سيء الحفظ، وقال أبو زرعة الرازي: يهم كثيرًا وقال أحمد: ليس بقوي وقال مرة: مضطرب الحديث، وقال مرة: صالح الحديث، وعن الساجي أنه قال: صدوق ليس بمتقن وقال ابن حبان: كان ممن ينفرد بالمناكير عن المشاهير، لا يعجبني الاحتجاج بخبره إلا فيما يوافق الثقات ولا يجوز الاعتبار بروايته فيما يخالف الإثبات.

وأما يزيد بن أبي مالك فقال يعقوب الفسوي: في حديثه لين وابنه خالد، هذا ما قاله الفسوي، وقال أبو حامد: من فقهاء الشام وهو ثقة، وسئل أبو زرعة عنه فأثنى عليه خيرًا، وهو يزيد بن عبد الرحمن ابن أبي مالك، وقد روى عنه واثلة نفسه، وما قاله أبو حاتم وأبو زرعة فيه أولى مما قاله الفسوي.

وأما أبو سباع فشامي تابعي لم أعلم من حاله غير ذلك، وواثلة بن الأسقع الراوي لهذا الحديث من الصحابة المشهورين وهو من بني ليث بن بكر بن عبد مناف بن كنانة، واختلف في نسبه إلى ليث، ولا خلاف أنه من بني ليث، أسلم والنبي ﷺ يتجهز إلى تبوك ويقال إنه خدم النبي ﷺ ثلاث سنين، وعلى هذا يكون إسلامه قبل تبوك إن كان المراد ثلاث سنين كوامل، وكان من أهل الصفة سكن الشام بقرية يقال لها البلاط على ثلاثة فراسخ من دمشق، وشهد المغازي بدمشق وحمص، ثم تحول إلى بيت المقدس ومات بها، وهو ابن مائة سنة.

وقال ابن معين: توفي سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمس سنين، كذا قال البخاري في «التاريخ الكبير»، ورواه في «الصغير» عن ابن عياش، وهو إسماعيل عن سعيد بن خالد، وقيل: بل توفي بدمشق في آخر خلافة عبد الملك سنة خمس أو ست وثمانين.

قال أبو مسهر: ويحيى بن بكير: مات سنة خمس وثمانين وهو ابن ثمان

---

(١) (٢/ ٩) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٢٠).

وتسعين سنة يكنى أبا الأسقع، وقيل: أبو محمد، وقيل: أبو قرصافة، وهذا القول الثالث في كنيته قال البخاري: أنه وهم وقيل: أبو الخطاب نقله البغوي في «معجمه» والصحيح في نسبه واثلة بن الأسقع بن عبد العزي بن عبد ياليل بن ناشب بن غيرة بن سعد بن ليث بن بكر والأسقع بقاف وغيره ـ بغين معجمة مكسورة وياء مثناة من تحت مفتوحة ـ ومن فضائله ما ذكره البخاري في «تاريخه» عنه قال: لما نزلت: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ أَهْلَ ٱلْبَيْتِ﴾ [الأحزاب: ٣٣] فقال: وأنا من أهلك؟ فقال: وأنت من أهلي، قال: فهذا أرجا ما ارتجى، وأكثر الناس يقولون فيه: واثلة بن الأسقع، وروى عن مكحول قال هو واثلة بن عبد الله بن الأسقع.

وأبو السباع شامي تابعي ذكره الحاكم أبو أحمد وابن عساكر من طريقه ولم يزد على ذلك، وروى البيهقي هذا الحديث في «السنن الكبير» عن الحاكم وأبي بكر المخزومي معًا بذلك الإسناد، ولفظ الحديث في «المستدرك» و«سنن البيهقي» كما ذكره المصنف رحمه الله إلا شيئًا يسيرًا فيه «فلما خرجت بها أدركني واثلة، وهو يجر رداءه فقال: يا عبد الله اشتريت؟ قلت: نعم قال: بين لك ما فيها؟» والباقي سواء في المعنى وهذان الحديثان اللذان ذكرهما المصنف رحمه الله عن عقبة وواثلة متفقان على تحريم كتمان البائع العيب. ويزيد حديث واثلة بتحريم ذلك على غير البائع أيضًا إذا علمه، وقد وردت أحاديث في المعنى غير ما ذكره المصنف منها عن أبي هريرة أن النبي ﷺ: «مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللًا فقال: ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله. قال: أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس؟ من غش فليس مني»[(١)] رواه مسلم في أول كتابه «الصحيح» وأصحاب السنن.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ «مر برجل يبيع طعامًا فقال: كيف تبيع؟ فأخبره، فأوحى الله إليه أن أدخل يدك فيه فأدخل يده فإذا هو مبلول، فقال له رسول الله ﷺ: ليس منا من غش»[(٢)] رواه البيهقي. وعن العداء: ـ بفتح العين وتشديد الدال المهملة وبعدها ألف ممدودة ـ ابن خالد قال: كتب إلي النبي ﷺ: «هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة»[(٣)] رواه البخاري تعليقًا، فقال: ويذكر عن العداء بن خالد.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٠٢) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٥٢) والترمذي في سننه برقم (١٣١٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٢٤) وأحمد في المسند (٢/ ٢٤٢).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٥/ ٣٢٠).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٠٧٩).

وقال قتادة: الغائلة الزنا والسرقة والإباق ـ وهكذا هو في البخاري: «اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد» والخبثة ما كان غير طيب الكسب، وسأل الأصمعي سعيد بن أبي عروبة عنها فقال: بيع أهل عهد المسلمين، والأول أصح، وهي ـ بكسر الخاء وسكون الباء الموحدة وبالثاء المثلثة ـ فكأنه يقول: لا مرض ولا حرام ولا شيء يغوله أي بملكه من إباق وغيره.

ورواه الترمذي وابن ماجه متصلًا كلاهما عن محمد بن بشار عن عباد بن الليث عن عبد المجيد بن وهب قال: قال لي العداء بن خالد بن هوذة: «ألا أقرؤك كتابًا كتبه لي رسول الله ﷺ؟ قلت: بلى فأخرج لي كتابًا: هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله ﷺ اشترى منه عبدًا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم»[١] قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وعن مكحول وسليمان بن موسى كليهما عن واثلة بن الأسقع قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من باع عيبًا ولم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه»[٢] رواه ابن ماجه.

وعن عمير بن سعيد عن عمه وهو الحارث بن سويد النخعي قال: «خرج رسول الله ﷺ إلى البقيع فرأى طعامًا يباع في غرائر فأدخل يده فأخرج شيئًا كرهه فقال: من غشنا فليس منا»[٣] قال الحاكم في «المستدرك»: هذا حديث صحيح.

وعن أبي الحمراء قال: «رأيت رسول الله ﷺ أمر بجنبات رجل عنده طعام في وعاء فأدخل يده فيه فقال: لعلك غششت: من غشنا فليس منا»[٤] رواه ابن ماجه، والأحاديث في تحريم الغش ووجوب النصيحة كثيرة جدًا، وحكمها معلوم من الشريعة، وكتمان العيب غش، وفي حديث حكيم بن حزام الثابت في «الصحيحين» عن النبي ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما»[٥].

وعن تميم الداري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الدين النصيحة»[٦] وعن جرير رضي الله عنه

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٢١٦) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٥١) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٢٧).
(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٢٤٧).
(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٩).
(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٢٢٥).
(٥) تقدم.
(٦) تقدم.

قال: «بايعت رسول الله ﷺ على إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة والنصح لكل مسلم»[١] رواهما مسلم.

أما اللغة: فالعيب، قال الجوهري: العيب والعيبة والعاب بمعنى واحد تقول عاب المتاع إذا صار ذا عيب، وعيبته أنا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضًا على الأصل فيقول: ما فيه معابة ومعاب أي عيب، والمعاب العيوب، وعيبه نسبه إلى العيب، [وعيبه] جعله ذا عيب وتعيبه مثله.

وقال ابن فارس: العيب في الشيء معروف وقد قسم أصحابنا العيب وأوضحوه وبينوه بيانًا شافيًا، وسأذكر ذلك إن شاء الله تعالى عند قول المصنف: والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيبًا.

والنقب ـ بفتح النون والقاف وبعدها باء موحدة، وهو مصدر نقب بكسر القاف ينقب بفتحها ـ يقال: نقب خف البعير إذا رق وحفى ونقب الخف إذا تخرق، ويقال نقب البيطار ـ بفتح القاف ـ سرة الدابة ليخرج منها ماء، وتلك الحديدة منقب، وذلك المكان منقب، وقوله بخفها قال أهل اللغة: الخف للبعير والحافر للفرس والبغل والحمار، وما ليس بمنشق القائم من الدواب، والظلف للبقر والغنم والظباء، وكل حافر منشق منقسم.

والتدليس المراد به إخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة، وقال الأزهري: التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري بذلك العيب الباطن ويكتمه إياه، فإذا كتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس، ويقال فلان لا يدلس ولا يواكس أي لا يخادع، وما في فلان دلس ولا وكس، أي ما فيه خبث ولا مكر ولا خيانة. هذا من كلام الأزهري رَحِمَهُ اللَّهُ.

أما الأحكام: فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل: الأولى أن من ملك عينًا وعلم بها عيبًا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها، وهذا الحكم متفق عليه للنصوص المتقدمة لا خلاف فيه بين العلماء، قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في آخر باب الخراج بالضمان من «المختصر»: «وحرام التدليس. وكذلك جميع الأصحاب».

وأما ما قاله الجرجاني في الشافي والمحاملي في «المقنع» أنه إذا كان مع الرجل سلعة وبها عيب يعلمه وأراد بيعها، استحب له إظهاره، فعبارة رديئة موهمة، وأن ذلك غير واجب، وذلك لا يقوله أحد له علم، وتقييد المصنف رحمه الله بالعلم

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٢٤) ومسلم في صحيحه برقم (٥٦) والترمذي في سننه برقم (١٩٢٥) وأحمد في المسند (٤/ ٣٦٠).

قد تقدم شيء من الكلام فيه. وإن نص الحديث مطلق بخلاف ما أورده المصنف، لكن لا بد في حصول الإثم للبائع من أن يكون له شعور بذلك وبكتمه، وعبارة المصنف رحمه الله في «التنبيه». ومن علم بالسلعة عيبًا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها، وذلك يشمل المالك والوكيل والولي. وعبارته هنا مختصة بالمالك، لكن الوكيل والولي يندرج في قوله هنا: وإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين، وقول المصنف رحمه الله في الكتابين جميعًا يدل على أن البيع عند كتمان العيب محرم. وعبارة الشافعي في قوله: وحرام التدليس. وكذلك عبارة كثير من الأصحاب تدل على حرمة كتمان العيب ووجوب بيانه، ولم يتعرض للبيع، وكذلك ألفاظ الأحاديث في ذلك.

وقد أشرت إلى هذا المعنى فيما تقدم، ولكن لا منافاة بين الكلامين، وكلا الأمرين حرام وحرمتهما مختلفة، فالتدليس حرام بالقصد في نفسه، والبيع ليس حرامًا لذاته، ولكن حرام لغيره، وضبط هذا نافع فيما سيأتي في صحة البيع.

وفي عبارة المصنف والأصحاب وألفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفي البائع العالم بالعيب أن يقول: هو معيب، أو يبيعه بشرط البراءة من العيوب، أو يقول: إن به جميع العيوب أو أنه لا يضمن غير الحل كما جرت عادة بعض الناس بفعل ذلك، بل لا بد من بيان العيب المعلوم بعينه، والعبارات الأولى كلها فيها إجمال لا بيان، وقد يظن المشتري سلامته عن ذلك، فإن البائع إنما قال ذلك حذرًا من العهدة بخلاف ما إذا نص له على العيب بعينه، فإنه يدخل فيه على بصيرة. وإطلاق المصنف رحمه الله والأصحاب والشافعي حرمة التدليس ووجوب البيان يتناول ما إذا كان المشتري مسلمًا أو كافرًا، ولفظ الأحاديث التي ذكرت واستدل بها المصنف رحمه الله، إنما تدل على المسلم للمسلم، وهذا كما تقدم ورد في الخطبة على خطبة أخيه، والسوم والبيع على سومه، وجمهور العلماء رحمهم الله على أنه لا فرق في ذلك بين المسلم والكافر.

وحكى الرافعي في كتاب النكاح عن أبي عبيد بن حربوية من أصحابنا في الخطبة أن المنع مخصوص بما إذا كان مسلمًا، أما الذمي فتجوز الخطبة على خطبته قال: وبمثله أجاب في السوم على السوم.

قلت: فيحتمل أن يطرد ذلك هنا أيضًا، ويجعل تحريم الكتمان خاصًا بما إذا كان المشتري مسلمًا، ويوافقه ما تقدم في الحديث ببيع المسلم المسلم، لا داء ولا خبثة، وفسر سعيد بن أبي عروبة الخبثة ببيع أهل العهد، ويحتمل أن لا يطرد ابن حربويه مذهبه هنا، وهو الأقرب، ويفرق بأن الخطبة على الخطبة والسوم على

السوم ليس فيه إلا إيغار الصدور، وذلك حاصل في حق الكافر.

وأما كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المال الذي بذله المشتري ثمنًا على ظن السلامة، وله استرجاعه عند الاطلاع، فكيف يحكم بإباحة ذلك على ما لا يظن بأحد من العلماء القول به؟ على أن قول ابن حربويه في الخطبة على الخطبة والسوم على السوم مخالف لقول جمهور العلماء، قالوا: تحرم الخطبة على خطبة الكافر أيضًا، وممن وافق ابن حربويه في الخطبة على الخطبة الأوزاعي، والظاهر أنه لا يطرد ذلك في مسألتنا هنا للفرق المتقدم. ومن الحجة على تعميم الحكم في مسألتنا وفي مسألة الخطبة والسوم على البيع قوله ﷺ: «لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين».

وأما التقييد في هذه الأحاديث فإنه خرج على الغالب ولا يكون له مفهوم، أو أن المقصود التهييج والتنفير عن فعل هذه الأمور مع من يشاركه في الإسلام والآخرة، ويثبت عمومه بدليل آخر. والله أعلم.

المسألة الثانية: أنه إن علم غير المالك بالعيب أن يبين ذلك لمن يشتريه للحديث الثاني الذي ذكره المصنف، ولقوله ﷺ: «الدين النصيحة» والأحاديث في ذلك كثيرة صحيحة صريحة. وممن صرح بهذه المسألة مع المصنف رحمه الله ابن أبي عصرون والنووي في «الروضة» من زياداته، وذلك مما لا أظن فيه خلافًا لوجوب النصيحة. وقد دخل في قول المصنف غير المالك البائع بوكالة أو ولاية الذي دل كلامه في «التنبيه» عليه وغير البائع ومن ليس له تعلق بهما، إلا أنه اطلع على العيب وإن كان أجنبيًا، كما في قصة واثلة بن الأسقع وله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعلم أن البائع أعلم المشتري بذلك، فلا يجب عليه الإعلام في هذه الحالة لحصول المقصود بإعلام البائع.

الحالة الثانية: أن يعلم أو يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه فيجب عليه لإطلاق الحديث، ولقصة واثلة، فإنه استفسر من المشتري هل أعلمه البائع، فدل على أنه لم يكن جازمًا بعدم إعلامه، وذلك لأنه من جملة النصح. لكن هذا إنما يكون إذا كان التوهم بمحتمله، فلو وثق بالبائع لدينه وغلب على ظنه أنه يعلم المشتري به، وهي الحالة الثالثة، فيحتمل أن يقال: لا يجب عليه الإعلام في هذه الحالة لظاهر حال البائع. وخشية من التعرض لإيغار صدره، والبائع يتوهمه أنه أساء الظن به، ويحتمل أن يقال أنه يجب الاستفسار كما فعل واثلة بن الأسقع لأن الأصل عدم الإعلام ولا يجدون في الاستفسار مع عموم الحديث في وجوب التبيين. هذا كله إذا كان البائع عالمًا بالعيب، فإن كان الأجنبي عالمًا به وحده

وجب عليه البيان بكل حال. وأما وقت الإعلام ففي حق البائع قبل البيع، فلو باع من غير إعلام عصى كما تقدم، وفي حق الأجنبي قبل البيع أيضًا عند الحاجة، فإن لم يكن حاضرًا عند البيع أو لم يتيسر له وجب عليه الإعلام بعده، ليرد بالعيب كما فعل واثلة، ولا يجوز له تأخير ذلك عن وقت حاجة المشتري إليه، والله أعلم.

فرع: قال الإمام: الضابط فيما يحرم من ذلك أن من علم شيئًا يثبت الخيار فأخفاه أو لم يوضح ما ينبغي في تدليس فيه فقد فعل محرمًا، فإن لم يكن السبب مسببًا للخيار فترك التعرض له لا يكون من التدليس المحرم ولا يجب ذكر القيمة فإن الغبن لا يثبت بمجرده خيار، والله أعلم.

المسألة الثالثة: إن باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية. قال الشافعي رحمه الله في «المختصر»: «وحرام التدليس ولا ينقض به البيع» وجملة القول في ذلك أن البائع إذا باع سلعة يعلم أن فيها عيبًا، فإما أن يشترط فيها السلامة مطلقًا أو عن ذلك العيب، وإما أن يطلق، فإن أطلق واقتصر على كتمان العيب، وهي مسألة الكتاب، فمذهبنا وجمهور العلماء أن البيع صحيح، ونقل المحاملي والشيخ أبو حامد وغيرهما عن داود أنه لا يصح. ونقله ابن المغلس عن بعض من تقدم من العلماء أيضًا.

واحتج أصحابنا بحديث المصراة كما ذكره المصنف رحمه الله، فإن النبي ﷺ جعل مشتري المصراة بالخيار إن شاء أمسك وإن شاء رد مع التدليس الحاصل من البائع بالتصرية وهي عيب مثبت للخيار بمقتضى الحديث، فدل على أن التدليس بالعيب وكتمانه لا يبطل البيع، وبأن النهي لمعنى في العاقد والنهي إذا كان لمعنى في العاقد لا يمنع صحة البيع كالبيع على بيع أخيه، وإنما يبطل النهي إذا توجه إلى المعقود عليه كالنهي عن الملامسة والمنابذة، ألا ترى أن النهي عن بيع وقت النداء لما لم يرجع إلى ذات العقد لم يقتض الفساد، بل ما نحن فيه أولى بالصحة، لأن البيع وقت النداء النهي متوجه إليه، وإن كان معللًا بأمر خارج. وأما هنا في المصراة فلم يرد النهي على البيع، وإنما ورد هنا على كتمان العيب كما أشرت إليه فيما تقدم وفي المصراة على التصرية، فليس البيع منهيًا عنه أصلًا، بل هو من حيث هو مباح، والحرام هو الكتمان، والبيع وقت الجمعة منهي عنه لاشتماله على التفويت، فلتفهم الفرق بين الموضعين. وبهذا يجاب عن استدلال الظاهرية بقوله ﷺ: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» فنقول: التدليس هو المنهي عنه، وهو مردود.

فإن قلت: قد تقدم أن البائع إذا لم يبين العيب حرام، وأن المصنف رحمه الله

صرح به في «التنبيه»، وإذا كان كذلك فهو مثل البيع وقت النداء، فلم يكن أولى منه بالصحة، قلت: لا شك أن المراتب ثلاث.

المرتبة الأولى: وهي أعلاها ما كان منهيًا عنه لمعنى فيه، كبيع الملامسة.

المرتبة الثانية: ما كان منهيًا عنه لا معنى فيه من حيث هو، بل لاستلزامه أمرًا ممنوعًا كالبيع وقت النداء، فهو مستلزم للتفويت الممنوع، أو هو فرد من أفراد ما يحصل به التفويت، والمتضمن أو المستلزم للممنوع ممنوع.

المرتبة الثالثة: وهي أدناها ما لم ينه عنه أصلًا، ولكن به يتحقق ما هو منهي عنه، فهذا لم يخرجه الشرع عن قسم الإباحة فهو كسائر المباحات إذا استلزم شيء منها محرمًا في بعض الأوقات، لا نقول: إنه ينقلب من الإباحة إلى التحريم، ويوضح لك هذا أنه في المرتبة الثانية إذا اشتغل بالبيع وفوت السعي للجمعة يأثم إثمين: إثم للبيع المنهي عنه، وإثم لتفويت الواجب، وفي هذه المرتبة لا يأثم إلا إثمًا واحدًا على الغش وكتمان العيب على البيع، ولا يأثم على البيع إثمًا آخر. وإذا حكمنا على البيع المقارن للغش بالتحريم كذلك حكم على المجموع المتضمن للغش المحرم، وليس المراد أن ذلك الفعل حرام ثم، أي ليس البيع أصلًا في حالة من الأحوال مستلزمًا للكتمان، لأن كل بيع يمكن أن يخبر معه بالعيب، ولا يجوز الحكم على البيع بالتحريم إلا على الوجه الذي بينته، إذ يراد تحريم المجموع أعني البيع مع الغش فليس البيع وحده منهيًا عنه بطريق القصد، ولا بطريق الاستلزام، وقد وافق الظاهريون أو من وافق منهم على تصحيح البيع مع النجش قالوا: لأن البيع غير النجش، وذلك يوافق ما قلناه هنا، ووافقوا على تصحيح البيع مع تلقي الركبان، ونص الحديث على ذلك، فهو حجة لنا هنا أيضًا.

والظاهرية في المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجًا بالنص ويتمسكون فيما عدا ذلك بما ذكروه، وقد تبين الجواب عنه بحول الله وقوته وذكر البيهقي في باب صحة البيع الذي وقع فيه التدليس حديثًا رواه البخاري «أن ابن عمر اشترى إبلًا هيمًا من شريك لرجل يقال له نواس من أهل مكة، فأخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا. فقال: ويلك. فجاء نواس إلى ابن عمر فقال: إن شريكي باعك إبلًا هيمًا ولم يعرفك، قال: فاستقها إذن، فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر: دعها، رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى»[1] والله أعلم.

فرع: نقل الماوردي قبل باب: لا يبيع حاضر لباد، عن أبي علي بن أبي

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٠٩٩) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٢٠).

هريرة أنه كان يقول: في ثمن التدليس حرام، لا ثمن المبيع، ألا ترى أن المبيع إذا مات يرجع على البائع بأرش عيب التدليس، فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق، وهذا شيء عجيب، كيف يكون الثمن حرامًا والبيع صحيحًا؟ وسيأتي في باب المرابحة كلام في ذلك في مسألة الإخبار بالزيادة، ولعل مراد ابن أبي هريرة هنا أن القدر الزائد بسبب التدليس الذي يستحق استرجاعه عند فوات المبيع هو المحرم، لا جملة الثمن، وهو ظاهر كلامه، ومع ذلك فيه نظر، لأنه لو رضي المشتري بالعيب استقر ملك البائع على الثمن كله ولو لم يرض به ـ والمبيع قائم ـ استرجعه كله، فإن كان عدم استقراره موجبًا للوصف بالتحريم فليكن جميعه حرامًا أو لا فلا يكون شيء منه حرامًا.

فرع: هذا كله في مسألة الكتاب إذا باع من غير شرط، ولكنه كان عالمًا بالعيب، أما لو اشترط السلامة فكانت معيبة، أو شرط وصفًا وأخلف، فالمشهور الصحة، وثبوت الخيار كحالة الإطلاق.

وحكى الرافعي عن الحناطي أنه حكى قولًا غريبًا أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع، وهو يوافق ما تقدم عن الظاهرية، وهم قائلون بذلك في الشرط أيضًا، ولا يلزم طرد هذا القول الغريب هناك، لأن تعلق الغرض بالوصف المشروط لفظًا أقوى، وعند الإطلاق العقد متعلق بالمتعين، وإن كان العرف يقتضي السلامة، فهذا فرق على القول الذي حكاه الحناطي حتى لا يلزم طرده، وإن كان هو ضعيفًا، لأن مورد العقد المعين مع الشرط أيضًا، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك، فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا في المصراة.

الشرح: المشتري للعين المعيبة تارة يكون عالمًا بعيبها، وتارة لا يكون.

الحالة الأولى: إن كان عالمًا فلا خلاف أنه لا يثبت له الخيار لرضاه بالعيب، ولا يأتي فيه الخلاف المتقدم في المصراة إذا كان عالمًا بالتصرية، لأن المستند في ثبوت الخيار هناك عند من يقول به: التعبد، وإن ذلك خيار ثابت بالشرع كما تقدم، وليس ههنا كذلك وهذه الحالة تؤخذ من مفهوم كلام المصنف رحمه الله، فإنه شرط في الخلاف عدم العلم، ومفهومه أن عند العلم لا خيار، قال ابن حزم في كتاب «مراتب الإجماع»: واتفقوا على أنه إذا بين له البائع بعيب فيه وحد مقداره، ووقفه عليه إن كان في جسم المبيع، فرضي بذلك المشتري أنه قد لزمه، وإلا رد له بذلك العيب.

فرع: فلو كان المشتري قد علم به، ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن، ويوجب الفسخ. قال الماوردي: ولا رد له، لأنه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه. ولأن استحقاق الرد حكم، والجهل بالأحكام لا يسقطها. قال: فلو كان شاهد العيب قديمًا وقال: ظننت أنه قد زال فلا تأثير لهذا القول، لأن الأصل بقاء العيب، ولو اختلفا في العلم بالعيب فالقول قول المشتري، لأن الأصل عدمه، قاله صاحب «العدة».

الحالة الثانية: إذا لم يعلم بالعيب وهي منطوق مسألة الكتاب يثبت الخيار لما ذكره المصنف رحمه الله. وقياس ذلك على المصراة إن كانت التصرية عيبًا ظاهرًا بالقياس. والجامع الذي ذكره المصنف، وقد قدمنا أن الصحيح أن التصرية عيب. وإن لم تكن التصرية عيبًا فمن باب الأولى. لأن الخيار إذا ثبت بالتدليس بما ليس بعيب، فثبوته بالتدليس بالعيب المحقق أولى. هكذا ذكره القاضي أبو الطيب، وفيه نظر، لأن الذي يقول بالتصرية ليس بعيب يجعلها كالشرط ويلحق الخيار فيها بخيار الخلف. وحينئذٍ قد يقال: لا يلزم من جعل التصرية التي هي من فعل البائع كالشرط جعل التدليس بالعيب الذي ليس من فعله. ولئن جعلنا التدليس بالعيب كذلك فالعيب إذا لم يعلم به البائع لا يمكن دعوى ذلك فيه، ومع ذلك الخيار ثابت به. ولأجل ذلك الطريقة التي سلكها المصنف رحمه الله واقتصر عليها أولى في الاستدلال، وأسلم عن الاعتراض. نعم هو إنما يأتي على قول الجمهور: أن التصرية عيب أما على القول الذي رجحه الغزالي في «الوجيز» أن الخيار فيها ملحق بخيار الخلف فلا، لأن سبب الخيار في المصراة المقيس عليها إخلاف الشرط الملتزم، ولم يوجد في مسألتنا.

فالمصنف رحمه الله قد جعل الجامع بين المسألتين عدم حصول المبيع السليم فعلى ما اختاره الغزالي لا يأتي، إلا أن يجعل ذلك مقيسًا على الالتزام الشرطي وكذلك فعل هو في «الوسيط» تنزيلًا لغلبة السلامة منزلة الاشتراط، ثم لك أن تجعل الالتزام الشرطي أصلًا يكتفي به كما اقتضاه كلامه في «الوسيط» ولك أن ترده إلى التصرية لورود النص فيها، وقد اقتصر المصنف رحمه الله على الاستدلال بالقياس، وفي المسألة حديث وإجماع، أما الحديث فالذي ذكره بعد هذا بفصل في الخراج بالضمان، فإن فيه أنه خاصمه إلى النبي ﷺ: «وأنه رده عليه بالعيب» وسنتكلم عليه هناك إن شاء الله تعالى.

وأما الإجماع فإنه لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب على الجملة. واتفقوا على أن من اشترى شيئًا ولم يبين له البائع العيب فيه ولا اشترط المشتري

سلامة ولا اشترط الإخلاء به، ولا بيع منه ببراءة، فوجد به عيبًا كان به عند البائع وكان ذلك العيب يمكن البائع معرفته وكان يحط من الثمن حطًا لا يتغابن الناس بمثله في مثل ذلك البيع، في ذلك الوقت، يعني وقت عقد البيع، ولم يتلف عين المبيع ولا نقصها، ولا تغير اسمه ولا تغير سوقه، ولا خرج عن ملك المشتري كله ولا بعضه، ولا أحدث المشتري فيه شيئًا ولا وطئًا ولا غيره، ولا ارتفع ذلك العيب، وكان البائع قد نقد فيه جميع الثمن فإن للمشتري أن يرده ويأخذ ما أعطى فيه من الثمن، وأن له أن يمسكه إن أحب، واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرناه بما لا سبيل إلى ضبطه بإجماع جاز. انتهى.

وادعى القاضي أبو الطيب إجماع المسلمين على التسوية بين الغاش الخائن وغيره ولعل المصنف رحمه الله إنما اقتصر على القياس. ولم يذكر الحديث والإجماع، لأن الحديث فيه رد بعيب، وذلك حكاية حال لا دلالة لها على العموم ولا إجماع مقيد بالقيود المذكورة، أو أكثرها فكان الاستدلال بالقياس أشمل، وبالجملة الرد بالعيب في الجملة لا شبهة فيه، قال الشيخ أبو حامد: ولا يخفى أن المراد العيب الموجود عند العقد، أما لو وجد العيب وزال قبل القبض فلا خلاف أنه لا حكم له، وكذلك لو زال بعد البيع وقبل القبض.

فرع: ولي الطفل إذا اشترى له شيئًا فظهر به عيب، فإن كان الشراء بعين المال فهو باطل، وإن كان في الذمة نفذ في حق الولي، فإن اشترى سليمًا فحدث به عيب قبل القبض ـ فإن كان الحظ في الإمساك ـ أمسك أو في الرد رد، فإن ترك الرد ـ فإن كان اشترى في الذمة ـ انقلب إليه، ولزمه الثمن من مال نفسه وإن كان بغير مال الطفل بطل العقد، قاله صاحب «التتمة»، والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن ابتاع شيئًا ولا عيب فيه ثم حدث به عيب في ملكه ـ نظرت فإن كان حدث قبل القبض ـ ثبت له الرد، لأن المبيع مضمون على البائع، فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد، وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ـ فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض ـ لم يثبت له الرد، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث، وإن استند إلى ما قبل القبض بأن كان عبدًا فسرق أو قطع يدًا قبل القبض، فقطعت يده بعد القبض، ففيه وجهان. أحدهما: أنه يرد، وهو قول أبي إسحاق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض. والثاني: أنه لا يرد، وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة، لأن القطع وجد في يد المشتري، فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله.

الشرح: الكلام الذي تقدم في إثبات الخيار في العيب الموجود عند البيع

والكلام الآن في العيب الحادث بعده، وقد قسمه المصنف رحمه الله إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الحادث قبل القبض، فحكمه حكم المقارن للعقد، لأن المبيع مضمون قبل القبض على البائع بجملته، فكذا أجزاؤه، وضمان الجزء الذي لا يقابله قسط من الثمن لا يقتضي الانفساخ، فأثبت الخيار، والمصنف رحمه الله استغنى عن هذه الزيادة بجعله ما قبل القبض كما قبل العقد لاشتراكهما في كون المبيع فيهما مضمونًا على البائع، بمعنى أنه إذا تلف تلف من كسبه، وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم، وأن العيب الطارىء قبل القبض كالمقارن للعقد، وذلك منهم تفريع على ما هو متفق عليه في المذهب وهو أن البيع قبل القبض من ضمان البائع، وأنه إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع، ونص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في مواضع، واستنبطه من بطلان عقد الصرف بالتفرق قبل التقابض كما تقدم التنبيه عليه في باب الربا، وذكره المصنف في آخر باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع، وسنشرحه هناك إن شاء الله تعالى. أما على مذهب من قال: إن المبيع في يد البائع أمانة، كما هو مذهب مالك ولا خيار له، وممن صرح به المتولي وصورة المسألة المجزوم بها هنا إذا كان حدوث العيب بآفة سماوية.

أما إذا حصل ذلك من جهة المشتري أو البائع أو الأجنبي، فقد ذكر المصنف رحمه الله الأقسام كلها في باب اختلاف المتبايعين عند تقسيم تلف المبيع إلى الأقسام المذكورة. وهناك استوعب الكلام على ذلك بعون الله وتيسيره إن شاء الله تعالى، وملخص ما هناك ما يتعلق بهذا المكان أنه متى حصل العيب بآفة سماوية أو من البائع أو من الأجنبي فللمشتري الخيار جزمًا ولكن يختلف أثره على تفصيل مذكور هناك، ومن جملته ما إذا كان القاطع ابن المشتري ثم مات المشتري وورثه الابن ذكره صاحب «البحر» هناك، وهناك أذكره إن شاء الله. ومتى حصل العيب من جهة المشتري فلا خيار له على الصحيح، تفريعًا على أن إتلافه قبض وهو الصحيح المشهور.

وأما من يقول من العلماء بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشتري كما يقوله أبو ثور مطلقًا ومالك في المبيع جزافًا، فقياسه أن العيب الحادث قبل القبض لا أثر له. ومذهب أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ في تلف المبيع قبل القبض كمذهبنا.

واعلم: أن هذا الحكم من كون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقد هو المشهور الذي لا يكاد لا يعرف، بل لا يعرف فيه خلاف بين الأصحاب ووراء ذلك أمران غريبان، أحدهما: أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ قال في «الأم» في الرهن

الكبير في جناية العبد المرهون على الأجنبيين. ولو بيع العبد المرهون ولم يتفرق البائع والمشتري حتى جنى كان للمشتري رده، لأن هذا عيب حدث به وله رده بلا عيب، ولو جنى ثم بيع فعلم المشتري قبل التفرق أو بعده بجنايته كان له رده، لأن هذا عيب دلسه، ولو بيع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع، فاختار إمضاء البيع ثم جنى، كان من المشتري ولم يرد البيع، لأن هذا حادث في ملكه بعدم تمام البيع بكل حال له.

قال ابن الرفعة: وهذا إن لم يحمل على ما بعد القبض فهو يقتضي بإطلاقه أنه لا فرق فيه بين ما بعد القبض وقبله، والعلة ترشد إليه، لأنه في الحالين ملكه عليه تام وإن لم يستقر إلا بالقبض. قال: وهذا إن صح يقتضي أن الجناية عمدًا أو خطأ في يد البائع بعد تمام الملك لا يثبت بها للمشتري خيار، وإن أثبت على نفسه، ولكن الأصحاب لا يوافقون على ذلك.

الأمر الثاني: أن في «مختصر البويطي» قال أبو يعقوب: وإن اشترى رجل من رجل عبدًا أو ثوبًا ولم يقبضه فجنى عليه البائع أو غيره جناية حرق أو غيره أو ما دون النفس أو النفس، فهو مخير في العبد إن شاء أخذ الثوب وأخذ الجاني بجنايته، وإن شاء ترك، فإن كان ذلك بأمر من السماء كان مخيرًا أن يأخذه أو يدعه، وليس له النقص إذا كان من السماء كما لو مات. وقد قيل: يأخذه ويسقط عنه ما نقصه بحصته من الثمن، وإن كان ذلك بهزال في يديه أو ما أشبهه كان مخيرًا وقد قيل: إذا كان البائع الذي جنى عليه في النفس فالبيع منفسخ. انتهى.

وهذه الأقوال الثلاثة التي نقلها «البويطي» الأول والثالث معروفان في المذهب والغريب الثاني، وهو أن يأخذه ويسقط عنه حصته من الثمن. وكلامه المذكور يقتضي أن ذلك فيما يمكن التقسيط عليه كاليد ونحوها لا كالهزال وشبهه، ولكن هذا القول لم أعلم أحدًا من الأصحاب ذكره على أنه ليس في كلام «البويطي» نسبته إلى الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ. ولا شيء من الكلام المذكور من حكاية كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وإنما الأقوال الثلاثة من حكاية «البويطي»، والمسألة كلها كما يدل عليه أول كلامه ونسبته إلى أبي يعقوب، فلعله حكاه عن بعض العلماء غير الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ.

فرع: إذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب متقدم رضي به المشتري كما لو اشترى من وجب عليه القطع عالمًا به فقطع قبل القبض، أو بكرًا مزوجة فأزال الزوج بكارتها قبل القبض، فهل تكون كعيب حدث فيرد بها، كما أنه إذا اشترى مرتدًا فقتل قبل القبض ينفسخ العقد أو لا، لأن رضاه لسببه رضًا به والخيار لا يثبت مع الرضا بخلاف الانفساخ بالتلف ولم أر في ذلك نقلًا. والأقرب القطع بأنه لا

يوجب الرد للرضا بسببه، ولكن القاضي حسين رَحِمَهُ اللَّهُ أطلق أن زوال البكارة في يد البائع يثبت الخيار. ومثل هذا الإطلاق لا يوجد منه نقل في خصوص المزوجة ووطء الزوج بها.

القسم الثاني: إذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند إلى سبب قبل القبض فإنه لا يثبت به الرد، وهذا إذا كان بعد القبض والتفرق. أما لو قبضه في المجلس وحدث به عيب قبل التفرق والتخاير، فالوجه في ذلك بناؤه على تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار. وفيه طرق.

إحداها: وهي التي أوردها الغزالي وارتضاها الإمام، واقتضى إيراد الرافعي ترجيحها.

أما إن قلنا الملك للبائع انفسخ، وإلا فوجهان، أصحهما: عدم الانفساخ. وإذا تم العقد لزم الثمن، لأن القبض وجد إلا أنه بقيت علقه فصار كما لو اشترى مكايلة فقبض جزافًا، أو غصب المبيع من يد البائع وتلف في يده، قال هذا التعليل صاحب «التتمة»، والثاني: ينفسخ لأن العقد لم يستقر كما بعد الخيار وقبل القبض.

والطريقة الثانية: القطع بعدم الانفساخ وأنه إذا حصلت الإجازة يلزم المشتري الثمن، وإن قلنا الملك للبائع. وهذه منسوبة للشيخ أبي حامد.

الطريقة الثالثة: مثلها إلا أنا إذا قلنا: الملك للبائع وحصل إمضاء البائع ضمنه المشتري بالقيمة. وهذه حكاها الإمام عن العراقيين وبعض أصحاب القفال، وهو مقتضى كلام المصنف حيث ذكر المسألة في أول كتاب البيوع، ولذلك نسبها العمراني إليه.

الطريقة الرابعة: طريقة الماوردي إن كان التلف في خيار المجلس انفسخ على الأقوال كلها، وإن كان في خيار الشرط، فإن كان لهما أو للبائع وحده فكذلك، وإن كان للمشتري وحده فإن قلنا يملك بانقضاء الخيار أو موقوف ضمنه بالقيمة وإن قلنا يملكه بنفس العقد فعلى وجهين، أحدهما: وهو ظاهر نصه في البيوع أنه ضامن بالقيمة دون الثمن، والثاني: وقد أشار إليه في الصداق أنه ضامن له بالثمن المسمى.

الطريقة الخامسة: ما دل عليها كلام القاضي أبي الطيب أنه إن كان الخيار لهما أو للبائع وحده انفسخ قولًا واحدًا، وإن كان للمشتري وحده، فإن قلنا: الملك له فوجهان وإلا لم ينفسخ، وقال القاضي أبو الطيب: إن الذي نص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في كتبه أن البيع ينفسخ ويجب على المشتري قيمته. قال القاضي أبو حامد وقال الشافعي في كتاب الصداق: يلزمه الثمن. واختلف أصحابنا فمنهم من

قال: يلزمه القيمة، والذي قال من الثمن ليس بثابت، قال أبو الطيب: ويحتمل أن يكون أراد بالثمن، لأن الشافعي يعبر عن القيمة بالثمن في مواضع كثيرة. ومنهم من قال ما تقدم، وادعى ابن الرفعة أن أكثر نصوص الشافعي على الانفساخ، وذكر نصوصًا تدل على ذلك من الجزء الثامن والعاشر من باب الدعوى في المبيع، ومن باب دعوى الولد فيه.

وقد رأيت أنا في الجزء الخامس عشر أيضًا أنه إذا باع العبد بالخيار ثلاثًا أو أقل، وقبضه فمات في يد المشتري فهو ضامن لقيمته، وإن منعنا أن نضمنه ثمنه أن البيع لم يتم فيه. قال الشافعي: وسواء في ذلك كان الخيار للبائع أو للمشتري لأن البيع لم يتم فيه حتى مات. وقد حكى عن نصه في الصداق أن المبيع إذا تلف في يده في زمن الخيار يلزمه الثمن، وبذلك قال المتولي، وحصل قولان في المسألة، وهو في ذلك تابع للقاضي حسين، والنص المتقدم يدل على أن الانفساخ بالانفساخ في الأحوال الثلاثة إذا كان الخيار للمبتاع أو للبائع أو لهما، فهذه خمس طرق، والطريقة الأولى أفقه، ولكن تصحيح عدم الانفساخ من الوجهين فيها فيه نظر والنصوص التي للشافعي ليس فيما وقفت عليه منها ما فيه تصريح بالانفساخ ولا بعدمه، بل الأكثر الذي تمسك به ابن الرفعة، والذي رأيته في «الأم» فيه إيجاب القيمة، والنص المعارض له فيه إيجاب الثمن، فأكثر النصوص تدل لأحد أمرين إما القول بالانفساخ الذي هو أحد الوجهين من الطريقة الأولى، كما ادعاه ابن الرفعة، وإما الطريقة التي نقلها الإمام عن العراقيين وقلت: إن مقتضى كلام المصنف في أول البيع، فالتمسك بذلك للانفساخ عيبًا كما ادعى ابن الرفعة غير متعين. وترجيح عدم الانفساخ ولزوم الثمن موافق للنص المقتضى لوجوب الثمن ومخالف لأكثر النصوص. لكن إذا ثبت ما قاله القاضي أبو الطيب من إطلاق الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ الثمن على القيمة وما نقله من النصوص في كتبه يترجح القول بالانفساخ لا سيما مع ما أشعر به كلام القاضي أبي حامد أن ذكر الثمن ليس بثابت. إذا عرف بالعيب الحادث بعد القبض وقبل لزوم العقد يتعين بناؤه على هذا الخلاف.

فحيث نقول بالانفساخ إما على أن الملك للبائع، أو مطلقًا على أحد وجهي الطريقة الأولى، وظاهر أكثر النصوص، أو على طريقة الماوردي والقاضي أبي الطيب على ما فيها من التفصيل والبناء، فحدوث العيب حينئذٍ كحدوثه قبل القبض، وبذلك صرح الماوردي عند الكلام في وضع الجوائح. قال عن ابن أبي هريرة: أن المقبوض في خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب في زمان الخيار، وإن كان القبض تامًا وجب القول بعدم الانفساخ، إما على الأصح عند الرافعي من

وجهي الطريقة الأولى، وعلى طريقة الشيخ أبي حامد أو على طريقة المصنف رحمه الله. أو في بعض الأحوال على طريقتي الماوردي والقاضي أبي الطيب على التفصيل المذكور. أو على مقتضى النص المحكي في ذلك، فحينئذٍ لا يكون لحدوث العيب في ذلك الوقت أثر في إثبات الخيار.

ولا جرم ـ والله أعلم ـ أطلق المصنف رحمه الله أن حدوث العيب بعد القبض إذا لم يستند إلى سبب قبل القبض لا يثبت الرد، لأن اختياره أن القبض ناقل للضمان، وإن كان في زمن الخيار كما تقدم، وهو مستمر على الأصح عند الرافعي. وقد تقدمت الإشارة إلى ما في ذلك من النصوص.

فرع: لا فرق بين يد المشتري ويد نائبه، ولو كانت يد البائع كما لو قبض المبيع، وأودعه إياه بعد القبض، ونص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ والأصحاب. ولو أودع البائع المبيع عند المشتري وقلنا: لا يسقط حق الحبس بإيداع فتلف، كما لو تلف في يد البائع على مقتضى ذلك. وعن القاضي أبي الطيب أنه صرح به في أواخر كتاب الشفعة، وعبارة المصنف رحمه الله سالمة عن ذلك في الطرفين لاعتباره القبض، وهو موجود في الأول مفقود في الثاني.

فرع: هذا الذي تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض الذي لا يستند إلى سبب قبله لا يرد به هو مذهبنا ومذهب جمهور العلماء. وقال مالك بذلك إلا في الرقيق فإنه قال: ما أصاب الرقيق في ثلاثة أيام بعد البيع من إباق أو عيب أو موت أو غير ذلك فمن ضمان البائع، فإذا انقضت الثلاثة الأيام بريء البائع إلا من الجنون والجذام والبرص، فإن هذه الأدواء الثلاثة إن أصاب شيء منها المبيع قبل انقضاء سنة من حين البيع، كان له الرد بذلك، قال: ولا يقضي بذلك إلا في البلاد التي جرت عادة أهلها بالحكم بها فيها.

وأما البلاد التي لم تجر عادة أهلها بالحكم بذلك فيها، فلا نحكم عليهم بذلك، قال: ومن باع بالبراءة بطل عنه حكم العهدة، وكذلك يسقط حكم العهدة عنده فيما إذا باع السلطان لغريم أو من مال يتيم، ولا عهدة فيه إلا أن يكون علم عيبًا فكتمه. وقال قتادة: إن رأى عيبًا في ثلاث ليال رده بغير بينة، وإن رأى عيبًا بعد ثلاث لم يستطع أن يرده إلا ببينة.

واحتج المالكيون بما رواه أبو داود من حديث الحسن البصري عن عقبة بن عامر الجهني أن رسول الله ﷺ قال: «عهدة الرقيق ثلاث ليال»[1] وفي رواية أخرى

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٠٦) وأحمد في المسند (٤/ ١٥٠).

أربع ليال، رواه أحمد في «مسنده»[١]، وفي رواية أربعة أيام[٢]، قال قتادة: وأهل المدينة يقولون ثلاثًا.

قال سعيد: قلت لعبادة: كيف يكون هذا؟ قال: إذا وجد المشتري عيبًا بالسلعة فإنه يردها في تلك الأيام ولا يسئل البينة، وإذا مضت عليه أيام فليس له أن يردها إلا ببينة أنه اشتراها، وذلك العيب بها، وإلا فيمين البائع أنه لم يبعه ويرد.

وعن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال لنا: «عهدة الرقيق ثلاث»[٣] رواه ابن أبي شيبة، وقال هؤلاء: إنما قضى بعهدة الثلاث لأجل حمى الربع فإنها لا تظهر في أقل من ثلاثة أيام، هو عن عبد الله بن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم أنه سمع أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل بن هشام يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة، من حين يشتري العبدان الوليدة وعهدة السنة ويأمران بذلك.

وعن عمر بن عبد العزيز أنه قضى في عبد اشترى فمات في الثلاثة الأيام، فجعله عمر من الذي باعه، وعن ابن شهاب قال: القضاة منذ أدركنا يقضون في الجنون والجذام والبرص سنة.

قال ابن شهاب: وسمعت ابن المسيب يقول: العهدة من كل داء عضال نحو الجذام والجنون والبرص، وعن يحيى بن سعيد الأنصاري رضي الله عنه قال: لم تزل الولاة بالمدينة في الزمان الأول يقضون في الرقيق بعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص، إن ظهر بالمملوك شيء من ذلك قبل أن يحول عليه الحول فهو رد عليه، ويقضون في عهدة الرقيق بثلاث ليال.

وقد أجاب أصحابنا وغيرهم عن الحديثين بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئًا ولا سمع من سمرة إلا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ، فروايته في هذا منقطعة لا يحتج بها. قال علي بن المديني: لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئًا وكذلك قال أبو حاتم، وقال البيهقي في روايته عن سمرة في ذلك: أنه غير محفوظ.

قلت: وقد حفظت من طريق ابن أبي شيبة، فليس فيها إلا النظر في سماع الحسن من سمرة، وأيضًا ففيه عنعنة قتادة عن الحسن وهو مدلس، وفي حديث عقبة مع الانقطاع والاضطراب، ومن جملة ما أعل به أنه ورد عن الحسن على الشك بين عقبة وسمرة، وهما وإن كانا صحابيين فهو اضطراب، وقد سأل الأثرم أبا عبد الله

---

(١) (٤/ ١٥٠).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٥/ ٣٢٣).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١٤/ ٢٢٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٤٤).

أحمد بن حنبل عن العهدة فقال: ليس في العهدة حديث نتثبته، وقال الحاكم في حديث عقبة: إنه صحيح الإسناد غير أنه على الإرسال، لأن الحسن لم يسمع من عقبة، والرواية عن عمر بن عبد العزيز في قضائه بذلك ضعيفة، وكذلك الرواية المذكورة عن يحيى بن سعيد الأنصاري وبقية ما ذكروه مع كونه ليس بحجة معارض بقول عطاء: إنه لم يكن فيما مضى عهدة في الأرض لا من هيام ولا من جذام ولا شيء. وبما روي من طريق الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ عن ابن جريج قال: سألت ابن شهاب عن عهدة السنة وعهدة الثلاث فقال: ما علمت فيها أمرًا سالفًا، وعن ابن طاوس أنه كان لا يرى العهدة شيئًا لا ثلاثًا ولا أقل ولا أكثر.

وما أشاروا إليه من أن ظهور ذلك في هذه المدة يدل على تقدمه ممنوع، فقد يحدث الإباق وشبهه، ولو سلم لهم ذلك فيكون من القسم الذي سنذكره، وهو ما يوجد بعد القبض، ويكون سببه متقدمًا، لكن ذلك غير مسلم لهم. على أن ابن الصباغ قال في الجواب عن ذلك أن الداء الكامن لا اعتبار به وإنما النقض بما يظهر لا ما كمن وفيما قاله بعد، لأن الكامن إذا دل عليه دليل بعد ذلك وعلم به صار كالظاهر.

وذكروا أيضًا أن عمر بن الخطاب وابن الزبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا سئلا عن العهدة فقالا: لا نجد أمثل من حديث حبان بن منقذ «كان يخدع في البيوع فجعل له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الخيار ثلاثًا إن شاء أخذ وإن شاء رد».

وعن علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أجل الجارية بها الجذام والداء سنة». فأما ما ذكروه عن عمر وابن الزبير فلا حجة لهم فيه. لأن في حديث حبان «إن شاء أخذ وإن شاء رد». ولم يقيد ذلك بعيب ولا في الرقيق دون غيره.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: والخبر في أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «جعل لحبان بن منقذ عهدة بثلاث» خاص. وما ذكروه عن علي لا ينافيه، وقد صح عن ابن عمر: ما أدركت الصفقة حيًا مجموعًا فمن المبتاع. ولا نعلم له مخالفًا من الصحابة واستثنت المالكية أيضًا الثمار لقولهم فيها بوضع الجوائح وسنذكر مذهبنا ومذهبهم في ذلك عند ذكر المصنف رحمه الله له في آخر باب اختلاف المتبايعين إن شاء الله تعالى.

القسم الثالث: العيب الحادث بعد القبض إذا أسند إلى ما قبل القبض كما مثل به المصنف رحمه الله فيمن قطعت يده حدًا أو قصاصًا بعد القبض بسرقة أو قطع سابق عليه، ولا فرق في ذلك بين أن يكون بعد العقد كما فرضه المصنف أو قبله، فإن بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة صحيح بلا خلاف، فإذا قطع في يد المشتري بذلك السبب السابق على العقد أو على القبض ـ فإن كان المشتري جاهلًا

بالحال، ولم يعلم بالسرقة أو القطع حتى قطع وهي صورة مسألة الكتاب ـ ففيه وجهان كما ذكره المصنف.

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق، وهو الأصح، وهو قول ابن الحداد، ونسبه الماوردي إلى ابن سريج، وبه قال أبو حنيفة فيما حكاه الماوردي، وقال القاضي أبو الطيب: إنه على قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ وإطلاق نصه الذي نقله ابن بشرى يدل عليه: أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن، كما لو قطع قبل القبض فإنه لو قطع قبل القبض والحالة هذه ثبت له الرد قطعًا، وهذا القائل يجعله من ضمان البائع بالنسبة إلى ذلك، ولو تعذر الرد بسبب فالنظر في الأرش إلى التفاوت بين العبد سليمًا وأقطع، قاله القاضي حسين والرافعي وغيرهما.

والثاني: وهو قول ابن أبي هريرة وابن سريج فيما حكاه الأكثرون والقاضي أبو الطيب ونقله ابن بشرى عمن نقله عن نصه في «الإملاء»، ومال الماوردي إليه، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله أنه من ضمان المشتري وليس له الرد، ولكن يرجع على البائع بالأرش، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن، وحمل النص الأول على ما قبل القبض. هذا إذا كان جاهلًا، فلو كان عالمًا بالسبب فليس له الرد ولا الأرش قطعًا لدخوله في العقد على بصيرة إن كان موجودًا عند العقد، أو لاطلاعه عليه وإمساكه إن كان حدث قبل القبض.

قال الشيخ أبو علي: ولا يجيء ههنا الوجه المحكي عن أبي إسحاق في القتل، يعني سابقًا، وأنه يرجع بالثمن على رأي أبي إسحاق كما سنذكره إن شاء الله، والأمر كما قال الشيخ أبو علي كما سنبينه إن شاء الله تعالى، فينبغي أن يقيد كلام المصنف بذلك، وأن مراده إذا كان المشتري جاهلًا، وممن صرح به القاضي أبو الطيب والبغوي والرافعي، وفي كلام ابن الصباغ ما يقتضي أن فيه خلافًا، لأنه قال: إن علم بذلك فقطع في يده لم يرجع بشيء على المذهب، وكأنه رأى أن وجه أبي إسحاق يأتي ههنا وهو بعيد، وسنبين ذلك إن شاء الله تعالى في أواخر الباب.

فرع: عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أنه إذا قطع في يد المشتري يرجع بنصف الثمن ووافق في المسائل الثلاث التي ستأتي إن شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع، لأنه من ضمان البائع، ومن نظائر ذلك لو اشترى جارية مزوجة ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض، فإن كانت ثيبًا فله الرد وإن كانت بكرًا فنقص الافتضاض من ضمان البائع أو المشتري ففيه الوجهان ـ فإن جعلناه من ضمان البائع ـ فللمشتري الرد بكونها مزوجة، فإن تعذر الرد بسبب رجع بالأرش، وهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة، ومزوجة مفترعة من الثمن.

وإن جعلناه من ضمان المشتري فلا رد له، وله الأرش، وهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة وبكرًا مزوجة من الثمن، هكذا في «التهذيب» والرافعي، و«الروضة» التي بخط المصنف، وفي بعض نسخها سقط من قوله: غير مزوجة إلى غير مزوجة فصار هكذا: غير مزوجة وبكرًا غير مزوجة من الثمن، وذلك غلط في الحكم، وترك للتفريع من جعله من ضمان المشتري، والفرق بينهما، فإن على ضمان البائع الإفراع مضمون عليه، فلذلك يقدر من ضمان المشتري ليس المضمون على البائع إلا سلامتها على التزويج، وقد تقدم مثل ذلك في تعذر الرد في مسألة القطع، وأنه يقدر على قول ضمان البائع سليمًا وأقطع، لأن القطع مضمون عليه على الأصح وعلى القول الآخر، بقدر مستحق القطع وغير مستحقه لأن المضمون عليه سلامته عن استحقاق القطع.

وقد وافق ابن الرفعة ما في «الروضة» السقيمة من الغلط في الحكم، وجعل الأرش على قول ضمان البائع ما بين قيمتها بكرًا مزوجة وبكرًا غير مزوجة. وإن كان عالمًا بزواجها أو علم ورضي فلا رد له. فإن وجد بها عيبًا قديمًا بعد ما افتضت في يده فله الرد إن جعلناه من ضمان البائع، قاله القاضي حسين والبغوي والرافعي وخالفهم المتولي فقال: لا رد وهو الراجح لما سأنبه عليه، وإن جعلناه من ضمان المشتري رجع بالأرش، وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيبًا سليمة، ومثلها معيبة، هكذا قال البغوي والرافعي، ولك أن تقول ينبغي أن يكون ما بين قيمتها مزوجة بكرًا سليمة، ومثلها معيبة، فإن القيمة المعتبرة قيمة يوم العقد على قول، ويوم القبض على قول وأقل القيمتين على المذهب، وعلى كل قول تقدر هنا بكرًا، لأنها بكر عند العقد وعند القبض. وإنما حدثت الثيوبة بعد ذلك.

فإن قال: إن ذلك لا يختلف لأن نسبة البكر السليمة من المعيبة كنسبة الثيب السليمة من المعيبة وهو صحيح، لكن ذلك يقتضي أن لا يعتد في كلامه بالثيب بل ينبغي أن يقول وهو ما بين قيمتها مزوجة سليمة ومثلها معيبة، وهكذا عبارة القاضي حسين، فقول الرافعي ثيبًا حشو لا فائدة فيه إن كان كذلك لا يختلف أو زيادة مفسدة إن اختلف، والله أعلم.

وإن تعذر ردها بسبب من الأسباب على قولنا: إنه من ضمان البائع فالنظر في الأرش يتجه أن يكون على ما ذكرناه الآن لا يختلف، ولا يمكن أن يقال ما بين قيمتها بكرًا مزوجة سليمة وثيبًا مزوجة معيبة لأن النقص الحاصل بالثيوبة رضي به، وصرح القاضي حسين بالمسألة، فقال: إن قلنا: من ضمان البائع يرجع بما بين كونها بكرًا غير مزوجة وبكرًا مزوجة نقيضه.

وإن قلنا: من ضمان المشتري فيرجع بما بين كونها بكرًا مزوجة وغير مزوجة وفي قوله بكرًا مزوجة نقيضه نظر، وذكر البغوي رَحِمَهُ اللَّهُ في «التهذيب» نظير المسألة وهو ما إذا اشترى سارقًا عالمًا بسرقته فقطع في يده ووجد به عيبًا قديمًا. قال: له الرد إن جعلناه من ضمان البائع، وإلا فيرجع بالأرش وهو ما بين قيمته سارقًا غير مقطوع معيبًا وغير معيب، فقوله: غير مقطوع نظيره هنا أن تقول بكرًا وهو خلاف ما وقع في عبارته وعبارة الرافعي هنا.

ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الأئمة القاضي والبغوي والرافعي رحمهم الله يقتضي أن الرضا بالعيب لا يبطل أثره بالكلية. بل يسقط الرد به وبما هو من سببه ويصير الواقع بسببه بعد القبض كالواقع قبل القبض في عدم المبيع من الرد، وهذا إنما يتجه على قول أبي إسحاق القائل بأن القتل بعد القبض بالردة السابقة يبطل العقد ويوجب الرجوع إلى الثمن إن صح جريان هذا الوجه في مسألة القطع وشبهها، وقد أنكره الشيخ أبو علي كما تقدم. أما على المذهب الصحيح أنه إذا قتل بعد القبض وكان عالمًا بردته لا يرجع بشيء، وكذلك في القطع وزوال البكارة جزمًا كما تقدم، فينبغي أن يكون القطع وزوال البكارة بعد القبض كعيب جديد مانع من الرد بعيب آخر.

فإن قلت: جعله من ضمان البائع على الصحيح يوجب مساواته لما وجد قبل القبض، ولكن لا يرد به لرضاه بسببه، فلا يمنع الرد كما لو كان عيبًا قديمًا رضي به، فإنه لا يمنع الرد وإن كان لا يرد به.

قلت: لو جعلنا ما بعد القبض كما قبل القبض في ذلك لوجب أن يبطل العقد بالقتل بعد القبض عند الجهل، أما عند العلم فلا، فإذا رضي بالعيب أبطل أثره. وكل ما وجد بعد ذلك وإن كان من أثره فليس منسوبًا إلى البائع بل هو حادث في يد المشتري ناشىء مما رضي به، وليس إحالته على المشتري لرضاه بسببه، فينبغي أن يكون مانعًا من الرد بالعيب القديم قاله المتولي ويرجع بالأرش.

فإن قلت: لعل كلام القاضي والرافعي والبغوي محمول على أنهم فرعوا ذلك على قول أبي إسحاق.

قلت: لا. لأمرين، أحدهما: أنهم لم يذكروا قول أبي إسحاق في هذه الصور مع العلم، بل كلامهم وكلام غيرهم يقتضي القطع بعدم جريانه هنا.

والثاني: أنهم قالوا: إذا قلنا من ضمان البائع وقدموا أن الصحيح أن ذلك من ضمان البائع فينبغي أن يتأمل هذا البحث. والجواب عنه إن أمكن لينتفع به فيما إذا باع جارية حاملًا ونقصت بالولادة. وعلم بها عيبًا، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

فرع: زوال البكارة في المسألة المذكورة لا شك في أنه عيب، سواء كانت الجارية مما يظن بكارتها في العادة لصغر سنها أم لا، لأنها لما دخلت في العقد صارت مستحقة، وإن كانت مزوجة بدليل أنها تسلم له بعد الطلاق، وقضية ذلك أنه إذا اشترى عبدًا كاتبًا أو متصفًا بصفة تزيد في ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيار، وإن لم يكن فواتها عيبًا قبل وجودها. قال ابن الرفعة: وهذا لا شك فيه.

فرع: إذا اشترى جارية حاملًا ورضي بحملها ثم وضعت في يده ونقصت بسبب الوضع ثم اطلع على عيب آخر بها، فقياس ما تقدم في الجارية المزوجة أن لا يكون نقصانها بالولادة مانعًا من الرد على ما قال ابن الرفعة، ويؤيده أن الرافعي حكى فيما إذا أصدق زوجته جارية حاملًا، فحملت في يده ووضعت في يدها ثم طلقها، فالنقص الحاصل منسوب إليه أو إليها؟ فيه وجهان. في كلام الماوردي والرافعي ما يقتضي أنه مانع من الرد. وسنذكر المسألة عند ذكر المصنف لها إن شاء الله تعالى. وقد أشرت فيما تقدم إلى ذلك.

وقد ذكر طائفة من الأصحاب منهم القاضي أبو الطيب والغزالي والرافعي رحمهم الله مع هذه المسائل أو بعضها مسائل تشاركها في حصول عيب قبل العقد أو القبض، ويوجد أثره بعد القبض كالقتل بردة أو محاربة أو بجناية عمد سابقة أو الموت بمرض سابق.

والمصنف رحمه الله أفرد لهذه المسائل فصلًا في أواخر هذا الباب وهو أولى، لأن كلامه هنا في العيب الحادث بعد القبض إذا كان سببه متقدمًا، والحادث في هذه المسائل بعد القبض تلف يثبت الانفساخ عند من يقول أنه لا عيب موجب للرد، فلنؤخر الكلام في شرح هذه المسائل إلى الفصل الذي عقده المصنف لها، ومن جمعها مع المسائل التي ذكرها المصنف هنا فللمشاركة المذكورة ولأن التلف في ذلك منزل منزلة العيب حتى يرجع عند الجهل بالأرش لتعذر الرد بالتلف، ولذلك أدخله المصنف رحمه الله في فصول الرد بالعيب كما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولفعل الأولين مرجح سأذكره قريبًا إن شاء الله تعالى.

واعلم أن صورة مسألة الكتاب هنا فيما إذا لم يترتب على القطع تلف. أما لو اتفق ذلك فالحكم كما سيأتي في هذه المسائل في آخر الباب إن شاء الله تعالى.

تنبيه: جزم المصنف بالتسوية بين قطع اليد بالسرقة وبالقصاص، وكذلك شيخه القاضي أبو الطيب والرافعي. وقال الماوردي: إن في القصاص لا يرد اتفاقًا لأن القود لا يتحتم ويصح العفو عنه والقطع في السرقة لا يصح العفو عنه.

تنبيه آخر: نظر الأصحاب الخلاف في هذه المسائل بالقولين فيما إذا علق في

حال الصحة بصفة، ثم وجدت الصفة في مرض الموت، هل يعتبر من رأس المال أو من الثلث؟

تنبيه آخر: كثير من الأصحاب منهم القاضي أبو الطيب والقاضي حسين والرافعي ذكروا مسألة القطع مبنية على مسألة القتل بالجناية وأخواتها، ولذلك قدموا الكلام فيها وقدموا مسألة القطع عليها بخلاف ما فعل المصنف، فإنه أخر مسألة الجناية. وحكى الخلاف في كل منهما من غير بناء وترجح فعل الأولين بأن مسألة القطع غير منصوصة للشافعي فيما يظهر من كلامهم. ومسألة الجناية منصوص على أصلها، وأبو الطيب يقول: إن قول أبي إسحاق فيها هو مذهب الشافعي، وظاهر ذلك أنه منصوص عليه، وسيقع الكلام في ذلك عند ذكر المصنف له إن شاء الله تعالى.

وممن وافقهم على البناء المذكور الروياني في «البحر»، وقال فيه: إن بعض أصحابنا بخراسان قال: إذا قلنا بالأول لا يرد بل يرجع بما بين قيمته سارقًا مقطوعًا وقيمته غير مقطوع بالسرقة من الثمن، قال: وهذا ضعيف، قلت: ومراده بالأول قول أبي إسحاق. وعبر الروياني عنه بأنه قول الشافعي، لكن هذا الذي نقله عن بعض الخراسانيين لا يكاد يفهم.

فرع: إذا رضي بالقطع واطلع على عيب آخر فله الرد إن جعلنا القطع من ضمان البائع وإلا فلا. قاله القاضي حسين.

فرع: إذا كان عليه حد بالسياط فاستوفى بعد القبض، فإن مات فالحكم كما سيأتي في أواخر الباب، وإن سلم فالحكم كما مر في السابق، فاستحقاق الحد بالسياط كاستحقاق القطع بالسرقة والقصاص. قاله صاحب «التتمة».

فرع: عبد عليل به أثر السفر، فقال سيده لرجل: اشتر مني هذا العبد فإن مرضه من تعب السفر ويزول عن قريب، فاشتراه فازداد مرضه ولم يزل، قال القاضي حسين في «الفتاوى»: ليس له الرد لأنه غرر بنفسه وما غرره البائع.

فرع: إذا وجدت إزالة البكارة من الزوج أو قطع اليد قبل القبض، وكان قد رضي بالزوجة والجناية. فقد تقدم أني لم أر نقلًا في جواز الرد بذلك، والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد، فلو وجد مع ذلك عيب لم يرض به، هل يكون زوال البكارة وقطع اليد مانعًا من الرد بالعيب الآخر، لرضاه بالسبب أم لا؟ الذي يظهر أن يقال إن جعلنا وجود ذلك بعد القبض غير مانع مع العلم كما قاله الرافعي بناء على أنه من ضمان البائع فههنا أولى وإن جعلناه مانعًا، وأنه يرجع بالأرش فههنا احتمالان مأخذهما أن المنع بعد القبض لأجل وقوعه في يد المشتري أو لأجل

العلم؟ إن قلنا بالأول لم يمتنع هنا لوقوعه في يد البائع، وإن قلنا: بالثاني امتنع لوجود العلم. ولم أر في ذلك نقلًا، والأظهر أن المنع بعد القبض لأجل حدوثه في يد المشتري مع العلم بسببه، وهذا الممنوع منتف قبل القبض فلا يمنع الرد وإن علم بالسبب، لأن هذا عيب زائد على ما علمه ولهذا أقول: إنه لا يمتنع عليه الرد هنا، وإن كنت استشكلت عدم امتناع الرد بعد القبض كما تقدم، والله أعلم.

فرع: عن أبي حنيفة أنه إذا قطع في يد المشتري رجع بنصف الثمن ووافق في مسائل التلف التي ستأتي إن شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع لأنه من ضمان المشتري.

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا وجد المشتري بالمبيع عيبًا لم يخل إما أن يكون المبيع باقيًا على جهته أو زاد أو نقص، فإن كان باقيًا على جهته وأراد الرد لم يؤخره، فإن أخره من غير عذر سقط الخيار، لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور كخيار الشفعة.

الشرح: للمبيع المعيب خمسة أحوال: أن يكون باقيًا على جهته، أو زائدًا أو ناقصًا، أو زائدًا من وجه وناقصًا من وجه أو تالفًا، ذكر المصنف الثلاثة الأولى وعقد لكل منها فصلًا. وذكر الخامسة في فصل بعد ذلك ولم يذكره في القسم هنا، لأنه لا يقال وجد العيب بالمبيع بعد تلفه، وهو يقسم فيما إذا وجد بالمبيع عيبًا، ولو أريد (وجد) العلمية التي تتعدى إلى مفعولين صح إطلاقها بعد التلف، لكن ظاهر كلامه أنها من وجدان الضالة. وذلك يستدعي موجودًا.

وأما الزائد من وجه والناقص من وجه فإما أن يكون المراد أن الأمر لا يخلو عن ذلك، فالقسمة حينئذٍ حاضرة، وإما أن يكون تركه لأن حكمه يعلم من القسمين، وقلما يقع التعرض له، وعطفه بأو على (أما) غير متضح من جهة العربية. وكثيرًا ما يقع ذلك في كلام المصنفين. وكذلك قوله: أو زاد. وكان الأولى أن يقول: زائدًا عطفًا على ما هنا.

أما الأحكام: فإذا كان المبيع الذي ظهر به العيب باقيًا بحاله، فقد تقدم أنه يخير بين إمساكه ورده، فإن أراد رده فخيار الرد على الفور عندنا وعند جمهور العلماء، وكنت أحسب أن ذلك مجمع عليه حتى رأيت ابن المنذر نقل عن أبي ثور أنه لا يكون الرضا إلا بالكلام، أو يأتي من الفعل ما يكون في المعقول في اللغة أنه رضا، فله أن يرد حتى تنقضي أيامه ويستمع لأنه ملكه، وكذلك نقل ابن حزم فإنه قال: لا يسقط الرد إلا بإحدى خمسة أشياء مطبقة بالرضا، أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه، أو إيلاد الأمة، أو موته، أو ذهاب عين الشيء أو بعضه، قال: وهو قول أبي ثور وغيره. انتهى.

ومن يعد أقوال أبي ثور وجوهًا يلزمه أن يجعل هذا وجهًا من المذهب، وهو في غاية الغرابة. ونقله ابن المنذر عن جماعة من العلماء المتقدمين فتاوى متحملة لئلا يكون الرد على الفور ومحتملة لخلافه، فلذلك لم أذكرها، ولعلي أذكرها بعد هذا في تفصيل الأشياء المبطلة للخيار إن شاء الله.

وقد استدل الأصحاب بكون الرد على الفور بدليلين، أحدهما: أن الأصل في البيع اللزوم، وذلك متفق عليه، ومن الدليل فيه قوله ﷺ في حديث: «المتبايعان بالخيار وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع» متفق عليه، وذلك يقتضي لزوم العقد من الجانبين، وأنه لا خيار بعد التفرق، ثم أنا أثبتنا الخيار بالعيب بالدليل الدال عليه من الإجماع وغيره، والقدر المحقق من الإجماع ثبوته على الفور، والزائد على ذلك لم يدل عليه إجماع ولا نص، فيجري فيه على مقتضى اللزوم جمعًا بين الدليلين، وتقليلًا لمخالفة الدليل ما أمكن، ولأن الضرر الذي شرع الرد لأجله يندفع بالبدار، وهو ممكن، فالتأخير تقصير فيجري عليه حكم اللزوم الذي هو الأصل.

الدليل الثاني: ما ذكره المصنف رحمه الله من أن القياس على خيار الشفعة وفيه احترازات. قال ابن معن: احترز بقوله: ثبت بالشرع من خيار الشرط في البيع. وبقوله: لدفع الضرر عن المال عن خيار الأمة إذا عتقت تحت عبد إذا قلنا ليس الخيار على الفور، ومن خيار المرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق في الإيلاء. ومن الخيار بين القصاص والدية. وقد أجاد في ذلك وزاد غيره خيار العنة أيضًا كخيار الأمة. قال بعض الفضلاء: وهو منقوض بخيار المجلس فإنه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال. وليس على الفور، وهذا النقض مندفع بأن خيار المجلس ثبت رفقًا بهما كما قاله المصنف رحمه الله في أول البيع، وذلك على وجه التروي والنظر في المصلحة، لا لدفع الضرر المحقق، فإنه قد لا يكون ثم ضرر أصلًا، ولا يستند إلى ظهور وصف في المبيع.

وبعد أن كتبت هذا رأيت هذا المعنى بعينه لأبي محمد عبد الله بن يحيى الصعبي في كلامه على المذهب الذي سماه «غاية المفيد ونهاية المستفيد» وجعل قوله لدفع الضرر احترازًا من خيار المجلس، فإنه ثبت للارتياء والنظر، وقد يرد على المصنف في ذلك خيار التصرية على قول أبي حامد والمرو الروذي كما تقدم، فإنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، ومع ذلك يمتد إلى ثلاثة أيام عند أبي حامد، وقد يجاب عن هذا بأن أبا حامد يجعل ثبوته ثلاثًا بالحديث، ولا يجعله لكونه عيبًا بدليل أنه يثبته مع العلم، وإذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال. وقد يورد على المصنف أيضًا الخيار الذي أثبته النبي ﷺ لحبان بن منقذ.

فإن ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال، وهو يمتد ثلاثة أيام، ويجاب عنه بأن ذلك مختص بحبان بن منقذ كما أشار إليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فيما تقدم. ويجاب عن كل من هذا وخيار المصراة على قول أبي حامد بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس، فيبقى فيما سواهما على مقتضاه.

وقد يورد على المصنف أنه قاس في باب الشفعة سقوط الخيار بتأخير الطلب من غير عذر على الرد بالعيب. وههنا قاس الرد بالعيب على الشفعة، وأجابوا عن هذا بأن قياس الرد بالعيب على الشفعة ورود الخبر فيها، وقياس الشفعة على الرد بالعيب لأن الشفعة تردد قول الشافعي فيها بخلاف الرد بالعيب، فإن أكثر العلماء اتفقوا على أنه على الفور، وعدوا ذلك من محاسن المهذب. وإذا تأملت كلام المصنف في باب الشفعة حكمت بعدم صحة السؤال لأنه لما قال: إنها على الفور على الجديد الصحيح، استدل له بالحديث ثم قال: فعلى هذا إن آخر الطلب من غير عذر سقط، لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وهذا الكلام يقتضي المغايرة بين الحكمين، وأن سقوط الخيار بالتأخير هو المقيس على الرد بالعيب، وهو غير كونه على الفور الثابت بالحديث وههنا في الرد بالعيب، المقصود إثبات كونه على الفور بالقياس على الشفعة، فالمقيس هناك على الرد بالعيب غير المقيس هنا على الشفعة، فلا سؤال ولا إشكال ولا حاجة إلى الجواب المذكور. ولكن لك أن تقول: إن كان السقوط بالتأخير من غير عذر ظاهر اللزوم لكون الخيار على الفور، ولا حاجة في الشفعة إلى قياسه على الرد بالعيب، وإن لم يكن كذلك فلا يكفي الرد بالعيب لثبوته، إن ثبت أنه على الفور، بالقياس على الشفعة، كما هو مدلول كلام المصنف هنا. فيحتاج إلى الجواب المذكور.

وقد خطر لي في الجواب عن ذلك والاعتذار عن المصنف في جعله سقوط الشفعة بالتأخير بعد تقرير كونه على الفور منشئًا على الرد بالعيب مسألة غريبة نقلها أبو سعد الهروي عن «تعليق البندنيجي»، أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ نص في اختلاف العراقيين على القول الصحيح أن الشفعة على الفور للشفيع خيار المجلس لأنه قال: ولو عفا عن الشفعة ثم تركها، ثم بدا له فأراد المطالبة بها، كان له ما دام في المجلس.

قال الهروي: ووجهه أن العفو تقرير لملك المشتري لجهة المعارضة، فيعقب بخيار المجلس كالشراء وعكسه الإبراء عن الدين فإنه إسقاط محض، ولم يتضمن تقرير ملك في غيره.

قلت: فلعل المصنف رحمه الله اطلع على هذا النص القائل بأن الشفعة لا تبطل بالعفو ما دام في المجلس على قول الفور، ولا شك أن التأخير أولى بعدم

البطلان، فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالعيب، وهذا ينبغي السؤال عنه، على أني نظرت باب الشفعة من اختلاف العراقيين نظر العجل، فلم أر هذا النص فيه، وهو غريب مشكل، ورأيت في كتاب أحمد بن بشرى الذي جمع فيه من نصوص الشافعي ما يوافقه، فإنه قال: وتسليم الشفعة أن يقول سلمت شفعتي أو تركتها أو ما أشبهه، ثم يفارق الشهود الذين قال بين أيديهم: قد سلمت شفعتي، فإن لم يفارقهم حتى يقول: أنا على شفعتي، فذلك له، وهذا هو ذاك النص بعينه وأيضًا فقد اختلف الأصحاب في خيار المجلس في الشفعة، وفسره بعضهم بأنه يخير بين الأخذ والترك في المجلس، وإن قلنا بالفور فما قاله المصنف يدفعه.

فرع: إذا ادعى البائع أن المشتري أخر الرد بعد العلم، وأنكر المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه، قاله الروياني عن «جامع القاضي» أبي حامد.

فرع: أطلق المصنف رحمه الله أن التأخير من غير عذر يسقط الخيار، والمراد بذلك أن يبادر على العادة. قال أصحابنا: فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ولو كان مشغولًا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار إلى أن يفرغ وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس، وكذا لو لبس ثوبًا وأغلق بابًا. قال الماوردي والرافعي: ولو وقف عليه ليلًا فله التأخير إلى أن يصبح، وقال الهروي في «الإشراف»: إلى ضوء النهار، وهما راجعان إلى معنى واحد، هكذا أطلق الماوردي والرافعي جازمًا بذلك اعتبارًا بالعرف.

وقال صاحب «التتمة»: إذا اطلع بالليل ولم يتمكن من حضور مجلس الحكم، ولا من استحضار الشهود ليفسخ بحضرتهم ولا من إخبار البائع بذلك، فعامة أصحابنا قالوا: لا بد أن يقول في الوقت فسخت، وإلا سقط حقه، وكان القفال يقول: لا يبطل، بل يؤخر حتى يحضر البائع أو الشهود أو يحضر مجلس الحكم. والظاهر أن صاحب «التتمة» يطرد هذا الخلاف في تأخر الفسخ بالعذر مطلقًا، ويشمل ذلك الصور المتقدمة من الأكل وقضاء الحاجة ونحوه، ويكون ذكر هذه الأعذار المتقدمة إنما تستمر على رأي القفال ويحتمل أن يكون ذلك مختصًا بالليل، لما فيه من التأخير كما يقوله في الغيبة والمرض أنها الأعذار المتقدمة فلا يعد في العرف تأخيرًا، وهذا الاحتمال الثاني أوفق لكلام الرافعي واشتراط صاحب «التتمة» عدم التمكن في الليل يقتضي أنه متى تمكن فيه كان كالنهار، وكذلك قال ابن الرفعة: لا فرق بين الليل والنهار إذا تمكن من المسير فيه من غير كلفة، أما إذا كان فيه كلفة فله التأخير إلى الصباح، وهذا وإن كان المعنى والفقه يقتضيه فلم أر التصريح به لغيره.

قال البغوي وابن أبي عصرون: إنه في الليل لا يلزمه تعجيل الفسخ، ولا الإشهاد على نفسه بالرد في أصح الوجهين، وهذا الوجه الذي أشار إليه يسلكه مسلك الغيبة، وسيأتي الكلام فيها إن شاء الله، ولو لقي البائع فرد عليه قبل سلامه صح، ولو رد عليه بعد سلامه صح أيضًا، خلافًا لمحمد بن الحسن، قاله الماوردي والرافعي وغيرهما، وفي بعض الشروح للتنبيه حكاية وجهين في كون السلام عذرًا هو بعيد، وإن كان الإمام قال في الشفعة: إن من عده في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام، ولو علم به وهو ممنوع بعته أو مرض كان على حقه إلى أن يزول المنع. قاله الماوردي.

وسيأتي كلام كثير في حالة الغيبة، لو لم يتم الغرض إلا باستيفائه فهذه كلها أعذار احترز عنها المصنف رحمه الله بقوله: من غير عذر. وقال الأئمة: إن الكلام في المبادرة وما يكون تقصيرًا وما لا يكون محله كتاب الشفعة، وأحالوا الكلام هنا عليه، وقد حكوا هناك وجهًا أنه يلزمه إذا اطلع على الشفعة قطع ما هو عليه من طعام، والخروج من الحمام والنافلة ونحو ذاك، تحقيقًا للبدار، قال ابن الرفعة: ومثله لا يبعد جريانه ههنا لأنهما في قرن، وعد ابن الرفعة من الأعذار إباق العبد قبل القبض، فإن المشتري إذا اطلع عليه وأخر لا يسقط حقه، بل لو صرح بإسقاطه لم يسقط على الصحيح.

قلت: والحكم كما ذكر، ولكن ذلك لأن السبب متجدد في كل وقت، فلا يحصل حقيقة التأخير فلا يحسن عده في جملة الأعذار.

فرع: وأما الذي لا يكون عذرًا فكثير، منها لو بادر حين العلم بالعيب فلقي البائع فأخذ في محادثته، ثم أراد الرد فلا رد له، قاله الماوردي والرافعي وغيرهما ولو أخر الرد مع العلم بالعيب ثم قال: أخرت لأني لم أعلم أن لي حق الرد ـ فإن كان قريب العهد بالإسلام، أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام ـ قبل قوله، ومكن وإلا فلا، وعن الفروع حكاية قولين كالأمة إذا ادعت الجهالة بالحكم، ولو قال: لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل قوله، لأنه مما يخفى على العوام هكذا قال الرافعي.

وقال النووي: إنما يقبل قوله، ولم أعلم أن الرد على الفور، وقول الشفيع: لم أعلم أن الشفعة على الفور، إذا كان ممن يخفى عليه مثله، وقد صرح الغزالي وغيره بهذا في كتاب الشفعة.

قلت: وفي الإطلاقين نظر، ويتعين أن يقال: يقبل قوله إذا كان ممن يخفى عليه أو مجهول الحال، أما من علم أنه لا يخفى عليه فلا يقبل قوله، وعلى هذا يحمل إطلاقهم، وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرش أيضًا.

فرع: لو اطلع على عيب قبل القبض، تلزمه المبادرة على الفور أيضًا، على ما يظهر من كلامهم، ولا يقال: إن له التأخير إلى القبض لأن كل ما كان قبل القبض من ضمان البائع، ودوام العيب عيب.

فرع: فيه تحقيق الكلام في الفور وكيفية الرد وحال الغيبة والمرض؟ قال القاضي حسين عن عامة الأصحاب: أن عليه الفسخ على الفور. وعن الشيخ وهو القفال إن له التأخير إلى حضور مجلس الحكم، هكذا رأيته في «تعليقه». وأراد أبو سعيد الهروي في النقل عن القاضي حسين أنه رد على القفال، وقال: سبيله أن يفسخ بحضور شاهدين أو يقول بنفسه إن لم يحضر الشاهدان فسخت البيع، ثم إذا ظهر الشاهدان أشهد على الفسخ الواقع منه لتيسر الإثبات له، ويقرب منه ما تقدم عن صاحب «التتمة» ونقل عن عامة الأصحاب في الليل أنه لا بد من تلفظه بالفسخ. وعن القفال أنه يؤخر إلى وجود البائع أو الشهود أو مجلس الحكم.

فرع: فيه تحقيق الكلام في العوز وكيفية الرد وحال العنة والمرض.

قال الإمام: إن تمكن من الفسخ بين يدي قاض فلا عذر في التأخير، وإن لم يحضر خصمه ولم يتمكن من الإشهاد فليبتدر الرفع إلى القاضي بحيث لا يعد تقصيرًا في العرف، ولا يلزمه النطق بالفسخ قبل الحضور. فإن رفع إلى الحاكم مع حضور الخصم بطل حقه على المذهب، وإن لم يجد الغريم فأمكنه أن يتلفظ بالرد ويشهد فلم يفعل، ورفع إلى القاضي فوجهان.

وقال الغزالي في «البسيط»: إن نهض إلى البائع كما اطلع لم يكن مقصرًا، وإن لم يكن حاضرًا ورفع إلى القاضي فليس مقصرًا، وإن فسخ في بيته وأشهد فليس مقصرًا، وإن رفع إلى القاضي مع حضور الغريم بطل حقه على المذهب، وإن لم يكن الغريم حاضرًا وأمكن الإشهاد، فلم يشهد ورفع إلى القاضي فوجهان، وهو موافق لكلام الإمام، وجزمه أولًا بأنه إذا رفع إلى القاضي ليس مقصرًا محمول على ما إذا لم يمكن الإشهاد، جمعًا بين أول كلامه وكلام الإمام أنه يرد على الغريم، فإن لم يحضر فالإشهاد، أو يكتفي بالحاكم وجهان، فعلى أحد الوجهين الغريم ثم الإشهاد ثم الحاكم، وعلى الوجه الآخر الغريم ثم الإشهاد أو الحاكم في رتبة واحدة، وهذا إذا لم يكن حاضرًا في مجلس الحكم، فإن كان حاضرًا بين يدي القاضي فلا يعذر في التأخير، كما قدمه الإمام.

وقال في «الوسيط» إن كان العاقد حاضرًا فليرد عليه في الحال، وإن كان غائبًا فليشهد على الرد اثنين، فإن عجز فليحضر مجلس القاضي فإن رفع إلى القاضي والخصم حاضر فمقصر، وإن كان الشهود حضورًا فرفع إلى القاضي فوجهان، إذ في

الرجوع إلى القاضي مزيد تأكيد، فاقتضى هذا الترتيب الغريم ثم الإشهاد ثم الحاكم، وقيل الغريم ثم الإشهاد أو الحاكم في رتبة واحدة.

وقال في «الوجيز»: ترد عليه في الوقت إن كان حاضرًا، وإن كان غائبًا أشهد شاهدين حاضرين، فإن لم يكن حاضرًا عند القاضي فوافق ما في «الوسيط»، قال الرافعي: وفي الترتيب المذكور إشكال يعني الذي في «الوسيط» و«الوجيز». قال: لأن الحضور في هذا الموضع إما أن يعنى به الاجتماع في المجلس، أو الكون في البلد فإن كان الأول فإذا لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود، ولم يسع إلى القاضي ولا سعى إلى البائع واللائق لمن يمتنع من المبادرة إلى القاضي إذا وجد البائع أن يمنع منها إذا أمكنه الوصول إليه وإن كان الثاني فأي حاجة إلى أن يقول شاهدين حاضرين؟

ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن إشهاده، ثم على التفسيرين فكون حضور مجلس الحكم مشروطًا بالعجز عن الإشهاد بعيدًا، إما على الأول فلأن حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل عليه من إحضار من يشهده أو الحضور عنده وإما على الثاني فلأنه لو اطلع على العيب وهو حاضر في مجلس الحكم ينفذ فسخه ولا يحتاج إلى الإشهاد، بل يتعين عليه ذلك إن أراد الفسخ، فظهر أن الترتيب الذي يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعي. انتهى كلام الرافعي. ووافقه النووي على هذا الإشكال وقال: إن الترتيب الذي ذكره الغزالي مشكل خلاف المذهب وقال الرافعي: إن الذي فهمه من كلام الأصحاب أن البائع إن كان في البلد رد عليه بنفسه أو بوكيله، كذا لو كان وكيله حاضرًا ولا حاجة إلى المرافقة، فلو تركه ورفع الأمر إلى مجلس الحكم فهو زيادة توكيد وحاصل هذا تخييره بين الأمرين.

وإن كان غائبًا عن البلد دفع الأمر إلى مجلس الحكم، وإلى أن ينتهي إلى الخصم أو القاضي في الحالين لو تمكن من الإشهاد على الفسخ هل يلزمه؟ وجهان. قطع صاحب «التتمة» وغيره باللزوم، ويجري مجرى الخلاف فيما إذا أخر بعذر من مرض أو غيره، ولو عجز في الحال عن الإشهاد فهل عليه التلفظ بالفسخ؟ وجهان. أصحهما: عند الإمام وصاحب «التهذيب» لا حاجة إليه، انتهى ما ذكره الرافعي وهو مخالف لما قاله الإمام والغزالي في كون الرفع إلى القاضي مع حضور الخصم مبطلًا، كما يقوله الإمام، وعند الرافعي هو مخير بينهما ومخالف له أيضًا في الاكتفاء بالإشهاد عن الحضور إلى الحاكم كما يقتضيه كلام الغزالي في «البسيط» و«الوجيز»، وصدر كلام الإمام في «النهاية».

وعلى ما قاله الرافعي لا يكتفى بذلك جزمًا، ولا يجوز التشاغل به عن الحاكم

وزائد على كلام الإمام والغزالي بلزوم الإشهاد عند الإمكان إلى أن ينتهي إلى الخصم أو القاضي في الحالين على ما قطع به صاحب «التتمة» وغيره، وإن كان آخر كلام الإمام والغزالي في «البسيط» يمكن حمله على الوجهين في ذلك الذي حكاهما الرافعي، لكنه إن صح حمله على ذلك قاصر على الحاكم دون الخصم، فهذه الأمور الثلاثة في كلام الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وفي كلام الإمام زيادة بيان أنه إن تمكن من الفسخ بين يدي قاض فلا عذر في التأخير، ومقتضى ذلك أنه مقدم على الجميع، وهو كذلك بلا نزاع، فقول الرافعي أنه يخير بين الأمرين إن أراد في غير مجلس الاطلاع وهو الظاهر فبقيت عليه هذه الحالة لم يذكرها، وإن أراد مطلقًا اقتضى أنه من الحاكم، ويذهب إلى البائع أو يترك البائع في المجلس ويذهب إلى الحاكم. وسنذكر عن ابن الرفعة ما فيه. وما ذكره الرافعي من أن الأصح عند الإمام وصاحب «التهذيب» أنه لا حاجة إلى التلفظ بالفسخ عند العجز مخالف لما تقدم عن القاضي حسين ونقله عن عامة الأصحاب وموافق لما نقله عن القفال، وفيما ذكره الرافعي من التخيير بحيث لا بد من معرفته سأفرد له فرعًا في آخر الكلام إن شاء الله تعالى.

وقال ابن الرفعة في «الكفاية»، على سبيل الإيراد على الغزالي: إن الإمام ذكر في الشفعة أن الشفيع لو ابتدر مجلس الحكم فهو فوق مطالبة المشتري، وحكيا معًا وجهين فيما إذا تمكن من الإشهاد وتركه، ودفع إلى القاضي، وهذا يدل على أن المضي إلى القاضي أقوى من لقاء الخصم، وأن الإشهاد أقوى من المضي إلى القاضي، هكذا كلامه في «الكفاية». وقال في «المطلب»: إن مراد الغزالي هنا في «الوسيط» و«الوجيز» بالحضور الحضور في البلد، وكذلك مراده في «البسيط» هنا ويظهر على ذلك أن الرفع إلى القاضي مع حضور الخصم في البلد ليس بتقصير، بل هو فوقه لاحتمال المنازعة.

وأما الرفع إلى القاضي مع حضور الشهود مجلس الاطلاع، ففيه الوجهان، ثم قال ابن الرفعة: أنه على قولنا لا يجب الفسخ بحضرة الشهود، فهل يجب عليه أن يشهد أنه طالب للرد، يشبه أن يكون فيه وجهان كالشفعة. ومن ذلك إن صح ينتظم ثلاثة أوجه، ثالثها الإشهاد يعتبر عند تيسره على طلب الرد، لا على نفس الرد.

قلت: والصحيح كما تقدم عن الرافعي أنه يلزمه الإشهاد على نفس الرد، وأما الإشهاد على أنه طالب الرد ولا يكفي فإنه ههنا يمكنه إنشاء الرد بحضرة الشهود وفي الشفعة لا يمكنه الأخذ إلا بأمور هي مقصودة إذ ذلك، فليس المقدور في حقه إلا الإشهاد على الطلب، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بأن الإمام والغزالي في «البسيط» قالا في الشفعة: إن الشفيع إذا ترك مطالبة المشتري مع الحضور، وابتدر

الحاكم فهو فوق مطالبة المشتري. وهذا المعنى يجوز أن يقال في حالة حضور المشتري في البلد، وحضوره مجلس الاطلاع على الشفعة، ويجوز أن يقال مثله في الحالين في الرد بالعيب، أجاب بأنه يحمل ما ذكره في الشفعة على حالة غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع عليها، لأن في حالة الحضور لا خلف على الشريك في قوله: أنا طالب بالشفعة أو تملكت بها، أو وجد بدل المال، فإن نازعه المشتري إذ ذاك رفعه إلى الحاكم، وفي حال غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع لا بد من المضي إما له أو للحاكم، فكان مخيرًا بينهما [أيهما] أحوط، وهكذا لا تباين بين الكلامين.

قال: وهذا قلته بناء على ما صار إليه معظم الأصحاب من أنه إذا أمن الرد على لا يعذر بطلب الحاكم. أما إذا قلنا بما صار إليه القفال فيما حكى القاضي عنه فلا فرق بين الحالين في جواز تأخير الطلب إلى وقت الحضور بين يدي القاضي كما [أن] ذلك مقتضى إطلاق القاضي في «تعليقه» عنه ولا جرم، قال الإمام مشيرًا إلى هذا الوجه: لو كان المردود عليه حاضرًا فابتدر القاضي فظاهر المذهب أنه يبطل حقه، لكن حكاية الهروي عن القفال لا تدخل حالة قصوره مع البائع، بل حال غيبته وتمكنه فيها من الإشهاد، وإذا كان كذلك ظهر صحة ما قال الغزالي من الجزم بأنه يقصر، يعني إذا رفع إلى القاضي والخصم حاضر. أي في مجلس الاطلاع.

قلت: ما حكى الهروي عن الشيخ أبي حامد أن الرفع إلى القاضي والطلب منه أن يحضر المشتري حتى يأخذ منه بالشفعة تطويل يبطل الحق. قال ابن الرفعة: وقد ينحل ما ذكرناه على ما يختاره من فهم كلام «الوسيط» اتباعًا لما في «الوجيز» أن تأخير الرد بحضرة القاضي قد جمعهما مجلس الاطلاع تقصير جزمًا. وكذا تأخيره إذا اجتمع هو والمالك في مجلس الاطلاع وفيه ما سلف عن الإمام، وقد عرفت اندفاعه، وعند عدم حضور البائع مجلس الاطلاع لكنه حاضر في البلد، هل يجعل بترك الإشهاد قبل الانتهاء إليه مقصرًا؟ وجهان جاريان فيما إذا كان غائبًا عن البلد وترك الإشهاد قبل الانتهاء إلى القاضي، المفهوم منهما في «الوجيز» أنه غير مقصر، ولو لم يقدر على الإشهاد في حال حضور البائع في البلد أو غيبته عنها فلا تقصير إلا بإهمال طلب البائع أو القاضي.

وهل يكون طلب القاضي تقصيرًا في حال حضور البائع في البلد وتيسر طلبه قبل طلب القاضي؟ فيه الوجهان عن القفال وغيره ومع ذلك لا يتوجه على الغزالي ما ذكرته في «الكفاية» وذكره الرافعي فيما يظنه فليتأمل.

قلت: وملخص ذلك أنه إن حضر البائع مجلس الاطلاع رد عليه جزمًا، وإن حضر المشتري مجلس الاطلاع فكذلك، لا على ما يفهمه كلام القاضي حسين من

النقل عن القفال، وإن لم يحضر أحد منهما مجلس الاطلاع وحضر في البلد فعلى ما قاله الرافعي، واقتضى كلام الإمام في الشفعة أنه يكون مخيرًا بين البائع والحاكم. وقال ابن الرفعة: إنه في هذه الصورة الوجهان عن القفال وغيره، يعني فيكون التخيير على رأي القفال خاصة. وعامة الأصحاب على خلافه، وليس بصحيح لأنه قد وافق عند تأويل كلام الإمام والغزالي في الشفعة أن الرفع إلى الحاكم أحوط. فهذه مناقشة في كلام ابن الرفعة. وأيضًا مناقشة ثانية، هي أن كلام الغزالي في «الوسيط» جعل الحضور إلى القاضي عند العجز عن الشهود، وذلك يوهم الاكتفاء بالشهود، ولم يقل به أحد من الأصحاب فيما علمته عند القدرة على القاضي أو البائع. ومناقشة ثالثة وهي أن ما ذكره لا يدفع اعتراض الرافعي في قوله: لم يسع إلى القاضي ولا يسعى إلى البائع كما يقتضيه كلام الغزالي.

وقوله: إن حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل من إحضار الشهود، فيكون الحضور إلى القاضي مشروطًا بالعجز عن الشهود [وهو] كما يقتضيه كلام الغزالي بعيد، وما ادعاه ابن الرفعة من إرادة حضور مجلس الحكم صحيح ولكن لا يدفع سؤال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، فقد ظهر أن إشكال كلام الغزالي باق بحاله، فإن اتضح بعض مراده وتلخيص الحكم على الصحيح الذي تحصل من كلام الرافعي وغيره، وفي كل من الحالتين يجب الإشهاد إذا تيسر قبل الانتهاء إلى البائع أو الحاكم على الأصح، ولا يجب التلفظ بالفسخ قبله على الأصح، وتلخيصه بأيسر من هذا على الصحيح.

وسأفرد للكلام في ذلك فرعًا، ولك أن تعبر بعبارة مختصرة فتقول: تجب المبادرة إلى البائع أو الحاكم، فإن مر في طريقه إلى أحدهما بالآخر ولقي شهودًا وجب إشهادهم في الأصح لا في التلفظ قبل ذلك في الأصح، وإذا أردت تمييز المراتب فاعلم أن المرتبة الأولى أن يحضر مع الحاكم في مجلس الاطلاع فيبادر ولا يؤخر قطعًا، على ما قاله ابن الرفعة واقتضاه كلام الإمام.

الثانية: أن يحضر البائع مجلس الاطلاع فكذلك لا على ما يقتضيه نقل القاضي حسين عن القفال أنه له التأخير إلى حضور مجلس الحكم حذرًا من إنكار البائع.

الثالثة: حضور الشهود مجلس الاطلاع فلا يعذر في التأخير لإمكان الإثبات بهم، ولم أر تصريحًا بنقلها إلا ما تقدم من إطلاق أنه يجب الإشهاد قبل الانتهاء إلى الحاكم والبائع إن أمكن على الأصح، ومقتضى ذلك أن يأتي ذلك الوجه هنا أيضًا، وقد قدمت ما فيه، ففي هذه الصور الثلاث متى أخر عن مجلس الاطلاع بطل حقه إما جزمًا أو على الأصح.

الرابعة: أن يكون البائع والحاكم كلاهما في البلد غائبين عن مجلس الاطلاع فيجبر بينهما على الأصح، وظاهر هذا الإطلاق يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون الحاكم أبعد من البائع أو أقرب. وقد يقال ينبغي أنه إذا كان يمر في مضيه إلى أحدهما بالآخر يعذر، كما لو كان معه في مجلس الاطلاع فلا يعذر في التأخير عنه إلى أن ينتهي إلى الآخر. وقد قدمت ذلك أيضًا. وسنعيد الكلام فيه.

الخامسة: أن يكون الموجود في البلد واحدًا منهما، إما الحاكم أو البائع فلا شك في تعيينه.

السادسة: إذا لم يكن واحد منهما في البلد تعين الإشهاد.

السابعة: إذا كان الشهود في البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الإشهاد على الصحيح. وقال الغزالي في «الشفعة»: إن المذهب أنه لا يجب.

الثامنة: إذا كان الشهود في البلد ولا تيسر بهم الاجتماع قبل البائع أو الحاكم فلا يجب المضي إليهم جزمًا.

التاسعة: إذا كان الشهود في البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الإشهاد على الأصح ولا يكفي جزمًا.

العاشرة: إذا لم يكن في البلد شيء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ؟ يأتي فيه الوجهان المذكوران في كلام الرافعي في حالة العجز عن الإشهاد، الأصح عدم الوجوب.

فرع: إذا رفع الأمر إلى الحاكم عند غيبة الخصم على ما تقدم فكيف يدعي؟ قال القاضي حسين في «فتاويه»: يدعي شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب، وأنه فسخ البيع ويقيم البينة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي ويحلفه القاضي مع البينة، لأنه قضاء على الغائب، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل، والثمن يبقى دينًا على الغائب فيقضيه القاضي من ماله، فإن لم يجد له سوى المبيع باعه لقضاء دينه، هكذا قاله القاضي ونقله الرافعي عنه.

وقوله في الدعوى: إنه فسخ البيع، إنما ذكره القاضي تفريعًا على رأيه في أنه لا يؤخر الفسخ حتى يحضر إلى الحاكم، بل يفسخ عند الشهود أو وحده، وأما على الأصح أنه لا يجب عليه التلفظ بالفسخ إذا لم يوجد الشهود وحضر عند الحاكم على ذلك فإنه ينشيء الفسخ عنده، وتكون الدعوى التي يقيم البينة عليها بالشراء وقبض الثمن وظهور العيب فقط. وقوله: ينصب مسخرًا. تفريع على رأيه أيضًا في

الاحتياج إليه في الدعاوى. والأصح عند غيره أنه لا يلزم القاضي نصب المسخر وتحليفه بعد البينة على الأصح من المذهب في الدعوى على الغائب. وقيل: يستحب.

وقوله: «يقضيه القاضي من ماله»، يشمل النقد وغيره. وهو في النقد ظاهر وأما غير النقد فيحتمل أن يقال إنه مثل البيع. فيتخير القاضي في بيع ما شاء منهما، ويحتمل أن يقال إنه يتعين بيع المبيع لأنه أقرب إلى مقصود البائع. فإن عجز باع من غيره ليكمله. قال ابن الرفعة: وهو الذي يظهر. وليس كما قال لأنه ليس للبائع غرض في أخذ الثمن من المبيع دون غيره، بل هو وغيره سواء، فينبغي أن يحمل كلام القاضي على ذلك ولا يحمل على ماله سوى المبيع، لأنه لا يتعين في ذلك، والله أعلم.

فرع: فأما إذا رفع إلى القاضي في حال حضور الخصم في البلد على ما تقدم أنه مخير أو كان عند الحاكم في مجلس الاطلاع على العيب، وقد تقدم أن المعتبر حينئذٍ المبادرة إلى الحاكم جزمًا، فالظاهر أنه لا فائدة في ذلك إلا إعلام الحاكم بالفسخ، وطلب غريمه ليدعي عليه وحينئذٍ فالاكتفاء بذلك عند الإشهاد مستمر على الصحيح أن القاضي يقضي بعلمه، أما إذا منعنا من القضاء بالعلم فلا يفيده إخبار الحاكم بذلك وحده، قبل مجيء الغريم، وإذا جاء الغريم لا يمكنه أن يقول: أنه الآن كما اطلع على العيب ليقدم اعترافه عند الحاكم، ولا يقبل قوله في قوله: الفسخ في ذاك الوقت، ولا يمكن الحاكم أن يحكم له به تفريعًا على منع الحكم بالعلم فيقف الحال وهذا يحسن أن يكون مأخذًا لتقديم الإشهاد وأنه لا يرفع إلى الحاكم عند العجز على الإشهاد على ما اقتضاه كلام «الوسيط». لكن ذاك يقتضي تقديمه على النهوض إلى البائع أيضًا، وقد عرف بما ذكرته من علم الحاكم بتقديم علمه بالعيب، وعدم انتفاعه بعلمه بالفسخ، والله أعلم.

فرع: الخصم الذي يرد عليه على وجه التعين أو التخير بينه وبين الحاكم من هو؟ كلام المصنف ساكت عن ذلك، وإطلاق كلام الغزالي والرافعي أنه البائع، وذلك يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون عقد لنفسه أو لغيره.

قال ابن الرفعة: وفي الثانية نظر، إذا قلنا: لا عهدة تتعلق بالوكيل، وعلى كل حال فله الرد على الموكل قلت: والكلام في العهدة معروف في موضعه، فلذلك حسن الإطلاق ههنا محالًا على البيان، ثم وقد صرح الرافعي في آخر هذا الباب بأن له الرد على الوكيل وعلى الوصي، يعني إذا باشر الوصي أو الوكيل العقد وقد مر ذلك فيما إذا أوصى إليه ببيع عبده وشراء جارية بثمنه وإعتاقها ففعل، ثم وجد

المشتري عيبًا بالعبد، قام الوصي ببيع العبد المردود، ويدفع الثمن إلى المشتري.

قال: ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيًا؟ فيه وجهان، أحدهما: وبه قال أبو حنيفة رحمه الله كالوصي ليتم البيع على وجه لا يرد عليه، وأصحهما: لا، لأنه امتثل المأمور، وهذا ملك جديد فيحتاج إلى إذن جديد ويخالف الإيصاء فإنه تولية وتفويض، ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشتري، فإن قلنا: ملك البائع لم يزل، فله بيعه ثانيًا، وإن قلنا: زال وعاد، فهو كالرد بالعبد، ثم إذا باعه الوصي ثانيًا، فإن باعه بأقل من الثمن الأول فالنقصان على الوصي، أو في ذمة الموصي؟ فيه وجهان، أصحهما: الأول، وبه قال ابن الحداد.

وعلى هذا لو مات العبد في يده كما رد غرم جميع الثمن، ولو باعه بأكثر من الثمن الأول لزيادة قيمة أو راغب دفع قدر الثمن للمشتري والباقي للوارث، وإن لم يكن كذلك فقد بان بطلان البيع الأول للعين ويقع عتق الجارية عن الوصي إن اشتراها في الذمة، وإن اشتراها بغير ثمن العبد لم ينفذ الشراء ولا الإعتاق وعليه شراء جارية أخرى وإعتاقها بهذا الثمن على الموصي، هكذا أطلقه الأصحاب ولا بد فيه من تقييد لأن بيعه بالعين وتسليمه عن علمه بالحال، حكاية ينعزل بها، ولا يتمكن من شراء جارية أخرى، هكذا قال الرافعي. قال النووي: الصورة مفروضة فيمن لم يعلم.

وأما قول ابن الرفعة: على كل حال له الرد على الموكل، يوهم أن ذلك بلا خلاف، وليس كذلك بل الخلاف في العهدة فيهما جميعًا، فالصحيح مطالبتهما جميعًا، الوكيل والموكل، وقيل: الوكيل دون الموكل، وقيل: الموكل دون الوكيل والكلام هنا في المردود عليه، فظهر أنه كذلك، وقد ذكره في التحالف وذكروا خلافًا فيه وفي ولي المحجور عليه إذا باشر العقد له، فأما الوكيل فلا شك في اتجاه رد الإتلاف هنا كما قلنا من العهدة.

وأما ولي المحجور ففيه الجزم بالرد عليه، وإلا فكيف الخلاص من رفع الجزم بالرد عليه إلى الظلامة، وكذلك القاضي ونائبه في مال اليتيم.

وأما الوارث فإنه يرد عليه وقد جزم أصحابنا بجريان التحالف معه. وأما الرد بالعيب هنا فقد ذكر الرافعي ما تقدم. وقد ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب «البحر» المسألة أيضًا. وأنه يرد على الوكيل أي جوازًا. وهي من المسائل التي فرعها ابن سريج على «الجامع الصغير» لمحمد بن الحسن. والأصل فيها أن السلعة متى عادت إلى الوكيل بغير اختياره فله ردها على الموكل، ومتى عادت إليه باختياره فلا، فإن ردت عليه بعيب ـ فإن كان بعيب لا يحدث مثله ـ فالوكيل يرده

على الموكل، وإن لم يمكن تقدمه على القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على الموكل، وإن احتمل فإن أقام المشتري بينة على تقدمه رده عليه وله رده على موكله وإن لم يقم بينة فالقول قول الوكيل، فإن حلف سقط الرد وإلا ردت على المشتري، فإن حلف ورد على الوكيل لم يرد على الموكل كما لو صدقه، وقال القاضي الطبري: إن قلنا: رد الثمن بمنزلة البينة له رده على الموكل، قال الروياني: وفيه نظر عندي يعني لأنها لا تتعدى إلى ثالث.

فرع: الإشهاد الواجب أطلقه الرافعي وغيره. وقال الغزالي: يشهد اثنين. قال ابن الرفعة: وذلك على سبيل الاحتياط لأن الواحد مع اليمين كاف، والأمر كما قال.

فرع: تقدم أنه إذا كان الخصم غائبًا من البلد يرفع الأمر إلى مجلس الحكم والغيبة المذكورة لا شك أنه يكفي فيها مسافة القصر، وهل تكفي مسافة العدوى؟ قال ابن الرفعة: يشبه أن يكون فيها الخلاف في الاستعداء وقبول شهادة الفرع، وكتاب القاضي إلى القاضي، والدعاء لأداء الشهادة، قال: وقد يقال: غيبته عن البلد وإن قلت المسافة كالغيبة البعيدة، كما ذكر وجه في بعض الصور السالفة، لأن في تكليف الخروج عنها مشقة لا تليق بما نحن فيه، قال: وهذا ما يفهم كلام الرافعي الجزم به.

قلت: والجزم بذلك هو الظاهر، وإذا كان كلام الرافعي لا يقتضيه إلا بإطلاق الغيبة، فإن جزم الأصحاب فيما تقدم بأن عند حضور الحاكم مجلس الاطلاع تجب المبادرة إليه يبعد معه أن يكون الحاكم حاضرًا في البلد، فيجوز تركه والمضي إلى البائع في دون مسافة القصر أو مسافة العدوى، فينبغي أن يعتبر مطلق الغيبة إلا أن يكون موضع البائع خارج البلد، أو أقرب من موضع الحاكم في البلد، ففيه نظر.

فرع: تقدم من كلام الرافعي أنه مخير بين البائع والحاكم، وهذا بإطلاقه يقتضي أنه يجد أحدهما ويعدل عنه إلى الآخر، لا سيما قول الرافعي: أنه إن ترك البائع ورفع إلى الحاكم فهو زيادة تأكيد، فإنه دل على هذا المعنى لكن هذا يرده تصريحهم: متى كان الحاكم في مجلس الاطلاع لا يجوز التأخر للبائع وبالعكس، فيتعين حمل هذه العبارة على ما سوى هذه الصورة، وأنه إنما يجوز له الذهاب إلى الآخر إذا لم يتفق له لقاء الآخر قبله، ثم بعد ذلك قد يكون موضع الحاكم والبائع متساويين في القرب والبعد، فظهر التخير، وقد يكون أحدهما أقرب من غير أن يمر به بأن يكونا في جهتين، فهل نوجب المضي إلى الأقرب منهما أو يكون التخيير مستمرًا؟ إطلاق كلامهم يدل على الثاني وهذا الفرع هو الذي وعدت به. ولأجل ما

فيه قلت فيما تقدم: أنه إذا مر في طريقه بأحدهما لا يعذر في مجاوزته إلى الآخر.

فرع: وروى محمد بن سيرين قال: ابتاع عبد الرحمٰن بن عوف جارية فقيل له: إن لها زوجًا، فأرسل إلى زوجها فقال له: طلقها فأبى فجعل له مائتين فأبى، فجعل له خمسمائة فأبى، فأرسل إلى مولاها أنه قد أبى أن يطلق، فاقبلوا جاريتكم، تمسك بعض الناس بهذا الأثر، والمدعي أنه لا مخالف له من الصحابة وهو محتمل لأنه يكون عبد الرحمٰن لا يرى الخيار على الفور، أو أنه لا يبطل بمثل هذا التأخير، وليس في الأثر أنه رد جبرًا، فيحتمل أن مالكها رضي بردها، وإن سقط بالتأخير فيكون إقالة، وكل منهما مخالف للمذهب.

فرع: محل الذي تقدم من وجوب الفور في شراء الأعيان، أما الموصوف المقبوض إذا وجد معيبًا، فإن قلنا إنه يملكه بالرضا فلا شك أن الرد ليس على الفور وإن قلنا يملك بالقبض فيجوز أن يقال على الفور والأوجه المنع، لأنه ليس معقودًا عليه، قاله الإمام ونقله الرافعي عنه في باب الكتابة، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق، أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد، لأنه لم يرض بالعيب، ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقي، وذلك حق له إلى أن يرد فلم يمنع الرد.

الشرح: الانتفاع بالمبيع قبل العلم بالعيب إن لزم منه تأخير أو دفع في زمن لو سكت فيه أبطل خياره فلا شك في بطلان الرد لما تقدم في اشتراط المبادرة فينبغي أن يستحضر أن جميع ما ذكره هنا المراد منه أن يكون مع المبادرة في مدة طلب الخصم والقاضي، وحينئذٍ أقول: هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله في الركوب والعلف والسقي نقل الشيخ أبو حامد والمحاملي في «التجريد» أن ابن سريج فرعه في جملة مسائل في الرد بالعيب على «الجامع الصغير» لمحمد بن الحسن وذكره هكذا كما ذكره المصنف رحمه الله حكمًا وتعليلًا، وقال: إن الذي يمنع من الرد أحد أمرين: حدوث نقص بالمبيع، أو ترك الرد مع القدرة عليه، ولم أر هذه المسألة في «تعليق أبي الطيب»، وذلك مما قد يرجح أن «المهذب» من «تعليق أبي حامد».

وممن وافق المصنف على هذا الحكم ابن الصباغ في «الشامل»، والجرجاني في «الشافي» واختاره الروياني في «الحلية». وقال ابن الصباغ: قال أصحابنا: كذلك إذا حلبها في طريقه لأن اللبن له، فإذا استوفاه في حال الرد جاز كمنافعها، وهذا تصريح بجواز استيفاء المنافع في حال الرد بالنقل عن الأصحاب، وممن وافق على نقل ذلك من الأصحاب الروياني في «البحر»، ونقل عن والده أنه قال على

قياس هذا: لو كانت ثيبًا فوطئها وهو حامل لها ينبغي أن لا يبطل حق الرد، ومراده بأنه حامل لها حتى لا يحصل بالوطء تأخير، فلو فرض ذلك في وقت لا يمكن المسير فيه كالليل، فالظاهر أنه يضطر وذلك فيه ولذلك أطلق الرافعي الحكاية عنه أنه يجوز وطء الثيب، وصرح الجرجاني مع موافقته المصنف بأنه لا يجوز وطء الجارية، ولا لبس الثوب، وهذا هو الصحيح لأن ذلك يدل على الرضا.

وأفهم كلام صاحب «الشامل» أن المبطل للرد الاشتغال بما يدل على الرضا، وهذا الذي قاله المصنف وابن الصباغ والروياني. وما اقتضاه كلامهم من جواز كل الانتفاعات نقل الرافعي عن الروياني خاصة. وذهب هو وكثير من الأصحاب الذين وقفت على كلامهم إلى خلافه، وها أنا أذكر ما ذكروه، فأقول: الذي قاله ابن القاص في «التلخيص» و«المفتاح» والماوردي والفوراني والقاضي حسين والمتولي والإمام والغزالي والبغوي وأبو الحسن بن خيران في «اللطيف» والخوارزمي في «الكافي» والرافعي والنووي أنه يشترط في الرد بالعيب المبادرة إليه أن لا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه، فإن استعمله وكان رقيقًا واستخدمه، أو دارا فسكنها بطل حقه من الرد والأرش معًا، لأن الاستعمال ينافي الرد.

واختلفوا فيما إذا كان يسيرًا جرت العادة بمثله في غير ملكه، كقوله: اسقني أو ناولني الثوب أو أغلق الباب، ففي هذا وما جرى مجراه وجه جزم به الماوردي والروياني في «البحر» أنه لا أثر له، ونقله الرافعي عن غير الماوردي أيضًا، والذي قاله القاضي حسين والإمام وقاله الرافعي: أن الأشهر أنه لا فرق، وتابعه النووي في «الروضة» وقال: إنه الأصح الأشهر.

ونقل عن القفال في «شرح التلخيص» أنه لو جاءه العبد بكوز ماء فأخذ الكوز منه لم يضر، لأن وضع الكوز في يده كوضعه على الأرض، فإن شرب ورد الكوز إليه فهو استعمال، أما إذا كانت دابة فركبها فإن ركبها لا للرد بطل حقه وإن ركبها للرد أو السقي ـ فإن كانت جموحًا يعسر سوقها وقودها ـ فهو معذور في الركوب، وإن لم تكن جموحًا، ولكنه ركبها في الطريق وهي مسألة الكتاب ففيه وجهان، أصحهما: على ما ذكره الرافعي والنووي البطلان، لأنه انتفاع لم تجر العادة به في غير ملكه إلا بإذن المالك.

والثاني: وهو ما قطع به في الكتاب، ونسبه الماوردي إلى ابن سريج، وصححه ابن أبي عصرون، واختاره الروياني في «الحلية» لا يسقط حقه، ويستدل له الماوردي وغيره بأن الركوب عجل له في الرد وأصلح للدابة من القود. قال ولكن: لو كان ثوبًا فلبسه ليرده لم يجز، وكان هذا اللبس مانعًا من الرد، لأن العادة لم تجر به، ولأن لا مصلحة للثوب في لبسه، وجعل الرافعي هذه المسألة دليلًا على الأصح

عنده في مسألة الركوب، ولكن ما ذكره الماوردي من اعتبار العادة والمصلحة فارق، ولو كان لابسًا للثوب فاطلع على عيبه في الطريق فتوجه ليرده لم ينزع فهو معذور، لأن نزع الثوب في الطريق لا يعتاد، قاله الماوردي ونقله الرافعي عنه.

ولو ركب الدابة للانتفاع فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب، وإن توجه للرد على ما هو الأصح عند الرافعي، ولو كان حمل عليها سرجًا أو إكافًا ثم اطلع على العيب فتركهما عليها بطل حقه، لأنه استعمال وانتفاع. قاله الرافعي تبعًا لصاحب «التلخيص». قال الرافعي: ولولا ذلك لاحتاج إلى حمل أو تحميل، أي فتركهما يوفر عليه كلفة الحمل والتحمل فهي انتفاع فيمنع منه.

قال ابن الرفعة: ويشبه أن يكون هذا إذا لم يحصل بنزعه ضرر بالدابة، فإذا حصل أو خيف منه كما إذا كانت عرقت وخيف من نزعه أن تهوي فلا يكون نزعه في هذه الحالة تقصيرًا، إذ هو يعيبها فيكون مانعًا من الرد.

قلت: وهو كذلك، بل يجف بنفسه في هذه الحالة كالنعل إلى أن يجف العرق ويكون نزعه من مصلحتها. قال الرافعي: ويعذر بترك العذار واللجام لأنهما خفيفان لا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعًا، ولأن القعود يعسر دونهما، وهذا المعنى يقتضي جواز تعليقهما ابتداء في مدة طلب الخصم وهو كذلك ولو أنعلها في الطريق قال أبو حامد: إن كانت تمشي بلا نعل بطل حقه وإلا فلا، ولو كان أنعلها ثم اطلع على عيب فنزعه بطل خياره. قاله صاحب «التلخيص» تخريجًا وعلله البغوي. لأن نزعه يعيب الدابة بالنقب الذي يبقى. قال: فإن كانت النقبة موجودة عند البائع فأنعلها المشتري فالنزع لا يبطل حقه من الرد. فتلخص من هذا أن اللجام والعذار والرسن يجوز تركه ونزعه. والنعل لا يجوز نزعه إلا في الصورة التي استثناها البغوي فكاللجام يجوز تركه ونزعه والإكاف لا يجوز تركه، فهذا ما ذكره هؤلاء الأئمة رحمهم الله.

ونقل صاحب «التتمة» عن أبي حنيفة جواز الاستخدام ورد عليه. ونقل القاضي حسين وغيره أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ نص على أنه لو كانت دابة فركبها بطل حق الفسخ، وقال أبو العباس: إنما أراد به إذا ركبها استعمالًا، فإذا ركبها ليسقيها ويردها على المالك أو كانت جموحًا لا تسير بنفسها لم يبطل حقه من الفسخ. وإن كانت ذلولًا لا تحتاج في سيرها إلى الركوب بطل حقه من الفسخ، كما لو قصد به الانتفاع بركوبها. وهذا النقل عن الشافعي بإطلاقه، وعن ابن سريج بتفصيله مخالف ما ذكر المصنف رحمه الله من جواز الركوب وهو مخالف لما نقله الماوردي عن ابن سريج فيما تقدم.

قال ابن الرفعة: ولعل عنه وجهين، أو أن هذا من تأويله للنص، فيكون مذهبًا للشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ عنده، ذاك من تخريجه فيما ذكره المصنف حينئذٍ، وجزم مخالف لما قاله هؤلاء الأئمة، ومخالف لما نسبوه إلى نص الشافعي، ولولا هذا النص الذي نقلوه لكنت أرجح ما ذكره المصنف لموافقة ابن الصباغ والجرجاني لا سيما نقل ابن الصباغ عن الأصحاب واستدلوا له بأنها لو ولدت في هذه الحالة كان الولد للمشتري لبقاء ملكه، ولعل طريقة العراقيين كما قاله المصنف، فإن القائلين بخلافه أكثرهم من الخراسانيين، وأصلهم القاضي حسين والفوراني، ولم أر من وافقهم من غيرهم إلا صاحب «التلخيص» فيه، وفي «المفتاح» وابن خيران الأخير. على أن أبا الخير بن جماعة المقدسي شارح «المفتاح» ذكر فيه أن ركوب الدابة في الطريق لا يبطل حقه كما ذكره المصنف.

وبالجملة فالمعول عليه في ذلك كما قاله الإمام والغزالي العرف. فينبغي أن لا يحكم على شيء من الاستعمالات بقطع الخيار إلا إذا دل دلالة ظاهرة على الرضا، كالوطء ولبس الثوب والقرض على البيع وشبهه، أما ما لا يدل عليه أو يتردد فيه فينبغي أن تستلزم معه أصل الخيار، ولا نحكم بالرضا بغير ما يدل عليه، فإن خيار الرد ثبت قطعًا، والمبادرة حصلت، والذي قارنها من الاستعمالات لا يدل على الرضا، لأن فرض المسألة كذلك فالحكم بالرضا إذ ذاك يكون حكمًا بغير دليل وهذا كله إذا قلنا لا يجب التلفظ بالفسخ حالة الاطلاع على العيب، أما إذا أوجبناه لا تأتي المسألة لأنه إن تلفظ به لم يجز الاستعمال بعد ذلك بخروجه عن ملكه، وإن لم يتلفظ به بطل الرد بالتأخير.

ولما كان القاضي حسين يرى وجوب المبادرة إلى التلفظ بالفسخ لا جرم هو من القائلين بأن الاستعمال والاستخدام يبطل الرد، والمبطل عنده في الحقيقة هو التأخير، لا خصوص الاستعمال، فيجب التنبيه لذلك، فإن القاضي حسين رأس الخراسانيين، وقال ذلك على رأيه، والصحيح خلافه، وأن التلفظ بالفسخ غير واجب والملك للمشتري باق في زمن الرد، فلا وجه لمنعه من تصرف لا يدل على الرضا. وهذا كله في مسألة الركوب ونحوها والقائلون بأن الركوب مبطل يقولون: إنه لو كان راكبًا فاطلع على العيب ينزل على الفور، فلو استدام بطل حقه لأن استدامة الركوب ركوب. أما العلف والسقي فلا يضر. هكذا جزموا به ولا أظنه يجيء فيه خلاف، لأن ذلك مصلحة خالصة للدابة، لكن تعليل المصنف بأن ذلك حق له إلى أن يردها يقتضي التفرقة بين ذلك وبين الركوب.

وأما مسألة الحلب فكذلك جزموا بها، ونسبها بعض المصنفين إلى بعض

الأصحاب وينبغي التفصيل، فإن كان ترك الحلب يضر بها لكثرة اللبن في ضرعها فلا يجيء فيه خلاف كالعلف والسقي، فإن لم يكن كذلك فهو كالركوب للانتفاع، فعلى ما ذكره المصنف ومن وافقه يجوز، وعلى ما صححه الرافعي والجمهور يمتنع، ونسب الروياني في «البحر» جواز الحلب إلى أصحابنا، وقيده بأن تكون سائرة فلو وقفها للحلب بطل الرد.

فرع: إذا كان في رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشتري، قاله صاحب «التتمة» وغيره. قال: لأن البيع مضمون في يده، والمال إذا كان مضمون العين كان مضمون الرد، قلت: وهذا ظاهر إذا لم يتلفظ بالفسخ. أما إذا تلفظ به حيث أمرناه، إما إذا قدر على الشهود على الصحيح وإما وحده على رأي القاضي حسين وبالفسخ خرج عن ملكه، وقد صرح الرافعي بأن مؤنة الرد بعد الفسخ على المشتري. وصرح هو والمتولي بأنه لو هلك في يده ضمنه. وقد يقال: ينبغي أن يكون حكمه حكم الأمانات الشرعية والعين المستأجرة بعد انقضاء المدة، فيجب عليه الرد، لكن ليست العين مضمونة عليه. وحكم المؤنة في زمن الرد حكمها في العين المستأجرة بعد انقضاء المدة، لكن الجواب عن هذا أن أصل هذه اليد الضمان. فيستصحب حكمها كالعارية المؤقتة إذا انقضت بخلاف العين المستأجرة، فإنها كانت أمانه، وقد ذكر القاضي حسين في «فتاويه» جملة من هذه المسائل.

منها: إذا فسخ البيع بالعيب أو بخيار الشرط أو الإفلاس، فمؤنة الرد على المشتري ومؤنة رد المرهون على الراهن، والقيم إذا ظهرت خيانته أو عزل والمال في يده فمؤنة الرد إذا صار مضمونًا على القيم، وإذا أراد الرد بعد بلوغ الصبي فعلى الصبي ويرد مسلم الموصي إلى الموصى له على الموصى له ومؤنة رد العين المستأجرة بعد المدة على المالك يعني على خلاف فيه، فالصداق إلى الزوج إذا طلق قبل الدخول أو ارتدت أو فسخ النكاح على الزوج، لأنه أمانة في يدها، هكذا قال القاضي، وهو طريق المراوزة وطريق العراقيين، وهي الأصح أنه مضمون عليها.

ومنها أيضًا مسألة ابتدأ بها القاضي هذه المسائل. وهي إذا سلم العبد الجاني، واحتيج إلى بيع رقبته في أرش جنايته، فمؤنة البيع من أجرة الدلال وغيره على من أجاب، يحاص من ثمن العبد الجاني للمجني عليه قدر أرش الجناية، قلت: فلو كانت الجناية تستغرق ثمن العبد فلم يتعرض القاضي لها، وقد رأيت في «شرح المهذب» لأبي إسحاق العراقي فيما إذا كسر ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره قال: إذا احتاج في رده إلى مؤنة.

فإن قلنا: ليس للمشتري الرد ويرجع بالأرش كانت مؤنة رده عليه لأنه ملكه، وإن قلنا: له الرد كانت مؤنته على البائع لأنه عاد إلى ملكه. وهذا كلام عجب، ولا أدري من أين له؟ والصواب ما تقدم.

فرع: اشترى عبدًا فوجد به عيبًا ففصده وقال: ظننت أني لو فصدته أو حجمته زال عنه ذلك العيب ففصده فلم يزل، قال القاضي حسين في «الفتاوى»: يبطل حقه من الرد لأن فصده رضا منه بالعيب، فإن أراد التخلص من ظلامته يفسخ أولًا ثم يفصد، فإن هلك فهو من ضمان المشتري بالقيمة.

قلت: وفي جواز فصده بعد الفسخ ـ وهو ليس بملكه ـ إشكال، قال «جامع الفتاوى»: إنه على هذا عندي إذا فسخ بين يدي البائع، أو فسخ واشتغل بطلبه أما إذا فسخ في غيبته والتواني في رده بطل حقه. قال: وهو مشكل. قلت: الإشكال الذي ذكرته في جواز الفصد باق. وزاد في هذا الكلام إشكالًا آخر وهو أنه بعد الفسخ يبطل حقه بالتواني. والظاهر أنه بعد الفسخ ينتقل الملك عنه ولا يبقى إلا المنازعة. فإن صدقه البائع أو كانت بينة فلا يضره التواني. وإنما تعتبر المبادرة عند من يرى التلفظ بالفسخ على الفور لأجل إنكار المشتري فليتأمل كل من الكلامين فإنه مشكل، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولو أن يرد بغير رضا البائع، ومن غير حضوره، لأنه رفع عقد جعل إليه فلا يعتبر فيه رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق.

الشرح: الكلام المتقدم فيما يحصل به المبادرة، وأما الفسخ فإنه يجوز للمشتري ولو في حضور البائع، وفي غيبته مع رضاه، ومع عدمه، ولا يفتقر إليه ولا إلى الحاكم، وسواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده، وقال أبو حنيفة: إن كان قبل القبض فيجوز أن يفسخه بحضرة البائع، ولا يجوز في غيبته، وإن كان بعد القبض فلا يجوز إلا بحضوره ورضاه أو بحكم الحاكم، وهكذا قال أبو حنيفة في خيار الشرط: إنه لا يجوز لأحدهما الفسخ إلا بحضرة صاحبه، لكنه لم يشترط هناك رضاه، فالمسائل ثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله، خيار الشرط يشترط فيه الحضور لا الرضا، والرد بالعيب مثل القبض، كذلك يشترط فيه الحضور لا الرضا، وبعد القبض يشترط فيه الرضا أو حكم الحاكم.

ودليلنا في خيار الشرط إطلاق حديث حبان بن منقذ، وفي خيار العيب قبل القبض، قال القاضي أبو الطيب: النكتة فيها أن من لا يعتبر رضاه في رفع العقد لا يعتبر حضوره كالمرأة في الطلاق، وأما بعد القبض فلأنه رد مستحق بالعيب فلا يعتبر فيه رضا البائع كما قبل القبض، وقول المصنف رحمه الله: لا يعتبر فيه رضا صاحبه إشارة إلى ما بعد القبض.

وقوله: ولا حضوره إشارة إلى ما قبل القبض تنبيهًا على محل الخلاف في الموضعين، وقد قابل في النكت لفظ الرفع بالقطع، وهو أحسن من جهة أن الطلاق قاطع لا رافع، وما ذكره هنا أحسن من جهة أن الخصم لا يسلم إليه أن الرد قطع، بل هو رفع لا سيما على قوله وقول عندنا أنه يرفع للعقد من أصله، وقاس في النكت على الموصى له أيضًا.

وقوله: جعل إليه احترازًا من الإقالة فإنها إليهما لا ينفرد بها أحدهما، ولا يرد اللعان حيث يعتبر فيه حضور المرأة رضا للقاضي مع أن الفرقة تترتب على لعان الزوج وحده، وهي فرقة فسخ عندنا، لأن الفرقة حكم شرعي رتبه الشرع على لعانه بغير اختياره، فلا يندرج في قوله رفع، لأن الرافع الشرع لا هو، وفي الرد بالعيب هو الفاسخ باختياره وقصده الرفع، واستدل أصحابنا أيضًا بالقياس على الرجعة والوديعة فإنها تنفسخ في غيبة المودع حتى إذا علم به وجب عليه الرد، وإن كان لا يضمن حتى يتمكن ويجب عليه طلب صاحبها ليسلمها إليه أو الحاكم، فإن لم يفعل وهلكت في يده ضمنها.

واعلم: أن قول المصنف: جعل إليه ظاهر فيما قبل القبض، لأن أبا حنيفة رضي الله عنه لا يشترط فيه رضا البائع، وأما بعد القبض فقد يقال: إنه باشتراط رضاه يمنع أن الرفع حينئذٍ جعل للمشتري ليوقفه على رضا البائع، وهذا مندفع عن المصنف، لأنه يعني بقوله: جعل إليه أنه صادر منه وحده، بخلاف الإقالة الصادرة منهما، ومع ذلك يصح الاحتراز، وإن اشترط الخصم فيه شرطًا آخر واستدل الحنفية بأنه رفع عقد بعيب فلا ينفرد به كالرد بالعنة، وأجاب أصحابنا بأن ذلك يفتقر إلى إقرار الزوج وبالعجز، وإلى حكم الحاكم لأنه يختلف فيه بخلاف هذا، ووافقنا أبو حنيفة فيما إذا كان خيار الشرط لأحدهما على جواز انفراده بالفسخ، وإنما خالف فيما إذا كان الخيار لهما هكذا نقله القاضي حسين، وعلى هذا يلزمه، فإن الرد بالعيب ثابت لأحدهما، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن اشترى ثوبًا بجارية فوجد بالثوب عيبًا فوطىء الجارية ففيه وجهان، أحدهما: أنه ينفسخ البيع كما ينفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطء. والثاني: لا ينفسخ، لأن الملك قد استقر للمشتري، فلا يجوز فسخه إلا بالقول.

الشرح: هذه المسألة ذكرها القاضي أبو الطيب في باب خيار المتبايعين، وبنى الوجهين فيها على «الوجيز» في مسألة ذكرها هو والشيخ أبو حامد، وهي ما إذا اشترى جارية بثمن ثم أفلس، وثبت للبائع حق الفسخ فيها فوطئها، هل يكون فسخًا؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم كالوطء في زمان الخيار، فإنه إذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان فسخًا على الصحيح المنصوص، الذي قاله المحاملي في «التجريد» أنه لا خلاف فيه. وقال القاضي أبو الطيب: على جميع الأقاويل والجامع بينهما أنه رد للملك، وفسخ للبيع، والملك يحصل بالقول والفعل ولا فرق في الوطء في زمان الخيار بين خيار المجلس وخيار الشرط، وإنما قيد المصنف بخيار الشرط لأنه في مدة خيار المجلس.

قد يقال: إن تحريم العقد باق، والعقد أضعف، وذلك أيعين رأس المال؟ والغرض في الصرف في خيار المجلس كالمعين في العقد ولأجله؟ قال بعض الأصحاب إن الحط والزيادة يلحقان في المجلس دون خيار الشرط، وإن كان الأصح اللحوق فيهما فإذا كان الانفساخ بالوطء في خيار الشرط ففي المجلس أولى فلذلك خصه المصنف بالذكر لأنه أقرب إلى خيار الرد الطارىء بعد تحريم العقد لكن لك أن تقول: إن هذا القياس إنما يتم عند القائلين بأن الملك في زمان الخيار للمشتري، وهو الصحيح عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والإمام أما إذا قلنا بأن الخيار للبائع أو موقوف، فيظهر الفرق بينه وبين المبيع المعيب فإنه ملك المشتري.

والوجه الثاني: لا ينفسخ بالوطء والفرق بينه وبين المبيع في زمان الخيار ـ حيث نقول ينفسخ بالوطء وإن انتقل للمشتري ـ أن الملك في زمان الخيار ضعيف والملك في المعيب قد استقر بدليل أنه يجوز له التصرف فيه فكان أقوى من الملك في زمان الخيار، فلذلك يشترط فيه القول، وهذا معنى ما ذكره المصنف وههنا أمور:

أحدها: أن هذا إنما يحتاج إليه إذا قلنا بالملك في زمن الخيار للمشتري، وقد تقدم التنبيه على ذلك.

الثاني: ما الأصح من هذين الوجهين؟ فاعلم أن الشافعي رحمه الله القائل بأن الأشبه أن من كان الخيار له فالملك له، وإن كان لهما فموقوف يقتضي أن نقول هنا بأن الأصح الوجه الثاني عدم الانفساخ، لأن القياس على زمان الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع لا يحسن لأن الملك عنده لم يحكم بزواله، فلم يشبه المعيب. وإذا كان الخيار للمشتري وحده لا يمكن القول بأن وطء البائع فسخ، فإنه إذا لم يملك الفسخ بالقول فعدم ملكه بالفعل أولى، فعلى مقتضى كلام الرافعي ينبغي أن يكون الأصح هنا عدم الانفساخ وعلى ما صححه الشيخ أبو حامد وموافقوه من انتقال الملك بنفس العقد فقد ظهر الفرق بما ذكره المصنف رحمه الله، فليكن الأصح أيضًا عدم الانفساخ.

الثالث: قول المصنف الملك قد استقر للمشتري، والمشتري في كلامه مشتري الثوب، فيكون المعنى أن ملك الثوب قد استقر له، فلا يجوز فسخه بوطء الجارية التي هي ثمن عنه، وكذلك يقتضيه كلام القاضي أبي الطيب. لكنه قال في مسألة الفلس التي بنى عليها لأن ملك المشتري قد استقر على الجارية، وهذا يناسب أن يقول هنا: لأن البائع استقر على الجارية، لأن الراجع في الفلس هو البائع والراجع في العيب هو المشتري، ولا شك أن تملك كل من البائع والمشتري مستقر وكل من المأخذين صحيح. ويظهر أن يقال إن مشتري الثوب إذا اطلع على عيبه فحقه في رده وفسخ البيع فيه، ويترتب على ذلك انفساخه في مقابله، فالذي يرد عليه الفسخ هو الثوب لا الجارية، وكان التعليل باستقرار الملك فيه أولى، وبذلك يظهر افتراق هذه مع المبيع في زمان الخيار، وفي هذا المأخذ أيضًا، لأن الفسخ هناك وارد على الجارية الموطوءة بغير واسطة، وههنا بواسطة رد الثوب.

الرابع: أن الوطء حرام على المذهب، وإن قلنا يحصل به الفسخ.

الخامس: قال أبو علي الفارقي في هذا: أنا قصدنا بالوطء الفسخ ولا يجب عليه المهر، لأنه وطىء في ملكه، فإن لم يقصد به الفسخ لم يكن فسخًا، قولًا واحدًا، ويجب المهر ولا حد عليه، ونظير ذلك وطء الوالد الجارية المرهونة، وإن وطئها بقصد الاسترجاع فعلى الوجهين، وإن لم يقصد كان الوطء محرمًا ويلزمه المهر ولا حد للشبهة.

السادس: في جملة من نظائر هذه المسألة مما يجعل الفعل فيه كالقول في مسألة الجارية المرهونة، وقد تقدمت، ومنها التقليد والإشعار هل يجعل كقوله جعلته هديًا؟ فيه خلاف، ومنها لو لبد المحرم رأسه وعقصه، وهذا لا يفعله إلا العازم على الحلق، فهل يتنزل الحلق؟ على قولين «الجديد» لا، وأما المعاطاة ونحوهما فذلك لقرينة، لا للفعل. وإن كان قريبًا من هذه المسائل أيضًا.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن زال العيب قبل الرد ففيه وجهان بناء على القولين في الأمة إذا أعتقت تحت عبد، ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ، أحدهما: يسقط الخيار، لأن الخيار ثبت لدفع الضرر. وقد زال الضرر، والثاني: لا يسقط، لأن الخيار ثبت بوجود العيب. فلا يسقط من غير رضاه.

الشرح: الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الأصحاب. والرافعي حكاهما أيضًا في باب التصرية كما تقدم عند استمرار لبن المصراة على كثرته، ولكنه في هذا المكان جزم بسقوط الخيار تبعًا لصاحب «التهذيب»، وقال: إنه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حقه من الرد، وهما طريقان في المذهب حكاهما القاضي حسين.

إحداهما: حكاية الوجهين بناء على القولين، والثانية: القطع بسقوط الخيار قال: وهذا [هو] المذهب. والفرق بينه وبين خيار العتق على أحد القولين، إن خيار العتق لا يبطل بالتأخير على قول، فلم يبطل بارتفاع السبب المثبت له، بخلاف خيار العيب، فلما اختلف الخياران في الأصل اختلفا في الصفة والبقاء بعد ارتفاع السبب.

وقال ابن الرفعة: إن هذا الفرق لا غناء فيه والأمر كما قال. وبالجملة الصحيح السقوط وكذلك هو الصحيح من القولين في الأمة. ويحتمل أن يقال بعدم السقوط هنا وإن قيل في الأمة: لأن خيارها مقيد بما ينالها من الضرر بالإقامة يجب الفرق وقد زالت العلة وخيار المشتري معلل بغير البائع له، وأنه بذل ذلك الثمن في مقابلة ما ظنه سليمًا وأخلف، وزال العيب في يد المشتري [وهي] معه حاصلة له ولكني لم أر من قال بهذه الطريقة. والإمام في كتاب النكاح ضعف الوجه في المسألتين جدًا، وصحح السقوط في المسألتين. وقال: إن الخلاف فيهما يبتني على قاعدة ذكرها في الشفعة أن الشفيع إذا لم يشعر بها حتى باع ملكه الذي استحق الشفعة به وإنما ذكر الإمام هذا لأنه حكى الخلاف في الشفعة قولين، والأكثرون حكوهما وجهين، فالوجه أن تكون مسألة العيب ومسألة الشفعة كلتاهما مبنيين على مسألة الأمة.

والأصح في المسائل الثلاث السقوط. ومسألة الشفعة وخيار الأمة من واد واحد، وبينهما وبين مسألة العيب ما ذكرته في الاحتمال المتقدم الذي لم يذكره أحد من الأصحاب فيما علمت، وإن كان المعنى الملاحظ فيه موجودًا في كلامهم، وأكثر المصنفين يحكون الخلاف في مسألة الكتاب وجهين إلا صاحب «البحر» فإنه قال: لو زال العيب سقط الرد، وقيل: فيه قولان منصوصان. وكلام المصنف بإطلاقه يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون زوال العيب قبل العلم به أو بعد العلم به وقبل الرد بأن يكون في مدة طلب الخصم والقاضي، والأمر كذلك بلا نزاع، وبه صرح الأصحاب، ويقتضي أنه لا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده. وقد يقال: الزائد قبل القبض أولى بالسقوط من الزائد بعده، وكلام أبي سعيد الهروي في «الإشراف» جازم بأنه لا يرد، لكنه أطلق فيما يوجد في يد البائع، ولم ينص على أنه بعد البيع وقد صرح الإمام بجريان الخلاف فيه، فبقي كلام المصنف رحمه الله على إطلاقه. ذكر الإمام ذلك في كتاب التفليس.

فرع: اشترى جارية سمينة فهزلت قبل القبض، ثم سمنت فردها، هل للمشتري الفسخ؟ فيه وجهان بناء على ما لو غصب شاة سمينة فهزلت ثم سمنت ثم ردها، هل يجب ضمان الثمن الأول أو يتخير بالثاني؟ «إن قلنا»: يتخير ولا يفسخ

وإلا فله الفسخ، قاله صاحب «التهذيب» وذلك بناء منه على الطريقة القاطعة بأن زوال العيب يمنع من الرد. أما على الوجه من الطريقة الأخرى فإنه ينفسخ، ولو قلنا: يتخير فيكون الترتيب هكذا إن قلنا: لا ينجبر الثمن الأول بالثاني فسخ، وإلا فوجهان «أصحهما» لا.

فرع: لو زال العيب القديم قبل العلم به، ولكن حدث عيب مانع من الرد فعلى الأصح لا أرش، وعلى الوجه الآخر ينبغي أن يثبت له الأرش عن العيب القديم، وإليه صار ابن الرفعة، وجزم الرافعي بعدم الأرش. وذلك مستمر على جزمه في هذا الباب بسقوط الخيار. أما على طريقة الوجهين فيتعين جريانهما هنا وسيأتي إن شاء الله الكلام في زوال العيب القديم بعد أخذ أرشه في آخر الفصل الثاني لهذا.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن قال البائع: أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضًا فيها حجارة مدفونة، يضر تركها بالأرض، فقال البائع: أنا أقلع لك ذلك في مدة لا أجرة لمثلها سقط حق المشتري من الرد، لأن ضرر العيب يزول من غير إضرار.

الشرح: صورة المسألة أن يضر تركها، ولا يضر قلعها، وقد تقدم الكلام فيها في باب بيع الأصول والثمار، وظاهر كلام المصنف هنا أن الخيار ثبت، ويسقط بقول البائع ذلك، والذي تقدم هناك وذكره الرافعي وغيره أنه يؤمر البائع بالقلع والنقل ولا خيار للمشتري، والصواب ما قاله المصنف رحمه الله هنا وأنه يثبت الخيار ثم يسقط. وكلامهم هنا محمول على هذا، ألا ترى أن الرافعي وغيره قاسوا ذلك على ما لو اشترى دارًا يلحق بسقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال، أو كانت منسدة البالوعة فقال البائع: أنا أصلحه وأبيعها لا خيار للمشتري فهذا الكلام ناطق بأن عدم الخيار مرتب على قول البائع، ويظهر أثر هذا فيما لو بادر المشتري وفسخ قبل أن يقول البائع ذلك، فعلى ما قلته ينفذ فسخه ولا عبرة بقول البائع بعد ذلك، وإطلاق المصنف والرافعي وغيرهما أيضًا السقوط بقول البائع: أنا أقلع. ينبغي أن يكون محمولًا على ما إذا قلع. أما إذا اقتصر على القول فسقوط الخيار به غير متجه لبقاء العيب.

والعبارة المحررة ما ذكروه في كتاب الإجارة ويقتضيه كلام الإمام هنا أيضًا أن الخيار ثابت إلا إذا بادر المكتري إلى الإصلاح. هذا إذا كان اشتمال الأرض على الحجارة المذكورة منقصًا لها، وهو ما يقتضيه ذكرهم لذلك في العيوب، فإن فرض أن الحجارة المذكورة لقرب زمان نقلها لا يعد اشتمال الأرض عليها عيبًا صح إطلاقه أنه لا خيار ويلزم البائع بنقلها، ولكن ذلك خلاف المفروض وأيضًا لا يبقى حينئذٍ بقول البائع: أنا أقلع أثر، لأنه يلزم به ولا خيار للمشتري قبله ولا بعده.

فالصواب ما يوافق عباراتهم في الإجارة، فإن الخيار ثابت إلا إذا بادر البائع إلى القلع في مدة لا أجرة لمثلها. وحينئذٍ تكون العلة أن ضرر العيب زال.

وأما تعليل المصنف بأنه يزول فيناسب عدم ثبوت الخيار أصلًا، وهو لم يقل به، ولا ينحى عن ذلك إلا أن يقال: إن بقاء الأحجار مع امتناع البائع من قلعها عيب، وبدون امتناعه ليس بعيب وهو بعيد، إذ يقال: إن إشغال الأرض بالحجارة مانع من كمال صفة القبض فيها كما تقدم. وذلك عن بعض الأصحاب، فامتناع الحجارة مع امتناع البائع من قلعها كالعيب الحادث قبل القبض. ولم يذهب أحد هنا إلى ثبوت الخيار مع مبادرة البائع إلى القلع أخذًا من أن وجود الأحجار في الأرض عيب، وزوالها بقول البائع أو بفعله كزوال العيب قبل الرد، وفيه وجه كما تقدم. وكأن الفرق ضعف الخيار ههنا، لكون البائع مسلطًا على إسقاطه، أو لأنه زال قبل كمال القبض، وليس كالعيب الزائل بعد القبض، أو لأن هذا الزوال بفعل البائع ففيه استدراك للظلامة، بخلاف الزوال بنفسه.

وبعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معن أورده على المصنف رحمه الله وزعم أنه تناقض بين ما ذكره هنا وفي الإجارة من سقوط الخيار، وبين ما تقدم من حكايته الوجهين في زوال العيب قبل الرد، وادعى الأولوية في طرد الوجهين هنا، وكذلك ابن الردى قال: أرى أن تكون المسألة الثانية كالمسألة الأولى على وجهين، بل أولى لأنه إذا كان بعد رد العيب وجهان، فمع بقائه أولى. وما ذكرته جواب عنه، وليس المصنف مختصًا بذلك.

وقوله: «لا أجرة لمثلها»، قيد لا بد منه ليتحقق عدم الإضرار، ولو كانت الحجارة يضر قلعها، أو قلعها وتركها، فقد تقدم الكلام في ذلك فيما لا يضر في باب بيع الأصول والثمار.

وقوله: «مدفونة»، يحترز عن المخلوقة. وقد تقدم حكمها. ومن الواضحات أن فرض المسألة في حالة جهل المشتري بالحجارة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن قال البائع: أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشتري على قبوله، لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن، فلم يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن. وإن قال المشتري: أعطني الأرش لأمسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الأرش، لأنه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن، فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن.

الشرح: المسألتان واضحتان، والأصل أن كل من وجب له شيء ليس له المطالبة بغيره، ولا يجب عليه الانتقال إلى غيره. وخرج عن هذا القصاص إذا عفا

عنه يجب المال، وإن كان الواجب القود عينًا. وعن أحمد أن للمشتري أخذ الأرش.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن تراضيا على دفع الأرش لإسقاط الخيار ففيه وجهان أحدهما: يجوز وهو قول أبي العباس، لأن خيار الرد يجوز أن يسقطها إلى المال، وهو إذا حدث عند المشتري عيب فجاز إسقاطه إلى المال بالتراضي، كالخيار في القصاص، والثاني: لا يجوز وهو المذهب، لأنه خيار فسخ فلم يجز إسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة، فإن تراضيا على ذلك وقلنا: أنه لا يجوز فهل يسقط خياره؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه يسقط، لأنه رضي بإمساك العين مع العيب، والثاني: لا يسقط وهو المذهب، لأنه رضي بإسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقي الخيار.

الشرح: الوجهان في جواز التراضي على إسقاط الخيار إلى بدل، سواء أكان ذلك البدل جزءًا من الثمن أم غيره، اتفقت الطرق على حكايتها. والجواب منسوب إلى أبي العباس ابن سريج وعنه أنه حكاه عن «القديم»، وبه قال أبو حنيفة ومالك. والمنع قال القاضي حسين: إنه المنصوص، وقال الإمام: إنه ظاهر النص والمصنف في قوله: إنه المذهب تابع للشيخ أبي حامد وقال القاضي أبو الطيب: إنه ظاهر المذهب، والماوردي وهو الذي صححه البغوي والرافعي وغيرهما وفيه نظر، فإنهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة. والفرق بينه وبين خيار الشرط والشفعة أن ههنا يأخذ الأرش في مقابلة ما فات من المال، ويسقط إلى مال، كما قال المصنف رحمه الله تعالى فهذان معنيان ليسا في خيار الشفعة والشرط، والمعنى الأول أحسن.

وصورة المسألة إذا لم يكن مانع من الرد، ولا تأخر مسقط، إما بأن يجهلا فورية الخيار، أو يكون في خيار المصراة على القول بامتداده، أو أن التشاغل بالاتفاق على الأرش لا يعد إعراضًا عن الرد. ونظر القاضي حسين وغيره هذه المسألة بحق الشفعة لا تصح المصالحة عنه على أصح الوجهين، خلافًا لأبي إسحاق المروزي، وقد عرفت ما فيه.

قال القاضي حسين: وقال أبو إسحاق: ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابي، حد القذف، وحق الشفعة، ومقاعد الأسواق، أجوز الصلح عنها، ومنعها سائر الأصحاب لأنها ليست بمال وإنما يصح الاعتياض عما هو مال، فأما إذا كان حقًا مجردًا فلا. انتهى.

وقد عرفت أن جواز المصالحة هنا أولى من جوازها في المسائل الثلاث للفرق المذكور. ولذلك ابن سريج لم ينقل عنه موافقة أبي إسحاق إذا خالف في

المسائل الثلاث يخالف في حق الرد بالعيب، فإنه لا فرق بينهما، أو للرد بالعيب أولى كما قدم. واكتفوا بنسبة الخلاف هنا إلى ابن سريج. وإنما قلت: إن المصالحة هنا أولى بالصحة من المسائل الثلاث، لما أشار إليه المصنف من أن خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال في حال، ولا كذلك الحقوق الثلاثة. ولأن الأرش مأخوذ في مقابلة حال نائب ولا جرم. قال القاضي أبو الطيب هنا: إنه لا يصح المصالحة عن الشفعة قولًا واحدًا. ولم يحك خلاف أبي إسحاق مع حكايته للخلاف هنا. وهو مقتضى كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا، فإنه جعل الشفعة أصلًا مقيسًا. وقول المصنف في تعليل الثاني خيار فسخ يحترز بالفسخ عن القصاص والوصف حاصل في الأصل، وهو خيار الشرط والشفعة فإن فيهما فسخ بيع وإبطال حق المشتري للتنقص. لكن هذا القياس لا يكفي بدون إلغاء الفرق المتقدم. والأصحاب يقولون: إن الأرش جزء من الثمن في مقابلة الجزء الثابت كما سيأتي ومقتضى ذلك أن يجوز والمصالحة عنه كما قال ابن سريج، فإنه ليس في مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد ولذلك اتفقوا على جوازه عند حدوث عيب جديد.

التفريع: وهو مذكور في الكتاب «إن قلنا» بالصحيح، وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك، فإن كان المشتري عالمًا ببطلان المصالحة بطل حقه قطعًا، وإن ظن صحتها، وعليه يحمل كلام المصنف فوجهان: حكاهما الإمام عن نقل العراقيين، وتعليلهما ما ذكره المصنف والمذهب عدم السقوط كما قال وممن صححه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والقاضي حسين والبغوي والرافعي ومن التفريع أيضًا أنا «إن قلنا»: بجواز المصالحة سقط الخيار، ويثبت الأرش أو ما اتفقا عليه على البائع، وإلا فلا، فإن كان أخذه وجب عليه رده، ولو صالح عن العيب على مال وجوزنا فزال العيب لا يجب رد المال لأنه أخذ على جهة المعاوضة، قاله البغوي، ولا فرق في جواز المصالحة بين أن يكون الثمن ذهبًا فيصطلحان على ذهب أو فضة أو حالًا أو مؤجلًا، قاله الجوري.

فائدة: الأرش في اللغة أصله الهرش أبدلت الهاء همزة، وأرش الجراحة ديتها، وذلك لما يكون فيه من المنازعة، وأرشت الجرب والنار إذا أرثتهما، والنار من بين القوم الإفساد بينهم، وأما في الشرع فقال بعضهم: هو عبارة عن الشيء المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفائت وقال والرافعي: هو جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليمًا إلى تمام القيمة.

فرع: لنا صورة يرضى المشتري فيها بالعيب، ولا يكون له مانع من الرد إذا اطلع على ذلك في مرض موته، ولا تنقطع مطالبة الورثة عن البائع على أحد الوجهين. وسنذكره عند الكلام في الأرش.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن أراد أن يرد بعضه لم يجز، لأن على البائع ضررًا في تبعيض الصفقة عليه، فلم يجز من غير رضاه، وإن اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبًا فهل له أن يفرده بالرد؟ فيه قولان، أحدهما: لا يجوز، لأنه تبعيض صفقة على البائع فلم يجز من غير رضاه، والثاني: يجوز، لأن العيب اختص بأحدهما، فجاز أن يفرده بالرد، وإن ابتاع اثنان عبدًا فأراد أحدهما أن يمسك حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لأن البائع فرق الملك في الإيجاب لهما فجاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما في صفقتين.

الشرح: هذه ثلاث مسائل، الأولى إذا كان المبيع عينًا واحدة في صفقة واحدة، فإن كانت باقية في ملك المشتري فليس له أن يرد بعضها بغير رضا البائع لمعنيين، أحدهما: تفريق الصفقة، والثاني: أن الشركة عيب، فإذا رد النصف كان معيبًا ولا يجوز رد العين إذا حدث فيها عيب، والمنع في هذه الحالة لا يكاد يعرف فيه خلاف، وصرح القاضي حسين أنه لا خلاف فيه.

قال الإمام: ورأيت لصاحب «التقريب» طرد القولين فيه وهو خطأ غير بعيد وهذا الخلاف نقله القاضي حسين عن صاحبه فيما إذا باع النصف، ومع ذلك غلطه، وإن كان قد باع بعض العين لغير البائع فكذلك عند الجمهور.

وقال الماوردي: إن جوزنا تفريق الصفقة فله رد ما بقي واسترجاع حصته، والتوقف حتى ينظر ما يؤول إليه حاله. وحكى ذلك عن نقل الشيخ أبي علي، وحكاه القاضي حسين عن صاحبه كما تقدم وغلطه، ولم يطرد الماوردي هذا في حال بقاء الجميع في ملكه، بل جزم بالمنع.

فإن قلنا بجواز الرد فذاك، ويسترجع قسطه من الثمن بلا خلاف. قال الإمام: إذ لو قلنا: يسترجع الجميع وباقي المبيع في يده فكان مضيًا إلى إثبات شيء من المبيع في يد المشتري من غير مقابل، وأورد ابن الرفعة أنه لم لا يقال يبقي الباقي بجميع الثمن ولا يسترجع شيئًا؟ ويكون المردود كالتالف قبل القبض ويكون فائدة الرد التخلص عن عهدة المبيع، كما قاله القاضي حسين فيما إذا أبرأ من الثمن، قلت: فالقاضي حسين وافق الإمام على ما قال، وعلل بعدم الفائدة في الرد لو قلنا: يمسك الجميع، والله أعلم.

وإن قلنا بالصحيح المشهور الذي جزم به المصنف أنه لا يجوز له الرد ففي حالة بقائه كله في ملكه لا أرش له، لأنه متمكن من رد الجميع، وفي حالة خروجه عن ملكه إن كان بالمبيع فقد حكى الماوردي عنه في وجوب الأرش وجهين مبنيين على التعليلين فيما إذا باع الجميع أصحهما: الوجوب، وسنذكرهما في كلام

المصنف في بيع الجميع بعد ثلاثة فصول إن شاء الله تعالى، وفيما إذا خرج بغير المبيع بالوقف رجع بالأرش، وبالعتق لا يمكن، لأنه يسري إلى الباقي وبالهبة على ما سنذكره في كلام المصنف في خروج الجميع، فإن على القول بامتناع الرد في النقص والعجز عن رد الجميع يكون الكلام في الأرش كالكلام في تعذر الرد في الجميع، حرفًا بحرف، والصحيح فيما إذا خرج بعضه بالبيع هنا أنه لا رد ولا أرش.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «المختصر»: ولو كان باعها أو بعضها ثم [ردها] عليه بالعيب لم يكن أن يرجع على البائع بشيء، ولا من قيمته من العيب.

وقال في «الأم» في اختلاف العراقيين في باب الاختلاف في العيب: وإذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الثوب أو السلعة، فباع نصفها من رجل، ثم ظهر منها على عيب، دله له البائع لم يكن له أن يرد النصف بحصته من الثمن على البائع، ولا يرجع عليه بشيء من نقص العيب من أصل الثمن، وذكر الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ كلامًا أكثر من ذلك سأذكره عند بيع الجميع. فإن فيه إشارة إلى أن العلة كونه لم يأنس من الرد، وهناك أذكره إن شاء الله تعالى.

وكلام المصنف رحمه الله يقتضي أنه إذا رضي البائع جاز، ولنا في إفراد إحدى العينين بالرد برضاء البائع وجهان أصحهما: الجواز، فليكن ما اقتضاه كلام المصنف رحمه الله جاريًا على الأصح إذا قلنا بذلك، فلو بذل المشتري أرش نقصان النقيض هل يجبر البائع عليه؟ يحتمل أن يأتي فيه الخلاف فيما إذا طلب أحدهما الرد مع أرش العيب، وطلب الآخر الإمساك وغرامة الأرش، فإن قلنا: يجاب المشتري أجبناه وأجبرنا البائع، ومن ذلك يأتي في المسألة أوجه، أصحها: امتناع الرد إلا برضاء البائع، والثاني: الامتناع مطلقًا، والثالث: الجواز مع أرش التبعيض، والرابع: من غير أرش، وهو ما يقتضيه كلام صاحب «التقريب» والماوردي، والوجهان بعيدان والأكثرون على القطع بخلافهما وقد أطلق أكثر الأصحاب هذا الحكم والخلاف في جواز التبعيض، ولم يفرقوا بين المتقوم والمثلي. ولا شك أن ما ذكروه يظهر في المتقوم للمعنيين المذكورين.

أما المثلي فالحنطة ونحوها إذا اشترى صبرة حنطة فوجد بها عيبًا فأراد رد بعضها، قال صاحب «التتمة»: إن قلنا في العبدين يجوز فههنا كذلك وإلا فوجهان والفرق أن رد البعض لا يؤدي إلى تجهيل الثمن، قلت: وينبغي بناؤهما على خلاف سيأتي أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة، إن قلنا: بالأول جاز، لأنه لا ضرر وإن قلنا بالثاني فالصفقة متحدة، فينبني على أنه هل يجوز تفريق الصفقة أو لا؟ فعلى الأول يجوز، وعلى الثاني يمتنع، ولا يضر كون التفريق هنا اختياريًا لكونه لا ضرر فيه.

وقد رأيت المسألة منصوصًا عليها في «البويطي» في آخر باب الصرف، وقال: ومن اشترى من رجل متاعًا جملة مما لا يكال ولا يوزن فوجد ببعضه عيبًا يرده جميعًا أو يأخذه جميعًا، وإن كان مما يكال ويوزن فهو مخير إن شاء أخذ الجيد بحصته ورد ما بقي، وهذا صريح في الجواز، ودال على أن المراعى الضرر، ولو باع المشتري للمشتري بعض العين الواحدة من البائع ثم وجد بالباقي عيبًا. قال القاضي حسين: فالمذهب أن له الرد إذ ليس فيه تبعيض الملك على البائع وقيل: لا يرده قلت: وينبغي بناء ذلك على أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة، إن قلنا بالأول فله الرد، وإن قلنا بالثاني فتخرج على التفريق كما تقدم، وسيأتي حكمه في كلام المصنف في بقية هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

فرع: لو مات المشتري في هذه الصورة وخلف وارثين، فهل لأحدهما رد نصيبه؟ فيه ثلاثة أوجه.

أحدها: ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة، وهو قول ابن الحداد، والأصح عند الرافعي، واستدلوا له بأنه لو سلم أحد الاثنين نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف إليه فعلى هذا هل يجب له الأرش؟ فيه ثلاثة أوجه، ثالثها إن أيس على الرد رجع وإلا فلا، وهو الأصح عند القاضي حسين، وقد ذكر الرافعي هذه المسألة عند ما إذا اشترى وكيل عن رجلين، وسأذكر ما قاله هناك إن شاء الله تعالى.

والثاني: يجوز أن ينفرد برد نصيبه لأنه جميع ماله. حكاه الرافعي.

والثالث: أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطي نصف الثمن وبين أن يعطي نصف الأرش ويخير الذي يريد الرد على إسقاط حقه، قاله الماوردي، وحكاه العمراني أن أبا الطيب ذكره عن ابن الحداد في «شرح المولدات».

المسألة الثانية: إذا اشترى عينين من رجل واحد صفقة واحدة ولها صور، إحداها: ما ذكره المصنف أن يجد العيب بإحداهما، وهما باقيان في يده فهل له إفراد المعيبة بالرد؟ فيه قولان: أظهرهما: عند الماوردي والرافعي، وقال القاضي أبو الطيب والروياني: أنه ظاهر المذهب، وقطع به الشيخ أبو حامد، وهو المنصوص عليه في «الأم» في كتاب الصلح وهو قول جمهور الأصحاب أنه ليس له ذلك، بل يردهما جميعًا أو يمسكهما جميعًا، سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده وسواء أكان مما يتساوى قيمته كالكرين من الطعام، أو يختلف كالعبدين والثوبين، هكذا ذكره، وقد تقدم عن مختصر البويطي أن من اشترى مما يكال ويوزن أنه يجوز التبعيض، ومقتضى ذلك أن يجوز إفراد أحد الكرين بالرد.

والقول الثاني: الجواز، واختاره الروياني في «الحلية» والقولان عند الماوردي

والقاضي أبي الطيب والغزالي والروياني وغيرهم مبنيان على تفريق الصفقة، إن قلنا يفرق جاز، وإلا لم يجز، لكن قياس هذا البناء كما قال الرافعي أن يكون قول التجويز أظهر، وأشار إلى الجواب بأن الصفقة وقعت مجتمعة، ولا ضرورة إلى تفريقها فلا يفرق يعني وليس كما إذا جمعت حلالًا وحرامًا أو حلالين، وتلف أحدهما قبل القبض فإن التفريق هناك ليس اختياريًا، وحاول ابن الرفعة إثبات قول يمنع إفراد المعيب بالرد.

وإن قلنا: يجوز تفريق الصفقة وذكر من نص الشافعي في الصلح ما يدل دلالة ظاهرة على ذلك ويمكن أن يؤخذ من كلام المصنف ما يدل له لأنه علل المنع بما يحصل من الضرر بتبعيض الصفقة فلم يجز من غير رضاه. وهذا الكلام يشعر بجواز تفريق الصفقة إذا رضي، فالراجح أن لا يجهل، القولان مبنيين على تفريق الصفقة بل مرتبين، بأن يقال: إن منعنا تفريق الصفقة منعنا هنا، وإلا فقولان، والترتيب أوفق لكلام الأئمة الذين أطلقوا البناء، فإنه قد يطلق البناء على الترتيب ويبعد جعلهما قولين برأسهما أوفق لكلام المصنف، فإنه علل قول الجواز بأن العيب أخص بأحدهما. وهذا يقتضي بمفهومه أن العيب إذا لم يختصر وكان فيهما لا يجوز الإفراد مع القول بجواز تفريق الصفقة. فأفاد أول كلامه وآخره أن لنا قولًا بالمنع.

وإن جوزنا تفريق الصفقة لأجل الضرر وقولًا بالجواز، ومنعنا تفريق الصفقة، قلت: تفريق الصفقة القهري لا يمكن القول بالجواز مع منعه، لأنه على ذلك القول يستحيل شرعًا. وأما التفريق الاختياري برد أحد العينين دون الأخرى فكلا القولين اللذين ذكرهما المصنف رحمه الله يفرعان على منعه، بمعنى أن المشتري ممنوع منه. وعلى تجويز التفريق القهري فإن أريد بالتفريق القهري فالترتيب صحيح كما اقتضاه كلام الأئمة، وإن أريد التفريق الاختياري فلا ترتيب، فلا بناء، وهما القولان بعينهما. وعلة المصنف تقتضي عدم جريانهما فيما إذا كان المعيب فيهما، وسأتعرض لذلك في بقية الكلام إن شاء الله تعالى. ثم إن النص المذكور عن الصلح يدل دلالة قوية على المنع مع القول بتفريق الصفقة ولم أذكر لفظه خشية التطويل مع ظهوره، فهو يرد التخريج على تفريق الصفقة والقول بالجواز مبنيًا عليها إلا أن يكون لنا نص في موضع آخر على الجواز، في خصوص مسألة إفراد المعيب، ولم أقف عليه، ولذلك قطع الشيخ أبو حامد بالمنع والذي يقول بالجواز هنا يقول فيما إذا اشترى شقصي دارين أنه يجوز للشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر، وقد يحتمل ذلك في شقص دار واحدة أن يأخذ بعضه ويدع بعضه. قاله صاحب «التلخيص».

قال الرافعي: والقولان مفروضان في العبدين، وفي كل شيء لا تتصل منفعة

أحدهما بالآخر، فأما في زوجي خف ومصراعي باب ونحوهما فلا يجوز الإفراد بحال، وارتكب بعضهم طرد القولين فيه قلت وجعله صاحب «التتمة» مرتبًا، إن قلنا: هناك لا يجوز فههنا وجهان، وبناهما على أصل أشار القاضي حسين إذا غصب فرد خف قيمة الزوج عشرة فتلف في يده ورجع قيمة الآخر إلى درهمين، هل يضمن خمسة أو ثمانية. إن قلنا: خمسة جاز له إفراد أحدهما بالرد، وإن قلنا ثمانية فلا. وإذا قلنا بالصحيح وأنه لا يجوز الإفراد، فقال المشتري: رددت المعيب فهل يكون ذلك ردًا لهما؟ فيه وجهان أصحهما: لا. بل هو لغو ولو رضي البائع بإفراده جاز على الأصح. هكذا أطلق الرافعي الخلاف، وينبغي إذا قلنا بجواز تفريق الصفقة أن يجوز قطعًا، لأنه إنما امتنع لضرر البائع وقد رضي. أما إذا منعنا تفريق الصفقة فيمتنع، وإن رضي. ولذلك قال الغزالي: إنه أقيس الوجهين فيما إذا رضي المنع. قال: لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا يختلف بالتراضي، وما ذكره الغزالي من أنه الأقيس جار على ما قرره من البناء على تفريق الصفقة، وقد تقدم أن الراجح عدم البناء، وأن الأولى أن يكون الخلاف مرتبًا، فكذلك الأصح الجواز إذا رضي، وهو الذي نص الشافعي عليه في كتاب الصلح.

والمشكل طريقة الماوردي فإنه قطع بالجواز إذا رضي البائع مع بنائه القولين عند عدم رضاه على تفريق الصفقة، ولو أراد رد السليم والمعيب معًا على هذا القول المانع من الإفراد جاز، قال الإمام: لم يختلف العلماء فيه، وعلى القول الآخر المجوز للإفراد، الأصح: الجواز، وفيه وجه حكاه الإمام والغزالي في «الوسيط» أنه لا يردهما إلا إذا كانا معيبين، وضعفه الرافعي. وحكى ابن يونس أن الغزالي قال: إذا قلنا لا يرد يطالب بالأرش، وتعتبر القيمة يوم العقد، واعترض الناس عليه بأنه ليس في «الوسيط» إلا فيما إذا تلف أحد العبدين والأرش يتعين في مسألة التلف بخلاف هذه المسألة إذ يمكن.

قلت: وهو كذلك ولا اتجاه لما قاله ابن يونس. نعم لو كان صاحب الوجه المذكور الذي يقول أنه لا يردهما إلا إذا كانا معيبين يقول: إنه لا يرد المعيب وحده اتجه عنده طلب الأرش، لكنه بنفيه قول الإمام فيما إذا منعنا الإفراد: أنه لم يختلف العلماء في جواز رد الجميع، فتعين أن يكون الوجه الذي في «الوسيط» بمنع ردهما تفريعًا على جواز رد أحدهما وحينئذٍ لا وجه لطلب الأرش لإمكان الرد. ولو أراد رد السليم وحده قطع الماوردي بأنه لا يجوز. وقال ابن الرفعة: أنه لا خلاف فيه، لأنه إنما يجوز تبعًا، وقد فقدت التبعية، والله أعلم. وإذا جوزنا الإفراد فرده اشترط قسطه من الثمن بلا خلاف. وقد تقدم من الإمام تعليله واعتراض ابن الرفعة عند الكلام في العين الواحدة.

فرع: قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ بالجواز فيما بعد القبض، ووافق فيما قبله. واحتج من نصر قوله بأنه تم العقد فيهما، وانفرد أحدهما بسبب الخيار، وثبت فيه الخيار كما لو اشترى عبدين واشترط في أحدهما خيار الثلاث ونقض أصحابنا عليه ذلك بما قبل القبض، أو وجد العيب فيهما، أو كانا مصراعي باب وزوجي خف، أو مما تتساوى أجزاؤه مثل كرين من طعام فإن أبا حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ قال في هذه المواضع الأربعة مثل ما قلناه.

والجواب على شرط الخيار في أحدهما من وجوه بالنقض بالمسائل المذكورة وبأن صاحبه قد رضي بالتبعيض لما شرط، وبأن وصف تمام العقد لا تأثير له في الأصل، لأنه يجوز أن يرد الذي شرط فيه الخيار قبل القبض وبعده. فهذا الكلام في ظهور العيب بإحدى العينين وهما باقيتان، وهي مسألة الكتاب، على أن إطلاق كلام المصنف رحمه الله يحتمل أن يشمل هذه الصورة والصورة الثالثة التي سنذكرها. وهي إذا كان السليم تالفًا، فإن كان الأول وهو الظاهر، فالأظهر من قولي الكتاب الأول، وهو أنه لا يجوز الإفراد وإن كان الباقي فالأظهر في الأولى المنع وفي الثالثة الجواز كما سيأتي، ويرجح حمل كلام المصنف على العموم القولين في الصورتين أن القاضي في حكاية القولين بين ما إذا كان العيب في أحدهما وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب الذي سنذكره.

الصورة الثانية: وجد العيب بهما جميعًا، وهما باقيان فله ردهما قطعًا، وفي إفراد أحدهما بالرد القولان السابقان. هكذا قال القاضي حسين والإمام والرافعي وغيرهم. وقد تقدم التنبيه على أن كلام المصنف يفهم القطع بالمنع في هذه الصورة، وإن كان ساكتًا عن التصريح بها، ولا شك أن الشيخ أبا حامد رَحِمَهُ اللَّهُ يقطع هذا بطريق الأولى، وإنما النزاع في جريان الخلاف عند غيره. وقد نقل صاحب «الاستقصاء» عن صاحب «الإفصاح» أنه لا يجوز إفراد أحدهما بالرد إجماعًا كالطعام الواحد.

قلت: وهذا ليس بصريح لأن نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ تقدم في المكيل والموزون أنه يرد بعضه على ما إذا كانا باقيين، فأولى بالجواز لتعذر ردهما، فمن جوز هناك فيما إذا كان العيب بأحدهما على ما حكاه الجمهور، أما إذا كان فيها على ما حكاه الرافعي ههنا فههنا أولى، ومن منع هناك إما قطعًا كالشيخ أبي حامد أو على الأظهر من القولين عند غيره فقد اختلفوا ههنا، وخرج الشيخ أبو حامد وغيره حكاية القولين، وبنوهما على تفريق الصفقة، إن قلنا: يفرق جاز وإلا فلا، والبناء هنا ظاهر، والمراد بالتفريق المبني على التفريق القهري إن منعناه امتنع هنا، وإن جوزناه جاز لوجود الضرورة، ومقتضى هذا البناء أن يكون قول الجواز هنا أظهر،

والرافعي رحمه الله اقتصر في باب تفريق الصفقة على ترتيب الخلاف، وأولوا به الجواز، وليس في ذلك بيان الأصح.

وأعاد المسألة في باب الرد بالعيب، ولم يتعرض لحكم رد الباقي هل يجوز أو لا، وبما ذكرته من الترتيب يعرف أن الأظهر الجواز، لكن النص الذي سنذكره عن البويطي والنص الذي سنذكره عن اختلاف العراقيين كلاهما يدل على خلافه، وهو ما يقتضي كلام الماوردي أنه الأصح، ولعل الأصح عند الماوردي امتناع تفريق الصفقة، والمراد بالتلف إما حسًا وإما شرعًا، فإن جوزنا الإفراد رد الباقي، واسترد من الثمن حصته بلا خلاف، وقد تقدم تعليله عن الإمام واعتراض ابن الرفعة بطريق التوزيع بتقدير العبدين سليمين وتقويمهما ويسقط المسمى على القيمتين. فلو اختلفا في قيمة التالف فادعى المشتري ما يقتضي زيادة الرجوع على ما اعترف به البائع فالأظهر عند القاضي أبي الطيب والرافعي والمصنف حيث ذكر في باب اختلاف المتبايعين أن القول قول البائع مع يمينه. أما بثمن ملكه فلا يرد منه ما اعترف به. وهذا القول نسبه القاضي أبو الطيب والرافعي إلى نصه في اختلاف العراقيين، والثاني: أن القول قول المشتري لأنه تلف في يده فأشبه الغاصب مع المالك إذا اختلفا في القيمة كان القول قول الغاصب الذي حصل إهلاك في يده، وهذا القول في اختلاف العراقيين أيضًا وقد رأيتهما فيه. ولكن هل هما تفريع على جواز الإفراد أو على منعه؟ فيه نظر سأنبه عليه في آخر الكلام. والاعتماد في حكايتهما هنا على نقل الأئمة. وقد اقتصر الرافعي رحمه الله وغيره على استرجاع حصة المردود من الثمن، ولم يتعرضوا لشيء آخر. ولا شك أن التالف إذا كان معيبًا أيضاف يجب الأرش عليه لتعذر رده، كما يجب الأرش إذا تلف المبيع كله وتبين عيبه، وإنما سكتوا عن ذلك إحالة له على ذلك المكان واقتصارًا على القدر المختص بهذا المكان.

وإن لم يجز الإفراد فقولان فيما حكاه القاضي حسين وطائفة، ووجهان: فيما حكاه آخرون واقتضى إيراد الرافعي والنووي ترجيحه، أصحهما: عند الرافعي وغيره وهو الذي ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب في تعليقهما لا فسخ له ولكن يرجع بأرش العيب لأن الهلاك أعظم من العيب، ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد. وهذا هو الذي نقله الربيع في «مختصر البويطي»، فعلى هذا إن اختلفا في قيمة التالف عاد القولان لأنه في الصورتين يرد بعض الثمن، إلا أنه على ذلك القول يرد حصة الباقي، وعلى هذا القول يرد أرش العيب، وهل النظر في قيمة التالف في الصورتين إلى يوم العقد أو يوم القبض؟ فيه الخلاف الذي في اعتبار القيمة لمعرفة أرش العيب القديم، وسيأتي إن شاء الله تعالى، والأصح منه: اعتبار أقل القيمتين.

والوجه الثاني: أنه يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما ويفسخ العقد. قال

الرافعي وهو اختيار القاضي أبي الطيب، واحتج له بأن النبي ﷺ أمر المصراة برد الشاة بدل اللبن الهالك.

قلتُ: ولم أرَ ذلك في «تعليقة» القاضي أبي الطيب، بل الذي فيها أنا إذا قلنا لا يرد رجع بالأرش كما تقدم عنه، ولم يحك فيه خلافًا، وأنا إن قلنا له رده فيرده بحصته من الثمن.

قال: وقال بعض أهل خراسان: العقد على هذا القول فيهما جميعًا ثم يرد الباقي وقيمة التالف، ويسترجع كما في المصراة، قال القاضي أبو الطيب: وهذا خطأ، ويخالف نص الشافعي، لأنه نص على ذلك في اختلاف العراقيين، وقال: يرجع إلى حصته من الثمن، ثم فرع عليه، وذكر الاختلاف، فالعجب من الرافعي رحمه الله، إلا أن يكون القاضي أبو الطيب نقله عن بعض الخراسانيين كما رأيت، لكنه جعله مفرعًا على القول بالرد، وحكاه الإمام وغيره وجعله الغزالي والرافعي رحمهما الله مفرعًا على قول المنع كما تقدم.

ولا تنافي بينه وبين ما فعله أبو الطيب، فإن إبا الطيب يقول: إن قلنا لا يرده أي أصلًا يرجع بالأرش وإن قلنا يرده فهل يفرده؟ أو يضم معه قيمة التالف؟ فيه وجهان وهؤلاء يقولون: إن قلنا يفرده استرد القسط، وإلا فهل يمتنع عليه الرد، أو يضم معه قيمة التالف؟ فيه وجهان: فالكلامان راجعان إلى معنى واحد، وإنما النزاع في نسبة الرافعي القول المذكور إلى اختيار أبي الطيب ووافق الرافعي على ذلك ابن الرفعة وزاد ابن الرفعة أن ابن الصباغ نقل القولين في ذلك، أعني في ضم قيمة التالف إلى الموجود كما حكاهما الإمام وغيره، ولم أرَ ذلك في الشامل بل رأيت فيه ما يحتمل أن يكون سبب الوهم الذي عرض للرافعي وتبعه هو عليه في النقل عن أبي الطيب.

قال ابن الصباغ قال: حكى أبو الطيب عن بعض أهل خراسان أنه يفسخ العقد قال: وهذا هو السنة لحديث المصراة. فلعل الرافعي طالع ذلك وظن أن الضمير في قال لأبي الطيب وإنما هو لبعض أهل خراسان يبينه ما في «تعليق» أبي الطيب، وقد تقدم الرافعي في ذلك العمراني فنقل المسألة في الزوائد من الشامل. وزاد فقال: وقال القاضي: هذا هو السنة. قال ابن الصباغ: وهذا ليس بصحيح [أنه] هو القاضي، وابن الصباغ ناقل عنه أو موافق له، وبالجملة فالقول منصوص عليه في البويطي لأن في «مختصر البويطي»: ولو اشترى ثوبين في صفقة واحدة فقبضهما فهلك أحدهما وأصاب بالآخر عيبًا فله أن يرد القائم وقيمة التالف، ويرجع بأصل الثمن الذي أعطاه، فإن اختلفا في القيمة فالقول قول البائع، من قبل أن الثمن كله

قد لزم المشتري، وهو يريد إسقاط الشيء عنه لما يدعي من كثرة قيمة الغائب ولا أقبل دعواه.

قال الربيع: وله قول آخر: إذا اشترى شيئين في صفقة واحدة فهلك واحد وأصاب بالآخر عيبًا لم يكن له إلى الرد سبيل من قبل أنه كان له أن يرد الشيء كما أخذ، فلما لم يرده مثل ما أخذ كان لا رد له وليس أن ينقص عليه ما اشترى منه، ويرجع عليه بقيمة العيب الذي وجده في الثوب الباقي، فهذا الكلام الذي في «مختصر البويطي» يقتضي إثبات قولين:

أحدهما: يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما.

والثاني: يمتنع الرد ويرجع بالأرش، وهما هذان القولان اللذان فرعناهما على عدم جواز الإفراد. فهما متعاضدان في منع الإفراد كما قدمت لك أولًا.

وقد تأملت نصه في اختلاف العراقيين فلم أجده صريحًا في الرد واسترجاع القسط. وإنما قال: إذا اشترى ثوبين صفقة واحدة فهلك أحدهما في يده ووجد بالثاني عيبًا واختلفا في ثمن الثوبين فالقول قول البائع مع يمينه، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري. والمشتري إن أراد رد الثوب يرده بأكثر الثمن، أو أراد الرجوع بالعيب رجع به بأكثر الثمن. ولا نعطيه بقوله الزيادة. قال الربيع: وفيه قول آخر أن القول قول المشتري من قبل أنه المأخوذ منه الثمن. قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا اشترى شيئين في صفقة فهلك أحدهما ووجد بالآخر عيبًا فليس إلى الرد سبيل فيرجع بقيمة العيب لأنه اشتراهما صفقة. فليس له أن ينقضها.

قلت: وهذا هو معنى ما في «البويطي» وليس فيه زيادة عليه إلا القول الآخر الذي حكاه الربيع أن القول قول المشتري وآخر كلامه المذكور صريح في عدم الرد. وأول كلامه فيه احتمال لما قاله أبو الطيب. وما قاله في «مختصر البويطي». وإنما احتجت إلى ذلك لقول القاضي أبي الطيب أنه قال: يرجع إلى حصته من الثمن. وهذا بحسب ما فهمه من اختلاف العراقيين من منع التفريق. والقاضي أبو الطيب نقله عنه بلفظ آخر صريح في التفريق. فلعل له في اختلاف العراقيين نصًا آخر. وأبدى ابن الرفعة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظرًا من وجهين:

أحدهما: أنا نفرع على منع التفريق فالنص مصرح بالتفريق فكيف يرد به؟ وهذا قاله ابن الرفعة بناء على ما نقله القاضي أبو الطيب، ونقله ابن الرفعة عن ابن الصباغ اعتراضًا عليه لكنك قد عرفت فيه النص بلفظ وليس فيه تصريح بالتفريق. ولو ثبت ذلك فالعذر عن أبي الطيب أنه لم يجعل ذلك تفريعًا على منع التفريق حتى يعترض عليه بما ذكر، بل إنما قال: إذا جوزنا الرد كما تقدم النقل عنه فإذا نقل عن

الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قال: مع الرد يسترجع القسط، يكون ذلك ردًا على من يقول: لا يسترجع القسط، بل يضم القيمة عن التالف ويسترجع جميع الثمن ردًا ظاهرًا.

والوجه الثاني: من اعتراض ابن الرفعة على أبي الطيب أن اختلاف العراقيين قيل: إنه من القديم، وهذا بعيد لأن ذلك من رواية الربيع عن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وإن فرعنا على هذا الوجه وأنه يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردها فاختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه حصل التلف في يده وهو الغارم، وبه جزم القاضي حسين مع حكاية القولين في الصورتين الأوليين، قال: وكل موضع كان الغارم هو المشتري فالقول قوله، وكل موضع كان الغارم هو البائع فعلى القولين، وفي «التتمة» حكاية وجه آخر أن القول قول البائع لأن المشتري يريد إزالة يده عن الثمن المملوك له وذكر في «الروضة» أنه شاذ.

قلت: في «مختصر البويطي» بعد أن قال: أنه يرد القائم وقيمة التالف، قال: فإن اختلفا في القيمة فالقول قول البائع من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري، وهو يريد إسقاط الشيء عنه لما يدعي من كثرة قيمة الفائت ولا أقبل دعواه، وهذا يدل على الوجه الذي قاله في «التتمة» بل هو هو، والقيمة هنا معروفة واعتبارها بيوم التلف على الأصح فليس كما تقدر على القدر الآخر حيث يعتبر أقل الثمنين على الأصح. أشار إليه الإمام في باب التخالف.

فرع: إذا ظهر العيب بالتالف فقط لم يرد الباقي قطعًا، ويرجع بأرش التالف.

فرع: لو ظهر العيب بأحدهما أو بهما بعد بيع أحدهما فقد جمع الرافعي بين ذلك وبين ما إذا كان أحدهما تالفًا، وجزم به الشيخ أبو حامد هنا أيضًا بامتناع الرد، لأنه لم يحصل اليأس من الرد، وقد تقدم فيما إذا كان المبيع واحدًا وخرج بعضه عن ملكه أن الصحيح امتناع الرد، وضعفوا الطريقة المخرجة على القولين فيه، وذلك أن الصحيح فيما إذا باع أحدهما امتناع رد الباقي فاشتركت صورة التلف وصورة البيع في الترتيب، على ما إذا كانا باقيين كما قال الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، لكن الصحيح في الأولى الجواز، وفي الثانية المنع، وهذا الذي ذكرناه إذا باع أحدهما وكانا معيبين أو باع الصحيح، وبقي المعيب.

أما لو باع المعيب وبقي الصحيح فلا يرد الباقي الآن قطعًا، والكلام في الأرش على ما مر وتحقيق الصحيح في ذلك يتوقف على تحقيق العلة فيما إذا باع البعض هل هو عدم اليأس أو غيره؟ وسيأتي إن شاء الله ذلك بعد ثلاثة فصول.

فرع: استثنى صاحب «التلخيص» من وجوب الأرش على القول بمنع الإفراد مسألة واحدة وهي أن يكون قد باع أحدهما، قال: ينظر، فإن كان صحيحًا لم يدلس

فيه بعيب لم يرجع بنقصان العيب، وإن كان معيبًا ففي هذا الموجود قولان، أحدهما: يرجع بنقصان العيب، والآخر ليس له الرجوع.

قلت: لعل مراده إن كان المبيع صحيحًا من عيب حادث عند المشتري ولم يدلس فيه على المشتري الثاني لشيء حدث عنده فليس له الرجوع بالأرش لعدم اليأس من رجوع المبيع إليه، ويردهما معًا، وذلك يوافق ما قاله الشيخ أبو حامد، وهو يجيء على المذهب على ما سيأتي خلافًا لأبي إسحاق وإن كان معيبًا بعيب حدث عنده ففي رجوعه بأرش العيب في الثاني قولان، كما لو تلف أحدهما أو أعتقه بناء على تفريق الصفقة.

فرع: بما ذكرناه يتبين أن الخلاف في الجميع، ولكنها مراتب ففي العبدين إذا كان أحدهما تالفًا، الجواز قوي جدًا ودونه إذا كان أحدهما معيبًا، والخلاف فيه قوي أيضًا، وإن كان الأصح فيهما المنع، ودونه إذا كانا باقيين في ملكه، والعيب بأحدهما ودونه إذا كانا باقيين، والعيب بهما ودونه في العبد الواحد إذا باع بعضه، ودونه في العبد إذا كان كله باقيًا في ملكه، فهذه ست مراتب لا يرد على الصحيح إلا في الأولى.

فرع: حكم نقص أحدهما حكم تلفه وعتقه وبيعه، قال صاحب «التلخيص»: وينبغي أن يكون كذلك ما لم يرض البائع بأحدهما مع النقص الحادث، فيصير كما لو لم يكن نقص.

فائدة: أكثر الأصحاب يطلقون توزيع الثمن على العبدين باعتبار قيمتهما والرافعي في هذا الباب قبل باعتبار قيمتهما إلى سليمين، ولا يتأتى غير ذلك إذا كان المشتري جاهلًا بالعيب، فإنه إنما بذل الثمن على ظن السلامة، ولو وزعنا الثمن عليهما على ما هما عليه من العيب أدى ذلك إلى خبط وفساد دل عليه الامتحان، فالصواب تقدير السلامة كما ذكره الرافعي هنا وهي فائدة عظيمة نافعة في مسائل.

منها: في الشفعة حيث يأخذ الشخص بقسطه من الثمن وغيرها من المسائل.

ومنها: في المرابحة إذا وزع الثمن فيجبر بما يخصه من الثمن بوصف السلامة، ويجبر بالعيب الذي ظهر له، ولا يجوز أن يجبر بقسطه من الثمن باعتبار العيب.

ومنها: مسألة تقدمت في الربا في الصرف، إذا باع دينارين بدينارين فخرج أحدهما معيبًا اختار القاضي أبو الطيب وجماعة البطلان، لأنه تبين أنه من قاعدة مد عجوة، وأطلق الشيخ أبو حامد وجماعة الصحة واستشكله في ذلك الباب، وانتدبت له مأخذًا بعيدًا، وبهذه الفائدة هنا يترجح، فظهر مأخذ حسن يحمل عليه ويتمسك به فيه، ويقوى على أي طالب لأن الفساد في قاعدة مد عجوة من جهة التوزيع،

والتوزيع ههنا لا يقتضي المفاضلة إذا وزع باعتبار السلامة، وإنما يقتضي إذا وزع عليها باعتبار العيب.

ومنها: في تفريق الصفقة في الدوام إذا تلف أحد المبيعين قبل القبض.

ومنها: في غير ذلك، ولا تخفى الفروع بعد بيان القاعدة، وهي قاعدة مهمة يجب الاعتناء بها وملاحظتها في مسائل كثيرة في أبواب متعددة.

فرع: لا خلاف أنه لو ظهر العيب بالتالف وحده فليس له الرد، لأن التالف لا يقبل الفسخ مقصودًا أو مسوغًا، وإنما صح الفسخ في التالف تبعًا، قاله القاضي حسين، وإنما ذكرته وإن كان واضحًا لئلا يتوهم أن بقاء السليم مسوغ لورود الرد على المعيب في الصفقة التي شملته، وليس لتكلف المبيع جملة إذ لا مورد أصلًا. فلذلك نبهت عليه.

المسألة الثالثة من مسائل الكتاب: إذا اشترى اثنان من واحد عينًا ووجدا بها عيبًا وأراد أحدهما إمساك حصته والآخر رد حصته، جاز على القول الظاهر المنقول عن نصه في كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة، وبه قال أحمد ومالك في رواية، وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى. ومنه أخذ الصفقة تتعدد بتعدد المشتري، وهو الأصح، ووجهوه بأنه رد جميع ما ملك مجازًا كالمشتري الواحد. قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «المختصر»: ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل بجارية عيبًا فأراد أحدهما الرد والآخر الإمساك فذلك لهما، لأن المعهود في شراء الاثنين أن كل واحد منهما مشتري النصف بنصف الثمن. انتهى.

والقول الثاني: ويحكى عن رواية أبي ثور عن «القديم» وقال أبو داود: أنه مرجوع عنه. وبه قال أبو حنيفة أنه ليس له الانفراد بالرد، لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملًا والآن يعود إليه بعضه، وبعض الشيء لا يشترى بما يخصه من الثمن لو بيع كله، وربما أوردوا ذلك بعبارة أخرى فقالوا: خرج عن ملكه مجتمعًا أو صفقة واحدة. ومن هذا القول أخذ أن الصفقة وإن تعدد المشتري متحدة على ما قاله الإمام، لكن الصحيح المشهور الذي جزم به كثيرون أن الصفقة متعددة، وبذلك منعوا من قال: خرج عن ملكه صفقة. ومنعوا أيضًا من قال: خرج مجتمعًا بما أشار إليه المصنف رحمه الله في «استدلاله» من قوله: إن البائع فرق الملك في الإيجاب. أي فلم يخرج مجتمعًا. وأما من قال: كلامك إن أريد بصفة الكمال فهي معنى مجتمعًا، وإن أريد التأكيد فلا يفيد. ومن هنا نعلم أن المصنف رحمه الله جازم بأن الصفقة متعددة.

واعترض القائلون باتحادها وامتناع الانفراد بالرد، ما لو قال: بعتكما هذا العبد بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن، وبما إذا أحضر أحدهما

نصف الثمن وأراد إجبار البائع على تسليم نصف العبد، وبأن الشركة عيب. وأجاب الأصحاب عن الأول بأن عندنا في المسألة وجهين، أحدهما: يصح وهو الذي جزم به القاضي أبو الطيب هنا وجماعة من العراقيين، وأنه يلزم البيع في حقه سواء قبل صاحبه أو رده، وقيل إن للشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ نصًا في الخلع يشهد له وقال الإمام: إنه الأظهر في القياس، ورجحه الروياني في «الحلية»، والثاني وهو الأصح عند طائفة منهم الرافعي، وهو الأظهر في النقل على ما قاله الإمام لا يصح وإن قلنا: بالتعدد فإن صيغة إيجاب البائع تقتضي جوابهما، فكأنها مشروطة بأن يجيباه معًا، فليس ذلك من حكم العقد، وإنما هو من مقتضى اللفظ عرفًا. وفي هذا نظر من جهة أن اشتراط ذلك يقتضي الفساد.

وعن الثاني أن الحكم عندنا أن البائع يجبر على تسليم نصيبه، وسيأتي ذلك في كلام المصنف في آخر باب اختلاف المتبايعين إن شاء الله تعالى.

وعن الثالث بأن البائع هذا الذي شرط بينهما، فلم يكن هذا العيب حادثًا في يد المشتري، وقد عرفت بما ذكرته أن استدلال المصنف رحمه الله أمس بكلام المخالف من استدلال غيره بأنه رد جميع ما ملك، وإن كان الكل صحيحًا. وقوله كما لو باع منهما في صفقتين، أي متعددتين لفظًا، فإن هذه متعددة حكمًا لا لفظًا.

وقال القاضي حسين: الأولى أن يفرض الكلام فيما لو مات أحد المشتريين والبائع وارثه، أو عاد إلى البائع نصيب أحدهما بالبيع أو بالهبة كي يسقط على كلامهم أن الشركة عيب، ووافق أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ على أنه إذا اشترى رجلان شقصًا من واحد، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما بالشفعة. وهذا الذي التزمه الأصحاب من أن العقد متعدد هو المشهور.

وقال أبو الظفر ابن السمعاني: إن هذه طريق سقيمة لا يمكن تمشيتها، ومن اعتمد عليها فلضعفه في المعاني، لأن قوله: بعت منكما في جانبه كلمة واحدة. نعم في جانب المشتري هي بمنزلة عقدين ولو جاز أن نجعل عقدين لتعدد المشتري لجاز ذلك لتعدد الجميع.

والمعتمد من الجواب أن الصفقة وإن كانت واحدة، لكن يجوز لأحدهما أن يرد، لأن الخيار ثابت لهما، وهو حق مشروع؟ فيمكن من استيفائه على وجه لا يؤدي إلى تفويت وإسقاط بعدم مساعدة الآخر له. وأجاب عن كون الشركة عيبًا بأن التي كانت بين المشتريين قد زالت، والتي وجدت بين البائع والمشتري إنما وجدت بعدم الرد، والرد لا يعيب المبيع لكن يعيده إلى ملك البائع، ثم الشركة تثبت باختلاف الملك فلا يكون العيب الذي هو معلول الرد سابقًا لعلته، وما قاله أولًا لا

يمكن تمشيته، فإن من مقتضاه أن أخذ الوارثين لمشتري العين الواحدة مستقل بالرد، وليس كذلك لما سيأتي إن شاء الله تعالى، وما قاله ثانيًا وإن كان محتملًا فيمكن الانفصال عنه. وقد ظهر لك بما تقدم أنا إن قلنا باتحاد الصفقة منعنا انفراد أحدهما بالرد، وإن قلنا: بالتعدد فقولان: أحدهما: المنع لضرر التبعيض، هذا إذا نظرت إلى التعدد والاتحاد أولًا فلك أن تجعل القولين أولًا في الانفراد فأحرزنا، فمن ضرورته تجويز التفريق، وإن منعنا الانفراد هل ذلك لحكمنا بالاتحاد أو لضرر التبعيض؟ وإن كانت الصفقة متعددة ففيه وجهان، وهذه الطريقة أوفق لكلامهم، والأصح من الوجهين الثاني لما سيأتي من كلام البويطي.

التفريع على هذين القولين إن جوزنا الانفراد، فانفرد أحدهما فتبطل الشركة بينهما، ويخلص للممسك ما أمسك وللراد ما استرد، أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه الممسك واسترده الراد. حكى القاضي الماوردي فيه وجهين، قال الرافعي: أصحهما أولهما. قلت والوجه الثاني بعيد جدًا، وكيف يقال إن نصف العبد الذي أمسكه الممسك يكون بينه وبين الراد والراد لم يبق على ملكه شيئًا، وكيف يقال إن نصف الثمن الذي استرجعه الراد يأخذ الممسك نصفه وهو لم يرد شيئًا؟ ووجهه الماوردي أنه لم يكن بينهما قسمة. وهذا توجيه ضعيف، لأن ذلك يكون في المعين لا في المشاع، فإن النصف المشاع المردود مختص بالراد قطعًا، وحمله ابن الرفعة على ما إذا كان الثمن مشتركًا بينهما، وهذا الحمل قد يقال: إنه يصح معه الاشتراك في المسترد من الثمن، أما بقاء الشركة في نصف العبد الباقي فلا والتحقيق أنه لا تصح الشركة في المسترد من الثمن أيضًا لأن الثمن الذي كان مشتركًا بينهما ملكه البائع ثم انتقض ملكه في نصفه الشائع المختص بالراد بحكم رده ويقسمه الراد والبائع وهو قسمة جديدة واردة على ملكيهما، وليس للممسك فيها حظ، ونصفه الشائع لم ينقض الملك في شيء منه. فلا وجه لهذا الوجه أصلًا.

نعم: قد تقدم لنا عن صاحب «التقريب» شذوذ في جواز رد بعض العين الواحدة، فعلى ذلك إذا قال الراد: رددت النصف ولم يعين أنه نصفه، وقلنا بأن هذه الصيغة تحمل على الإشاعة كما هو في العتق وغيره على أحد الوجهين فيصح الرد في نصف نصيبه، ولكن لا يبقى نصيب الممسك مشتركًا ولا المسترد من الثمن مشتركًا لعدم صحة الرد في نصيب شريكه، بل يبقى للراد ربع العبد وللممسك نصفه، ويسترد الراد ربع الثمن، وبالجملة فهذا الوجه إلى الغلط أقرب. ومن التفريع على هذا القول أنه لا يلزم الراد ضم أرش التبعيض إلى ما يرد، لأن البائع الذي أضر بنفسه، قاله الإمام.

وإن منعنا الانفراد فذاك فيما ينقص بالتبعيض ما لا ينقص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبعيض أو اتحاد الصفقة، فعلى الأول يجوز وعلى الثاني يمتنع وهو الذي جزم به القاضي حسين، والتعليل الأول يمنع أخذ اتحاد الصفقة من هذا القول، والوجهان المذكوران بيانهما حكاهما الرافعي والإمام، وقد تقدم عن نصه في «البويطي» جواز ذلك في المشتري الواحد، ففي المشتريين أولى، ولذلك أصلح بعضهم بعض نسخ التنبيه، وجعل إن اشترى اثنان عبدًا، ولفظ «مختصر المزني» شاهد له، ونقله بعضهم عن «المختصر» سلعة مكان جارية، فيكون شاهدًا للنسخ المشهورة، ويكون كلام البويطي الذي حكيته مفيدًا لذلك.

وهذا إذا لم يقسماه، فإن اقتسماه فكذلك عند الإمام، وفيه فرض المسألة وبناه القاضي حسين فيما نقله ابن الرفعة على الخلاف في القسمة إن قلنا: إفراز، فكما قبل القسمة، وإن قلنا: بيع فكما لو اطلع على العيب بعد بيع بعضه. هكذا نقل ابن الرفعة عن القاضي، ولم أره في «تعليقه» هكذا، لكنه لو قال فيما لو اشترى مشاعًا كنصف عرصة ثم قاسم المبيع ثم وجد عيبًا قديمًا إن قلنا القسمة إفراز له الرد، وإلا فلا، كما لو باع بعض المبيع، قال: وفيه نظر.

قلت: أما البناء على أن القسمة إفراز أو بيع فمتجه متعين، وأما منع الرد إذا قلنا: أنها بيع فيما إذا قاسم البائع فمشكل على القاضي حسين لأنه تقدم عنه أن المذهب فيما إذا باع بعض العين من البائع أنه يرد فينبغي أن يكون هنا، الصحيح الرد على البائع إذا قاسمه على القولين، وذكر القاضي في «الفتاوى» إذا اشترى شقصًا من ربع وقاسم شريكه ثم وجد به عيبًا قال إن قلنا القسمة إفراز له الرد وإن قلنا: بيع فهو باع نصف ما في يده بنصف ما في يد شريكه. فيرد النصف الذي يملك من الشريك عليه، فإذا رد يعود إليه النصف الذي يملك منه الشريك ثم يرد الكل بالعيب، وإلا يبطل حقه، لأن الرد يعقبه فسخ العقد لاختلاف الملك، قال: وعلى هذا لو اشترى عبدًا بدراهم، وباعه بثوب، ثم وجد بالثوب عيبًا فرده واسترد العبد وبه عيب قديم، فإن كان قد علم به وهو في يد المشتري الثاني له أن يرد، لأنه قصد رد الثوب، والعبد عاد لا باختياره، وفيه وجه أنه لا يرد، لأنه برد الثوب اختار ملك العبد معيبًا.

قلت: هكذا قال القاضي، وهو على رأيه الذي سنذكره فيما إذا باع المعيب ثم اشتراه عالمًا بعيبه أنه لا يرده على الأول، والصحيح خلافه، ولو أراد الممنوع من الرد الأرش. قال الإمام: إن حصل اليأس من إمكان رد نصيب الآخر بأن أعتقه وهو معسر فله أخذ الأرش، وإن لم يحصل نظر إن رضي صاحبه بالعيب فيبني على

أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه إلى نصيبه وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن، هل يجبر على قبوله كما في مسألة النعل، وفيه وجهان، إن قلنا: لا، أخذ الأرش، وإن قلنا: نعم، فكذلك في أصح الوجهين، لأنه توقع بعيد، وإن كان صاحبه غائبًا لا يعرف الحال ففي الأرش وجهان عن حكاية صاحب «التقريب» من جهة الحيلولة الناجزة.

وقد بقي مسائل من هذا النوع لم يذكرها المصنف.

منها: إذا تعدد البائع، كما لو اشترى واحدًا عينًا من رجلين، فله رد نصف المبيع على أحد البائعين، وقاله القاضي حسين وغيره، فإن الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعًا، ووافقه أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ فيه، ولو اشترى واحد شقصين من رجلين فهل للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما؟ فيه وجهان أحدهما: نعم للتعدد، والثاني: لا، للضرورة. قاله أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وقد تقدم مذهبنا ومذهبه فيما إذا تعدد المشتري. قال القاضي حسين: فمذهب أبي حنيفة في الشفعة على عكس مذهبه في الرد بالعيب.

ومنها: إذا تعدد العاقدان بأن اشترى رجل عينًا من رجلين فهو في حكم أربعة عقود. وكان كل واحد منهما اشترى ربع المبيع من هذا والربع من ذلك. فله أن يرد نصيب أحد البائعين. وكذلك لصاحبه، قال القاضي حسين وغيره. ولو اشترى ثلاثة أنفس من ثلاثة أنفس عبدًا لكل واحد من الثلاثة أن يرد بيع العبد على كل واحد من البائعين الثلاثة، لأن حكمها حكم العقود التسعة، قاله الماوردي.

ومنها: إذا تعدد المعقود عليه والعاقد معًا بأن اشترى رجلان عبدين من رجلين فلكل واحد منهما رد الربع من العبدين على كل واحد من البائعين، وهل له رد الربع من أحدهما على أحد البائعين؟ على القولين في تفريق الصفقة في الرد. هكذا قال القاضي حسين.

وقال أيضًا في الصورة المذكورة بعينها في هذا الموضع بعينه: هل لكل منهما رد النصف من أحدهما على أحد البائعين؟ على القولين. هكذا رأيته في النسخة، وكأنها غلط، والصواب أن يقال على البائعين إسقاط أحدهما فإن كل واحد من المشتريين اشترى النصف من البائعين لا من أحدهما، والتحقيق في ذلك أن يقال: لهما رد العبدين على البائعين قطعًا، ورد نصفهما على أحد البائعين قطعًا، وهل لأحدهما رد نصفهما على البائعين، أو ربعهما على أحد البائعين؟ فيه الخلاف فيما إذا اشترى اثنان من واحد، وهل لأحدهما رد الربع من أحدهما على أحد البائعين على قولي التفريق فيما إذا اشترى عبدين من واحد، هذا إذا كان كل من العبدين مشاعًا بين البائعين.

ومنها: إذا كان أحد العبدين لهذا، والآخر لذاك، وجمعا بينهما في الصفقة وجوزناه على أحد القولين، فهل له رد أحد العبدين بالعيب إن جوزناه فيما إذا كانا لواحد فههنا أولى وإلا فوجهان، والفرق أنه رد عليه جميع ما ملك من جهته، قاله القاضي حسين، وقد تقدم عنه وعن غيره أنه يرد نصف العين الواحدة على أحد البائعين، فالقول هنا بأنه لا يرد بعيد.

ومنها: إذا اشترى رجل عبدين من رجلين مشتركين بينهما، فله أن يرد على أحدهما نصفي العبدين، وليس له أن يرد نصفي العبدين عليهما، ولو أراد رد نصف أحد العبدين على أحدهما فعلى قولين. ولو أراد رد ربع العبدين عليهما أو على أحدهما لم يجز بحال. قاله القاضي حسين. قال: والحد فيها أن فيما هو الخير يثبت الخيار وفيما هو الشر وجهان.

ومنها: اشترى اثنان عبدين من واحد فحكمهما ظاهر فيما تقدم أنهما رد العبدين قطعًا ولأحدهما رد حصته منهما على الأصح كأحد المشتريين الواحد، وليس له رد نصف العبد الواحد على الأصح كأحد العبدين مع المشتري الواحد، ولم أرها مسطورة.

فرع: جملة المسائل المذكورة ترجع إلى ثمانية أقسام، أن يتحد الجميع. أو يتعدد المبيع فقط أو المشتري فقط. وهذه الثلاثة مذكورة في الكتاب، أو يتعدد البائع فقط أو البائع والمبيع. أو البائع والمشتري. أو المبيع والمشتري أو يتعدد الجميع. ووجه الحصر أنه إما أن يتعدد الجميع أو يتحد الجميع. أو يتحد واحد فقط أو يتعدد واحد فقط. وفي كل من القسمين الآخرين ثلاثة.

فرع: لو اشترى شيئًا واحدًا في صفقتين نصفه بصفقة ونصفه بصفقة أخرى من ذلك الرجل أو من غيره جاز له رد أحد النصفين بالعيب دون الثاني بلا خلاف لتعدد الصفقة.

فرع: هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه أو كان عن كل واحد وكيل واحد. أما إذا عقد بالوكالة وحصل التعدد في الوكيل أو في الموكل. فهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعاقد أو المعقود له؟ فيه أوجه، أصحها: عند الأكثرين أن الاعتبار بالعاقد، وبه قال ابن الحداد، لأن أحكام العقد تتعلق به وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل، ويعتبر رؤيته دون رؤية الموكل.

والثاني: الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل. قاله أبو زيد والخضري ونسبه بعضهم إلى أئمة العراق. وهو الأصح في «الوجيز».

والثالث: الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي الشراء بالعاقد. قاله أبو

إسحاق المروزي ونسبه الروياني إلى القفال. والفرق أن العقد يتم في الشراء بالمباشر دون المعقود له. ولهذا لو أنكر المعقود له الإذن في المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع. قال الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ: وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل في الشراء في الذمة فإن وكله بشراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع.

والرابع: قال في «التتمة»: الاعتبار في جانب الشراء بالموكل، وفي البيع بهما جميعًا، فأيهما تعدد تعدد العقد اعتبارًا بالشقص المشفوع، فإن العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع، ولا يتعدد بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقصًا لاثنين، فللشفيع أخذ حصة أحدهما بالفلس ولو اشترى وكيلان شقصًا لواحد لم يجز للشفيع أخذ بعضه، وفي جانب البيع حكم تعدد الوكيل، والموكل واحد، حتى لو باع وكيل رجلين شقصًا من رجل ليس للشفيع أخذ بعضه، وإذا ثبت ذلك في الشفعة ثبت في سائر الأحكام.

قال صاحب «التتمة»: وهذا أبعد الطرق، لأن في باب الشفعة يأخذ من المشتري فإذا أخذ نصف ما في يده أضر به، وههنا يرد على البائع، فإذا تعدد البائع ورد على أحدهما ما كان له لم يتضمن ضررًا، وإذا تعدد الوكيل واتحد البائع فرد عليه نصف ماله تضمن ضررًا، وهذا الذي قاله صاحب «التتمة» صحيح، ومدرك الشفعة غير مدرك هذاالباب، ولذلك نقول في الشفعة: إن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري جزمًا، وفي البائع خلاف عكس ما في هذا الباب، ففي كل باب ينظر إلى المعنى المختص بذلك الباب.

والخامس: إذا كان الوكيل من جهة المشتري فالعبرة بالموكل، وإن كان من جهة البائع فالعبرة بالعاقد، وهذا بالعكس مما قاله أبو إسحاق حكاه القاضي حسين في «تعليقه»، وهو مغاير لما حكاه صاحب «التتمة»، فهذه خمس أوجه في تعدد الصفقة واتحادها إذا جرت بوكالة، ونقل صاحب «التتمة» عن القفال فيما إذا وكل رجلان رجلًا فاشترى لهما عبدًا.

قال: وقال القفال: إن كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فلأحدهما أن يرد نصيبه وإن كان البائع يعتقد أنه يشتري لنفسه أو اعتقد أنه وكيل لواحد فليس لأحدهما أن يرد النصف، وهذا ليس وجهًا سادسًا في التعدد والاتحاد، بل تفريع على القول بالتعدد، وهكذا يقتضيه كلام القاضي حسين وغيره، وعلى هذا مأخذه رضا البائع بالتبعيض وعدمه، وهو مأخوذ من نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في الرهن إذا اشترى رجل له ولشريكه عبدًا ورهن الثمن عينًا مشتركة، ثم وفر أحد الشريكين نصيبه من الثمن انفك نصيبه من الرهن على أحد القولين، وهل للبائع الخيار بخروج بعض الرهن عن يده قبل كمال حقه؟.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: إن كان البائع عالمًا بأنه مشتريه لنفسه ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له، وإن كان يعتقد أنه اشترى لنفسه على الخصوص أو لشريكه، وأن الرهن لواحد فله الخيار، وكذلك في هذه المسألة ولا دليل في ذلك، على أن القفال يقول بالتعدد لتعدد الوكيل في الشراء، ولا يخالفه، كما تقدمت الحكاية عنه في موافقة أبي إسحاق، ولكن مأخذه ما ذكر، وإنما ذكرت ما قاله مع الأوجه في تعدد الصفقة واتحادها، لأنا نحتاج إليه في هذا المكان، إذ المقصود ههنا ما يترتب على هذا الأصل من الفروع في الرد، ولا بد من التفريع عليه، وقد يجيء في بعض الفروع بسببه ستة أوجه، وضعف القاضي حسين قول أبي إسحاق، ورأى أن الصحيح مأخذ ابن الحداد ومأخذ أبي زيد، وأن أصلهما أن وكيل الشراء هل يطالب بالثمن؟ ووكيل البيع هل يطالب بتسليم المبيع؟.

فروع: على هذا الأصل، منها: لو اشترى وكيل لرجل شيئًا فخرج معيبًا فإن قلنا بالأصح وهو اعتبار العاقد مطلقًا، أو لقول أبي إسحاق، فليس لأحد الوكيلين إفراد نصيبه بالرد، وبه قطع الماوردي، وقاسه جماعة على ما لو اشترى ومات عن اثنين وخرج معيبًا لم يكن لأحدهما إفراد نصيبه بالرد، وهل لأحد الموكلين والاثنين أخذ الأرش؟ سيقع التعرض له إن شاء الله تعالى عند ذكر المصنف مسألة الاثنين في آخر الفصل إن شاء الله تعالى، فهذا إذا قلنا بقول ابن الحداد وهو الأصح، ويوافقه هنا قول أبي إسحاق، وإن قلنا بقول أبي زيد جاز لكل من الموكلين إفراد نصيبه بالرد، وكذلك على الوجه الذي حكاه صاحب «التتمة»، والوجه الذي حكاه القاضي حسين على رأي القفال يفرق بين علم البائع وجهله إن علم جاز لأحدهما أن يرد نصيبه، وإن جهل فلا لأنه لم يرض بتبعيض الملك عليه كذلك تقدم عن صاحب «التتمة»، وقال القاضي حسين وصاحب «التهذيب» ولم يعينا قائله، فحصل في هذا الفرع ثلاثة أوجه.

ومنها: لو وكل رجلان رجلًا ببيع عبد لهما، أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل، ثم خرج معيبًا، هل الأصح وهو قول ابن الحداد: لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما؟ وعلى الثلاثة الأوجه الأخر يجوز، وعلى الخامس يقتضي أن لا يجوز. وحكى الماوردي الوجهين هنا مع قطعه بالمنع أن التوكيل بالشراء كما تقدم يخالف بين الصورتين، وهو يقتضي طريقة بأن العبرة في جانب الشراء بالعاقد، وفي جانب البيع وجهان، ولذلك أبديت فيما تقدم نظرًا في قول من نسب قول أبي زيد إلى أئمة العراق.

ومنها: لو وكل رجلين في بيع عبده فباعه لرجل، فعلى الوجه الأول يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما، وعلى الأوجه الأربعة الأخر لا يجوز.

ومنها على ما قاله الرافعي: لو وكل رجلان رجلًا في شراء عبد، أو وكل رجل رجلًا في شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيبًا، فعلى الوجه الأول والثالث ليس للموكلين إفراد نصيبه بالرد، وعلى الثاني والرابع يجوز.

وقال القفال: إن علم البائع أنه يشتري لهما فلأحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتبعيض وإن جهله فلا، قلت: وهذا الفرع هو الأول بعينه، وقد تكرر ذلك في الشرح و«الروضة». وأظن الحامل على ذلك أن صاحب «التهذيب» ذكر هذا الفرع كما هو هنا، وذكر الحكم فيه بالرد ثم أعاده لأجل الكلام في الأرش، وغير عبارته فقال: إذا اشترى رجل بوكالة رجلين لهما شيئًا فذكرهما الرافعي بالعبارتين وقدم الثاني على الأول، وذكر حكم الرد في الموضعين، وكان يستغني بالأول عن الثاني. وتبعه في «الروضة» على ذلك، والله أعلم.

فرع: نقل ابن الرفعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشتري واحدًا لنفسه ولموكله، وصرح بذلك في العقد، فهل لأحدهما أن ينفرد بالرد؟ فيه وجهان. واختيار أبي إسحاق لا.. والثاني وهو الأصح وبه قال ابن أبي هريرة نعم.. لأنهما بالذكر صارا كما لو باشرا، حكاه صاحب «البحر» والقاضي أبو الطيب في كتاب الشركة.

قلت: وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا، والأصح ما ذكروه هنا، لأن الأصح أن الوكيل مطالب بالعهدة وإن صرح بالمباشرة.

ومنها: لو وكل رجلان رجلًا في بيع عبد، ورجلان رجلًا في شراء، فتبايع الوكيلان فخرج معيبًا، فعلى الأوجه، الأول: لا يجوز التفريق، وعلى الثاني والرابع: يجوز فلهما أن يردا على أحد البائعين نصف العبد، ولأحدهما أن يرد النصف عليهما، وله رد الربع من أحدهما لأنه جميع ما يملكه عليه، وعلى الثالث: في جانب المشتري متحد دون البائع، فيكون حكمه حكم الواحد يشتري من رجلين، فلهما أن يردا نصيب أحد البائعين، وليس لأحدهما أن يرد نصيبه عليهما، وعلى الخامس: يقتضي أنه كما لو اشترى اثنان من واحد عكس الثالث، فلكل من الموكلين في الشراء رد حصته بكمالها، وليس له رد نصفها على أحد الموكلين في البيع وعلى ما قاله القفال يفرق بين العلم والجهل كما تقدم، فهذه خمسة أوجه في هذا الفرع.

وصاحب «التتمة» حكى فيه خمسة أوجه أيضًا، لكنه لم يحك الوجه الذي قاله القاضي حسين، وإنما ذكر الوجه الذي تقدمت حكايته عنه، والذي يظهر في هذا الفرع أنه يتجه التفريع عليه، وعلى الثاني كما قدمت.

وأما الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه اختصر جدًا. وقال: فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق، وعلى الوجه الآخر يجوز، هكذا رأيته في النسخة، الوجه الآخر والمراد به قول أبي زيد، ويكون قد يدل التفريع على بقية الوجوه الأربعة التي ذكرها في «الروضة» وبعض نسخ الرافعي، وعلى الأوجه الأخر يجوز، فمقتضاه أنه يجوز على الوجه الثاني والثالث والرابع. فأما جوازه على الثاني والرابع فصحيح على إطلاقه كما تقدم. وأما على الثالث فليس على إطلاقه وقد تقدم بيانه.

ومنها: وكل رجل رجلين في بيع عبد، ووكل رجل آخرين في شراه، فتبايع الوكلاء، فعلى الوجه الأول يجوز التفريق. قال الرافعي والنووي: وعلى الوجوه الأخر لا يجوز، والأمر كما قالاه على الوجه الثاني مطلقًا. وأما على الثالث فيكون كما لو اشترى اثنان من واحد، وعلى الرابع كما لو اشترى واحد من اثنين، وعلى الخامس كذلك، ولا يخفى الحكم في ذلك، والرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ لم يذكر الوجه الخامس في أصل المسألة، فحصل في هذا الفرع أربع طرق. وهذه الفروع الخمسة ذكرها الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ وتقدمه بذكرها جماعة، وهي في الرافعي و«الروضة» ستة للتكرار الذي تقدم التنبيه عليه.

ومنها: ولم يذكره الرافعي: لو وكل الواحد رجلين في الشراء دون البيع، قال القاضي حسين: فعلى طريقة ابن الحداد والشيخ أبي إسحاق للموكل أن يرد النصف، وعلى طريقة أبي زيد ليس له رد النصف. قلت: وعلى ما حكاه صاحب «التتمة» والذي حكاه القاضي حسين أيضًا ليس له الرد، ولا يأتي هنا الوجهان.

فرع: إذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسمًا، لأنه إما أن يتحد وكيل البيع ووكيل الشراء وموكلاهما، وإما أن يتعدد الجميع، وإما أن يتحد واحد فقط وهو أربعة. وإما أن يتعدد واحد فقط، وهو أربعة، وإما أن يتعدد اثنان وهو ستة تقدم من هذه الأقسام الستة عشر ستة في الفروع الستة المذكورة، وهي إذا تعدد واحد فقط بصوره الأربعة، وقسمان من تعدد الاثنين وهما تعدد الوكيلين، وتعدد الموكلين، وبقيت عشرة منها اتحاد الجميع ولا حاجة إليه هنا، والتسعة الباقية لا يخفى تدبرها وتفريعها على الفقيه، وإذا أخذ مع هذه الأقسام تعدد العين المبيعة واتحادها كانت الأقسام اثنين وثلاثين فرعًا ويحتاج الفقيه في حكم كل منها وتفريعه إلى تيقظ، والله أعلم.

فرع: فأما إذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فستة عشر مسألة لأن العاقد لنفسه إما واحد أو متعدد. وعلى التقديرين فالوكيل مع موكله أربع صور صارت ثمانية مضروبة في تعدد المبيع واتحاده، فهذه ستة عشر في البائع ومثلها في المشتري، وقبلها اثنان وثلاثون، وقبلها فيما إذا كان العقد بغير وكالة ثمانية، وكل

منها إما أن يفصل فيه الثمن أو لا، ولولا التطويل لذكرت كل صورة من ذلك وحكمها وما يقتضيه التفريع فيها، ولكن معرفة الأصل كافية للتبيين، والله أعلم.

وإنما ذكرت تعدد المبيع واتحاده وإن لم يكن له أثر في تعدد الصفقة، لأن له أثرًا في الرد بالعيب الذي نتكلم فيه كما تقدم، والله تعالى أعلم.

فرع: هذا كله إذا جرى العقد بصيغة واحدة، فلو جرى بصيغتين فلكل منهما حكمها، وقد تقدم التنبيه على كل، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن مات من له الخيار انتقل الخيار إلى وارثه لأنه حق لازم يختص بالمبيع فانتقل بالموت إلى الوارث، كحبس المبيع إلى أن يحضر الثمن.

الشرح: قوله: لازم احتراز من الحقوق الجائزة التي تبطل بالموت كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الإقالة وخيار المكاتب ونحو ذلك وقوله: يختص بالمبيع احتراز من خيار الرجوع في الهبة والعيب في المنكوحة، هكذا ذكره المتكلمون على «المهذب».

وقال أبو الطيب في «تعليقه»: يتعلق بعين المبيع وجعله احترازًا من الأجل، فإنه يتعلق بما في الذمة، والأعيان لا تقبل التأجيل، وصورة المسألة إذا مات المشتري قبل الاطلاع على العيب أو بعد الاطلاع وقبل التمكن من الرد أو يحدث العيب قبل القبض بعد موت المشتري، ويقدر ثبوته للميت ثم ينتقل كما في سائر الأمور التقديرية، وهذا الحكم من كون خيار العيب ينتقل للوارث لا خلاف فيه، وقل من صرح به هنا، ولكن في خيار الشرط حيث يذكرون الخلاف فيه بيننا وبين الحنفية يقيسونه على خيار العيب.

قاعدة: الحقوق في «المهذب»، منها ما يورث قطعًا، ومنها ما لا يورث قطعًا، ومنها ما فيه خلاف، وجملة ما يحضرني من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب، وخيار الشفعة، وخيار الفلس، وحق حبس المبيع والرهن والضمان، ومقاعد الأسواق، وخيار الشرط، وخيار تلقي الركبان، وخيار تفريق الصفقة وخيار الامتناع من العتق، وخيار الخلف، وحق الحجر، وحق اللقطة، وحق المرور، والاختصاص بالكلب، وجلد الميتة ونحوهما. وخيار المجلس وقبول الوصية وحق القصاص وحد القذف والتعزير وخيار الرؤية إذا أثبتناه والتحالف والعارية والوديعة والوكالة والشركة والوقف والولاء، والخيار في النكاح خيار القبول وخيار الإقالة، وخيار الوكيل، وحق الرجوع في الهبة وحق الأجل والتعيين والتبيين في إبهام الطلاق، وفي نكاح المشرك، وتفسير الإقرار بالمجمل، والله تعالى أعلم.

فرع: لو قطع ابن المشتري يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشتري قبل التمكن من الاختيار وانتقل الإرث إلى الابن القاطع، هل له الخيار بحق الإرث؟ قال الروياني: يحتمل أن يقال: له الخيار لأنه يستفيد الخيار عن المورث لا عن نفسه بدليل أنه لو رضي بالعيب في حياة المورث ثم مات الأب كان له الخيار فإذا صح هذا فإن اختار إجازة البيع لم يغرم شيئًا للقطع لأنه ملكه. وإن فسخ كان عليه نصف القيمة ويسترجع الثمن. وفي القول الآخر يغرم نقصان القيمة إلحاقًا للمماليك بالأموال.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن كان له وارثان فاختار أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر لم يجز، لأنه تبعيض صفقة في الرد. فلم يجز من غير رضا البائع كما لو أراد المشتري أن يرد بعض المبيع.

الشرح: هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله هو الصحيح، وهو قول ابن الحداد، وقطع به جماعة منهم القاضي حسين والإمام، وممن صححه الرافعي والجرجاني، وقال الفوراني: إنه ظاهر المذهب. واستدلوا له بأن أحد الاثنين لو سلم نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف إليه، وبأنهما قائمان مقام المورث ولم يكره له التبعيض. وهذا هو استدلال المصنف رحمه الله. واحترز بقوله: تبعيض عن خيار الشرط، وبقوله الصفقة أي الواحدة عن المشترين وفيه وجه أنه ينفرد أحد الوارثين برد نصيبه لأنه جميع ماله حكاه الرافعي. ونقله أبو إسحاق العراقي عن حكاية أبي علي محتجًا بالصحيح المشهور في المكاتب إذا ورثه اثنان فأعتق أحدهما نصيبه أنه ينفذ والفرق بينهما ظاهر. ونظره ابن الرفعة بقوله في الراهن إذا مات وخلف اثنين فوفى أحدهما من الدين بقدر نصيبه أنه ينفذ نصيبه وبالجملة هذا الوجه ضعيف وإذا قلنا به فلا أرش وعلى الأول هل يجب الأرش للذي منعناه من الرد؟ فيه وجهان، أحدهما: يجب ونسبه الروياني إلى ابن الحداد لتعذر الرد كما بالتلف، والثاني: لا يجب، لعدم اليأس، فإنه يرجو موافقة صاحبه، قاله القاضي حسين، والأصح التفصيل إن حصل اليأس بأن علم الآخر بالعيب وأبطل حقه، أو توانى مع الإنكار، رجع هذا بالأرش، وإن كان يرجو موافقة صاحبه لغيبته أو حضوره مع عدم اطلاعه فلا. وهذا من القاضي رحمه الله قد يوهم أن في المسألة ثلاثة أوجه أحدها: أنه لا يجب الأرش مطلقًا وإن حصل اليأس، لكن الذي قاله الإمام وصاحب «التهذيب» والرافعي وجزموا به وجوب الأرش في حالة اليأس، وهو الظاهر، فليكن قول القاضي محمولًا على أنه أراد تنزيل الوجهين على ذلك. وعلته في الوجه الثاني ترشد إلى أن محله عند عدم اليأس. وكلام الروياني يدل على ذلك، فإنه حكى قول الرد وقول آخذ الأرش، وقول التفصيل. كما قاله القاضي ونسبه إلى القفال. وكذلك فعل صاحب «التتمة» قطع حالة اليأس بوجوب الأرش.

وحكى الوجهين حالة عدم اليأس لوجود التعذر والكلام في الوارثين كما صرح به القاضي حسين. والرافعي أجاز تعيينه فيما إذا وكل اثنان واحدًا بالشراء. ومنعنا كلا من الموكلين من الانفراد برد نصيبه، فهل له الأرش؟ فيه الخلاف المذكور، فيحصل بذلك مع الوجه الذي حكاه الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في مسألة الوارثين ثلاثة أوجه أصحها: لا يرد، ويأخذ الأرش أن أيس، والثاني: لا يرد الأرش، والثالث: يرد.

وقولنا هنا على الأول أنه يأخذ الأرش، أي هل هو على سبيل التعيين؟ أو للبائع أن يسقطه بالرضا بالرد الذي ذكره البغوي، وكذلك قطع الماوردي في مسألة الوارثين بأن البائع بالخيار بين أن يسترجعه بنصف الثمن وبين أن يعطي نصف الأرش، وهذا يقتضي أنه لا يكون هو الوجه الأول، ويكون المراد أنه يأخذ الأرش أي إن لم يوافق البائع على الرد.

وليس المراد أنه يجب الأرش عينًا، رضي البائع أو سخط، ويعضد هذا الاحتمال أن قول المنع الذي هو الصحيح منسوب إلى ابن الحداد كما تقدم، وهو مع ذلك قائل كما قاله القاضي أبو الطيب في «شرح الفروع» أنه إذا طلب أحد الاثنين الأرش يجبر البائع، كما قاله الماوردي، فعلى هذا إذا رضي البائع بالرد وسقط حق المشتري من الأرش، ويحتمل أن يكون كل من الكلامين محمولًا على ظاهره فيكون في المسألة أربعة أوجه، والاحتمال الأول حتى يكون قول ابن الحداد مطبقًا على ما هو الصحيح، ويدل عليه كلام صاحب «التهذيب»، والتحقيق في ذلك أنا إن جعلنا المانع كون الصفقة متحدة، ولا يقبل التفريق شرعًا فيمتنع الرد ويجب الأرش عينًا، وليس للبائع الرضا بالرد واسقاط حق المشتري من الأرش، وإن جعلنا المانع الضرر الحاصل للبائع بالتبعيض، فإذا رضي بالرد فقد رضي بحصول الضرر له، فيبطل حق المشتري من الأرش.

وأما الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه قال تبعًا لصاحب «التهذيب» في مسألة الاثنين، والموكلين في الشراء إذا منعنا أحدهما عن الانفراد أنه حصل اليأس عند رد الآخر فإن رضي به وجب الأرش، هذا وإن لم يحصل فكذلك على الأصح، فأما جزمه بالأرش عند اليأس الحقيقي فجيد وهو موافق لما تقدم عن الإمام، وقد تقدم أن كلام القاضي يوهم جريان الخلاف فيه وتأويله، وأما بقية الكلام عليه ففيه مناسبة في قوله: أن اليأس عن رد الآخر بأن رضي به وجب الأرش. هذا وإن لم يحصل فلذلك يحصل برضا الآخر وقد تقدم هو عن الإمام وقدمته عنه أن اليأس بإعتاق الآخر وهو معسر.

وأما الرضا فإنه قدم فيه خلافًا عن الإمام مبنيًا على أنه لو اشترى نصيب

صاحبه وضمه إلى نصيبه وأراده رده والرجوع بنصف الثمن، هل يجبر البائع على قبوله، إن قلنا: لا، وجب الأرش وإلا فكذلك في الأصح فقطعه هنا بأن الرضا يحصل به اليأس مخالف لما ذكر هناك.

وأما قوله: إن الأصح وجوب الأرش ـ إذا لم يحصل الرضا ـ فهو فيه موافق لصاحب «التهذيب»، وذلك مخالف لما صححه القاضي حسين، والترجيح بين التصحيحين متوقف على تحقيق المأخذ في وجوب الأرش وهل هو اليأس أو لا؟ والأول هو الذي يقتضيه كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وسأذكره عند ما إذا باع المبيع ثم اطلع على عيبه إن شاء الله تعالى، وإذا تحقق ذلك ظهر أن الأصح ما قاله القاضي حسين وإلا فالأصح على ما قاله الرافعي والبغوي.

فرع: إذا أوجبنا الأرش للممنوع من الرد، فهل هو أرش النصف، أو نصف الأرش، قد تقدم في كلام الماوردي في الاثنين، الثاني: وهو كذلك فإن الصفقة واحدة، وأحد الوارثين يستحق نصف ما كان الميت يستحقه، وهو مستحق عند تعذر الرد الأرش كاملًا فيستحق أحد وارثيه عند تعذر الرد نصفه وأما أحد الموكلين في الشراء فمن حيث كون الصفقة واحدة اعتبارًا بالوكيل على الأصح لنسبة مسألة الاثنين، وفيه نظر من جهة أنهما لا يتلقيان استحقاق الأرش من غيرهما حتى ينقسم بينهما، وإنما يثبت لكل واحد أرش نقصان ملكه وقد يكون أرش النصف أقل من نصف الأرش لأنا نثبته من قيمة النصف، وقيمة النصف أقل من نصف القيمة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت ـ فإن كانت الزيادة لا تتميز كالسمن ـ واختار الرد ردّ مع الزيادة، لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك، فلا يجوز أن ترد دونها.

الشرح: الزيادة المتصلة التي لا تتميز كالسمن، وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجر، وكثرة أغصانها تابعة، يرد الأصل ولا شيء على البائع بسببها، ويجبر البائع على قبول العين زائدة، وأوراق شجرة الفرصاد اختلف الأصحاب في أنها كالأغصان أو كالثمار، وأوراق سائر الأشجار كالأغصان، قالهما الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ، ولو اشترى غزلًا فنسجه، ثم علم به عيبًا. قال الماوردي: حكى ابن سريج فيه قولين.

أحدهما: يتخير المشتري بين الرد ولا أجرة له عن النسيج وبين الإمساك وأخذ الأرش، لأن النساجة أثر لا عين.

والثاني: أن البائع إن بذل الأجرة فله أن يسترده منسوجًا، وإن امتنع لزمه الأرش، لأن النساجة زيادة عمل في مقابلة عوض، قال الروياني: وهذا أصح

عندي، ولا يجوز غيره، قال المحاملي: وفي هذا نظر وأن خيار البائع إنما يترتب على إمساك المشتري، وطلب الأرش، فكيف يجعل قولًا ثانيًا؟

بل يتحرر الجواب في المسألة بأن نقول: المشتري بالخيار بين الرد، ولا أجرة له وبين الإمساك وأخذ الأرش، فإن اختار الإمساك كان للبائع دفع أجرة النسج والرد، فإن اختار ذلك أجبر المشتري، وإن لم يختر أجبر البائع على دفع الأرش، وقال صاحب «التهذيب»: لو زاد المشتري في المبيع شيئًا يصنعه بأن كانت دارًا فعمرها أو ثوبًا فصبغه، ثم اطلع على عيب إن أمكنه نزع الزيادة من غير نقص نزعها ورد الأصل، وإن لم يمكنه، فإن رضي البائع بأن يرده ويبقى شريكًا في الزيادة رد، وإن امتنع أمسكه، وأخذ الأرش، وسيأتي فرع طويل في الصبغ فيه زيادة على ما قال صاحب «التهذيب» هنا، أذكره إن شاء الله عند الكلام فيما إذا نقص المبيع.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كانت زيادة منفصلة كأكساب العبد، فله أن يرد ويمسك الكسب لما روت عائشة رضي الله عنها «أن رجلًا ابتاع من رجل غلامًا فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم به ثم وجد به عيبًا فخاصمه إلى النبي ﷺ ورد عليه، فقال الرجل: يا رسول الله... قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمان».

الشرح: حديث عائشة[1] هذا رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم في «المستدرك» وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وقد روي حديث عائشة هذا مطولًا كما ذكره المصنف رحمه الله ومختصرًا فالمطول من رواية مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، كذلك رواه الشافعي في «الأم»، ورواه الأئمة المذكورون. وقد وثق يحيى بن معين رحمه الله مسلم بن خالد يسأله العباس بن محمد عنه فقال: ثقة، وكذلك قاله في رواية الدارمي عنه، لكن البخاري رحمه الله قال عنه: إنه منكر الحديث، وقال أبو داود عقب روايته لهذا الحديث: هذا إسناد ليس بذاك.

وأما «المختصر» فلم يذكر فيه القصة، واقتصر على قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان» رواه أيضًا مسلم بن خالد عن هشام، ورواه عنه الشافعي رحمه الله في «الأم»، وتابع مسلمًا على روايته هكذا عمر بن علي المقدمي، وهو ثقة متفق على الاحتجاج بحديثه. رواه الترمذي عن أبي سلمة يحيى بن خلف الجوباري وهو ممن روى عنه

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٠٨) والنسائي في سننه (٧/ ٢٥٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٤٢) وأحمد في المسند (٦/ ٤٩) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٥) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٢١) والشافعي في مسنده (٢/ ١٤٣).

مسلم في «صحيحه» عن عمر بن علي، وهذا إسناد جيد، ولذلك قال الترمذي فيه: هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة ولفظ الترمذي في هذه الرواية: «أن النبي ﷺ قضى أن الخراج بالضمان» وقد روى مختصرًا أيضًا من طريق هي أشهر من هذه وإن كانت هذه أحسن وأصح عن مخلد بن خفاف عن عروة، رواه الشافعي رحمه الله في «الأم» و «المختصر». رواه المختصر عمن لا يتهم عن ابن أبي ذؤيب، وفي «الأم» عن سعيد بن سالم عن أبي ذؤيب، ورواه أبو داود والترمذي وقال: حسن والنسائي والحاكم في «المستدرك» من جهة جماعة عن أبي ذؤيب عن مخلد.

وعن مخلد قال: ابتعت غلامًا فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمته فيه إلى عمر بن عبد العزيز، فقضى له برده وقضى علي برد غلته، فأتيت عروة فأخبرته فقال: «أروح إليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله ﷺ قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان فعجلت إلى عمر فأخبرته ما أخبرني عروة، فقال عمر: فما أيسر علي من قضاء قضيته، الله يعلم أني لم أر فيه إلا الحق، فبلغني فيه بسنة عن رسول الله ﷺ فراح إليه عروة فقضى له أن أخذ الخراج من الذي قضى به علي له».

وقد تكلم في مخلد وإسناده هذا، فقال الأزدي: مخلد بن خفاف ضعيف وسيد أبو حاتم عنه فقال: لم يرو عنه غير ابن أبي ذؤيب، وليس هذا إسنادًا تقوم به الحجة، يعني الحديث، وعن البخاري أنه قال: هذا حديث منكر ولا أعرف لمخلد بن خفاف غير هذا الحديث، قال الترمذي فقلت له: فقد روي هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها، فقال: إنما رواه مسلم بن خالد الزنجي وهو راهب الحديث.

وقال الترمذي بعد رواية المقدمي: استغرب محمد بن إسماعيل ـ يعني البخاري ـ هذا الحديث من حديث عمر بن علي، قلت: يراه تدليسًا، قال: لا، وإذا وقفت على كلام هؤلاء الأئمة قضيت بالصحة على الحديث كرواية المقدمي، لا سيما وقد صرح البخاري بانتفاء التدليس عنها، وإن كانت غريبة، وقضاء عمر بن عبد العزيز بهذا كان في زمن إمرته على المدينة. قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم، قال: وتفسير «الخراج بالضمان» هو الرجل يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبًا فيرده على البائع، فالغلة للمشتري، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان. وقال الأزهري: الخراج الغلة، يقال خارجت غلامي إذا وافقته على شيء وغلة يؤديها إليك في كل شهر ويكون مخلي بينه وبين كسبه وعمله.

قال الشيخ أبو حامد: ومنه خراج السواد لأن الفلاحين كانوا يعطون شيئًا من

الغلة عن الأرض. وقال الماوردي رَحِمَهُ اللَّهُ: الخراج اسم لما خرج من الشيء من عين ومنفعة وقال القاضي أبو الطيب: الخراج اسم للغلة والفائدة التي تحصل من جهة المبيع، ويقال للعبد الذي ضرب عليه مقدار من الكسب في كل يوم أو كل شهر: مخارج.

قال: وقولنا «الخراج بالضمان» معناه أن الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه فلما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لأن الضمان انتقل إليه بالقبض كان الخراج له ولا يدخل على هذا ضمان المغصوب على الغاصب لأنه ليس له وإنما هو ملك المغصوب منه مضمون على الغاصب. والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضمونًا على المالك، وهو أن يكون تلفه من ماله فإذا كان تلفه من ماله كان خراجه له. ووزانه أنه يكون خراج المغصوب للمغصوب منه، لأن ملكه وتلفه منها من ماله.

والشيخ أبو حامد اعتذر عن هذا بأنه لم يقل الخراج بالضمان مطلقًا، وإنما قالت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «قضي في مثل هذا أن الخراج بالضمان» وفي ذلك الموضع كان الشيء ملكًا له وقد حصل في ضمانه، وكل موضع يكون ملكًا والضمان منه تكون الغلة له. والمغصوب والمستعار والوديعة إذا تعدى فيها كل هذه المواضع لا ملك له فلم تكن الغلة له. وهذا المعنى من كون المراد أن الخراج تابع للملك والضمان هو المعتمد، ولا خلاف أن عدم الملك لا يكون الخراج له. وقد رأيت في كتاب الأزهري على ألفاظ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أنه إذا اشترى الرجل عبدًا بيعًا فاسدًا فاستغله أو اشتراه ببيع صحيح فاستغله زمانا ثم عثر منه على عيب فرده على صاحبه، فإن الغلة التي استغلها من العبد وهي الخراج طيبة للمشتري، لأن العبد لو مات مات من ماله لأنه كان في ضمانه فهذا معنى الخراج بالضمان. وهذا الذي قاله الأزهري رَحِمَهُ اللَّهُ في البيع الفاسد غلط لا يأتي على مذهبنا.

واعلم أن ما حكيته من كلام الأصحاب يقتضي أن اسم الخراج شامل للعين والمنفعة بالنص، وكلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الرسالة» يقتضي خلاف ذلك، وأنه قاس ما خرج من تمر حائط وولد على الخراج، وأن الشاة المصراة إذا رضيها ثم اطلع على عيب آخر بها بعد شهر ردها، ورد بدل لبن التصرية معها صاعًا، وأمسك اللبن الحادث قياسًا.

قال ابن المنذر: قال بظاهر قوله: «الخراج بالضمان» شريح والحسن البصري وإبراهيم النخعي وابن سيرين وسعيد بن جبير، وبه قال مالك والثوري والشافعي وأحمد وأبو إسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، قال مالك في أصواف الماشية والشعور كذلك وقال في أولاد الماشية يردها مع الأمهات وقد ذكر أبو ثور عن أصحاب

الرأي أنهم ناقضوا فقال في المشتري: إذا كانت ماشية فحلبها أو نخلًا أو شجرًا فأكل من ثمرها لم يكن له أن يرد بالعيب ويرجع بالأرش، وقال في الدار والدابة والغلام: الغلة له ويرد بالعيب.

قلت: قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشتري من المبيع، إما أن يكون غير متولد من العين أو متولدًا منهما، فالأول إما منافع كاستخدام العبد وتجارته وما اعتاد اصطياده واحتطابه واحتشاشه وقبول الهدية والوصية ووجدانه ركازًا أو لقطة، ومهر الجارية إذا وطئت بالشبهة وأجرة المبيع إذا أجره وأخذ أجرته، فكل ما حصل من ذلك ـ نادرًا كان أو معتادًا ـ للمشتري أن يستأثر به ويمسكه ويرد المبيع وحده، ويسترجع جميع الثمن قولا واحدًا، لا خلاف في ذلك للحديث، هكذا قاله جماعة.

وعن الرافعي في تلف المبيع قبل القبض أن الموهوب والموصى به والركاز والكسب على الخلاف، وسيأتي عن القاضي حسين ما يقتضي جريان الخلاف في المهر قبل القبض عند التلف، وقد حكى عن عثمان الليثي وعبد الله بن الحسن أنه يلزمه رد غلة العبد حقه، وقال عبيد الله: ويرد الهبة التي وهبها أيضًا. وكان شبهتهما أن الفسخ يرفع العقد من أصله، وسيظهر الجواب عنه إن شاء الله تعالى. وعن أبي حنيفة أنه إن رد قبل القبض رد الكسب والغلة وجميع ما ليس من غير الأصل مع الأصل، وإن رد بعض القبض ولا يمنعه ذلك من الرد، وما أظن أحدًا يقول أنه يجب عليه رد أجرة استخدامه للعبد وتجارته له، وسكنى الدار ومركوب الدابة ونحوه مما هي منافع محضة لا أعيان فيها، ولو قال: إن الفسخ يرفع العقد من أصله، ووجه الاعتذار على ذلك لعله يتعرض له فيما بعد عند ذكر هذا الأصل إن شاء الله تعالى.

فائدة أخرى: الموجود في النسخ في لفظ الحديث قد استعمل غلامين ـ بالغين المعجمة واللام المشددة ـ وضبطه صاحب «الاستقصاء» ـ بالعين المهملة وميم بعدها وتخفيف اللام ـ وكل ما ذكر في العبد فمثله في الأمة إلا الوطء فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى، وإلى هذا القسم أشار المصنف رحمه الله بقوله: اكتساب العبد، وكذلك سكنى الدار وركوب الدابة، كل ذلك أدخله الأصحاب في اسم الغلة، وإن كان قد لا يشمله اسم الزوائد الذي تضمنه كلام المصنف إن شاء الله تعالى، وأما المتولد من العين فسيأتي حكمه في كلام المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فأثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمرة، لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل كغلة العبد.

الشرح: هذا هو القسم الثاني أن تكون الفوائد الحاصلة أعيانًا متولدة من غير المبيع، كالولد والثمرة واللبن والصوف الحادث بعد العقد، وأوراق الفرصاد على أحد الوجهين كما تقدم، وقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة مذاهب. مذهبنا أنه يمسك الثمار والفوائد الحاصلة، ويرد الأصل بالعيب إذا لم يكن قد نقص بذلك، يعني فلا يغيره، وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: لا يكون له الرد ويأخذ الأرش. وقال مالك: يرد مع الأصل الزيادة التي هي من جنس الأصل، وهي الولد، ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة، بل يرد الأصل وحده، فوافقنا على الرد وخالفنا في إمساك النتاج، وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ خالفنا في الرد، ومعتمدنا في جواز الرد وجود العيب. وفي إمساك الفوائد الحديث، فإن الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة، وقد ورد في رواية أخرى أن الغلة بالضمان، والغلة تشمل الثمرة وغيرها والمصنف رحمه الله جعل الدليل في ذلك القياس على غلة العبد التي ورد النص فيها، وأبو حنيفة يسلم الحكم فيها قبل القبض، ومالك رَحِمَهُ اللَّهُ يسلم الحكم فيها مطلقًا.

ومعتمد المخالفين أمران، أحدهما: أن الفسخ رفع للعقد من أصله، وهذه قاعدة ينبني عليها فروع هذا الفصل. وقد اختلف أصحابنا فيها، والمذهب الصحيح وبه قال ابن سريج أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله، لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى، فكذلك الفسخ، وبدليل أنه لا يسقط به الشفعة ولو انفسخ من الأصل لسقطت، ولأنه لو باع عبد الجارية فأعتق الجارية ثم رد العبد بالعيب لم يبطل العتق به، ولو كان فسخًا من الأصل لبطل، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده. وفيه وجهان آخران، أحدهما: أنه إن اتفق قبل القبض يرفعه من أصله، لأن العقد ضعيف بعد، فإذا فسخ فكأنه لا عقد يخالف ما بعد القبض، ولا فرق في ذلك كما اقتضاه كلام الإمام بين أن يكون العيب مقارنًا للعقد أو حدث قبل القبض، قال ابن الرفعة: وفي الثاني نظر كيف يتقدم على سببه، ولعل ذلك لأن ما قبل القبض ملحق بما قبل العقد في الضمان وفي ذلك أيضًا.

والثاني: أنه يرفعه من أصله مطلقًا تخريجًا في القول بوجوب مهر المثل إذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المنتبش، وهذا الوجه حكاه الرافعي عن «التتمة» هكذا، وهو في «التتمة» لكن ليس فيها التصريح بقوله مطلقًا، ومراد الرافعي بالإطلاق بالنسبة إلى ما قبل القبض وبعده، وأما بالنسبة إلى العيب المقارن والطارىء فلم يتعرض لذلك، وفي «التتمة» توجيه الوجه الذي حكاه بأن سبب الفسخ قارن العقد وهو العيب، فيستند الحكم إليه، ويجعل كأنه جمع في العقد بين موجود ومعدوم، حتى يصير كأن العقد لم يكن.

قال ابن الرفعة: وهذا من كلام يقتضي اختصاص هذه الطريقة بالعيب المقارن وفي العيب الحادث، يعني قبل القبض إذا فسخ به بعد القبض، ينبغي أن يضاف الفسخ تفريعًا عليها إلى وقت حدوث العيب، لا إلى أصل العقد كما نقله عن بعض الأصحاب في فسخ النكاح.

قلت: وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد، كما اقتضاه كلام الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ من التسوية بين العيب المقارن والطارىء في جريان الخلاف قبل القبض، فعلى الطريقة التي حكاها صاحب «التتمة» يكون كذلك، ولو ثبت ما أشار إليه ابن الرفعة واقتضاه كلام صاحب «التتمة» لزم إثبات وجه باستناد الفسخ إلى حالة حدوث العيب، سواء حصل الفسخ قبل القبض أم بعده، ولا نعلم من قال به في شيء من الحالتين.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: الرد بالعيب قبل القبض يرفع العقد من أصله وأما بعد القبض ـ فإذا كان بالتراضي ـ فيرفعه من حينه، وإن كان بحكم الحاكم فيرفعه من أصله، واستدل أبو حنيفة على أن الفسخ يستند إلى الأصل بأنه لا تجب فيه الشفعة. وأجاب أصحابنا رحمهم الله بأن الإقالة لا تجب فيها الشفعة ومع ذلك لا ترفع العقد من أصله، وجعلوا الرد في كونه رافعًا من حينه مقيسًا على الإقالة، ثم قالوا: لو كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأبطل حق الشفيع، وهو لا يبطله، فدل على أن الفسخ قطع للعقد من حينه.

إذا ثبت هذا الأصل: فنحن نقول بأنه يرفع القعد من حينه، فلذلك تكون الزيادة الحادثة في ملك المشتري له، ولا يمنعه ذلك من فسخ العقد كالإقالة، وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ يقول: لما كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأنه جبر له بخلاف الإقالة أوجب ذلك أن يرد النماء الحادث، لكنا أجمعنا أي نحن وأنتم على أنه لا يلزمه رد النماء، فدل على أنه لا يجوز الرد، وأيضًا قالوا: لا يجوز رده بدون النماء المنفصل كالمتصل، ومالك رَحِمَهُ اللَّهُ يجري قوله في رد الولد على هذا الأصل، لكنه يلزمه ذلك في سائر الزوائد، والثمرة أولى بالرد إذا كانت مؤبرة حين الرد لأنها متصلة، والولد منفصل، فلما وافق على عدم ردها لزمه ذلك في النتاج.

وأما أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ فيلزمه التسوية بين الكسب الحاصل من غير العين والنتاج والثمرة الحاصلة من العين، وقد فرق بينهما فقال: يجوز الرد وبقية الأكساب له بعد القبض دون ما قبله كما تقدم، وقال هنا يمنع الرد، وذلك تناقض، بل كان اللائق بأصله أن يسوي بين الجميع، وأن يجوز الرد ويرد الزوائد كلها.

الأمر الثاني: أن الزيادة الحادثة بعد البيع مبيعة تبعًا، لأنه لا سبب للملك فيها

إلا سراية الملك من الأصل إليها، والأصل مبيع، فيسري حكمه إليها على صفته، ومع هذا الأصل لا يحتاج في رد الفوائد إلى أن العقد يرتفع من أصله، بل يرد الفسخ على الولد مع الأصل، وهذا قول للمالكية، وبه تتمسك الحنفية أيضًا، ونحن نسلم أن سراية الملك من الأصل إليها والأصل مبيع، فيسري حكمه إليه حاصلة، ولكن سراية العقد لا معنى لها، فإن العقد لا يرجع إلى وصف المحل المعقود عليه إذ لا معنى لكونه معقودًا عليه إلا لكونه مقابلًا بالثمن بحكم صيغة العقد وهذه المقابلة لم تحصل الزيادة. وعلى هذا الأصل تخرج مسائل الأولاد في الطرد والعكس.

أما ولد المرهونة فليس بمرهون عندنا، فإن التوثق بالمرهون لا يرجع إلى صفة فيه. وولد المرهونة ليس مرهونًا بالاتفاق حتى لا يتعدى حق الرجوع إليه لأن الرجوع سلطة للمنعم فيما أنعم به ولم ينعم إلا بالأم. والولد متولد من الموهوب يسري إليه ملك الهبة لا عقد الهبة، وولد الأضحية المعيبة وولد المستولدة كأمهما، لأن الملك في المستولدة نقص بالاستيلاد، وصار ذلك وصفًا لها والشاة صارت كالمسلمة إلى الله تعالى من وجه، وكالناقة من وجه، وهذا راجع لصفتها وولد المكاتب وولد المدبرة فيهما اختلاف قول، ومنشؤه التردد في أن نقصان الملك من المكاتبة هل يضاهي النقصان في المستولدة؟ أم يقال الكتابة حجر لازم كالحجر في المرهون؟ فتبين بهذا أنه إنما يسري إلى الولد ما كان وصفًا للأم والخصم يرد ذلك في الرهن والبيع إلى صفة في المحل برغم أن ذلك وصف شرعي كالتضحية والاستيلاد.

فهذا فصل مفيد في هذا المعنى من كلام الغزالي رَحِمَهُ اللَّهُ قال: والنظر في الفرق والجمع في هذه الصورة دقيق، والطريق فيه ما نبهنا عليه. وإذا تمهد أن الزيادة ليست مبيعة بطل القول برد النتاج والأكساب، وبطل القول بذلك فيما قبل القبض أيضًا، وبطل منع الرد بسببها بعد القبض، لأنها إذا لم تكن مبيعة فالبيع هو الأصل، وقد تمكن من رد ما اشترى كما اشترى، فليجز لها لرد بعيب قديم لم يرض به كما إذا هلكت هذه الزوائد، ثم على أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ في هذا الطريق مزيد إشكال، فإنه إن كان مبيعًا فليرد الأصل معها، كما قال مالك، وكما قال أبو حنيفة قبل القبض، وإن لم يكن مبيعًا فامتناع الرد بسببه لا معنى له. وعند هذا قد تم النظر في مذهبنا.

هذا كلام الغزالي رَحِمَهُ اللَّهُ في المأخذ وقد تكلم الأصحاب في الأولاد في كتاب الرهن وهي ولد المرهونة وأم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة بصفة. والأضحية والمدبرة والجانية والضامنة والشاهدة والوديعة والعارية والمستأجرة والمغصوبة والمأخوذة بالسوم، والموصي بها، والزكاة، وإن يسر الله تعالى من الوصول إلى الرهن أذكر تفصيلها هناك إن شاء الله تعالى وله أكمل.

وههنا تنبيهات أحدها: أن الذين قالوا من أصحابنا: أن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحدًا منهم يقول بامتناع الرد كما يقوله أبو حنيفة، لا قبل القبض ولا بعده، وذلك يدل على أحد أمرين إما ضعيف القول المذكور، وإما أنه لا تلازم بينه وبين امتناع الرد كما تقدم في البحث مع أبي حنيفة، وفي كلام الإمام والغزالي ما يشعر بالملازمة بينهما فإن كان كذلك فلعل سكوتهم عن طرد القول المذكور يضعفه.

الثاني: أن مقتضى القول برفع العقد من أصله، وإن كان بعد القبض أن يرد الزوائد، والأصحاب رحمهم الله حكوا قولين في رد الزوائد إن كان الرد قبل القبض، وبنوهما على الخلاف في الطريقة المشهورة أن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه، فعلى الأول يرد وعلى الثاني وهو الصحيح لا يرد، أما إذا كان الرد بعد القبض فلم نعلم أحد يقول برد الزوائد، ومقتضى الطريقة التي نقلها صاحب «التتمة» أن يجري الخلاف فيها أيضًا، وابن الرفعة اعتذر عن ذلك بأنه لعل من يقول بأنه يرفع العقد من أصله، وإن أطلقه يريد به ما ذكره الغزالي رَحِمَهُ اللَّهُ في كتاب الصداق حيث تكلم في الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفي الصداق وهو أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله بالإضافة إلى حينه ثم اعترض على نفسه بأن مثل هذا يجوز أن يقال في الرد قبل القبض، ولم يقولوا به بل جزموا على القول بأنه يرفع العقد من أصله بأن الزوائد للبائع وأجاب بأن الذي أحوجهم إليه بعد القبض استقرار العقد والاستقرار معقود قبله.

الثالث: أن كلام المصنف رحمه الله جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل، وهو كذلك فيما إذا كان الرد بعد القبض، أما قبل القبض ففيه الخلاف كما تقدم، ولكن طريقة العراقيين كما جزم به المصنف رحمه الله من القطع بعدم رد الزوائد، وأن الرد فسخ للعقد من حينه لا من أصله، وإنما الخلاف في طريقة غيرهم، والأصح عند غيرهم أيضًا كما جزموا به.

الرابع: قد علمت أنه لا خلاف أن الرد إذا وجد بعد القبض لا يرد معه الزوائد ولا فرق في ذلك بين الزوائد التي حصلت بعد القبض والتي حصلت قبله بلا خلاف وإنما محل الخلاف في الزوائد قبل القبض إذا كان الرد قبل القبض وقد وقع في «الوجيز» ما يوهم خلاف ذلك، فإنه قال: يسلم الزوائد للمشتري إن حصلت بعد القبض وكذلك لو حصلت قبله على أقيس الوجهين، وحملوا ذلك على أنه طغيان قلم بزيادة التاء، ويكون المراد حصل أي الرد ويستقيم الكلام.

الخامس: في عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعي أن الفسخ رفع للعقد من حينه، وقيل: من أصله، وفي عبارة آخرين منهم القاضي حسين والإمام أن الرد قطع

للعقد من حينه، ولا يستند ارتفاع العقد إلى ما تقدم، وفي عبارة الماوردي شيء منه، ويعرض في ذلك بحثان.

أحدهما: هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد أو لا؟ والثاني: أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا؟ والجواب: أما الأول فالرفع والقطع ليسا بمعنى واحد، فإن القطع صادق على قطع النكاح بالطلاق وقطع الملك بالبيع، وكثير من أسباب الانتقالات، ولا يسمى شيء من ذلك رفعًا، والرفع من حينه يسمى قطعًا لأنه انقطع به الملك حقيقة، فالرفع من حينه أخص من القطع فكل رفع من حينه قطع وليس كل قطع رفعًا. ولذلك وقع في كلام الإمام والماوردي رحمهم الله تسميته بالقطع.

والسر في الفرق بين الرفع والقطع الذي ليس يرفع أن الرفع معناه إبطال أثر العقد المتقدم. واستصحاب ما كان قبله حتى إن الملك العائد بعد الفسخ من آثار السبب المتقدم على العقد السابق، وليس ملكًا جديدًا بالفسخ بخلاف البيع وسائر أسباب الانتقالات، فإنها مقتضية ملكًا جديدًا هو من آثار هذه الأسباب وليس أثر السبب سابقًا ولا أبطل العقد المتقدم على هذا انتقال، بل هذا الانتقال بالبيع هو من آثار الشراء السابق، فافهم ذلك. فإن الإنسان إذا اشترى عينًا فكل تصرف يصدر منه فيها ببيع أو غيره هو مستفاد من شرائه، وأما الفسخ فإنه نقض لشرائه وإبطال له.

وأما الثاني: وهو أن الفسخ من الأصل. هل معناه تبين عدم الملك؟ فهذا هو المتبادر إلى الفهم لا بمعنى أنا نتبين أن العقد لم يوجد فإن العقد موجود حسًا بمعنى أنه يتبين ارتفاع أثره، وأن الملك لم يحصل وهذا بهذا التأويل في نهاية الإشكال. فإن السبب الرافع للعقد هو الفسخ، فكيف يتقدم المسبب على سببه؟ ولا يخلص من ذلك أن نقول: إنه بطريق التبيين، لأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح قد وجد مستجمعًا لشرائطه ولم يترتب أثره عليه، ولا يقال: إن من شرطه عدم طريان الفسخ عليه، لأن ذلك أمر لا غاية له ولا يرتبط الحكم به، ولا يشك أن الملك حاصل الآن إذا جمعت شروطه، ولا يوقف الأمر في ذلك على أمر مستقبل ولو كان الأمر على ذلك ـ وإنما يتبين عدم الملك ـ لكان ينبغي أن يجب رد أجرة الاستخدام وسكنى الدار وركوب الدابة، بل كان يلزم أن يجب على المشتري أجرة ملك المدة التي أقام المبيع تحت يده، سواء فوتها أم فاتت بنفسها، إلا أن يقال إن ذلك مأذون فيه وقد أباحه له البائع.

لكنا نقول: إنه إنما أباحه وأذن فيه بمقتضى العقد هذا، والعقد هو المتضمن للإباحة فإذا ارتفع ارتفعت، وكان يلزم أن يتبين بطلان الهبة التي وهبت له إذا

اشترطا إذن السيد في القبول، لأنه لم يأذن، وأن يكون المهر إذا وطئت بالشبهة باقيًا في ذمة الواطىء وأما قبضه المشتري منه لم يقع الموقع لعدم ملكه وأن يكون ما أخذه المشتري من صيد وحطب وحشيش واستهلكه يجب عليه قيمته للبائع، وقد تقدم من كلام الغزالي عن الحنفية ما يقتضي أن الزوائد الهالكة لا تمنع من الرد، وأن امتناع بقاء الولد على ملك المشتري بعد الرد لأنه يصير مبيعًا بغير عوض. وهذا يفهم أن المحذور من القول بقاء الولد على ملك المشتري أنه يصير ملكًا لا سبب له، على القول بارتفاع العقد من أصله، وهو يفيد أن المقصود بارتفاع العقد من أصله ليس هو بطريق السهل، بل كما قاله الغزالي رحمه الله في كتاب الصداق، أو أنه يرتفع من أصله بالإضافة أو إلى حينه، أي في هذا الوقت بحكم ارتفاع جملة آثار العقد، ومن جملة آثاره ملك النتاج والكسب الموجود، فيرتفع الملك فيها على هذا القول ويعود إلى البائع.

فيرجع حاصل القول بأنه يرتفع من أصله إلى أن المراد ارتفاع جملة آثاره من الآن، والمراد بارتفاعه من حيث أنه لا ترفع آثاره وإنما يرتفع الملك في المبيع فقط، وهذا تفسير لا يسبق الذهن إليه، فإن ثبت أن الزوائد الهالكة غير مضمونة، وأن قبوله الهبة وتصرفه بإذن المشتري صحيح، وقبض المشتري لمهر الشبهة صحيح، وجب الحمل على هذا المعنى، وحينئذ لا يشكل عليه عدم وجوب أجرة الاستخدام والسكنى والركوب، ولم أجد الأصحاب صرحوا في هذه المسائل بشيء، بل كلامهم يقتضي كالصريح أنه لا يجب أجرة الاستخدام ونحوها، وإنما الخلاف في الأكساب والأعيان الحادثة من نفس المبيع.

وأما الحنفية فعندهم الاكتساب والصيد لا يملك بملك الأصل، بل باليد، فلا يمنع الرد عندهم، وكذلك أجرة الاستخدام ونحوها لا تجب على أصلهم، ولكن إن وافقونا على عدم لزوم قيمة الولد الهالك، والمسائل المتقدمة احتاجوا إلى الحمل على المعنى المذكور كما احتجنا إليه. ونحن إليه أحوج لأجل عدم لزوم أجرة المدة الماضية ولا تمنع الزيادة الرد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا إذا كانت حادثة من نفس المبيع. وقال زفر: يجب رد مهر الشبهة الذي قبضه المشتري معها.

السادس: أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج للضمان، فينبغي أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد أو الفسخ، والأول لم يقل به أحد، والثاني لم يقل به إلا على وجه ضعيف في بعض الصور، وهي ما إذا حصل الرد قبل القبض فما وجه تعطيل دلالة الحديث في ذلك، والعمل بها فيما بعد القبض للمشتري، والجواب أن محل الحكم الذي ورد فيه النص إنما كان بعد القبض إذا حصل فسخ

على ما تقدم من ألفاظ الأحاديث، لا سيما قوله: قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان. فيكون الخراج معللًا بالضمان في الملك. وذلك مفقود في البائع وفيما قبل القبض.

فإن قلت: المحل لا تأثير له، والعلة التي ذكرها الشارع الضمان، فيجب أن يدور الحكم معها وجودًا وعدمًا، فيكون الخراج قبل القبض للمشتري فيه نقض للعلة في جانب البائع، ووجود الحكم بدونها في جانب المشتري.

قلت: قال الغزالي رحمه الله: ذكر هذه العلة فيما بعد القبض لقطع استبعاد السائل كون الخراج للمشتري وقبل القبض معلل بعلة أخرى، وهو أن الزوائد حدثت في ملكه، والحكم قد يعلل بعلتين يعني فاقتصر النبي ﷺ على التعليل بالضمان لكونه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه، فإن الغنم في مقابلة الغرم، وإن كانت العلة الأخرى وهي الملك حاصلة، ولكن نفس البائع تنقاد للأولى أكثر، والله أعلم.

السابع: أن الخلاف المذكور في رفع العقد من أصله أو من حينه، هل هو خاص بالرد بالعيب؟ أو عام في سائر الفسوخ؟ حتى يجري في الإقالة والفسخ بالتخالف، والفسخ بخيار المجلس، والشرط والانفساخ بتلف المبيع قبل القبض؟.

والجواب: أن المشهور في هذا الخلاف المذكور هنا اختصاصه بالرد بالعيب وأنه لا يجري في الإقالة، ولذلك يقيسون الرد بالعيب على الإقالة في كونها رفعًا للعقد من حينه والرافعي رحمه الله أطلق القول هنا بأن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه، والأقرب أن مراده الفسخ الذي الكلام فيه وهو الرد بالعيب وقد ذكر في باب حكم المبيع قبل القبض وبعده وجهين في الانفساخ بتلف المبيع قبل القبض، أصحهما: أنه من حينه كالرد بالعيب، والزوائد مخرجة على الوجهين قال: وطردهما طاردون في الإقالة إذا جعلناها فسخًا وخرجوا عليهما الزوائد.

قلت: وذلك وإن أطلقوه فلعل محله قبل القبض كما هنا في الرد بالعيب، فإن الاقالة قبل القبض جائزة على القول بأنها فسخ، ونقل القاضي حسين الخلاف في تلف المبيع قبل القبض، وحمل الوجهين في الرد بالعيب مبني عليها، وعلى تلف المبيع في يد المشتري في زمن الخيار إن قلنا: ينفسخ ارتفع ههنا، وإلا فالولد هنا للمشتري، وأما التخالف فيه فمقتضى كلام صاحب «التتمة» في باب التخالف جريان الخلاف فيه أيضًا، فإن خرج اعتبار القيمة عليه إذا جرى التخالف بعد الهلاك وهو جار على طريقته في طرد الخلاف بعد التقابض، فإن فرض التخالف كذلك ولذلك لا ترد الزوائد جزمًا كما لا ترد ههنا بعد القبض.

وإن قلنا: إنه يرتفع العقد من أصله لكن القول بالانفساخ من أصله بالتخالف

مفرع على أنه ينفسخ بنفس التخالف كما هو في «التتمة» و «النهاية»، ولم يتعرضوا له على القول بإنشاء الفسخ، والقياس جريانه. وأما خيار المجلس والشرط فقد ذكر في بابه أنه إذا فسخ وقلنا الملك للمشتري فالأصح أن الأكساب تبقى له وذلك يدل على أن الأصح فيها أيضًا أنه من حينه. والقول الآخر بأنه من أصله يجري فيه بغير إشكال، بل هو أولى بذلك، فقد ظهر بذلك أن الخلاف في الجميع وأن الأصح فيها كلها أنه من حينه، لكنها ليست في رتبة واحدة وأولاها بجريان الخلاف فيه زمان الخيار لأن العقد لم يلزم وأبعدها الإقالة، لأنها في حكم أمر جديد وليست جبرًا للعقد الأول.

وبقي من المسائل انفساخ عقد الصرف بالتفريق قبل التقابض هل نقول انفسخ من أصله قطعًا؟ لأن التقابض شرط أو نقول حكمه حكم تلف المبيع قبل القبض؟ على أنه لا فائدة لاجراء الخلاف فيه، نعم عقد السلم إذا كان رأس المال جارية مثلًا وكانت معيبة وحبلت في المجلس وولدت ثم ماتت قبل أن يقبضها المسلم إليه، فهل نقول إنه فسخ من حينه حتى يسلم الولد المسلم إليه؟ أو من أصله حتى يرجع إلى البائع قطعًا؟ والأشبه جريان الخلاف فيه وأن يكون كتلف المبيع قبل القبض، فإن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ استنبط انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه من عقد الصرف، إذا تفرقا ولم يتقابضا، كما تقدم ذلك في باب الربا.

الثامن: أن الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض بل يكون بعد القبض رفعًا من حينه قطعًا، خلافًا لما قاله صاحب «التتمة» وقد حكى الإمام وغيره من الجازمين فيما إذا رد المسلم فيه العيب، وكان عبدًا استكسبه. أنه هل يجب رد الكسب والغلة. على قولين فالقول بأنه يرد الكسب معه فمقتضاه ارتفاع الملك فيه من أصله وهو بعد القبض فإن قيل على الطريقة الضعيفة بارتفاعه من الأصل. والخلاف في السلم مشهور. وقد تقدم له ذكر في باب الربا.

والجواب: أن الخلاف المذكور في السلم مأخذه أمر آخر. وهو أن الملك على أحد القولين في المسلم فيه الشروط بالرضا أو بعد الرد. فإذا رد تبينا أن الملك لم يحصل أصلًا. فهذا هو القائل برد الأكساب، والقول المقابل له أن الملك بالقبض. ثم انتقض بالرد. فعلى هذا ينبغي أن يكون كرد المبيع بالعيب بعد القبض لا يرد الأكساب. وهو رفع للملك من حينه على الطريقة المشهورة ويجيء فيه طريقة صاحب «التتمة» مع القول بعدم رد الكسب. فافهم ترتيب هذا التفريع فإنه من محاسن الكلام.

وقد ذكر ابن أبي الدم أن الإمام والغزالي ذكرا وجهين فيما إذا رد المسلم

بعيب. هل هو رفع للعقد من حينه أو من أصله؟ ومراد ابن أبي الدم الخلاف الذي قدمته، والتحقيق ما نبهت عليه ولولا ذلك لاقتضى إشكالًا على الإمام ومن وافقه ممن قطع هنا بعد القبض بأنه من حينه، واقتضى إشكالًا على جميع الأصحاب في قطعهم هنا بأن الأكساب بعد القبض لا ترجع، والله أعلم.

التاسع: الزيادات التي وقع الكلام فيها مشروطة بأمور: أحدها: أن لا يكون حصل بسببها نقص وقد تقدم التنبيه عليه، الثاني: أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه، فلو كانت موجودة كالحمل المقارن للعقد فسيأتي في كلام المصنف في بقية الفصل إن شاء الله تعالى، والثالثة: أن تكون انفصلت قبل الرد، كالولد والصوف المجزوز واللبن المحلوب. أو صارت في حكم المنفصل كالثمرة إذا أبرت، أما لو لم تكن كذلك، كما إذا ردها وهي حامل بحمل حدث بعد القبض، حيث نقول: أن الحمل ليس بعيب، أو رد الشجرة وقد أطلعت طلعًا غير مؤبر أو الشاة وقد اشتراها ولا صوف عليها وهي مستفرغة الصوف. فحدث عليها صوف لم يجز، أو حدث في ضرعها لبن ولم يحلب فما حكمه؟

أما مسألة الحمل فنقل الإمام فيها قولين كالفلس، وجزم القاضي حسين رحمه الله هنا بردها لذلك، ولا يسلم له الحمل إن كانت علقت في ملكه، لأنه لا يمكن إفراده بالبيع فهو كالثمن، وعلى ذلك ينزل كلام المصنف رحمه الله لقوله: فحبلت عنده وولدت فجعل الولادة شرطًا. وقال القاضي أبو حامد: أنه أولى القولين، وقال القاضي وجماعة من الأصحاب: إن قلنا يأخذ قسطًا بقي للمشتري ويأخذه إذا انفصل على الصحيح، وفي وجه أنه للبائع لاتصاله عند الرد.

وإن قلنا: لا يأخذ فهو للبائع، وما ذكره القاضي حسين وأبو حامد موافق لما قاله الرافعي رحمه الله في باب الفلس أن الأكثرين رجحوه في رجوع غريم الفلس، وما ذكره الرافعي هنا موافق للطريقة المشهورة هناك التي ذكرها المصنف وغيره من البناء على أن الحمل يقابله قسط أو لا، لكن الرافعي رحمه الله مع ذلك عدل عن ذلك المأخذ لأجل تصحيح الأكثرين بتبعية الحمل إلى الرجوع، فيلزمه أن يقول هنا بالتبعية أيضًا كما قاله القاضي أو يفرق بين المسألتين: مسألة الفلس ومسألة الرد بالعيب.

وأيضًا فإنه رجح في الفلس تبعية الثمرة والحمل، وجعلهما سواء، وإن كانت الثمرة أولى بالاستقلال لأجل أنهما تابعان في البيع متتبعان في الفسخ، وهذا المعنى بعينه موجود في الرد بالعيب.

ولو صح النظر إلى المقابلة بالقسط لزم أن لا يتعدى الرجوع في الفلس إلى الثمرة، لأنها مقابلة بالقسط قطعًا على الطريقة الصحيحة المشهورة المنصوص

عليها، فدعوى الرافعي أن الأصح هنا أن الحمل يبقى للمشتري، يحتاج إلى جواب عن ذلك، وقد صحح الرافعي هنا أن الثمرة في أخذها قسطًا على قولين كالحمل، ومقتضاه أن يكون الأصح عنده أنها تبقى للمشتري أيضًا قبل التأبير، وأطلق بعضهم أن الحمل نقص، لأنه في الجارية يقل النشاط والجمال، وفي البهيمة ينقص اللحم ويخل بالحمل والركوب.

فإذا قلنا هذا أو لم نقل به، ولكن حصل بالحمل نقص رجع بالأرش، قال القاضي أبو حامد: وهل للمشتري إمساكها حتى تضع ويردها إن لم يكن تنقصها الولادة؟ نقله ابن الصباغ، وإذا جوزنا له الرد فحبسها حتى تضع ـ فإن قلنا: الحمل للمشتري ـ لم يمنعه ذلك من الرد بالعيب، لأنه حبسها لأخذ ملكه منها وإن قلنا: إن الحمل للبائع منعه ذلك من الرد. قاله القاضي الماوردي رَحِمَهُ اللَّهُ.

وأما الجارية فإن كلامه يقتضي أنه يجوز له إمساكها حتى تضع وردها في الحال فإنه إن ردها وهي حامل كان الحمل للبائع، لأن المشتري اختار ترك حقه فليس له استثناؤه، فرق الجري بين ذلك وبين ما إذا أوصى له بالحمل ثم اشترى الأم فوجد بها عيبًا فردها، لم يكن الحمل مردودًا معها لأن الحمل في هذه الحالة لا يتبع، وممن بنى الحمل على القولين في المقابلة الماوردي، والأصح عنده كما قال الرافعي.

وحكى مع ذلك وجهًا على قولنا: إنه يقابله قسط من الثمن أنه للبائع لاتصاله بالأم عند الرد، هذا حكم الحمل وأما الثمرة التي لم تؤبر ففيها وجهان: أحدهما: يردها مع الأصل ولا يمسك، والثاني: يمسكها أو يرد الأصل، والفرق بينها وبين الحمل على هذا القول جواز إفرادها بالبيع على أحد الوجهين، ولم يصحح الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ من هذين الوجهين شيئًا، وقد تقدم ما اقتضاه تخريجه للثمرة على الحمل فالبحث معه فيهما، والذي يتجه هنا أن يكون الأصح الأول، وهو أن يردها مع الأصل قال القاضي حسين رَحِمَهُ اللَّهُ: والأصح الأول، لأنه الأظهر الذي نقله المزني في رجوع البائع في عين ماله إذا أفلس المشتري وعليها ثمرة غير مؤبرة، وهو الأصح عند الروياني والرافعي رحمهما الله، فليكن هنا كذلك، ولعل المصنف رحمه الله اختار الوجه الثاني، ولذلك قال: فأثمرت، ولم يقيد بقطع ولا تأبير، وفي الفلس حكى القولين من غير ترجيح.

وأما اللبن الحادث في الضرع أو الصوف الذي حدث بجزءيهما للمشتري، وذكر القاضي هذه المسائل الأربع في «تعليقه» مفرقة في موضعين، وقال المتولي والبغوي والرافعي رحمهم الله: أنه يرد الصوف تبعًا وهو مقتضى ما قال القاضي

حسين في «الفتاوي» وفي كل من الكلامين نظر، والصحيح ما سأذكره في آخر الكلام إن شاء الله تعالى.

واعلم أن الحمل يندرج في المعارضة قولًا واحدًا، وفيما عداها من العقود والفسوخ قولان، فالأظهر: في الرهن الاندراج بناء على أن له قسطًا، وفي الهبة كلام الرافعي يقتضي الجزم بالاندراج، والإمام قال: إن الجديد عدمه، وفي الرجوع في الهبة بناه الرافعي على المقابلة، كما فعل بها في الرد بالعيب فيقتضي أن الأصح عدم الاندراج، فالرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ سلك طريقة البناء في المواضع كلها إلا في الفلس، لما وجد ميل الأكثرين، ونص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فيه إلى خلافها والقاضي حسين جرى في الرد بالعيب والفلس على قاعدة واحدة لكنه سلك طريقة البناء في اندراج الحمل في الرهن وهذه أمور مضطربة.

فالإمام رَحِمَهُ اللَّهُ أجرى القولين في جميع ذلك من غير ترجيح إلا نقله الجديد في مسألة الهبة ومعه جريانه في الرهن بطريق الأولى لكونه لا ينقل الملك، وهو يشكل على القاضي حسين رَحِمَهُ اللَّهُ، والذي يظهر في ذلك أحد أمرين: إما أن نقول: أن عهد المعاوضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك، وعلى هذا يستمر نصه المنقول في الفلس على الاستتباع في الرجوع، والجديد الذي نقله الإمام في الهبة وعلى مقتضاه يكون الأصح الاستتباع في الرهن، وإما أن نقول: بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءًا أو لا، وأما الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان، لأنهما جزءان وإن كان يمكن فصلهما الآن، لعدم صحة إفرادهما بالبيع، وإنما لم يدخلا في الرهن على الصحيح لاقتضاء العرف جز المرهون وحلبه.

نعم إذا جز الصوف أو حلب اللبن في مدة طلب البائع للرد، بحيث لم يحصل تأخير ولا تعيب، فإنه حينئذٍ لا يصادف الرد، فلا تتبع تفريعًا على جواز ذلك وأنه لا يبطل الرد كما تقدم عن المصنف رحمه الله.

وقال القاضي حسين: إن جز الصوف ثم ردها بطل خياره لاشتغاله بالجز بعد ما علم بالعيب، وهذا على رواية في أنه يشترط المبادرة إلى التلفظ بالفسخ، أما على المذهب فلا يتجه ذلك.

وقال القاضي حسين رَحِمَهُ اللَّهُ أيضًا: إن ردها مع الصوف يجبر البائع على القبول وهذا يتجه على الصحيح في أن الصوف تابع، أما على رأيه في أن الصوف يبقى للمشتري، فإجبار البائع على القبول إذا ردها مع الصوف ينبغي أن يكون، كما في رد البهيمة مع النعل إن كان الجز غير معيب لها، فإذا لم يجز لم يجب على البائع القبول كما في نظيره في النعل وإن كان معيبًا لها فيصح القول بالإجبار، ولكن ينبغي

أن يأتي فيه الخلاف في أن ذلك تمليك أو أعراض والأشبه في مسألة النعل الثاني فليكن هنا كذلك حتى إذا جز بعد ذلك من غير زيادة كان للمشتري.

وأما قول الرافعي رحمه الله: أنه يرد الصوف، وأما الثمرة غير المؤبرة فهي أولى من الحمل بعدم الاندراج لأنه يجوز إفرادها بالبيع على أحد الوجهين. وفيها طريقة قاطعة لأنها مقابلة بقسط من الثمن، لكن الأصح فيها الاندراج أيضًا لما تقدم، وقد تقدم في باب بيع الأصول والثمار من كلام الإمام أحمد من هذه المسائل متعلقة بهذا الكلام في التأبير، فإن أراد أنه إذا رد لا يبقى الصوف له فصحيح على ما قدمته، وكذلك قال صاحب «التتمة»، لكن يشكل على الرافعي في قوله: إن الحمل يبقى للمشتري فإن الحمل من جهة كونه أولى بالتبعية، وكذلك الأصح عند الرافعي دخوله في الرهن وعدم دخول الصوف، وإن أراد أنه يجب عليه رده ولا يجوز جزه ـ وفيه نظر مأخوذ من جواز الحلب والركوب في طريق الرد ـ فقد تقدم من المصنف رحمه الله جوازه، ومن الرافعي منعه. وتبين الراجح منهما، ولم يذكر الرافعي رحمه الله مسألة اللبن، وهل تتبع في الرد أو لا وهو من جهة الاستئجار كالحمل، ومن جهة قرب التناول كالصوف، وكيفما كان فالأصح التبعية، وعلى رأي الرافعي ينبغي أن يكون الأصح عدم التبعية لأنه يقابل بقسط من الثمن فهو كالحمل.

فرع: من تتمة الكلام في الحمل، جزم الجوري بأن الحمل يكون للبائع إذا ردت عليه بالعيب، سواء أكان حدوث الحمل عند البائع أم عند المشتري مع القول بأن الحمل له قسط من الثمن، قال: لأنها إذا حملت عند المشتري له أن يمسكها حتى تلد ثم يردها، فإذا اختار ردها حاملًا فكأنه اختار ترك حقه، فليس له استثناء الولد، ثم اعترض بالجارية الموصي بحملها إذا بيعت من الموصى له بالحمل وردها بعيب، لم يكن الولد مردودًا. وأجاب أن حكم الولد حكم الأم ما لم يعقد على الولد عقد أو وصية أو هبة.

فروع: لو اشتراها وعليها صوف وفي ضرعها لبن فطال الصوف وكثر اللبن، ثم ردها بعيب قبل الجز والحلب، وقلنا بأن الصوف تابع في الرد، فلا إشكال وإن قلنا بما قاله القاضي حسين في «تعليقه» من أن الصوف واللبن الحادثين للمشتري فمقتضى ذلك أن يصير ذلك مشتركًا بينهما، فإن اتفقا فذاك، وإلا فصلت الخصومة بطريقهما، لكن الذي في «فتاويه» كما سيحكيه خلاف ذلك ولو جز الصوف ثم أراد الرد بالعيب وكان اشتراها ولا صوف عليها فلا إشكال في جواز الرد، وبقاء الصوف له على ما مر، ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزه وهو على حاله، ثم أراد الرد بعيب، رد الصوف المجزوز، قاله الماوردي والقاضي حسين والرافعي وغيرهم.

وقال الشيخ أبو حامد في آخر باب بيع المصراة: إنه إذا كان يمكنه التوصل إلى معرفة العيب من غير جز الصوف امتنع عليه الرد. وإن جزه ثانيًا فالمجزوز ثانيًا له مختص به، فإن لم يجزه حتى رد فحكمه ما تقدم فيما إذا لم يكن عليها صوف حين العقد ثم حدث وفي هذه الصورة صرح بها القاضي حسين في «الفتاوى» بأنه يرده وفرق بينه وبين القث والكراث كما سيأتي عن صاحب «التهذيب» وهو في ظاهره مخالف لما حكيته عن «تعليقه» إلا أن تكون المسألة التي في «الفتاوى» من كلام جامعها وهو صاحب «التهذيب»، وإن جز الصوف الذي كان عليه بعد أن طال ثم اطلع على عيب فيزداد هنا أنه يصير بالرد بينهما شركة في الصوف وقد يحصل نزاع في مقدار ما لكل منهما وذلك عيب مانع من الرد، ولم أرَ في هذه المسألة نقلًا.

وأما مسألة اللبن إذا كان منه شيء موجود عند العقد فيلتفت على أنه هل يرد الثمن في غير المصراة؟ وقد تقدم ذلك في آخر الكلام في التصرية ولو اشترى أرضًا وبها أصول الكراث ونحوه وأدخلناها في البيع فنبتت في يد المشتري ثم علم بها عيبًا يردها ويبقى النابت للمشتري، هكذا قال البغوي والرافعي رحمهما الله وفرق بينهما وبين الصوف بأنها ليست جزء من الأرض، ألا ترى أن الظاهر منها في ابتداء البيع لا يدخل فيه وهذا الفرق في «فتاوى» القاضي أيضًا كما تقدم.

فرع آخر: إذا قلنا الزيادة تسلم للمشتري كما جزم به المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث في يده بعد العقد وقبل القبض من الزوائد لأجل الثمن في صورة غير الفسخ.

وإن قلنا: بأنها ترجع بالفسخ إلى البائع. قال الغزالي: له حبسها إلى استيفاء الثمن، والإمام أطلق عن بعض الأصحاب الوجهين في جواز حبسها من غير بناء ثم قال: إن ذلك ليس على حكم حبس المبيع بالثمن وإنما ينقدح الاختلاف فيه قبل تعرض العقد للانفساخ والغزالي رحمه الله لاحظ ذلك فعلل بأنه يتوقع التعلق بها لكنه قال مع ذلك إنه يحبسها للثمن.

قال ابن الرفعة: ولعل الغزالي رحمه الله قال: له حبسها لا للثمن، قلت: أو يقال بأنه لما توقع عودها إليه صارت كالأصل فيجري حكمه عليها في الحبس بالثمرة ما دام الأصل نصفه يستحق حبسه فلو زال ذلك بأن سلم المشتري الثمن أو بتبرع البائع بتسليم المبيع يسقط حق حبس الزوائد لسقوط حبس أصلها، وأما مجرد توقع عودها إليه فكيف يقتضي جواز حبسها ولا تنافي بين كلام الإمام وكلام الغزالي. وقول الإمام ليس على حكم حبس المبيع بالثمن لعل مراده لكونه ليس مقابلًا به. وقال

القاضي حسين: لو اشترى حاملًا فمخضت في يد البائع فلا خلاف في أنه ليس له حبس الولد لاستيفاء الثمن، ولم يحك الخلاف الذي ذكره الإمام والغزالي ولا شك أنه لو تلف الولد الحادث قبل القبض لا يسقط بتلفه شيء من الثمن قطعًا وليس كالولد الذي كان حملًا عند العقد، فإن ذلك على قول، وهو الصحيح قابله قسط من الثمن، وهل يكون مثله في جواز بيعه قبل القبض أو لا؟ فيه نظر. والأقرب أنه مثله، وهل نقول في الحادث إنه يجب على البائع تسليمه أو التمكين منه؟ في كلام القاضي أبي الطيب في احتجاج الحنفية أنه دخل في حق التسليم؟ وأجاب بأنه لم يدخل في حق التسليم المستحق بالمبيع، وإنما يجب تسليمه إليه بحق المال وظاهر هذه العبارة يقتضي وجوب التسليم والأقرب أن المراد التمكين. وقد صرح البغوي رَحِمَهُ اللَّهُ بأنه أمانة في يده، ويحتمل أن يكون كالأمانات الشرعية حتى إذا هلك قبل التمكن من رده لا يضمنه وإلا ضمنه إن لم يقل له حق الحبس.

فرع آخر: عن المزني في مسائله المنشورة: اشترى غنمًا بعشرة أقساط من لبن موصوف إلى أمد فلم يتقابضا حتى حلب البائع منها عشرة أقساط لبن ثم ماتت الغنم يبطل البيع ويسقط الثمن من ذمة المشتري ويأخذ من البائع ما حلب من اللبن. قال الماوردي: وهذا صحيح لأن تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ولا يمنع من ملك النماء.

قلت: وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه، وهو الذي جزم به العراقيون. أما إذا قلنا تلف المبيع قبل القبض يرفع البيع من أصله وأن الزوائد ترجع إلى البائع فلا يأخذ المشتري من البائع شيئًا، وإنما ذكر المصنف هنا حمل البهيمة، لأن حمل الجارية سنذكره بعد ذلك والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه. ومن أصحابنا من قال: لا يرد الأم بل يرجع بالأرش، لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز، وهذا لا يصح لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة، ولهذا قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في الجارية المرهونة إنها تباع دون الولد.

الشرح: إذا كانت الجارية حاملًا عند البيع ثم حبلت عند المشتري وولدت ولم يطلع على العيب حتى بلغ الولد سبع سنين إذا اطلع العيب ولم يتمكن من الرد إلى هذه المدة فحكمها حكم البهيمة حرفًا بحرف على ما تقدم بلا خلاف، وفرض المسألة أن لا يكون حصل لها نقص بالولادة كما تقدم التنبيه عليه، فلو حصل نقص منع من الرد ووجب الأرش وأما إذا اطلع على العيب وتمكن من الرد قبل بلوغ الولد سبع سنين فقد اختلف الأصحاب في جواز الرد، فالذي قاله المصنف رحمه الله

ورجحه الجواز للضرورة، وهو في ذلك موافق للشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب هنا، وقال إنه أصح وأشهر في المذهب، ونسبه ابن الصباغ إلى أكثر الأصحاب. وقال الروياني رحمه الله: إنه المذهب، ووافقهم ابن أبي عصرون وهو مقتضى إطلاق نص الشافعي رحمه الله، فإن الشيخ أبا حامد نقل أنه قال في «القديم»: إذا اشترى جارية فولدت ثم أصاب بها عيبًا كان له أن يرد الجارية ويمسك الولد إذا لم تكن نقصت بالحمل أو بالوطء، وليس مراد الشيخ أبي حامد أن ذلك من «القديم» المخالف «للجديد»، ولكن نقل هذه المسألة لم توجد منصوصة للشافعي رحمه الله إلا في «القديم».

والوجه الآخر فرعه بعض الأصحاب على هذه المسألة كما قال الشيخ أبو حامد وصاحب «التتمة» ذكر فيها وجهين هنا من غير ترجيح والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ردًا على الوجه الآخر الذي قاله بعض الأصحاب بما قاله المصنف رحمه الله، لكن الروياني في «البحر» مع قوله عن الأول: إنه المذهب قال: إن هذا الوجه أقيس، وجزم به الجرجاني في «المعاياة»، وكذلك القاضي أبو الطيب وغيره في كتاب السير على ما نقله ابن الرفعة. وكلام الرافعي رحمه الله يشعر بترجيحه فإنه ذكر الوجهين في ذلك وقال: وسنذكر نظيره في الرهن.

ثم ذكر في الرهن: إذا رهنت الأم دون الولد. إن صح أنهما متبايعان جميعًا وإلا يفرق بينهما. وكذلك وافقه على تصحيح هذا في الرهن القاضي حسين والماوردي والمحاملي في «التجريد» من «تعليقة» أبي حامد والبغوي في «التهذيب» والمتولي في «التتمة»، ومنهم من يقطع بذلك، فإذا كان هؤلاء الأئمة قائلين بين قاطع ومرجح بأنهما يباعان معًا ولا يفرق بينهما، ولم يجعلوا ذلك ضروريًا مسوغًا للتفريق فينبغي ههنا كذلك، وأن يكون الأصح هنا امتناع التفريق وامتناع الرد كما اقتضاه كلام الرافعي رحمه الله. وقال الجرجاني: إلا أن يفرق المصنف ومن وافقه بين البيع في الرهن والرد بالعيب، وسأذكر له فرقًا إن شاء الله تعالى. وقد يقال: إنه لو جاز التفريق ينبغي أن يمتنع الرد هنا، لأن رجوع الجارية بدون ولدها عيب، وذلك بمنزلة عيب جديد يمنع بسببه الرد، ولا شك أن أهل العرف يعدون ذلك عيبًا وتقل الرغبات فيمن يكون لها ولد منفصل عنها.

وطريق الجواب عن المصنف في ذلك أن يفرض فيما إذا رضي البائع بردها كذلك حتى لا يكون للمشتري إلا الرد أو يرضى بها معيبة ولا يكون له المطالبة بالأرش، ومتى لم نفرض المسألة كذلك تعين امتناع الرد، ثم ههنا كلامان:

أحدهما: ما استدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعي رحمه الله هو فيه تابع للشيخ أبي حامد، قاله هكذا

حرفًا بحرف وفيه نظر، فإن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ له نصان في «المختصر».

أحدهما: قوله ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير، لأن هذا ليس بتفرقة وحمله جماعة من الأصحاب على أن معناه أن الرهن لا يوجب تفريقًا، ثم ما يتفق من بيع وتفريق فهو من ضرورة إلجاء الرهن إليه، وهؤلاء هم الذين جوزوا بيع المرهونة وحدها، والتفريق بينها وبين ولدها، لكن طائفة من الأصحاب قالوا: معناه أنه لا تفرقة في الحال، وإنما التفرقة عند البيع، وحينئذٍ يباعان معًا. ويحذر عن التفريق فإن أراد المصنف هذا النص فالأصحاب يختلفون في تفسيره كما رأيت. والتفسير الثاني هو الصحيح لعدم إفضائه إلى محذور. وليس في النص المذكور تصريح بأنها تباع دون الولد كما في لفظة الكتاب.

والنص الثاني في «المختصر» أيضًا قبل ذلك فيما إذا وطىء الراهن الجارية المرهونة قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: فإن أحبلها ولم يكن له مال غيرها لم تبع ما كانت حاملًا، فإذا ولدت بيعت دون ولدها، وهذا النص أقرب إلى لفظ المصنف رحمه الله، لكنه يبعد إرادته، لأن الولد ههنا في هذه الصورة حر لأنه ابن الراهن المالك، فالتفرقة ضرورية، وبهذا فرق جماعة بين هذه الصورة والصورة الأولى حيث لا يجوز التفرقة على الأصح، لأن الولد هناك مملوك وهنا حر، وإذا كان كذلك فلا يصح التمسك به، لأن الولد هنا في الرد بالعيب مملوك، وهذا لا يخفى عمن هو دون المصنف والشيخ أبي حامد وإن أراد نصًا آخر فلم أعلمه، والله أعلم.

لكن يدل على أن المصنف وأبا حامد أرادا هذا النص الثاني، وأنه هو الذي وقع به الرد على صاحب هذا الوجه أن القاضي أبا الطيب قال في الرد عليه: ولهذا قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: إن الجارية المرهونة إذا حبلت لم تبع ما دامت حاملًا، فإذا ولدت بيعت دون ولدها. وقال صاحب «الشامل»: إذا كانت جارية فولدت حرًا يباع الرهن دون الولد، لأنه موضع حاجته، وقال صاحب «التتمة»: كالمرهونة إذا علقت بولد حر، والجارية الجانية إذا كان لها ولد حر بيعها دون الولد. وقال الروياني: المذهب أنه يجوز هذا التفريق كما قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في الجارية المرهونة إذا ولدت حرًا: تباع الأم لحق المرتهن دون الولد، لأنه موضع حاجته في الأم.

فكلام هؤلاء الأئمة يدل على أنهم إنما ردوا على صاحب هذا الوجه بهذا النص وهو مشكل، لأن الولد الحر يجوز بيع أمه، سواء أكانت مرهونة أم غير مرهونة، لأنه لا يمكن بيعه معها أصلًا لضرورة فيه محققة وليس كالولد الرقيق، وطريق حمل هذا الإشكال أن الجامع بين الصورتين الضرورة وإن كان الولد هنا رقيقًا وهناك حرًا فإنه لو لم يجز الرد ههنا أدى إلى إبطال حق المشتري من الرد

ويعترض على هذا بأن المحذور هو التفريق في الملك، وإذا كان الولد حرًا الفرقة حاصلة، فلا تفريق، بخلاف مسألتنا هنا فإن الرد يوجب التفريق في الملك وقياس التفريق على ما ليس بتفريق لا يظهر.

الكلام الثاني: في تخيل الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع في الرهن، قد يقال انتصار المصنف أن هنا أمرين مسوغين للتفريق، أحدهما: الضرورة وإلا لأدى إلى إبطال حق المشتري من الرد، وإلزامه أخذ الأرش وبقاء المعيب في عقد عسر، فلا طريق له إلا الرد. وأما الراهن فإنه يجب عليه وفاء دينه، فإن كان مال غيره وفينا منه ولم يبع، لما قاله الماوردي هناك، وإن لم يكن له مال إلا الجارية المرهونة، والشارع منع من التفريق فصار كما لو كان الدين يحيط بقيمة الجارية وولدها ولا مال له غيرهما، فإنا نبيعهما توصلًا إلى وفاء الدين الذي التزمه وحجر على نفسه بسببه، وهذا المعنى وحده كاف في الفرق ومصحح لما ذكره المصنف رحمه الله.

والأمر الثاني: أن هذا التفريق بالفسخ، وقد اغتفروا في الفسخ ما لم يغتفروا في إنشاء العقود، ألا ترى أن الأصحاب رحمهم الله قالوا: لو باع الكافر عبدًا مسلمًا بثوب، ثم وجد بالثوب عيبًا [فإن] له استرداد العبد في أصح الوجهين؟ ولو وجد مشتري العبد به عيبًا فطريقان:

أحدهما: القطع بالجواز. والثاني: على الوجهين. ولو تقابلا حيث لا عيب، وقلنا الإقالة فسخ فعلى الوجهين؟ فهذه المسائل الثلاث اغتفروا فيها حصول ملك الكافر على المسلم بالفسخ، وإن كانوا لم يغتفروه بإنشاء العقد. وعلله الغزالي رحمه الله في المسألة الأولى بأن الاختيار في الرد أما عود العوض إليه فهو قهري كما في الإرث واستشكله الرافعي، ورأى أن الأصوب في توجيهه أن الفسخ يقطع العقد فيكون نازلًا منزلة استدامة الملك، والإمام علله بأن الرد يرد على العقد، وارتداد العبد يترتب على انفساخ العقد.

وله في رد الثوب غرض سوى تملك العبد، أي وهو التخلص من عيبه وهذا الغرض ـ وهو التخلص من العيب ـ حاصل في الجارية إذا ولدت ثم اطلع على عيبها بخلاف الرهن فإنه لا غرض إلا التوصل إلى وفاء دينه، والراهن ألزم نفسه بذلك وملاحظة الضرورة لا بد منها.

وأما الفسخ وحده فليس بكاف. ألا ترى أنهم جزموا في الفلس بعدم التفريق لما كان مال المفلس كله معيبًا ولا ضرورة تدعو إلى التفريق، وإن كان الرافعي رحمه الله قال باحتمال جريان الخلاف الذي في الرهن والرد بالعيب فيه، وأن جزمهم يحتمل أن يكون على الأصح.

وحكى الماوردي وجهًا يوافق هذا الاحتمال، وحكاه المتولي أيضًا عند الكلام في التفريق بالبيع، وكذلك ملاحظة الفسخ لا بد منها، والضرورة وحدها لا تكفي، ألا ترى أن في رجوع الزوج في شطر الصداق لم يجوزوا ذلك لأجل حق الزوج؟ بل نقلوه إلى نصف القيمة لأن استرجاع الشطر تملك جديد. هذا ما ظهر لي في تقوية ما ذهب إليه المصنف رحمه الله. ومن وافقه على ما فيه ومع ذلك يحتاج إلى ملاحظة ما يقدم التنبيه عليه في فرض المسألة إذا رضي البائع بالرد، أو نفرض أن ذلك لا تنقص به قيمتها، وهو بعيد، والأول أقرب، والله أعلم.

التفريع: إن قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك، وإن قلنا: بامتناع الرد فقد قال المصنف رحمه الله: أنه يجب الأرش، وكذلك قاله الجرجاني والرافعي، وعلله الجرجاني بأن الرد كالميئوس منه، ولك أن تقول: أنه يمكن بأن يعتق الولد أو يموت أو يصل سن التفريق وقد يكون بقي منه زمن قليل أو كثير إلا أنه تقدم لنا وجهان عن الإمام فيما إذا كان البائع بعيدًا حكيناه فيما إذا رضي أحد المشترين بالعيب تفريعًا على منع الاستقلال بالرد. والأصح منهما الرجوع بالأرش، فليكن الوجه الآخر جاريًا هنا لكنه ضعيف مفرع على ضعفه، ولنا خلاف هناك أنه لو رد أحدهما الجميع عند حصوله في ملكه وأراد استرجاع نصف الثمن هل يجبر البائع عليه كما في مسألة النعل؟ فإن قلنا: بالإجبار فههنا أن يرد الولد معها يحتمل أن يكون كذلك فإن لم يفعل سقط حقه من الرد وتعين الأرش ولا يعقل في هذه المواضع كلها عن فرض المسألة فيما إذا لم يحدث عيب جديد.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن اشتراها وهي حامل فولدت عنده فإن قلنا إن الحمل له حكم، رد الجميع وإن قلنا: لا حكم للحمل، رد الأم دون الولد.

الشرح: هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب والصحيح، أن له حكمًا ويقابله قسط من الثمن ويحبسه على استيفاء الثمن. فالصحيح أنه يرد الجميع، وعلى الثاني يكون الولد كالولد الحادث فيأتي فيه الخلاف في الرد قبل بلوغه سن التفريق، والأصح المنع كما تقدم، خلافًا للمصنف رحمه الله. ويأتي فيه أيضًا ما تقدم في الولد الحادث قبل القبض إن حصلت الولادة قبل القبض من الخلاف في حبسه بالثمن، ورجوعه إلى البائع عند اتفاق فسخ أو انفساخ على ما تقدم، وسواء قلنا له رد الجميع على الصحيح أو رد الأم دون الولد على القول الآخر، فشرطه على ما قال الماوردي والروياني والرافعي رحمهم الله وأفهم كلام ابن الصباغ أن يكون حصل لها بالوضع نقص، فإن حصل نقص فلا رد.

وقد تقدم أن ابن الرفعة قال: قياسه أن يتخرج على الوجهين، يعني في العيب

الذي تقدم سببه، هل يكون من ضمان البائع؟ أو من ضمان المشتري؟ والأصح أنه من ضمان البائع، فينبغي على ذلك أن يرد، وإن حصل نقص وأيد ذاك بما إذا أصدقها جارية حائلًا ثم حملت في يده ثم وضعت في يدها ثم طلقها، وأن الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ حكى في نسبة النقص الحاصل إليه أو إليها وجهين، وهذا الذي ذكره ابن الرفعة قوي وقياسه أن يكون الأصح أنه يرد، ولكن الماوردي وابن الصباغ جزما بخلاف ذلك.

واعلم أني قدمت عن القاضي حسين والبغوي والرافعي ما يقتضي أن الخلاف في كون ذلك مع ضمان البائع، أو من ضمان المشتري جار مع العلم، وفرعوا عليه أنه يرد الجارية بعد زوال البكارة والعبد بعد قطع يده بعيب آخر قديم مع العلم بالتزويج والجناية على قولنا: إن ذلك من ضمان البائع، وهو الصحيح الذي استشكله هناك وقلت: ينبغي أن يكون الرضا بالعيب قطعًا لأثره حتى يكون ما يوجد في يد المشتري، وإن كان من سببه منسوبًا إلى يد المشتري لرضاه لسببه دون البائع، ولم أر من اعتضد به في ذلك النقل، ولا ما يرده إلا كلام القاضي حسين ومن تبعه على سبيل التفريع، فإن كان الأمر كما قلت فقد اندفع الإشكال عن الماوردي وابن الصباغ هنا، فإن المشتري عالم بالحمل، فكذلك النقصان الحادث عنده منسوب إليه. وقد وجدت بعد ذاك بآخر «التتمة» صرح بامتناع الرد إذا علم بالزوجية ثم أزال الزوج بكارتها بعد القبض، ووجد بها عيبًا آخر وقد ألحقته هناك فاندفع السؤال.

نعم لو لم يعلم بالحمل كان ذلك من ضمان البائع ولا يمنع الرد حينئذ ولا يندفع الإشكال عن الرافعي لتصريحه بالحكمين في المسألتين على أن الماوردي رَحِمَهُ اللَّهُ في أصل المسألة مال إلى أن ذلك من ضمان المشتري، فلعله ذكر التفريع هنا على ما مال إليه هناك فلا يرد عليه شيء، وإن كان في الأمر كما ذكره القاضي حسين ومن تبعه، وأن الحادث الذي تقدم سببه منسوب إلى البائع في عدم منع الرد بغيره مع علم المشتري، وإن لم يكن يرد به فطريق الجواب يحتاج إلى تأويل. والذي خطر لي الآن أن يحمل المنع من الرد على حالة يحصل فيها من الولادة نقصان عن قيمتها مع الحمل، فإنه رضي بها حاملًا فالغالب أنها بالولادة تزيد قيمتها عن حالة الحمل فإن الحمل عيب فإذا نقصت بالولادة عن قيمتها حاملًا كان ذلك عيبًا جديدًا مانعًا من الرد، لأنه ليس الغالب حصوله بسبب الحمل والذي لا يغلب حصوله من السبب المتقدم تبعد نسبته إليه، فلذلك لم يجعل من ضمان البائع فيكون مانعًا من الرد بعيب آخر.

وأما مسألة الصداق فتحمل على أن المراد النقصان عن حالة الخيار، وهي

الحالة التي كانت عليها عند الإصداق، ولا شك أن الجارية إذا حبلت وولدت تنقص قيمتها عما كانت عليه قبل ذلك، والنقص بالحمل قد زال بالوضع وبقي النقص الآخر عن حالة الحبال، فالولادة في يد الزوجة وسببها في يد الزوج وهو مما فعلت، ولا يندر فيجري فيه الخلاف، فإن فرض نقص بالولادة عن حالة الحمل الحاصل في يد البائع، فهو نقص جديد يتجه أن يكون من ضمان الزوجة، كما في المشتري ههنا، هذا ما خطر لي في ذلك، وفيه نظر، والله أعلم.

فرع: أطلق الرافعي رحمه الله اشتراط عدم النقص بالولادة، ولم يفرق بين ما بعد القبض وما قبله، والماوردي وابن الصباغ رحمهما الله فرضا المسألة فيما إذا كانت الولادة عند المشتري، كما فرض المصنف رحمه الله، ولا شك أنها إذا ولدت قبل القبض ولم يحصل نقص ترد إذا اطلع على عيب آخر،أما إذا حصل نقص فقد قدمت كلامًا في أن العيب الحادث قبل القبض إذا استند إلى أمر سابق علم المشتري هل يكون موجبًا للرد أو لا؟ وهل يكون مانعًا من الرد بعيب أو لا؟ والذي ظهر أنه ليس موجبًا ولا مانعًا وقد صرح صاحب «التتمة» أنه إذا اشترى أمة مزوجة عالمًا بتزويجها، فأزال بكارتها قبل القبض، ثم اطلع على عيب بها، هذا ما يقتضي تقييد كلام الرافعي رحمه الله، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان المبيع جارية ثيبًا فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردها لأنه انتفاع لا يتضمن نقصًا فلم يمنع الرد كالاستخدام.

الشرح: هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب.

أحدها: أن يردها كما ذكره المصنف، ولا يرد معها شيئًا، وهو مذهبنا الذي نص عليه الشافعي والأصحاب، ولم يختلفوا فيه، وبه قال زيد بن ثابت فيما قيل وعثمان ومالك والليث بن سعد وأبو ثور، ولا فرق عندنا في ذلك بين أن يكون بعد القبض أو قبله، ولا يكون بالوطء قابضًا لها على المشهور، ولا مهر عليه إن سلمت وقبضها، فإن تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع؟ وجهان بناء على أن الفسخ قبل القبض رفع للعقد من أصله أو من حينه؟ والصحيح لا مهر ولا فرق بين أن يكون المردود عليه ممن تحرم عليه بوطء المشتري كأب وابنه أو لا فإن ذلك لا يمنع الرد.

والمذهب الثاني: أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش، وهو قول أبي حنيفة والثوري وأبي يوسف وإسحاق، وروي ذلك عن عمر وعلي بن أبي طالب وابن سيرين والزهري.

والثالث: أنه يردها ويرد معها مهر مثلها، وهو قول ابن أبي ليلى وشريح في

رواية، وقيل: إنه روي نحو ذلك عن عمر قال ابن المنذر: المهر في قول ابن أبي ليلى يأخذ العشر من قيمتها ونصفًا فيجعل المهر نصف ذلك يعني يكون المهر ثلاثة أرباع عشر قيمتها. بذلك صرح عنه غيره.

الرابع: يردها ويرد معها مهر مثلها بالغًا ما بلغ، وهو قول ابن شبرمة، والحسن بن حي وعبد الله بن الحسن.

والخامس: يردها ويرد معها نصف عشر ثمنها، وهو قول شريح والنخعي وقتادة، وروى من طريق الشعبي عن عمر.

والسادس: يردها ويرد معها حكومة وهو قول الشعبي.

والسابع: أنها لازمة له، لو صح ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز، وهي رواية عن علي بن أبي طالب، فلا يردها ولا يرجع بشيء على هذا القول.

والثامن: يردها ويرد معها عشر ثمنها، وهو قول ابن المسيب، وروي عن ابن المسيب يرد معها عشرة دنانير، ولعل ذلك كان عشر ثمنها فلذلك لم أعده مذهبًا آخر دون تحقيق. هذا في وطء الثيب. وأما البكر فسيأتي الكلام بها في كلام المصنف إن شاء الله تعالى، ومن هذه الأقوال التي حكيتها ما وردت مطلقة من غير تخصيص لثيب ولا بكر، وهو قول الشعبي والحسن وابن المسيب، وهذه المذاهب الثمانية ترجع إلى أربعة أقوال يردها ولا شيء معها كمذهبنا، أو بامتناع ردها والرجوع بالأرش، كمذهب أبي حنيفة، أو بامتناع ردها ولا يرجع بشيء كمذهب الحسن وعمر بن عبد العزيز، أو يردها ويرد معها شيئًا كمذهب الباقين.

فأما من يقول: بردها ورد شيء معها فالوجه تأخير الكلام عليه، وتقديم الكلام على المذهبين الأولين عليه، المذهب الثالث يشارك الثاني في القول بامتناع الرد عليهما في ذلك واحد، فليجعل الكلام في جواز الرد وامتناعه، ومعتمدنا في ذلك أن وطء الثيب شيء لا ينقص من عينها ولا من قيمتها ولا يتضمن الرضا بعيبها فوجب أن لا يمتنع من ردها بالاستخدام، وقولنا لا ينقص من عينها احتراز من قطع الطرف ومن قيمتها احتراز من حدوث عيب في يد المشتري. وقلنا: ولا يتضمن الرضا بعينها احتراز من وطئها بعد العلم بعيبها وغير ذلك مما يوجب الرضا. وهذا الدليل الذي ذكره المصنف، واستدلال الشافعي بأن الوطء أقل ضررًا من الخدمة، يعني أن الوطء يمتع ويلذ ويطرب والخدمة تلد وتزيت وتتعب، فإذا لم تمنع الخدمة من الرد فالوطء أولى أن لا يمنع، فهذا الدليل هو الأول لكن بقياس الأولى. وأيضًا بالقياس على وطء الزوج. وقد اتفقوا على أنه لا يمنع الرد. ولذلك إذا أكرهها إنسان على الوطء فإن كان وطء الثيب يقتضي وجوب أن يقع وطء الزوجة

والمكرهة، فإن لم ينقص وجب أن لا يمنع وطء السيد، وبالقياس على ما إذا غصبها المشتري من البائع فوطئها ثم ردها حتى يوفيه الثمن، فلما وفاه وسلمها إليه وجد بها عيبًا له أن يردها عندنا وعندهم، فإن اعتذروا عن وطء الزوج بأنه مستحق، فوطء المشتري مستحق، وأيضًا يبطل بوطء الزوج بالبكر فإنه مستحق، ومع ذلك قالوا بامتناع ردها، فإن اعتذروا بأن منافع بضع الزوجة غير مملوكة بالشراء وإنما يمتنع الرد بوطء السيد لأنه كأنه حبس بعض أجزاء المبيع فلذلك منع وطء السيد ولم يمنع وطء الزوج الثيب.

وأما البكر فجلدة البكارة مستحقة للمشتري لأنها عين حقيقة، والنكاح محل المنافع إلا أن تلك الجلدة تتلف للضرورة، وإذا كانت مستحقه بالبيع فأتلفها الزوج امتنع الرد لفوات بعض المبيع.

فالجواب: أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد بدليل أن الزوج لو طلق كانت له ولو وطئت بشبهة استحق المهر وكون جلدة البكارة جزءًا من المبيع مع كونها مستحقة الإزالة للزوج لا يفيد، لأنه مأذون فيها شرعًا، فلو لم تكن للنقص لما منع ذلك من الرد، وقد تعلق المخالفون في ذلك بأمرين، أحدهما: أن الصحابة رضي الله عنهم في هذه المسألة على قولين أحدهما: أنه لا يرد، وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه، والثاني: يردها ويرد معها المهر. وهو قول عمر رضي الله عنه، فالقول بأنه يردها ولا شيء معها إحداث قول ثالث وهو غير جائز، وأورده ابن السمعاني والغزالي ومحمد بن يحيى عنهم فقالوا: إن عليًا وابن عمر رضي الله عنهم قالوا: لا يردها. وعمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما قالا: يردها ويرد معها نصف عشر قيمتها، وإيراده على الوجه الأول الأشهر، وأقرب في النقل، والجواب عنه من وجوه:

أحدها: ما أشار إليه الشافعي في اختلاف الحديث فإنه بحث مع من خالفه وحكى عنه أنه قال: روينا ذلك عن علي. قال الشافعي: قلت: أفتيت عن علي؟ فقال بعض من حضره: لا.. فروينا عن عمر يردها. وذكر عشرًا أو نحو ذلك. قال الشافعي: قلت: أو ثبت عن عمر؟ قال بعض من حضره: لا. قلت: وكيف تحتج بما لا يثبت وأنت تخالف عمر لو كان قاله؟ وهذا الكلام من الشافعي رحمه الله إشارة إلى أنه لم يثبت ذلك عن عمر، ولا عن علي رضي الله عنهما. وقد وقفت على الأسانيد وورود ذلك عنهما فرأيتها ضعيفة. وأمثلها الرواية عن علي، فإنه لا يردها ويرجع بقيمة العيب، وهي منقطعة لأنها من رواية علي بن الحسين ولم يدرك جده، ولولا ذلك لكانت صحيحة فإنها من رواية ابن أبي شيبة عن حفص بن غياث عن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جده عن علي رضي الله عنهم.

ولعل حفص بن غياث أو مسلمة ممن كان حاضرًا مناظرة الشافعي، فإنه كان قاضي الكوفة، حنفيًا جليلًا ثقة، ونقله البيهقي من طريق جماعة عن جعفر. ورويت متصلة بطريق ضعيفة ليست بمحفوظة. ونقل القاضي أبو الطيب أن الشافعي قال في اختلاف الأحاديث: لا يثبت عن أحد من الصحابة في ذلك شيء وإذا كان كذلك سقط التمسك الذي ذكروه، والذي رأيته في اختلاف الحديث ما ذكرته، ورأيت في اختلاف العراقيين قال: ولا يعلم ثبت عن عمر ولا عن علي، ولا عن واحد منهما أنه قال خلاف هذا القول يعني قول الشافعي. وقال أبو المظفر ابن السمعاني: قد جهدت غاية الجهد أن أجد ما قالوه في كتاب فلم أجده وإنما هي حكاية أخذها أهل العلم من التعاليق، وسعي السواد على البياض، ولم يرد عن واحد من الصحابة شيء سوى علي.

الثاني: أنه قد روي مثل مذهبنا عن زيد بن ثابت، ذكره أبو علي الطبري في مسائله الكثيرة فيما نقله أبو حامد عنه. قال القاضي أبو الطيب: وحكى لنا ذلك ـ يعني الرواية عن زيد ـ أبو الحسن الماسرجسي ـ ونقله المصنف في النكت. وإذا اختلفت الصحابة وجب الرجوع إلى القياس، لكن أبا المظفر ابن السمعاني قال: إن هذا النقل عن زيد ليس بصحيح.

الثالث: أنه قول صحابيين لم يعلم انتشاره، والقياس بخلافه فيقدم عليه.

الرابع: أن مذهبنا موافق لعمر، فإنه أثبت الرد فوافقناه في أصل الرد. والاختلاف بعد ذلك في أنه يرد معها شيئًا أو لا، اختلاف في كيفية الرد.

الخامس: أن إحداث القول الثالث فيه خلاف وتفصيل مذكور في أصول الفقه، ونحن هنا وافقنا بعضهم في جواز الرد وبعضهم في إسقاط المهر، فلم يكن ذلك خرقًا للإجماع.

الأمر الثاني: مما تعلقوا به القياس على وطء البكر، لأن كلًا مما يقرر المسمى في النكاح، وعلى ما إذا زنت، وبأنه ينالها في ذلك ابتذال وينقصها. فإنه قد يكون المشتري أبا البائع أو ابنه فيحرم فتحرم عليه، فمنع الرد كسائر العيوب. وتعلقوا أيضًا بأن الوطء جناية، لأنه لا يخلو عن عقر أو عقوبة في الغالب، ولا يباح بالإباحة فأشبه القطع. وبأن الرد رفع للعقد من أصله، فلو ردها كان الوطء حاصلًا في ملك البائع، وهذا لا يجوز، لأن الوطء في ملك الغير لا يخلو عن المهر، ولا يجوز أن يوجب المهر ولا أن يردها بغير مهر. فبطل الرد.

وربما قالوا في هذا: أنه إذا كان واقعًا في ملك الغير كان عيبًا فيمنع الفسخ فلو نفذ الفسخ لما بعد. ونقلوا عن محمد بن الحسن أن الوطء لا يخلو عن عقر أو

عقوبة إلا إذا كان في الملك، وقد انتفيا عن المشترى بالإجماع. فلو فسخ لا يبقى الملك من أصله، فلذلك وجب إسقاط الملك. وقوله: أنه انتفيا عن المشتري بالإجماع ينبغي أن يؤول: فإنه قد تقدم عن ابن أبي ليلى وغيره إيجاب المهر، وبأن منافع البضع في حكم الأجزاء، والمشتري أتلفها، فصار كما لو تلف الولد والزوائد، ويعود البحث في مسألة الزوائد.

وإنما استدلوا به على أن الوطء تنقيص للملك وصرف مهر الجارية الموطوءة بالشبهة إلى سيدها فلو كان المهر لصيانة البضع فقط لوجب لله كالكفارة، فلما صرف إلى السيد دل على أن منافع البضع كالأجزاء وإن لم تنقص القيمة كيد الذكر والأنثيين، يصرف للسيد وإن لم تنقص المالية بمنفعة البضع، الحكم في حكم الأجزاء وفوات الأجزاء يمنع الرد، ومما يدل على أنها في حكم الأجزاء أن الكافر لا يملكه على المسلمة، ويمنع من الرد في خيار الشرط بخلاف المنافع، وذلك أن منافع البضع في الشرع محترمة مشرفة، لأنها سبب النسل في العالم، فلشرفها وحرمتها التحقت بالأجزاء شرعًا.

والجواب: أن وطء البكر والزنا منقصان للقيمة، بل زوال البكارة وحدها بغير وطء منقص، والابتذال أن سلمه كالاستخدام، وكون المشتري أبا البائع أو ابنه لا يعتبر في معيوب شخص من الأشخاص، بل المعتبر ما ينقص قيمة الشيء ولا يؤثر إلا ما له أثر في المالية. وقولهم: أنه جناية ممنوع، لأن الجناية تنقص القيمة. وهذا بخلافه. ولو كان جناية لمنع من الأجنبي إذا وطىء مكرهة ومن الزوج.

وقولهم: لا يباح بالإباحة، ينتقض بما دون الوطء. هكذا نقض بعض الأصحاب عليهم ونقل بعضهم أن ما دون الوطء من الاستمتاعات مانع الرد أيضًا، فعلى هذا لا يتوجه النقض وعن قولهم: لا يخلو عن مال أم عقوبة أن الجناية قد تخلو من المال، والعقوبة إذا قال الرجل: أقطع يدي فقطعها، وعن قولهم: الرد فسخ للعقد من أصله تقدم ثم أثر ذلك إنما يظهر ذلك في الأعيان أما المنافع البعضية فلا.

ثم لو كان ذلك صحيحًا لما جاز الرد إذا رضي البائع، وهو جائز وإيجاب المهر في البضع عن المنفعة، والسيد يستحقها، فلا ضرورة إلى تقديرها جزءًا وتقدير المهر بعيد، مما يدل على أنه ليس بجزء أنه لا يجبر به في المرابحة، ولا يسقط به قبل القبض من الثمن شيء، ولا يضمنه الغاصب عندهم، وإنما لم يملكه الكافر على المسلمة، لأن فيه إدخال ذل على الإسلام، والوطء في خيار الشرط فيه وجهان، فإن سلمه فلأنه مع العلم بالخيار يتضمن الرضا، فههنا وطىء قبل العلم

بالخيار، واعتذر أبو زيد عن الوطء قبل القبض بأنه وقع في حكم ملك البائع. لأنه تصرف ولا ينتقل التصرف إلا بالقبض فبقي على ملك البائع، فلم يجر أن يجعل جناية، وهذا ضعيف، فهذا ما تيسر ذكره.

وحرف المسألة أن أبا حنيفة لاحظ غرض البائع وما يحصل له من النفرة والتغير والأنفة، والشافعي لاحظ الأمر العام وأن عادة التجار إذا علموا أن الجارية ثيب لا يبالون بقلة الوطئات وكثرتها، ولا ينقص من قيمتها شيئًا، فإن فرض وطء ينقص القيمة، فليس فرض المسألة، والله أعلم.

واعلم أن أصحابنا اختلفوا في أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه، وقد اتفقوا هنا على جواز الرد، وعلى أنه لا يجب المهر إلا ما سنحكيه من مقتضى كلام القاضي حسين وهذا الاتفاق يدل على أن أثر ذلك عند من قال به إنما هو في الأعيان، أما المنافع فلا، وهو يقوي ما تقدم من البحث فيه، وإلا فلو أثبتنا عدم الملك كان ينبغي وجوب المهر، وقد حكى القاضي حسين فيما إذا وطىء المشتري الجارية المبيعة الثيب قبل القبض، ثم ماتت، أنه هل يغرم المشتري للبائع المهر؟ على وجهين، إن قلنا ينفسخ من الأصل غرم وإلا فلا، وقياس ذلك أن يأتي في الرد بالعيب، ولم أرهم ذكروه، وبتقرير ثبوته فهو مختص بما قبل القبض لضعفه ملك المشتري، وبقاء علقة ملك البائع، فلا يلزم من ذلك طرده بعد القبض على الطريقة الضعيفة الطاردة للقولين فيما بعد القبض، وفيه نظر، هذا ما يتعلق ممن يقول بمنع الرد.

وأما المذاهب النافية فمذهب ابن شبرمة أقربها لأنه يقول بردها مع مهر المثل بالغًا ما بلغ، وهو يتخرج على ما تقدم من ارتفاع العقد من أصله تخريجًا ظاهرًا وجوابه ما تقدم. وأما من قال: يردها ويرد شيئًا يتقدر معها فتحكمات لا دليل عليها. وأما من قال بامتناع ردها ولا يرجع بشيء فبعيد، فإن العيب القديم يجب الرجوع بأرشه إذا امتنع الرد. اللهم إلا أن يطرد الجزء مذهبه ويمنع من أخذ الأرش، والله أعلم.

فرع: هذا كله في وطء المشتري، فلو وطئها البائع أو الأجنبي بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشتري لا يمنع الرد، وإن كانت مختارة فهو زنا وهو عيب حادث يمنع الرد، وإن كان قبل القبض، فإن كانت زانية فعيب يوجب الرد، وإن كانت شبهة أو مكرهة فليس بعيب ويجب المهر على الأجنبي للمشتري، وأما البائع ففي وجوب المهر عليه وجهان، بناء على جناية البائع على المبيع قبل القبض إن قلنا كآفة سماوية لم يجب وإلا وجب، وهما كالوجهين في الانتفاع بالمبيع قبل القبض، فإن ماتت بعد وطء البائع قبل القبض وقلنا العقد يرتفع من أصله لم يغرم المهر،

وإن قلنا من حينه فوجهان بناء على القولين في جناية البائع، قال ذلك القاضي حسين، وإن ماتت بعد وطء الأجنبي قبل القبض، فإن قلنا ينفسخ العقد من أصله فالمهر للبائع، وإن قلنا من حينه فللمشتري، قاله القاضي حسين. وفي وجوب الحد على البائع إذا وطئها جاهلًا بالتحريم وجهان في «التتمة» هذا في الثيب أما في البكر ففيها زيادة أحكام ستأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: ما ذكرناه من أن الوطء إذا كان على وجه الزنا عيب يمنع الرد. استثنى القاضي حسين منه ما إذا لم تنقص قيمتها بالزنا، بأن كانت معروفة بالزنا واشتراها على ذلك، فإنه لا يمنع به الرد، ذكرت ذلك في جوابه عن اعتراض الحنفية. وكذلك ذكره صاحب «التتمة» وطرده في الإباحة والسرقة إذا حدثت ولم تنقص القيمة. قال: لأنها عيب من طريق الحكم، يعني بخلاف البرص ونحوه إذا زاد، فإنه عيب من حيث المشاهدة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن وجد العيب وقد نقص المبيع ـ نظرت فإن كان النقص بمعنى لا يقف استعلام العيب على جنسه كوطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة ـ لم يجز له الرد بالعيب لأنه أخذه من البائع وبه عيب، فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه، وينتقل حقه إلى الأرش لأنه فات جزء من المبيع وتعذر الفسخ بالرد فوجب أن يرجع إلى بدل الجزء الفائت وهو الأرش.

الشرح: النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر، فلذلك قال المصنف: المعنى أي حاصل في المبيع، وامتناع الرد في افتضاض البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة إذا لم يكن لها سبب سابق ولا ضم معها الأرش، لا خلاف فيه عندنا، لأنها عيوب حادثة في يد المشتري، فلو رده وبه عيبان كما قال المصنف في وطء البكر ومذاهب السلف، قال ابن جريج والنخعي: يردها ونصف عشر ثمنها، وتقدم في وطء الثيب حكاية ثلاثة مذاهب مطلقة في الوطء والظاهر أنها مطردة في البكر، وكلها ضعيفة، واتفقوا في البكر على أنها بعد الافتضاض لا ترد مجانًا، لأن المتقدمين أجمعوا على قولين، إما امتناع الرد، وإما الرد مع الأرش، وجعلوا ذلك مثالًا لامتناع إحداث القول الثالث كما هو رأي أكثر الأصوليين ولا سيما هنا فإن فيه دفع ما أجمعوا عليه.

وقد تكلم الشافعي في «المختصر» على افتضاض البكر فقال: وإن كانت بكرًا فافتضها لم يكن له أن يردها ناقصة بما بين قيمتها صحيحة ومعيبة من الثمن. ثم تكلم بعد عن مسائل، تكلم عن حدوث العيب عند المشتري فقال: فإن حدث عنده عيب كان له قيمة العيب إلا أن يرضى البائع أن يقبلها ناقصة، فيكون ذلك له إلا أن يشاء المشتري حبسها، ولا يرجع بشيء، وتبعه الأصحاب على ذلك وتكلموا على

كل من المسألتين وحدها، وجزموا في وطء البكر أنه مانع من الرد وقالوا في مسألة حدوث العيب: إنه يمنع الرد به.

وقال ابن سيرين والنخعي والزهري على ما نقله ابن المنذر وغيره، والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وابن شبرمة، وقال الشعبي: أبطل الآخر الأول. وهذا يحتمل أن يكون موافقًا لما قلناه، ويحتمل أن يكون بمنع الرد ولا يرجع بشيء، وذهب حماد بن أبي سليمان وأحمد وأبو ثور إلى أنه يرد السلعة وأرش العيب الذي حدث عنده قياسًا على المصراة.

وقال الماوردي: أن أبا ثور روى ذلك عن الشافعي رحمه الله في «القديم» وهذا يرجع إلى الوجه المشهور الذي في طريقة الخراسانيين فيما إذا طلب المشتري الرد مع الأرش، والبائع أعطاه الأرش وبقاء العقد، وبالعكس من إيجاب كل منهما، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

ولذلك قال المرعشي: قطع الثوب من الصور التي فيها قولان:

أحدهما: يرده وأرش القطع.

والثاني: يأخذ الأرش، فلا تنافي بين الكلامين، ولكن هل نقول الواجب له ابتداء له الرد مع بدل الأرش؟ أو يتخير بين ذلك وبين طلب الأرش، أو ليس له أخذ الأرش إلا أن يختار البائع كما يقتضيه ظاهر قول الشافعي رحمه الله في «المختصر» والأصحاب؟ فيه بحث ينبني عليه أنه هل تجب عليه المبادرة إلى الرد وبدل الأرش أو لا؟ إن قلنا بالأول وجب وإن قلنا بالثاني أو الثالث لم يجب. وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى، واحتمال رابع وهو ما يقتضيه كلام الرافعي أنه حقه أولًا في الرد وحده، فإن امتنع البائع جاءت هذه الاحتمالات وسنذكره إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلك فهل ذلك جار في وطء البكر أو لا؟ الأقرب الأول. وإطلاق كلامهم يقتضيه، وإنما أفردت مسألة وطء البكر وحدها لأنهم ذكروه عقب وطء الثيب، والبحث فيها مع الحنفية، فإنا نوافقهم على أن وطء البكر مانع، ويحتمل على بعد أن يقال هما مسألتان فوطء البكر وشبهه مما فيه فوات جزء كالخصاء، أو قطع طرف من أطرافه، أو قطع أصبع زائدة، سقط حقه من الرد، وينتقل إلى الأرش جزمًا إلا أن يرضى البائع بالرد والعيوب التي تنقص القيمة فقط يجري فيها خلاف أبي ثور، والوجوه التي ستأتي، فعلى الوجه الذي يقول بإجابة المشتري لم يسقط حقه من الرد، بل حقه في الرد باق مع إعطاء الأرش، إما على التعيين أو على التخيير بينه وبين أخذ الأرش كما تقدم، وسيأتي إذا اتبعنا رأي المشتري.

ويؤيد هذا الاحتمال أن القاضي أبا الطيب نقل الإجماع على أنه إذا قطع

طرف من أطرافه في يد المشتري ثم وجد به عيبًا قديمًا أنه لا يجوز له رده، ووضع الشافعي والمصنف من الخلاف كابن المنذر وغيره مسألة الوطء وحدها ومسألة حدوث العيب وحدها، وما تقدم عن الشعبي عامة قال في الجارية توطأ: يردها ويرد معها حكومة، وفي الجارية يحدث بها عيب مبطل للعيب الأول، وهذا يقتضي التغاير بين المسألتين والأول أوفق لإطلاقهم ولعموم كلام الشافعي في المسألة الثانية، ولكلام المصنف فإنه سوى بين وطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة وليس في الثاني والثالث فوات جزء ولا ينحل أن هذه الثلاثة مشتركة في أنها صادرة من المشتري فتكون محل الجزم، ويخص الخلاف بما لم يكن من جهة المشتري لنقل أبي الطيب الإجماع في قطع الطرف في يد المشتري، فالأقرب أن العيوب كلها سواء في منع الرد الذي لم يضم معه الأرش أما إذا ضم معه الأرش فعلى ما سيأتي.

وعلى رأي المصنف ـ وهو الصحيح على ما سيأتي ـ يمتنع مطلقًا إلا برضا البائع لأنه يجاب من طلب تقرير العقد على الصحيح فلذلك صح إطلاق المصنف هنا، ومحل الاتفاق أيضًا ما لم يكن العيب الحادث له سبب متقدم، فإن كان له سبب متقدم فلا يمنع على الأصح كما تقدم مبحث حمل كلام المصنف على ما لا سبب له متقدمًا، ومن ذلك ما إذا اشترى بكرًا مزوجة جاهلًا فافتضها الزوج وقد تقدم. وممن صرح به هنا القاضي حسين، وتقدم فيه بحث، وجمع المصنف بين وطء البكر وقطع الثوب قيل: لأن أبا حنيفة وافق في وطء البكر وخالف في قطع الثوب ففيه قياس أحدهما على الآخر، وقوله: وطء البكر محمول على افتضاضها، فلو كانت غوراء فوطئها ولم تزل بكارتها فهو كوطء الثيب بما يظهر.

واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام، سأفرد لها فرعًا في آخر الكلام إن شاء الله تعالى، وقوله: من غير رضاه مفهم أنه لو رضي البائع بالرد جاز وهو كذلك. لكن فيه بحث فإن قوله في أول الكلام نقص المبيع يدخل فيه جميع أنواع النقص والنقص قد يكون نقص صفة مخفية كقطع الثوب والتزويج وقد يكون نقصان عين، ولكنها في حكم الوصف كزوال البكارة فإن جلد البكارة ـ وإن كانت عينا ـ لكنها لا تقابل بقسط من الثمن، ولذلك لا يسقط من الثمن بزوالها قبل القبض شيء وقد يكون نقصان عين مقابلة بجزء من الثمن، كاحتراق بعض الثوب، فأما القسمان الأولان فجواز الرد إذا تراضيا عليه ظاهر وأما القسم الثالث فينبغي أن يكون كما إذا رضي البائع أن يرد عليه بعض المبيع، والأصح جوازه، وقد تقدم فيه أنه لا يجوز. إذا قلنا: لا يجوز تفريق الصفقة وشرط النقص المانع من

الرد بالاتفاق أن لا يكون له أمد ينتظر. فلو كان قريب الزوال ففيه خلاف مذكور في طريقة الخراسانيين سأذكره في التنبيه الذي في آخر الكلام إن شاء الله تعالى.

وقوله: وينتقل حقه إلى الأرش، ظاهره أنه لا حق للمشتري في الرد لا على التعيين، ولا على التخيير، وهو أحد الاحتمالات المتقدمة، وسنعيد الكلام فيها إن شاء الله تعالى، وقوله: لأنه فات جزء من المبيع إنما يظهر في القسم الثاني والثالث المتقدمين.

أما الأول: وهو ما فيه نقصان صفة محضة فلا، إلا أن يتجوز في إطلاق اسم الجزء عليها، ويدلك قوله: بدل الجزء الفائت، لكنه ههنا منزل منزلة الجزء شرعًا بدليل جبره بالأرش، فلو لم يكن كالجزء لم يستحق الأرش في مقابلته لكنه ليس جزءًا حقيقيا، وإلا لزم أن يسقط من الثمن شيء في مقابلته، وإن رضي المشتري بالرد، وأن لا يصح بيع أصلًا حتى يحصر الأوصاف التي يجب الأرش بفواتها، وهي غير محصورة ويستثنى من قول المصنف، وينتقل حقه إلى الأرش ما إذا كان العيب القديم هو الخصاء ولم تنقص به القيمة، فإنه لا أرش له وسأذكر قريبًا أن كلام المصنف دال على ذلك فيما سيأتي.

ويؤخذ من قول المصنف: إن الأرش بدل عن الجزء الفائت، فيكون جزءًا من الثمن، فليس عرفًا جديدًا، وسيأتي الكلام في ذلك.

تنبيه: هل يشترط المبادرة بإعلام البائع؟ قال المتولي والبغوي والرافعي: إن المشتري يعلم البائع بالحال فإن رضي به معيبًا قيل للمشتري: إما أن ترده، وإما أن تقنع به معيبًا، ولا شيء لك، وإن لم ترض فلا بد من ضم الأرش، صرح الرافعي والبغوي من بعد بأنه لو أخر الإعلام من غير عذر بطل حقه من الرد والأرش إلا أن يكون العيب حادثًا قريب الزوال غالبًا كما سيأتي.

قلت: وما ذكره يقتضي أن حقه أولًا ثابت في الرد، فإن امتنع البائع انتقل إلى الأرش، وهو خلاف ظاهر عبارة المصنف، وما حكيته من عبارة الشافعي وكذلك عبارة كثير من الأصحاب فإن ظاهرها أن حقه ثابت في الأرش إلا أن يرضى البائع بأخذه معيبًا، وقد قدمت أن الاحتمالات أربعة بكلام الرافعي، هذا وما ذكره الرافعي يدل عليه كلام الغزالي هنا وكلام الإمام في باب السلم، ويؤخذ من كلامه وجهان في ذلك أرجحهما عنده أنه لا يثبت الأرش إلا الطلب الجازم. وأما إذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد والعدة التي لزمتها من وطء شبهة ففي جواز التأخير قولان أو وجهان مذكوران في طريقة الخراسانيين. عبر عنها البغوي بقولين والغزالي بوجهين.

أحدهما: يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليمًا عن العيب الحادث من غير أرش.

والثاني: لا، كغيره من العيوب وعلله الغزالي بقدرته على طلب الأرش.

فإن قلت: هذان الوجهان يدلان على أنه فيما ليس قريب الزوال لا يعذر في التأخير قطعًا. ويكون الإعلام لطلب الرد والأرش على الفور وهو ما قاله الرافعي. قلت: يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون هذان الوجهان في أن له الرد بعد ذلك. وأن ذلك عذر في تأخير الرد أم لا؟ فإن جعلناه عذرًا كان بعد زواله الرد واسترجاع جميع الثمن. وإن لم نجعله عذرًا تعين حقه في الأرش والاحتمال الأول أقرب إلى كلام الغزالي وعليه جرى الرافعي. فإن الغزالي صرح على قولنا أن لا يعذر أنه أبطل حقه. وظاهر ذلك حقه من الرد والأرش جميعًا. فيقتضي أن طلب الأرش على الفور. فهم ابن الرفعة من كلام الغزالي أن الوجهين في تأخير طلب المشتري الرد مع بدل الأرش.

ثم قال: إنه لا يبعد جريان مثلهما فيما إذا قلنا: أن حقه في طلب الأرش عن العيب «القديم» فأخر طلبه إلى زوال الحادث. وبه صرح في «الشامل» في نظير ذلك إذا علم عيب الجارية بعدما حملت. والحمل ينقصها يرجع الأرش. وقيل للمشتري: أمسكها حتى تضع ويردها. وقد تقدم ذلك والذي أفهمه أن المسألة واحدة متى وجد عيب قديم وعيب جديد منتظر الزوال، جرى الوجهان في جواز التأخير إلى الرد من غير أرش أو طلب الأرش الآن. لكن هل تتعين الفورية في طلبه أو لا؟ فيه ما سلف عن الغزالي والرافعي من وجوب الفورية وعن غيرهما من عدمها. ولا فرق بين طلب الرد مع بدل الأرش وبين طلب الأرش بخلاف ما أفهم كلام ابن الرفعة من أنهما مسألتان.

نعم يلتف ذلك على البحث الذي تقدمت الإشارة إليه هل حق المشتري أو لا في الرد؟ أو في طلب الأرش، فإن قلنا: بالأول يظهر الخلاف في كون التأخير بهذا السبب عذرًا أو لا، وإن قلنا بالثاني يظهر سقوط حقه من الرد. ولا يعين الأرش إلا برضا البائع، ولا تشترط الفورية، هذا ما يتضح عندي في ذلك، والله عز وجل أعلم.

والوجه الذي حكاه صاحب «الشامل» معناه أنه يؤخر طلب الأرش. ويرد بعد الوضع. وأما تأخير طلب الأرش وحده بعد امتناع البائع من الرد فجائز قطعًا ولا يجب المبادرة إلى أخذ الأرش، ولذلك صرح صاحب «التهذيب» بأن أخذ الأرش، لا يكون على الفور، بل متى شاء أخذ وكذلك صاحب «التتمة».

فرع: زوال البكارة إذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد، سواء أكان بوطء المشتري أو البائع أو أجنبي وسواء أكان بآلة الافتضاض أو بغيرها كأصبع أو خشبة أو ظفره أو وثبة أو غير ذلك كل ذلك مانع من الرد إلا إذا اشترى أمة مزوجة فزالت بكارتها بعد القبض بوطء الزوج فقد تقدم فيه وجهان وهما يثبتان هنا في «تعليقة» القاضي حسين، أصحهما: عند الرافعي على ما تقدم هناك أنه غير مانع.

وقال صاحب «التتمة»: أنه مانع في صورة العلم دون الجهل، وهو الأصح، وإن كان زوال البكارة قبل القبض ـ فإن كان من الزوج ـ فإن جهل المشتري الزوجية فلا إشكال في أن ذلك موجب للرد، فضلا عن كونه غير مانع، وإن علم المشتري الزوجية فقد تقدم الكلام في هذا الباب، في موضعين، على كونه موجبًا للرد بسببه أو مانعًا من الرد بغيره أو لا؟.

والذي ظهر أنه غير موجب ولا مانع وصرح صاحب «التتمة» بأنه غير مانع كما قلته، وإن كان من غيره فهو جناية على المبيع قبل القبض سواء أكانت مكرهة أو مطاوعة، وسواء أكان الواطىء عالمًا أو جاهلًا، والتفصيل فيه أنه إن كان من أجنبي فإن كان بغير آلة الافتضاض فعليه ما نقص من قيمتها، وإن افتضها بآلته فعليه المهر، وهل يدخل فيه أرش البكارة، أو يفرد؟ فيه ثلاثة أوجه، أصحها: عند الرافعي هنا يدخل فعليه مهر مثلها بكرًا، والثاني: يفرد، فعليه أرش البكارة ومهر مثلها ثيبًا، والثالث: يجب أرش البكارة ومهر مثلها بكرًا وهو الذي جزم به الشيخ أبو حامد في «تعليقه» في باب الشرط الذي يفسد البيع والرافعي هناك أيضًا.

ثم المشتري إن أجاز العقد فالجميع له، هكذا أطلق الرافعي، وهو كذلك إن تم العقد، وأما إن ماتت قبل القبض فقال القاضي حسين أرش البكارة للبائع وجهًا واحدًا كما لو قطع أجنبي يدها ثم ماتت في يد البائع فأرش القطع للبائع، وفي مهر مثل الثيب وجهان، إن قلنا ينفسخ من أصله فهو للبائع، وإن قلنا من حينه فللمشتري، وهذا الذي قاله القاضي حسين متعين، وإن فسخ المشتري العقد قال الرافعي: فقدر أرش البكارة للبائع لعودها إليه ناقصة والباقي للمشتري.

فأما قوله: أرش البكارة للبائع فهو شاهد لما قاله القاضي حسين. وأما قوله الثاني للمشتري فينبغي أن يكون ذلك على قولنا أنه ينفسخ من حينه. أما إذا قلنا ينفسخ من حينه فيكون الجميع للبائع كما تقدم في كلام القاضي عند التلف. وأما إذا افتضها البائع، فإن اختار المشتري فلا شيء على البائع إن قلنا جنايته كالآفة السماوية. وإن قلنا كالأجنبي فحكمه حكمه. هكذا قال الرافعي تبعًا لصاحب «التهذيب».

واختلف جواب القاضي حسين فيها، فمرة قال كذلك وهو آخر قوليه ومرة قال فيما إذا كان بغير آلة الافتضاض يسقط من الثمن ما بين كونها بكرًا وثيبًا وكذلك اختلف قوله: فيما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض واندمل، وقلنا جنايته كجناية الأجنبي أنه هل يجب عليه كمال القيمة أو نصفها؟ قال: كما لو باع عشرة آصع حنطة بعشرة دراهم، ثم أتلف البائع صاعًا منها قبل القبض، يسقط عن المشتري عشر الثمن، ولا يقول: يجب على البائع مثله، لأنه عامد، هكذا قاله القاضي ودعواه في هذه الصورة ممنوعة أيضًا، بل مقتضى التفريع أنه إذا أجاز المشتري يجب عليه مثله.

قال القاضي حسين: فيما إذا وطئها البائع وافتضها، وجعلنا جنايته كجناية الأجنبي، وأجاز المشتري وقلنا: أرش البكارة ينفرد، ينظر كم نقص ذهاب البكارة من قيمتها، فذلك القدر من الثمن يسقط إن نقص عشر قيمتها سقط من الثمن عشره، ويجب من مهر مثلها ثيبًا إن جعلناه كالأجنبي، وإن قلنا أرش البكارة لا يفرد فيجب مهر مثلها بكرًا مثلا مائة، وثيبًا ثمانين، فخمس مهرها بكرًا أرش البكارة، إن جعلناها كجناية الأجنبي، سقط من الثمن بحصته وفي أربعة أخماس الثمن وجهان، فإن ماتت في يد البائع بعد افتضاضه سقط جميع الثمن، وقدر ما يقابل أرش البكارة لا يجب على البائع. وهل يغرم مهر مثلها ثيبًا؟ إن قلنا: الفسخ رفع من أصله لم يغرم، وإن قلنا: من حينه، وجناية البائع كالأجنبي غرم.

هذا التفريع للقاضي حسين، فإنه لم يفرع إلا على قوله الأول، وفيه مخالفة كما قاله الرافعي في «إلحاقه» بالأجنبي مطلقًا، وإن فسخ المشتري فليس على البائع فسخ أرش البكارة وهل عليه مهر مثلها ثيبًا؟ إن افتض بآلته يبني على أن جنايته كالآفة السماوية يجب أم لا؟ وهكذا قال الرافعي ومقتضاه أنا إن قلنا: كالآفة السماوية لم يجب وهو صحيح.

وإن قلنا: كالأجنبي وجب وينبغي إذا قلنا إن جنايته كالأجنبي فيخرج على أن الفسخ رفع للعقد من أصله، أو من حينه، إن قلنا: من أصله لم يجب أيضًا وإلا وجب. وفي هذين القسمين زوال البكارة من البائع ومن الأجنبي قبل القبض لا يمنع الرد بالعيب القديم، بل هذا عيب آخر مثبت للرد، وأما إذا افتضها المشتري قبل القبض فيستشعر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها. وهو تعييب مانع من الرد بالعيب القديم، فإن سلمت حتى قبضها فعليه الثمن بكماله، وإن تلفت قبل القبض فعليه بقدر نقص الافتضاض من الثمن.

وهل عليه مهر ثيب؟ يبني على أن العقد ينفسخ من أصله أو من حينه، هكذا

قاله الرافعي، وجعل القاضي حسين ذلك تفريعًا على قولنا إن أرش البكارة يفرد على المهر، فإن قلنا لا يفرد قال فيتقرر على المشتري من الثمن بقدر ما يقابله باعتبار القيمة. وفي الباقي من المهر الوجهان. وبين التقديرين اختلاف. فإنا إذا أفردنا أرش البكارة وكان عشرين مثلًا وهو عشر قيمتها قررنا عشر الثمن. وإذا لم يفرد وكان مهرها بكرًا مائة أو ثيبًا ثمانين فأرش البكارة الخمس، فيتقدر خمس الثمن، ولنفرض القيمة واحدة في المثالين، فإذن ما ذكره الرافعي إنما يجيء على القول الضعيف. فإن الصحيح أن أرش البكارة يدخل في المهر. وهذا كله إذا لم نجعل وطء المشتري كوطء الأجنبي. وهو الصحيح. وهذا التقرير على طريقة القاضي حسين والرافعي هنا. وأما على طريقة الشيخ أبي حامد والرافعي في باب فساد البيع أنه يجب مهر بكر وأرش البكارة متعين ولا يخفى الحكم. وفي وجه افتضاض المشتري قبل القبض وافتضاض الأجنبي.

وفرق القاضي حسين بأن ضمان الجناية بالشرع، فروعي فيه واجب الشرع، وهذا ضمان معاوضة، فروعي فيه موجب العقد، والعقد اقتضى التقسيط على الأجزاء فلذا قال الفارقي تلميذ المصنف: تكلمت يومًا في هذه المسألة في حلقه الدامغاني قاضي القضاة وهي من مفردات أحمد، فقلت: قضية العقد التسوية بين المتعاقدين. وحق الرد ثبت للمشتري إذا لم يحدث عنده عيب، لأنه بذل الثمن ليحصل على مبيع سليم، فلما فات أثبتنا له الرد جبرًا لحقه، فإنه لو أخذ منه الثمن الذي بذله في مقابلة السليم وجعل على المعيب فكان إخلالًا بالنظر، وترك التسوية بينهما، فلذلك إذا حدث عنده وجب أن يمنع عليه الرد، لأنا لو جوزنا له ذلك أفضى إلى الإضرار بالمنافع، لأنه خرج المبيع عن ملكه سليمًا فلا يجوز رده إليه معيبًا تسوية بين جانبه وجانب المشتري. فقال لي: هذا بيان التسوية بينهما وامتناع الرد، فلم رجحت جانب البائع على جانب المشتري، حتى ألزمت المشتري المعيب؟ فقلت: هذا في قضية النظر لا يلزمني، لأن مقصودي بيان امتناع الرد على المشتري، وذلك يحصل بالمعاوضة لمراعاة حق البائع والتسوية بينهما، فلا حاجة إلى بيان الترجيح. ثم أشرع ببيانه، فأقول: إنما رجحت جانب البائع على المشتري، لأن البائع إذا ألزمناه أخذ المبيع بعيبين عظم الضرر في حقه، لأنه خرج المبيع عن ملكه سليمًا من هذا العيب لحدوثه. فإنه جزء من ملكه الذي كان ثابتًا له، والمشتري لم يكن في ملكه شيء ففات عليه، وإنما قصد تحصيل شيء على صفة فلم يحصل على تلك الصفة، وليس الضرر في حق من فاته شيء كان له حاصلًا، كالضرر في حق من لم يحصل له ما قصده.

قلت: قوله: إنها من مفردات أحمد قد تقدم أن ذلك قول أبي ثور. رواه عن الشافعي ويوافقه أحد الأوجه في المذهب، وهو مذهب مالك على تفصيل عنده.

فرع: أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد ويطرقه أمران:

أحدهما: أنا سنحكي حكاية عن صاحب «البيان» ـ وجهًا ضعيفًا ـ أن التزويج ليس بعيب وقياس ذلك يطرد ههنا.

الثاني: لو قال الزوج لها: إن ردك المشتري بالعيب على البائع فأنت طالق فكان قبل الدخول، ثم وجد بها عيبًا قال الروياني في «البحر»: قال والدي رحمه الله الأظهر عندي أن له الرد، لأن الفرقة تقع عقب الرد بلا فصل، ولا يخلف النكاح عنده، قال الروياني: ويحتمل أن يقال: ليس له الرد بمقارنة العيب الرد وعلى ذهني من كلام الغير ما يعضد هذا الاحتمال، وأنه لو زوجها المشتري للبائع ثم عيبها لم يكن له أن يردها عليه، وإن كان النكاح ينفسخ برده لوجود العيب الآن صرح بذلك صاحب «التتمة».

وقد ترتب ذلك على أن العلة مع المعلول أو قبله، إن قلنا بالأول فلم تصادف الزوجية الرد فتصح وإن قلنا بالثاني فوجهان، أحدهما: لا يصح للمقارنة، قال الروياني: ولأنه قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة، ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح أي لمصادفته زمان البينونة، فيؤدي إيجاب القبول إلى إلحاق الضرر به، والثاني: يصح كما ذكره والد الروياني، ولأن الزوجية في مثل هذا الحال لا تعد عيبًا، والأقرب أنه يمتنع لما قاله الروياني، ولما قدمته، وحينئذ يبقى كلام المصنف على إطلاقه.

فرع: إذا وجد المشتري العيب فقبل رده مع كونه في الرد جاء البائع وقطع يده، ففيه وجهان.

أحدهما: له الرد، قال الروياني: وهو الأظهر عندي، والثاني: لا، لأنه عيب حدث في يد المشتري قلت: هكذا أطلق هذين الوجهين، ويحتمل أن يكونا خاصين بهذه الصورة حتى لا يكون فعل البائع مانعًا لما شرع فيه المشتري، ومحل ذلك أن نظر في جميع العيوب الحاصلة في المشتري من جهة البائع فيطرد ذلك في زوال البكارة من البائع وغيرها، والكلام المتقدم في زوال البكارة يخالفه.

فرع: من جملة العيوب المانعة من الرد لو كان غلامًا فحلق شعره، لأنه ينقص من ثمنه، قاله أبو عاصم العبادي.

فرع: اشترى فرسًا بحمار وخصى الفرس ثم وجد به عيبًا، فالظاهر ومقتضى قول الجمهور، وبه قال البغوي أنه ليس له الرد إلا برضا البائع، وقال القاضي

حسين في «فتاويه»: إن لم تنقص قيمته له أن يرد، وإن نقصت استرد بقدر ما نقص من قيمته من عين الحمار لا من قيمته، وإن كان الحمار قد تلف استرد من قيمته.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن قال البائع: أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الأرش لأنه لم يكن له غير الرد وإنما امتنع [من الرد] للعيب الحادث في يده، فإذا رضي به صار كأن لم يحدث عنده عيب، فلم يكن له غير الرد، وإن قال المشتري: أرده وأعطي معه أرش العيب الحادث عندي لم يلزم البائع قبوله كما إذا حدث العيب به عند البائع فقال: خذه وأنا أعطيك معه أرش العيب لم يلزم المشتري قبوله.

الشرح: هذان نوعان من المسألة المتقدمة، ولا شك أن للبائع والمشتري عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالًا.

أحدها: أن يرضى البائع برده من غير أرش للحادث، فذلك له وليس للمشتري بعد ذلك إلا أن يمسكه مجانًا أو يرده، ولا يكلف رده كما لا يكلف رده إذا انفرد العيب القديم، ولا يكلف البائع الأرش، وهذه الحالة هي المسألة الأولى من كلام المصنف هنا.

وقوله: لأنه لم يكن له غير الرد يؤيد ما تقدم عن الرافعي ويقتضي أن حقه الأصلي هو الرد لا الأرش.

الثانية: أن يتفقا على إمساكه وأخذ أرش العيب القديم، فذاك جائز بلا خلاف وهو الذي اقتضى كلام المصنف فيما تقدم أنه الواجب لكن بطريق الانتقال من الرد إليه ولا يأتي ههنا الخلاف المتقدم في كلام المصنف فيما إذا تراضيا على دفع الأرش لإسقاط الخيار، عند إمكان الرد، والفرق على أحد الوجهين أن الاعتياض هناك عن سلطة الرد، وهي لا تقابل، والمقابلة هنا عما فات من وصف السلامة في المبيع.

الثالثة: أن يتفقا على الرد مع الأرش وذلك جائز أيضًا، ولم يذكر المصنف هذه الحالة لكن ذكرها الرافعي، وهل أخذ الأرش هنا بطريق الاعتياض؟ فيرد السؤال المتقدم، ويكون هنا أقوى، لأنه في مقابلة سلطة طلب الأرش، أو ليس بطريق الاعتياض ولكن يجعل قائمًا مقام الجزء الفائت بالعيب الحادث، ويرد الرد عليها كما في رد الصورة، ويأتي ذلك البحث الذي هناك أو أنه لما فات ذلك الجزء عند المشتري، وهو مقابل ببعض الثمن فإذا رد الباقي برضا البائع انفسخ العقد فيما يقابل المردود من الثمن، وبقي ما يقابل الجزء الفائت لم ينفسخ فيه العقد.

وتظهر فائدة هذا فيما لو كان الثمن عرضًا أو نقدًا باقيًا بحاله أنه لا يسترجع منه مقدار أرش العيب الحادث، وعلى التقديرين الأولين يسترجع جميع الثمن ويغرم

من عنده الأرش أو أنه لما انفسخ العقد فيه لزمه غرامة ما فات تحت يده كالمستلم ويكون من باب الغرامات المحضة ليس منسوبًا من الثمن سيأتي في كلام المصنف في مسألة ما لا يوقفه على عيبه إلا بكسره ما يدل لهذا الاحتمال الرابع، وفي كلام الإمام في مسألة الحلي ما يشهد للاحتمال الثاني، والله أعلم.

وقال الإمام: إن القائل بأن المبيع عند التنازع من يدعو إلى الإمساك يقول: إذا فرض التراضي على الرد وضم أرش العيب الحادث فسبيله سبيل الإقالة.

قلت: وذلك لا يدفع الإشكال، فإن الإقالة فسخ على المذهب فيعود البحث فيها، ولا يجوز أن يقع الفسخ على شرط أن يضمن المشتري الأرش، فإن ثبت الاحتمال الثاني كما اقتضاه كلام الإمام لم يكلف أن يبقى في ذمة المشتري بل لا بد من إحضاره حتى يجاب كما يدل على ذلك كلام الإمام في مسألة الحلي، وسأذكرها إن شاء الله تعالى، وهو يبين ما تقدم من البحث في المصراة من اشتراط رد التمر معها، وفي معرفة قدر الأرش الذي يرده المشتري عن العيب الحادث كلام سيأتي في معرفة أرش العيب القديم إن شاء الله تعالى.

والذي قاله الأصحاب في مسألة الغرم أن الرد يرد على العين مع الأرش المردود وفي كلام المصنف هنا ما يقتضي ذلك، وسنبينه إن شاء الله تعالى. لكن الإمام قال هناك: ومما يجب التنبيه له أنا إذا قلنا في العيب الحادث حيث كان لازمًا في الصفقة أن المشتري يضم أرش نقص العيب الحادث إلى المبيع، ويردهما، فهذا في أصل وضعه إشكال، فإن التمليك بالفسخ رد واسترداد حقه أن لا يتعدى المعقود عليه، والرد كاسمه، فتقدير ادخال ملك جديد في التمليك بطريق الرد بعيد ولا وجه يطابق القاعدة إلا أن يقول: الرد يرد على المعيب بالمعنيين فحسب من غير أن يقتضي تضمين المشتري أرش المعيب، بتأويل تقدير الضمان في حقه وتشبيه يده بالأيدي الضامنة، ولكن لا يتعين المردود عليه بذمة الرد، فيضم الأرش إلى المبيع المردود، فيكون المضموم مستحقا بالسبيل الذي أشرت إليه وليس أرش العيب الحادث مردودًا.

ولو قال الراد: أرد ثم أبذل لم يكن له ذلك لعدم الثقة وإذا رد مع الأرش جرى في عين المضموم يتأول أنه ضمن وأقبض لا على أنه ملك بالرد شيئًا لم يرد عليه العقد، وهذا يدل ـ لما سيأتي عن المصنف وغيره من الأصحاب ـ أن الأرش عن الحادث غرامة غير منسوبة من الثمن، لكن الذي قاله المصنف والأصحاب هناك هو عام في كل عيب حادث، أو خاص بما لا يوقف على عيبه إلا بكسره فيه نظر.

الحالة الرابعة: إن تنازعا فيذعن أحدهما إلى الرد مع أرش العيب الحادث

ويذعن الآخر إلى الإمساك وغرامة أرش العيب القديم، وهذا يفرض على وجهين لأنه قد يكون طالب الرد هو المشتري، وهي المسألة الثانية في الكتاب وقد قطع المصنف فيها بأن المجاب البائع، وقد يكون طالب الرد هو البائع، والمشتري يطلب الإمساك وأخذ الأرش ولم يذكرها المصنف هنا، ومقتضى إطلاقه فيما تقدم أن المجاب المشتري لأنه جعل الواجب له الأرش إلا أن يرضى البائع بالرد أي مجانًا، وهو هنا لم يرض بالرد إلا مع الأرش، وما اقتضاه كلام المصنف في الصورتين هو الصحيح الذي صححه الأصحاب والرافعي وعبروا عنه بأن المتبع من يذعن إلى الإمساك لما فيه من تقرير العقد، ولأن الرجوع بأرش العيب القديم يستند إلى أصل العقد، لأن قضيته أن لا يستقر الثمن بكماله إلا في مقابلة السليم وضم أرش العيب الحادث إدخال شيء جديد لم يكن في العقد، فكان الأولى أولى.

قلت: وهذا فيه تقوية لما أبديته من الإشكال في أخذ الأرش من المشتري وقد تقدم ما فيه، ووراء هذا وجهان آخران في طريقة الخراسانيين حكاهما غيره ـ أحدهما: أن المتبع رأي المشتري، ويجبر البائع على ما يقوله، لأن الأصل أن لا يلزمه تمام الثمن إلا بمبيع سليم، فإن تعذر ذلك فوضت الخيرة إليه، ولأن البائع ملبس بترويج المبيع، فكان رعاية جانب المشتري أولى، ويروى هذا الوجه عن ابن أبي ليلى ومالك وأحمد، قال الرافعي: وعن أبي ثور أنه نصه في «القديم».

قلت: وقد تقدم ما نقله الأصحاب عن أبي ثور، وأنه رواه في «القديم»، لكن محله هناك في إجابة المشتري إلى الرد، وأما إجابته إلى الإمساك فلم أرهم ذكروها هناك، فإن قلت: إذا أجيب في الرد فإجابته في الإمساك أولى للمعنيين المتقدمين، قلت: قد يكون أبو ثور يروي أنه ليس حق المشتري إلا في الرد مع الأرش، ولا يسوغ أخذ الأرش كما هو ظاهر قوله: أنه يرد السلعة، فأرش العيب، والوجه الثاني: وهو الثالث من الأصل أن المتبع رأي البائع، لأنه إما غارم أو آخذ ما لم يرد العقد عليه وهذه الأوجه الثلاثة، تحصل في كل من الصورتين وجهان، وهما في الثانية مستويان عند الصيدلاني.

وذكر الشيخ أبو محمد في السلسلة الصورة الأولى التي في الكتاب، وهي إذا طلب المشتري الرد وغرامة أرش الحادث، وحكى الوجهين فيها وبناهما على القولين فيما إذا اشترى عبدين ومات أحدهما ووجد بالثاني عيبًا وأراد ضم قيمة التالف إليه وانفسخ فيهما إن جوزنا هناك أجبنا هنا وإلا فلا، بل يغرم البائع أرش القديم، وهذا البناء يقتضي ضعف القول بإجابة المشتري، لأن الأصح هناك عدم إجابته في ضم قيمة التالف، وأيضًا فإن القولين المذكورين مفرعان على امتناع إفراد

الموجود بالرد، وقد تقدم فيه قولان مشهوران فهو خلاف على خلاف. وبنى الشيخ أبو محمد الوجهين في الصورة الثانية على القولين فيها إذا اشترى جوزًا فكسره فوجده فاسدًا، وقلنا له رده هل للبائع الأرش؟ قولان، إن قلنا: له، أجبنا البائع هنا، وإلا فلا.

قلت: والأصح على ما سيأتي أنه ليس له الأرش كذلك هنا، الأصح: أنه لا يجاب البائع في هذه الصورة فيسأل الشيخ أبو محمد بالجواز المراد به ما يبقى له قيمة بعد الكسر على ما سيأتي مبينًا إن شاء الله تعالى.

فروع: الأول: لو زال العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد على الصحيح المنصوص في «البويطي». وفيه وجه ضعيف جدًا. وقال ابن الرفعة: إن الأشبه أن محله فيما لا يرجى زواله، يعني عن قرب، وأما ما يرجى زواله لو زال فلا يمنع من الرد قولًا واحدًا، ولو زال القديم بعد أخذ أرشه لم يأخذه، وقد تقدم ما يقتضي إثبات خلاف فيه، وكذلك هو في «التتمة»، وإن زال القديم بعد أخذه أرشه رده على المذهب.

وقيل وجهان، كما لو نبت سن المجني عليه بعد أخذ الدية هل يردها؟ ولو زال العيب الحادث بعدما أخذ المشتري أرش العيب القديم أو قضى به القاضي ولم يأخذه، فهل له الفسخ ورد الأرش؟. فيه وجهان بناهما الشيخ أبو محمد في السلسلة على الوجهين إذا قطع كامل الأنملة العليا من يد رجل ثم الأنملة الوسطى من يد آخر، ويد المجني عليه ثانيًا بالطلب. فأعطيناه الأرش من غير عفو، ثم قطع الأول الأنملة العليا وأراد الثاني رد الأرش وقطع الوسطى قال والأصح: أنه ليس [له] ذلك.

قلت: وكذلك الأصح أنه ليس له الفسخ بعد الأخذ. وكذلك بعد الحكم على ما صححه البغوي، وجزم ابن الصباغ عن الأصحاب بعد الحكم والقبض أنه لا فسخ، وجعل محل الوجهين بعد الحكم وقبل الأخذ، ولو تراضيا وقضيا، فالأصح أن له الفسخ. قال الرافعي: وكلما ثبت الرد على البائع لو كان عنده يمنع الرد إذا حدث عند المشتري وما لا رد به على البائع لا يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري إلا في الأقل، ولعله احترز بذلك عما إذا قطع أصبعه الزائدة، فإن القاضي أبا الطيب قال: عندي أنه يمتنع الرد، وتبعه ابن الصباغ والعجلي، لكني رأيت في «التهذيب» أنه لو باع أقلف فختنه البائع قبل التسليم وبرىء أو كان به سن شاغية أو أصبع زائدة فقلع السن وقطع الأصبع قبل التسليم وبرىء فلا خيار للمشتري.

وهذا يقتضي أن زوال هذه الأجزاء مع البرء ليس بعيب، ولذلك لم يرد به

على البائع، لكن في كونه مانعًا من الرد نظر إذا لم يكن عيبًا، فإن قيل: لأنه جزء من المبيع ورد عليه العقد وقد يتعلق بفواته غرض، فينبغي أن يكون كذلك إذا حدث قبل القبض أن يثبت الرد به.

أما إذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح أنه لا يثبت الرد به جزمًا، فإن صح ما قاله صاحب «التهذيب» مع ما قاله القاضي أبو الطيب تعين الاستثناء والاحتراز كما فعل الرافعي، وإلا فيصح أن يقول: كما لا رد به على البائع إذا حدث في يده قبل القبض يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري، ويبقى الطرفان لا يستثنى منهما شيء، وسيأتي. وصاحب «التتمة» خالف القاضي أبا الطيب، ولو أخصى العبد ثم علم عيبًا قديمًا فلا رد وإن زادت القيمة، ولو نسي القرآن أو صنعة ثم علم به عيبًا قديمًا فلا رد لنقصان القيمة. ولو كانت الجارية رضيعة فأرضعتها أم البائع أو ابنته في يد المشتري ثم علم عيبًا فله الرد، وإن حرمت على البائع، لأن القيمة لم تنقص بذلك، وقد تقدم نظيرها في وطء الثيب إذا كان البائع أبا المشتري أو ابنه ولو اطلع على العيب القديم بعد رهنه فلا رد في الحال.

وفي وجوب الأرش وجهان، إن عللنا باستدراك الظلامة فنعم، وإن عللنا بتوقع العود فلا. وعلى هذا فلو تمكن من الرد رد وإذا اطلع على العيب القديم بعد الإجارة فإن لم نجوز مع المستأجر فهو كالمرهون، وإن جوزناه فهو عيب يرجى زواله، فإن رضي البائع بأخذه مستأجرًا رد عليه وإلا تعذر الرد، ففي الأرش الوجهان. هكذا قال الرافعي وقاله القاضي حسين في الدرس الثاني بعد أن كان قال: إنه إذا رهنه أو أجره فهل يفسخ في الحال أو لا حتى ينفك الرهن وتمضي مدة الإجارة؟ فيه وجهان إن منعنا لم نجوز له الأرش لأن للرهن والإجارة غاية معلومة بخلاف التزويج، وسواء صبر أو فسخ في الحال فالأجرة للمشتري.

ولو تعذر الرد بغصب أو إباق قال الرافعي: أنه يجري فيه الوجهان اللذان ذكرهما في الإجارة، وسيأتي التعذر بالإباق في كلام المصنف. وصرح صاحب «التهذيب» بحكاية الوجهين في أخذ الأرش عند الإباق والغصب، أحدهما: نعم للتعذر، والثاني: لا لعدم اليأس وقرار الرقيق على نفسه في يد المشتري تدين المعاملة أو تدين الائتلاف مع تكذيب المولى لا يمنع الرد بالعيب القديم وإن صدقه مشتري المولى على دين الائتلاف منع منه فإن عفى المقر له بعد ما أخذ المشتري الأرش فهل له الفسخ ورد الأرش؟ وجهان جاريان فيما إذا أخذ المشتري الأرش كرهنه العبد أو كتابته أو إباقته أو غصبه أو نحوها إن مكناه من ذلك ثم زال المانع من الرد. قال في «التهذيب» أصحهما: لا فسخ.

وإن كان دبره أو علق عتقه بصفة، فله الفسخ، لأن التدبير يقبل الفسخ. وكذا التعليق قابل للرفع بإزالة الملك. قاله القاضي حسين، وهو ظاهر. وإن زوج الجارية أو العبد ثم علم بالعيب ولم يرض البائع بذلك قطع جماعة بوجوب الأرش، لأن النكاح يراد للدوام فهو كعيب لا يرجى زواله. وقال الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أن بعضهم قطع بهذا. وأن الروياني والمتولي اختاراه. وهذه العبارة قد تفهم أن بعضهم خرجه على الخلاف. قال ابن الرفعة: ولم أرَ من صرح به، وأما الكتابة فحكى القاضي حسين فيها وجهين وقال: الأظهر على المعنى أنه لا يفسخ. وقال الماوردي: أنه لا رد ولا أرش لعدم اليأس ولاستدراك الظلامة بالنجوم،

وقال الرافعي: الأظهر أنه كالرهن وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم، يعني لأنها في الحقيقة ماله، وقال في «التتمة»: إنه إن امتنع البائع من القبول أو قلنا تبع المكاتب لا يجوز، فإنه يجب الأرش وقال الرافعي رحمه الله تعالى: إن في «التتمة» أن الكتابة كالتزويج. ومراده في وجوب الأرش وأما في جواز الرد فقد علمت بناء صاحب «التتمة» على جواز بيع المكاتب، فليست كالتزويج مطلقًا، فقد اجتمع في الكتابة أربع طرق، أصحها: أنه كالرهن فلا يفسخ في الحال ولا يجب الأرش على الأصح، وهي طريقة الرافعي.

الثاني: أنه لا يرجع بالأرش في الحال قطعًا وهي طريقة الماوردي.

الثالث: القطع بوجوب الأرش وهي طريقة صاحب «التتمة».

الرابع: أنه ينفسخ. وهو ما أشعر به كلام القاضي حسين في قوله: الأظهر أنه لا فسخ، وهذه العلة بناء على جواز بيع المكاتب، وأنه تبطل الكتابة، وهو أحد الوجهين على «القديم»، بل يتعين تفريعه على ذلك. وتكون الطرق الثلاث على امتناع بيعه، ولو أخذ الأرش ثم عجز المكاتب أو طلق الزوج فعلى الوجهين المتقدمين في زوال العيب بعد أخذ الأرش.

فرع: لو أنعل الدابة ثم علم بها عيبًا قديمًا إن لم يعبها نزع النعل، بأن تكون كانت موجودة في يد البائع وسمر المشتري النعل فيها ولم يكن يحدث بقلعها نزع فله نزعه والرد، فإن لم ينزع في هذه الحالة لم يجب على البائع قبول النعل، والفرق بين النزع هنا والنعل في يده طلب الخصم أن ذلك إشغال يشبه الحمل عليها وهذا تفريع. وقد تقدم ما ذكره القاضي في أن إشغال المشتري بجز الصوف مانع من الرد. وذكرت هناك هذه المسألة على سبيل الإيراد عليه، ولعله يطرده فيهما بل يتعين ذلك، فإن بابه وجوب المبادرة بالتلفظ بالفسخ، وإن كان نزع الحافر يخرم نقب المسامير ويعيب الحافر فنزع، بطل حقه من الرد والأرش، وفيه احتمال للإمام.

ولو كان نزعه قبل الاطلاع على العيب ـ فإن حصل به نقص ـ كان كسائر العيوب الحادثة في الأرش، ولو ردها مع النعل أجبر البائع على القبول، وليس للمشتري طلب قيمة النعل، ثم ترك النعل هل هو تمليك من المشتري؟ فيكون للبائع لو سقط، أو إعراض فيكون للمشتري؟ وجهان، أشبههما الثاني. هذا إذا جرى الترك وحده، فإن حصل لفظ الهبة حصل الملك، وقيل يجريان الخلاف وقد تقدم ذلك في الأحجار في باب بيع الأصول والثمار، وليس له على قولنا أنه لا يملك المطالبة به ما دام متصلًا، ولو طلب نزعه قبل الرد بالعيب فله ذلك، وفيه دليل على أنه لا يجب عليه البدل ابتداء، وبه صرح الإمام. ولو قال المشتري لا أسمح بالنعل، وطلب الأرش عن العيب القديم لأنه لا يلزمني المسامحة وقلعه يقتضي حدوث تعيب. قال الغزالي: لم يكن ذلك فإنه كالحصر في مؤنة الرد.

فرع: إذا صبغ المشتري الثوب ثم اطلع على عيب قديم، فإن نقصت قيمة الثوب بالصبغ فلا إشكال في أن ذلك عيب حادث، وحكمه ما تقدم عند الوفاق أو التنازع، وأما إذا زادت القيمة فقد قال صاحب «التقريب»، ثم الإمام والغزالي والرافعي: إنه إن رضي المشتري بالرد من غير أن يطالب بشيء فعلى البائع القبول وهذا لا نزاع فيه. وقد أطلق ابن الصباغ والبندنيجي أنه إذا صبغه لم يكن له رده مصبوغًا ويرجع بالأرش، وحمله ابن الرفعة على ما إذا حصل بالصبغ نقص توفيقًا بينه وبين ما قال الإمام، والأولى عندي أن لا يحمل على ذلك لما يدل عليه آخر كلامه، بل مراده أنه ليس له الرد إذا لم يسمح بالصبغ فإن سمح لم يتعرض له فهذه الحالة التي ذكرها صاحب «التقريب» والإمام لم يتعرض لها ابن الصباغ وكلامه مطلق يجب تقييده.

قال الإمام: ويصير الصبغ ملكًا للبائع لأنه صفة للثوب لا تزايله، وليس كالنعل، قلت لكن في إدخاله في ملكه شبه من مسألة اختلاط الثمار، وفيها خلاف لأجل المنة بخلاف النعل فإنه تابع والصبغ فوق النعل ودون الثمار. ولو طلب المشتري أرش العيب القديم وقال البائع: رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ ففيمن يجاب وجهان: أحدهما: وبه قطع الشيخ أبو حامد والمحاملي في «التجريد» و «المجموع» وابن الصباغ والمتولي أن المجاب البائع ولا أرش للمشتري. والثاني: وبه قال أبو حنيفة: أن للمشتري أن يطالب بالأرش وهذا مما يعين أن كلام ابن الصباغ في الصبغ الذي حصلت به زيادة. وإنما أهمل القسم الذي ذكره صاحب «التقريب» والإمام. أو يكون لا يختار الإجبار على ذلك. ويفرق بينه وبين النعل فيبقى كلامه على إطلاقه. والفرق بين هذه المسألة حيث أجبنا البائع وبين ما إذا

طلب أرش العيب الحادث حيث نجيب المشتري على الصحيح ظاهر. فإن المشتري هنا يأخذ قيمة الصبغ والثمن يستدرك ظلامته، ولا يغرم شيئًا هناك لو ألزمناه بالرد مع أرش الحادث، غرمناه لا مقابلة شيء أخذه.

ونظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع رده مع العيب الحادث من غير أرش، فإنه يجاب قطعًا، ولو أراد المشتري الرد وأخذ قيمة الصبغ مع الثمن ففي وجوب الإجابة على البائع وجهان، أصحهما: لا يجب، وهذا الصحيح ينطبق عليه كلام ابن الصباغ قطعه بوجوب الأرش إن لم يحمل كلامه على صبغ تنقص به القيمة.

وقال الرافعي والنووي في «الروضة» كما قال، أصحهما: لا يجب قال: لكن يأخذ المشتري الأرش، والإمام لم يتعرض لذلك، وستأتي التنبيهات التي أذكرها الآن إن شاء الله تعالى ببيان الحال فيه، وهل ذلك متحتم؟ أو ثم طريق غيره؟ وههنا تنبيهات في هذا الفرع:

أحدها: أن الإمام لما حكى الخلاف في الطرفين ـ أعني طلب المشتري الإمساك وأخذ الأرش أو الرد وأخذ قيمة الصبغ • شبهه بالخلاف في الإجبار على ضم الأرش ورد المبيع، وقال: فقد جرى الصبغ الزائد مجرى أرش العيب الحادث في طرفي المطالبة قال الرافعي: ومعناه أنه إذا قال البائع رده مع الأرش وقال المشتري: أمسك وأخذ الأرش، ففيمن يجاب؟ وجهان، وكذا إذا قال المشتري: أرد مع الأرش، وقال البائع بل أغرم الأرش، وهذا ظاهر للمتأمل في الوجوه الثلاثة المذكورة هناك إذا أفرد أحد الجانبين بالنظر.

ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وأرش العيب الحادث أن إدخال الصبغ في ملك البائع مع أنه دخيل في العقد كإدخال الأرش الدخيل في العقد، هذا كلام الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، ومراده ومراد الإمام أن البائع والمشتري إذا طلب أحدهما الرد يعطي البائع قيمة الصبغ وطلب الآخر الإمساك مع الأرش، فمن المجاب؟ وجهان: أصحهما: على ما تقدم أن المجاب البائع في الحالتين، والثاني: أن المجاب المشتري في الحالتين.

وقال الغزالي في «البسيط» قريبًا مما قاله الإمام. وقال في «الوجيز»: أن إدخال الصبغ كإدخال أرش العيب الحادث، قال الرافعي رحمه الله تعالى: ظاهره يقتضي عود الأوجه الثلاثة ههنا، ثم يقال: المجاب منها في وجه من يدعو إلى فصل الأمر بالأرش القديم، وقد صرح به في «الوسيط»، ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره، وبتقدير ثبوته فقد بينا ثم أن الأصح الوجه الثالث وههنا قضية إيراد الأئمة أنه لا يجاب المشتري إذا طلب الأرش كما مر.

قلت: وكلامه في «الوجيز» ظهوره فيما قال الرافعي رحمه الله، يمكن حمله على ما في «النهاية» و «البسيط» وأما كلامه في «الوسيط» فإنه قال: إن طلب قيمة الصبغ فهل يجب على البائع في رد الثمن؟ فيه وجهان.

وإن قلنا: لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث، فتعود الأوجه فيه في أن تملك شيء حادث أولى أو تغريم أرش العيب القديم، وهذا صريح كما قال الرافعي ولكن فيه زيادة إشكال في بادىء الرأي غير ما ذكره الرافعي، وهو أنه جعل الأوجه الثلاثة مفرعة على القول بعدم إجبار البائع على بذل قيمة الصبغ، ويستبق الرهن إلى أن هذا هو القول بإجابة البائع، ولا يبقى بعده إلا وجهان، إجابة المشتري أو إجابة من طلب الأرش، فكيف تأتي ثلاثة تفريعًا على أحد الوجهين؟

وحل هذا الإشكال بأن يكون المراد أنا إذا لم نجبر البائع على بذل قيمة الصبغ فالصبغ ملك المشتري والثوب تنقص قيمته باتصاله بصبغ لا يدخل معه في التقويم فهو عيب حادث، فإن تراضيا على أرش الحادث قوم الثوب وبه العيب القديم خاليًا عن الصبغ، فإذا قيل: عشرة قوم وبه العيب القديم، وقد اتصل به الصبغ لم يدخل في التقويم، فإذا قيل: تسعة، علم أن الفائت درهم، فيبذله للبائع مع الثوب، ويسترجع ثمنه، ويبقى الصبغ في الثوب للمشتري، فإن تراضيا على هذا المسلك أو على أرش العيب القديم فذلك، وإن تنازعا في هذين المسلكين فعلى وجه يجاب البائع، فإن اختار دفع الأرش عن القديم أو أخذ الأرش عن الحادث عرض على المشتري، فإن أباه سقط حقه، وعلى وجه يجاب المشتري، فإن طلب الأرش عن القديم ولم يرض البائع بأخذ الثوب معيبًا بسبب الصبغ ولا يبذل قيمة الصبغ أجبر على بذل الأرش.

وإن طلب الرد مع غرامة أرش العيب الحادث واستعادة الثمن أجبر على ذلك وعلى وجه يجاب الداعي إلى الأرش القديم أخذًا أو بدلًا هكذا شرح ابن الرفعة ولم يلتزم بمقتضى كلام الإمام من التشبيه. وقال: يجوز أن يقول: لا يجبر البائع على بذل قيمة الصبغ، ويجبر على قبول أرش العيب الحادث، والفرق أن الأرش غرامة عما فات من ملكه الذي خرج منه، ومألوف في الشريعة أن يجبر الإنسان على أخذ ماله أو يبرأ منه، وإجبار البائع على بذل قيمة الصبغ إجبار على تملك شيء مبتدأ، يبذل لا على طريق الغرامة، ومثل ذلك غير مألوف في الشرع، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بقول الغزالي بعد ذلك: ولم يذهب أحد إلى أن المشتري يبقى شريكًا بالصبغ، وتأوله على أن المراد لم يذهب أحد إلى أنه ليس له إلا ذلك أو سقط حقه يعني بل هو مخير بين ذلك وبين أخذ الأرش.

قلت: ويؤيد هذا التأويل فرق الغزالي بأن المشتري يتضرر بذلك، بخلاف الغاصب، والمشتري إنما يتضرر بتعين هذه الطريق عليه كالغاصب لا بالتخيير، وسأتكلم على ما يقوي التأويل أو يضعفه في التنبيه الثاني، فإن صح هذا التأويل اندفع هذا الإشكال الثاني عن الغزالي، ولم يبق إلا ما ذكره الرافعي، وحينئذٍ أقول ما ذكره الغزالي في «الوسيط» من هذا الفرع الذي تجري فيه الأوجه الثلاثة بين رد الثوب بدون الصبغ أو بينه وبين أخذ أرش العيب القديم، هل يجاب فيه البائع أو المشتري؟ أو طالب الأرش القديم؟ فرع زائد، وكلام «النهاية» و «البسيط» و «الوجيز» ساكت عنه.

وليس ما صرح به في «الوسيط» تصريحًا بمقتضى ما ذكره في «الوجيز»، كما أشار إليه الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، بل كلامه في «الوجيز» في إدخال الصبغ في ملك البائع قهرًا، وكذلك كلام «النهاية» و «البسيط».

وأما كلامه في «الوسيط» ففي إدخال الثوب مع أرشه بدون الصبغ فأين أحدهما من الآخر؟ فلا يكون ما ذكره في «الوسيط» وجهًا ثالثًا في تلك المسألة كما اقتضاه كلام الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، بل ثلاثة أوجه في مسألة زائدة، ويجوز أن يكون الأصح منها أيضًا أن المجاب من يدعو إلى الأرش القديم كما هو الأصح هناك، ولا ينافي إيراد الأئمة هنا أن المشتري لا يجاب إذا طلب الأرش كما قال الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أنه مر، لأن الذي مر أنه لا يجاب المشتري إذا طلب الأرش وطلب البائع بذل قيمة الصبغ أما إذا طلب المشتري الأرش حالة امتناع البائع من بذل قيمة الصبغ فكما مر.

التنبيه الثاني: قال الإمام: لا صائر إلى أنه يرد ويبقى شريكًا في الثوب كما في المغصوب والاحتمال متطرق إليه، وأجاب الغزالي عن هذا الاحتمال بأن المشتري يتضرر بذلك بخلاف الغاصب، فإنه يبقيه شريكًا ولا يلتفت إلى تضرره لعدوانه، وأعرض ابن خلكان بأن غريم المفلس يرجع في الثوب التي زادت قيمتها بالصبغ، ويكون شريكًا، ولم يحصل من المفلس عدوان وأجاب ابن الرفعة بأن المقصود في الفلس دفع ضرر البائع، فإذا رجع حصل الضرر للمفلس تبعًا، والمقصود في الرد بالعيب دفع ضرر المشتري برده، وجعله مشتركًا يقع له ضرر مقصود أكثر من ضرر العيب.

وأنا أقول: إن غريم المفلس إذا رجع في الثوب دون الصبغ لم يحصل ضرر للمفلس بالشركة، لأن ماله مبيع كله، وقد قال الأصحاب: إن الثوب يباع ويكون الثمن بينهما على ما تقتضيه القسمة، على أنهم اختلفوا هل يكون كل الثوب للبائع

وكل الصبغ للمفلس أو يشتركان فيهما جميعًا؟ على وجهين، وفي الرد بالعيب لا يجب على أحد منهما البيع، فيحصل الضرر تبعًا للشركة.

واعلم أن هذا الاعتراض والجوابين عنه بناء على ما دل عليه كلام الغزالي من أن عدم القول بالشركة هنا لأجل ضرر المشتري، وأن المقصود أنه لا يجب ذلك عليه كما أوله ابن الرفعة، وعليه يدل تنظير الإمام له بالغصب، وأول كلام الإمام وهو قوله: ولم يصر أحد من الأصحاب إلى أن المشتري يرد الثوب ويبقى شريكًا محتمل له، أي على سبيل الإيجاب عليه كما يجب على الغاصب، وعليه يستقيم فرق الغزالي ويأتي اعتراض ابن خلكان عليه بسبب أن المفلس يجبر على ذلك من جهة البائع، ويأتي الجوابان المتقدمان.

لكن في آخر كلام الإمام ما يقتضي أن ذلك على سبيل الجواز، فإنه قال: وهذه المسألة ذكرها صاحب «التقريب» وأشار إليها العراقيون والاحتمال فيها من الجهة التي ذكرتها وهو تجويز الرد مع ملك المشتري في عين الصبغ. فإنا قد نجعل الغاصب إذا صبغ الثوب شريكًا. انتهى.

فقول الإمام هنا تجويز الرد يدل على أن ذلك ليس على سبيل الإيجاب بل على سبيل الجواز، وحينئذٍ لا يأتي تأويل الكلام الذي قاله الغزالي، لأن مقتضى كلامه الآخر والأول لم يقل أحد بجواز الرد مع الشركة. فيتوقف التأويل المذكور. وحينئذٍ لا يبقى فرق الغزالي بضرر المشتري متجهًا، لأنه قد يختار ذلك، فلا يكون المنع حينئذٍ لضرره، بل لضرر البائع وهو مثل ضرر المغصوب منه. والأولى إذا انتهينا إلى هذا المقام أن نصحح تأويل كلام الغزالي في «الوسيط» فإنه أخبر لكلام إمامه.

وأول كلام الإمام محتمل، ولفظة الجواز في آخره ليست صريحة في نفي الوجوب فيرد إليه، فهذا أولى من أن يجعل فرق الغزالي واقعًا في غير وجه كلام الإمام ويكون الذي اتفق الأصحاب عليه أنه لا يتعين حق المشتري في أن يرد الثوب ويصير شريكًا، ويقتضي ذلك أنه لو دعى البائع لا يجب على المشتري [الرد]، وفيه شيء مما ذكره عن صاحب «التهذيب».

التنبيه الثالث: أن صاحب «التهذيب» قال: إن لم يمكنه نزع الصبغ فإن رضي البائع بأن يرده ويكون معه شريكًا في الزيادة رده، وإن أبى أمسكه وأخذ الأرش وقد تقدم ذلك عن صاحب «التهذيب»، ذكره هناك فقوله: إن رضي البائع بالشركة إن أراد يجوز للمشتري أن يرده فصحيح. لأنهما إذا اتفقا على ذلك لا إشكال في الجواز، وإن أراد أنه يجب على المشتري الرد أو يسقط حقه، فهو الذي نقل الإمام والغزالي أنه لم يقل به أحد من الأصحاب.

وأما قوله: وإن أبى أمسكه فإن أراد أن البائع إذا امتنع من الشركة تعين حق المشتري في الأرش وأنه لا يجوز للمشتري إلزامه وهو ظاهر كلامه فهو موافق لما قاله الرافعي ومخالف لما حكاه الغزالي في «الوسيط» من جريان الأوجه الثلاثة. لكنه موافق للأصح منها، وهو إجابة من يدعو إلى الأرش القديم، فينبغي أن يكون معنى كلام صاحب «التهذيب» أنه إن أراد البائع أن يرد ويصير شريكًا جاز للمشتري الرد وإن امتنع البائع تعين على المشتري الإمساك، وأخذ الأرش، يعني على الصحيح والظاهر أن صاحب «التهذيب» لم يلاحظ الضرر الحاصل للمشتري من الشركة، وإنما النظر إلى ضرر البائع. ويجب النظر إلى كل منهما، كما نظرنا إلى كل منهما عند اجتماع العيب الحادث والقديم. فتلخص من ذلك ما أذكره إن شاء الله تعالى.

التنبيه الرابع: الذي تخلص مما تقدم أن المشتري إن طلب الرد، ولا يطالب بشيء أجيب قطعًا وأجبر البائع عليه فإن اتفقا على الرد مع قيمة الصبغ جاز قطعًا. وإن اتفقا على أخذ الأرش عن العيب القديم جاز قطعًا، وإن اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ على ملك المشتري جاز على تعذر من كلام صاحب «التهذيب» والإمام والغزالي على تأويله، وذلك مع الأرش عن نقصان الثوب بالصبغ أو بدونه إن تراضيا على ذلك، وإن طلب المشتري قيمة الصبغ وامتنع البائع لم يجبر على الصحيح. وإن طلب المشتري الأرش عن العيب القديم وامتنع البائع من بذل قيمة الصبغ أجبر البائع على إعطاء الأرش القديم على الصحيح الذي اقتضاه كلام «الوسيط».

وإن طلب المشتري الرد مع الشركة وأن يرد أرش نقص الثوب بالصبغ لم يجبر البائع على الصحيح. وإن طلب المشتري الأرش عن القديم وطلب البائع بذل قيمة الصبغ، فالمجاب البائع على الصحيح، وقد تقدم الفرق بين هذه المسألة وبين بقية المسائل التي نجيب فيها من طلب تقرير العقد، وإن طلب البائع الرد مع الشركة في الصبغ لم يجبر المشتري عليها على ما تقدم عن الإمام، وفيه ما تقدم عن صاحب «التهذيب».

فرع: لو صبغ المشتري الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع ابن الصباغ، والمحاملي في «التجريد» بأنه ليس له الأرش لأن المشتري قد يرده عليه ويرضى البائع بأخذه، وكذلك إذا كان ثوبًا فقطعه وباعه ثم علم بالعيب.

فرع: لو قصر الثوب ثم وقف على عيب فينبني على أن القصارة عين أو أثر، إن قلنا بالأول فهي كالصبغ وإن قلنا بالثاني رد الثوب بلا شيء، فهي كالزيادة المتصلة.

قال الرافعي رحمه الله: وقطع الزبيري في المقتضب بأن له الرد إذا زادت قيمته بالقصارة، وليس فيه مخالفة لما قاله الرافعي. ولو لبس الثوب فتغير باللبس امتنع الرد وله الأرش. قال الزبيري أيضًا: وهو ظاهر.

آخر: لو اشترى شاة فذبحها ثم وجد بها عيبًا فله الأرش، فإن رضي البائع بقبولها مذبوحة فلا أرش للمشتري لإمكان الرد ولا أجرة على البائع للذبح إن ردت عليه، لأن الذبح أثر هو نقص. هكذا قال الماوردي.

آخر: إن كان ثوبًا فخاطه استحق الأرش، فإن رضي البائع بقبوله إن بذل الأجرة فله أن يرجع به مخيطًا لأن في الخياطة عيبًا زائدًا. قاله الماوردي.

آخر: لو اشترى عصيرًا حلوًا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمرًا فله الأرش. وليس له رد الخمر واسترجاع ثمنه. سواء أرضي البائع بقبوله أم لا. لتحريم المعاوضة على الخمر، فلو صار الخمر خلا فقال البائع: أنا أسترجع الخل وأرد الثمن ولا أدفع الأرش كان له ذلك، لأن الخل عين العصير، ولا مانع من المعاوضة ولا للمشتري فيه عمل يفوت عليه. وهذا من تفريع أبي العباس ابن سريج. قاله الماوردي والرافعي. ويحتمل أن يكون ذلك على ما خرجه ابن سريج من وجوب الأرش إذا باع المبيع أو وهبه.

أما إذا قلنا بالمذهب وهو أنه لا يجب الأرش في ذلك لعدم اليأس كما سيأتي فالرجوع بالأرش في حالة كونه خمرًا ينبغي أن يمتنع الآن لاحتمال أن يعود خلًا كما إذا وهبه.

ثم قولهم للبائع أن يسترجع الخل ولا يدفع الأرش، ظاهر ذلك يقتضي أنه ليس للمشتري حينئذٍ أن يطالبه بالأرش للعلة المذكورة، ولكن العلة المذكورة وهي أن الخل هو عين العصير يقتضي أن المشتري أيضًا إذا طلب الرد له ذلك. وإن امتنع البائع وطلب بدله الأرش، ويكون ذلك كما لو كان باقيًا بحاله، ولم أجد في النقل ما يوافق ذلك ولا ما يخالفه.

آخر: لو اشترى ذمي من ذمي خمرًا ثم أسلما فوجد المشتري بالخمر عيبًا ينقص العشر من ثمنه. قال أبو العباس ابن سريج: للمشتري الأرش وهو عشر الثمن ولا رد، ولا يبطل ذلك إسلامهما. وهو قول محمد بن الحسن، فإن قال البائع: أنا آخذ الخل وأرد الثمن، فله ذلك. ولو كان المشتري علم العيب قبل إسلامهما فلم يرد حتى أسلما لم يكن للمشتري بعد إسلامه الرد ولا الرجوع بالأرش. أما الرد فلحدوث الإسلام، وأما الأرش فلإمكان الرد قبل الإسلام، فلو كان أسلم البائع وحده بعد تبايع الخمر لم يجز للمشتري رده عليه بالعيب. ولو كان المشتري أسلم

وحده جاز، لأن استرجاع البائع تملك للخمر. والمسلم لا يتملك الخمر. ورد المشتري إزالة الملك، والمشتري يجوز أن يزيل ملكه عن الخمر. قاله الماوردي عن ابن سريج.

فرع: اشترى جارية بعبد، ثم وجد بالجارية عيبًا قديمًا فردها، ووجد بالعبد عيبًا حادثًا عند بائع الجارية قال ابن سريج: يأخذ مشتري الجارية التي ردها العبد معيبًا، وليس له المطالبة لبائع الجارية بأرش العيب الحادث عنده، أو يأخذ قيمته إن اختار عدم استرداده.

قال الإمام: وهكذا نقل عن القاضي حسين، وليس الأمر كذلك عندنا بل الوجه أن يرد الجارية ويسترد العبد ويطلب أرش العيب الحادث، لأن العبد مضمون بالقيمة لا بالثمن، لأنه بعد رد الجارية لو تلف العبد في يد بائع الجارية فصاحب الجارية يرد قيمة العبد.

قال الإمام: والذي قاله ابن سريج ليس بعيدًا عن الصواب بدليل أن الزوج إذا أصدق زوجته عبدًا ثم طلقها قبل المسيس وعاب العبد في يد الزوجة تشطر العبد وعاد نصفه إلى ملك الزوج، والزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف قيمة العبد سليمًا وبين أن يرضى بنصفه معيبًا، ولا يكلفها ضم أرش العيب إلى نصف العين، هكذا يمكن أن يقال في مسألة العبد بالجارية، لكن بين المسألتين فرق ظاهر لا يخفى. حكى الإمام المسألة في آخر الغصب، ثم أعاد في كتاب الصداق، وذكر الفرق بين مسألة العبد والجارية وبين مسألة الصداق، وذكر الغزالي مسألة العبد والجارية في آخر كتاب الغصب، وجزم القول بأنه إذا استرد العبد معيبًا لم يجز له طلب الأرش، بل عليه أخذه أو أخذ قيمته. ثم أعاد المسألة بعينها في الصداق، وقال يأخذ العبد معيبًا وله طلب الأرش فناقض اختياره في «الوسيط».

وقال في «البسيط» هنا بعد ذكر الحكم في مسألة العبد والجارية، أنه يأخذ العبد معيبًا ويطالب بالأرش. وفي الزوج إذا عاد إليه نصف العبد بالطلاق وهو معيب، وعليه أن يقنع بالمعيب وفرق بينهما، قال بعد ذلك: وسمعت الإمام في التدريس يقول: إن من أصحابنا من ذكر وجهًا في الصداق من مسألة العبد والجارية أنه يطالب بالأرض وجهًا في مسألة العبد والجارية من مسألة الصداق أن لا يطالب بالأرش والظاهر الفرق، ولست واثقًا بالفعل، وإني لم أصادفه في مجموعه. قال أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن علي بن محمد، وهو ابن أبي الدم: قوله: «في مجموعه» يريد «نهاية المطلب» وذكر الإمام مسألة العبد والجارية في آخر «النهاية» بعد أن فرغ من شرح «سواد مختصر المزني»، وذكر بعده مسائل

مبددة سردًا متنوعة. قال: إنما ذكرتها خوفًا من أن أكون أهملتها في مواضعها، فإن كنت أهملتها فذكرها مفيد ههنا، وإن كنت ذكرتها لم تضر إعادتها قال: إذا باع عبدًا بثوب ففصله صاحب الثوب وقطعه، فوجد الثاني بالعبد عيبًا قديمًا فله رده.

ثم إذا رده حكى الشيخ وجهين، أحدهما: يسترد الثوب مقطوعًا ويسترد أرش النقص، وهذا هو القياس، لأن الثوب لو تلف في يد آخذه ثم رد عليه العبد بالعيب غرم تمام القيمة، فكذلك يجب أن يغرم أرش النقص، والوجه الثاني: أنه إذا رد العبد وصادف الثوب معيبًا فهو بالخيار إن شاء رضي بالثوب معيبًا واسترده من غير أرش وإن شاء ترك الثوب ورجع بقيمته غير معيب، فإن اختار أخذ الثوب فلا أرش له، قال الشيخ: اشتهر من كلام الأصحاب أن المتبايعين إذا تخالفًا وكان عاب المعقود عليه في يد أحدهما فإنهما يترادان، ويرجع على من نقص العوض في يده بأرش النقص عند التفاسخ، فلا فرق بين هذه المسألة ومسألة العبد والثوب فإن طرد صاحب الوجه الثاني مذهبه في مسائل التخالف كان ذلك خرقًا من الإجماع، وإن سلمه بطل هذا الوجه بالعيب أيضًا. وتشبث الشيخ أبو علي بإجراء الخلاف في مسألة التخالف. هذا كلام الإمام في «النهاية»، وقول الشيخ في ذكر الوجهين، وفي قوله اشتهر من كلام الأصحاب. هكذا وجدته في «النهاية» مطلقًا. وفيما نقله ابن أبي الدم عن «النهاية» أنه أبو علي في الموضعين. وقد ذكر القاضي حسين في «الفتاوى» إذا باع حمارًا بفرس فمشتري الفرس أخصاه، ثم وجد بالحمار عيبًا، قال إن لم ينقص الإخصاء منه شيئًا استرده، ولا شيء، وإن نقص بعض قيمته رد فرسه وأرش النقص. وفي هذا الكلام مخالفة لما تقدم في صدر هذا الفرع من النقل عن القاضي.

وقال القاضي أيضًا: لو باعه بفرس وعشرة دنانير وأخصى المشترى الفرس ورد الحمار بعيب ونقصت قيمة الفرس، استرد الدنانير والفرس وأرش النقص وذكر الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ هذا الفرع وقال فيه: إذا رجع النقصان ـ يعني في الثمن ـ إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش في أصح الوجهين، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانًا، وينبغي أن يحمل كلامه على موافقة ابن سريج في تخير المشتري لا أنه يتحتم عليه أن يأخذ الثمن ناقصًا.

وذكر النووي في «الروضة» في آخر مسألة من هذا الباب هذا الفرع من زياداته فقال: قال القفال والصيدلاني وآخرون: لو اشترى ثوبًا وقبضه وسلم ثمنه، ثم وجد بالثوب عيبًا قديمًا فرده فوجد الثمن معيبًا ناقص الصفقة بأمر حدث عند البائع يأخذه ناقصًا، ولا شيء له بسبب النقص.

وفيه احتمال لإمام الحرمين ذكره في باب تعجيل الزكاة، وكل ما ذكره فيه مقيد، غير أنه كان الأولى ذكره مع كلام الرافعي رحمه الله فيه، فإنه ليس مسألة زائدة عن الرافعي، وما ذكره عن القفال وغيره هو الذي صححه الرافعي، وما ذكره عن القفال وغيره هو الذي صححه الرافعي، وما ذكره من احتمال الإمام هو الوجه الآخر، قال صاحب «التتمة»: ولا يمتنع عليه رد الجارية، سواء أكان العيب الذي بالعبد مثل عيب الجارية أو أكثر من جنسه أو من غير جنسه، كما لو كان العيب يساوي أضعاف ثمنه، فإن له الرد بالعيب، وإن كان الضرر في الرد أكثر منه في الإمساك.

تنبيه: قوة كلام المصنف تقتضي أن النقص حصل عند المشتري، ولكنه لم يصرح به هنا كما صرح به في التنبيه بقوله: وقد نقص المبيع عند المشتري، وهو احتراز عما لو علم العيب قبل القبض وقد نقص، فإن ذلك لا يمنع الرد، لأن النقص عند البائع مضمون عليه، وهذا ظاهر فيما إذا لم يعلم المشتري بالنقص المذكور، وكذلك لو علم ورضي به ثم علم عيبًا آخر، كما لو اشترى عينًا علم بها عيبًا ورضي به، ثم وجد عيبًا آخر.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإذا أراد الرجوع بالأرش قوم المبيع بلا عيب، فيقال: قيمته مائة ثم يقوم مع العيب فيقال: قيمته تسعون، فيعلم أنه قد نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن، ولا يرجع بما نقص من قيمته، لأن الأرش بدل عن الجزء الفائت، ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن، فإذا فات قدر العشر منه رجع بعشر الثمن كالجزء لما ضمن جميعه بالدية، ضمن الجزء منه بجزء من الدية، ولأنا لو قلنا: إنه يرجع بما نقص من قيمته أدى إلى أن يجتمع الثمن والمثمن للمشتري، فإنه قد يشتري ما يساوي مائة بعشرة فإذا رجع بالعشرة رجع جميع الثمن إليه فيجتمع له الثمن والمثمن وهذا لا يجوز.

الشرح: قد تقدم تفسير الأرش، وأنه جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليمًا إلى تمام القيمة، وبيان ذلك بالمثال الذي ذكره المصنف هنا، وبه مثل الشافعي رحمه الله، فإن الذي نقصه العيب من المبيع السليم عشرة فيرجع بعشر الثمن، فالقيمة معتبرة للنسبة خاصة، ولا فرق عند الأصحاب بينه وبين ضمان الغصب والسوم والجناية بأنا إذا ضممنا في هذه المواضع ما نقص من القيمة لا يلزم الجمع بين البدل والمبدل، وفي الأرش يلزم الجمع بين الثمن والمثمن.

قال الشيخ أبو حامد: أنه معنى كلام الشافعي، والمعنى الأول قاله الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما، وقدموه في الذكر كما فعل المصنف

فإن فيه بيان المعنى الذي لأجله كان كذلك، فيحصل به الشفاء أكثر، ولكن فيه بحث، فإن قول المصنف بدل عن الجزء الفائت أي الذي اقتضاه العقد ولم يسلمه البائع.

وقوله: ولو فات المبيع كله أي تحت يد البائع قبل التسليم، كذلك قاله القاضي أبو الطيب صريحًا، وهو ظاهر، وإذا كان كذلك فقد يقال: إن هذا المعنى يقتضي جواز الرجوع إلى الأرش، وإن لم يمنع الرد، وطلب الأرش عند إمكان الرد غير سائغ، بل قد يقال: إنه كان ينبغي على هذا المعنى أن يتعين الرجوع إلى الأرش، ولو أراد المشتري الرد أو الرضا بالعيب كما أنه إذا فات بعض المبيع قبل القبض أو كله سقط ما يقابله من الثمن سواء أرضي المشتري أم لا، وكما أنه إذا أخبر في المرابحة أنه اشترى بمائة، وكان بتسعين. فإنا نحكم بسقوط الزيادة وحصتها من الربح على أظهر القولين، ولأجل ذلك والله أعلم قال الإمام في باب المرابحة عند الكلام في كذب المشتري بالزيادة: أن الأرش المسترجع، وإن كان جزءًا من الثمن، فاسترجاعه إنشاء نقص في جزء من الثمن والدليل عليه أن المبيع إذا رد على معيب فموجب العيب الرد، لا يجوز الرجوع إلى الأرش مع القدرة على الرد فكأن الأرش بدل عن الرد وإذا تعذر ولا ينتظم عندنا إلا هذا، وهذا الكلام من الإمام أوله يقتضي أن الأرش جزء من الثمن، يستدرك بإنشاء نقص جديد، وهذا موافق لكلام الأصحاب: وفيه زيادة بيان أن ذلك بطريق إنشاء النقص، وليس كالمرابحة وآخره قد يوهم أن الأرش ليس في مقابلة الجزء الفائت، ولكن في مقابلة الرد عند تعذره وتأويله أن الشارع جعل له عند تعذر الرد استرجاع جزء من الثمن عن الجزء الفائت، حيث فات عليه الرد، ولذلك أتى بكأن التي هي حرف تشبيه. فلم يجعله بدلًا عن الرد، ولكن مشبهًا، فإن سلطة الرد لا تقابل بعوض.

ويجب تأويل كلام الإمام كقوله أولًا أن الأرش جزء من الثمن، ولو كان بدلًا عن الرد لم يختص بالثمن وعند هذا لا يكون في كلام الإمام جواب عن الإشكال الذي أوردته إلا بما سأذكره إن شاء الله تعالى.

وقد ذكر الغزالي احتمالين في أن الأرش غرم مبتدأ، أو جزء من الثمن، وسيأتي، فإن قيل: إن الأرش غرم مبتدأ فلا إشكال في هذا الوجه، ويصير كأن البائع معيب لملك المشتري، قال الغزالي: ويشهد له أن مشتري الجارية بعبد معيب يعلم عيبه يستحل وطأها، ولو كان جزءًا منها يعرض العود إلى بائع الجارية لو اطلع على عيب العبد لأورث توقعه شبهة، وإن قيل إن الأرش جزء من الثمن فالممكن في فهمه ما قاله الغزالي أن يقال: إن المبيع في مقابلة كل الثمن إن رضي، وإلا فهو في

مقابلة بعضه، فيخرج ذلك البعض عن المقابلة، ويتعين لاستحقاقه، قال: وهو ظاهر كلام الأصحاب.

وكأن المقابلة تغيرت، ولكن جوز ذلك فيهما استبدال سبب في أصل العقد وإن كان لا يجوز ذلك بالتراضي عند إلحاق الزيادة بالثمن بعد اللزوم، فهذا الذي قاله الغزالي من دقيق الفقه كما قال، ولكن ما الموجب لتغيير المقابلة فإنه بالرضا يتبين أن العقد لم ينعقد إلا على البعض، أشكل بمسألة الجارية، وبما قاله الإمام في المرابحة، وإن كان بطريق الانتقاض كما تنتقض المقابلة في تفريق الصفقة في الدوام ـ إذا قلنا: يمسك بكل ـ فذلك قول ضعيف، فلا يخرج عليه ما اختاره أكثر الصحاب هنا.

ومقتضى كلام الإمام في مسألة الحلي أن ذلك اقتضته الضرورة كالتوزيع. وليس العقد يقتضيه من الأصل. لكن هذا الذي يقوله الأصحاب على خلافه. إذا هم يقولون بأن العقد في أصله اقتضى التوزيع كما صور ذلك في قاعدة مد عجوة فكيف يستقيم على رأي الأصحاب أن الأرش جزء من الثمن. وتلخيص الإشكال أن الثمن إن كان مقابلًا للمبيع وصفات السلامة، وأنه يتقسط عليها كما يتقسط على أجزاء المبيع، فينبغي عند فوات بعضها أن يسقط ما يقابله، ولو رضي به معيبًا، وهذا خلاف الإجماع، بل كان ينبغي أن لا يصح العقد لأن تلك الصفات لا تنحصر فيكون ما قوبل بالثمن مجهولًا، وهو خلاف الإجماع أيضًا. وإن كان الثمن في مقابلة المبيع على ظن السلامة، والأوصاف ليست داخلة في المقابلة ولا يقتضي فوات وصف منها سقوط بعض الثمن على الرد لفوات الظن. فإذا تعذر الرد ودل دليل على وجوب الأرش كان ذلك غرامة جديدة لا جزء من الثمن. وأحسن ما يقال فيه ما تقدم عن الغزالي، وقد يقال إن فوات ذلك الوصف موجب للرد واسترجاع جميع الثمن، وقد تعذر الرد فيما قبضه المشتري وهو المبيع المجرد عن ذلك الوصف، فيجعل ذلك الوصف في حكم المقبوض المردود على البائع ويقسط الثمن عليه وعلى الذي تعذر الرد فيه، وهو المبيع المجرد عنه استدراكًا للطلاق، وكأنه فسخ العقد فيه، وهذا معنى قول الإمام إنه إنشاء نقص جديد ولعله يأتي في مسألة الحلي زيادة على هذا.

على أن القول بأنه غرم جديد أيضًا ليس صافيًا عن إشكال، فإنه لو كان كذلك لوجب أن يرجع بما نقص من قيمته، ولم يصرح أحد بأن الأرش غرم جديد من كل وجه، فإنه كان يلزم أن لا يتقدر من الثمن ولا قائل به، والإمام حكى في مسألة الحلي عن صاحب «التقريب» ما يقرب من أن الأرش غرم لكن ليس من كل وجه، وسنذكره هناك إن شاء الله تعالى.

وقال صاحب «الوافي»: إن المصنف في باب اختلاف المتبايعين قال: إن الثمن لا ينقسم على الأعضاء، وههنا قال: الأرش بدل عن الجزء الفائت. قال: وليس بينهما تناقض، لأن الثمن يقابل المبيع، ولا يتقسط على أعضائه بمعنى أن اليد كعين والرجل كعين أخرى، بل يقابل المبيع وهو ذو أجزاء فيقابلها من حيث كونها جزءًا لا من حيث إنها عين أخرى، ثم إذا صادفها المشتري ناقصة له الرد استدراكًا للظلامة، فإن لم يفسخ عند الإمكان فلا شيء له، لأن المقابل العين وهي باقية والضرر يزول بالفسخ، فإن سقط رده بحدوث عيب آخر دعتنا الضرورة إلى تمييز ما نقص منها من حيث التقويم ليرجع بثمن ما فات من المبيع إذ لا يندفع الضرر إلا بذلك. وهذا ليس فيه إلا دعوى الضرورة، وذلك لا شفاء فيه في جعل ذلك.

قلت: جزءًا من الثمن وتقدير علة المصنف والموضع مشكل، وليس المصنف مختصًا به، والفارقي جعل وجوب الأرش على وفق القياس، وشبهه بما إذا قال: بعتك هذه الصبرة، وهي عشرة أقفزة، فكيلت بعد البيع فخرجت تسعة، فإنه يسقط درهم، كذا إذا قال: بعتك هذا العبد فخرج مقطوع اليد، قلت: ولو صح هذا التشبيه لوجب أن يجري خلاف في صحة البيع كما في مسألة الصبرة.

وقول المصنف: كالجزء إلى آخره إذا جنى عليه جناية ليس لها أرش مقدر، فإن نفيها من ديته فنقول: هذا لو كان عبدًا صحيحًا قيمته كذا، ولو كان عبدًا مع هذه الجراحة قيمته كذا فما بين القيمتين يؤخذ بنسبته من الدية، والمصنف في ذلك تابع للشيخ أبي حامد.

فائدة: ادعى ابن الرفعة أن كلام الإمام في باب المرابحة يدل على أن الأرش في مقابلة سلطنة الرد وفي غير ذلك الموضع يدل على أنه جزء وأن ذلك مناقضة، وليس الأمر كما قال لمن تأمل كلام الإمام، وقد أشرت إلى ذلك وذكرت تأويله.

فرع: مقتضى كلام المصنف وغيره أنه إذا لم تنقص القيمة لا رجوع بالأرش، فإذا اشترى عبدًا ووجده خصيًا بعد أن وجد ما يمنع الرد فلا رجوع بالأرش أصلًا، وبه صرح الإمام والغزالي في «البسيط» والرافعي، قال ابن الرفعة: إلا أن يكون الاطلاع قبل الاندمال والجراح متألمة، فإن قيمته قد تنقص، فإن لم تنقص أيضًا انسد طريق الأرش.

فرع: مع قولنا بأن الأرش جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد بأخذه، وفي «شرح الفروع» للقاضي أبي الطيب في كتاب السلم إذا اشترى حنطة معيبة بعبد معين، وتسلم الحنطة وسلم العبد وأعتقه، ثم وجد بالعبد عيبًا قدر الأرش، ورجع بقدره من الحنطة، وانتقض البيع فيه، وهل ينتقض في الباقي؟

اختلف أصحابنا فمنهم من قال على القولين في تفريق الصفقة إذا كان العقد لم ينعقد في البعض، هكذا عبارته، والأولى أن يخرج ذلك مع بعده على تفريق الصفقة في الدوام، فإنه انتقاص طارىء لا بطريق التعيين. وقد تقدم البحث في ذلك، وسيأتي له تتمة، وإنما أوجب هذا الإشكال الذي قدمت التنبيه عليه، فانظر كيف آل التفريع إلى أن جعل أخذ الأرش مبطلًا للعقد، بل بمجرد الاطلاع على العيب.

فرع: لو كان العيب في عين قبضت عن دين، هل يكون الأرش عنها كما قلناه هنا؟ أو يعتبر بما يقابله بدل العين؟ فيه وجهان مذكوران في الكتابة عند خروج النجم معيبًا بعد تلفه، هل يتعين الأرش في رقبة المكاتب، أو ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب؟ وهما في كل عقد ورد على موصوف في الذمة.

قال الإمام: وأمثل من الوجهين أن يقال يغرم السيد ما قبض، ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة، قلت: فتلخص ثلاثة أوجه في كل مقبوض عما في الذمة خرج معيبًا، وتعذر رده، أحدها: يرجع على الدافع بأرشه بنسبته من العوض كما في المعاوضات، والثاني: ما نقص من قيمته كالمغصوب والمستام، والثالث: يقدم القابض ما قبض ويطالب بالتسليم.

فرع: في «فتاوي القاضي حسين»: اشترى في صحته بمائة ما يساوي مائة، فوجد في مرض موته به عيبًا ينقص عشر قيمته ورضي، اعتبر من الثلث قال: ويحتمل أن لا تعتبر من الثلث لأنه امتناع عن التكسب. قال «جامع الفتاوى»: قلت: وهو الأولى عندي فإن اشترى ما يساوي خمسين بمائة فوجد في مرض موته عيبًا ينقص العشر ورضي، اعتبر من الثلث خمس وخمسون، لأنه لو رده لربح خمسًا وخمسين، قال «جامع الفتاوى»: وهذا أيضًا كالأولى، والأولى أن لا يعتبر من الثلث، فإن اشترى ما يساوي مائة بخمسين، والحال كذلك ورضي، فهل نعتبر الخمسة من الثلث؟ الظاهر لا، لأنه استعاد به أربعين، والثاني: يعتبر تلك الخمسة لأنه لو تلف في يده أو بعد رده كان يأخذها.

فرع: لو وجد بعينه بياضًا وحدث عنده بياض آخر ثم زال أحد البياضين واختلفا، فقال البائع: زال القديم، وقال المشتري: زال الحادث حلفًا وأخذ المشتري أرش أحد البياضين، فإن اختلف البياضان أخذ أرش أقلهما، لأنه المتيقن والبائع يستفيد بيمينه درء الفسخ، والمشتري يستفيد بيمينه أخذ الأرش نص عليه الشافعي والأصحاب، وقال الروياني: ليس للمشتري الرد لأنه اعترف بزوال حقه بحدوث العيب، ويدعي عود الحق فلا يقبل في العود إلا بحجة وله الأرش لأنه كان ثابتًا والبائع يدعي زواله.

فرع: إذا ثبت الأرش فإن كان الثمن بعد في ذمة المشتري برىء من قدر الأرش، وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب أم يتوقف على الطلب؟ وجهان، أصحهما الثاني ليبقى له طريق الرضا بالعيب بعد الفوات، كما لو كان له عند البقاء وميل القاضي حسين إلى الأول بخلاف ما لو قدر على الرد، فإن الفسخ لا يحصل دون طلب وقد اقتصروا هنا على حكاية هذين الوجهين، وكأن ذلك تفريع على أن الأرش جزء من الثمن.

أما إذا قلنا: غرم جديد فلا تحصل البراءة أيضًا بالطلب، بل للبائع أن يعطيه من غير طلب فإن اتفق الدينان جرى التقاضي، ولو كان قد وفاه الثمن وهو باق في يد البائع، فهل يتعين لحق المشتري أو يجوز إبداله لأنها غرامة لحقه؟ وجهان، أصحهما: الأول، هكذا قال الغزالي والرافعي، وتعليله يقتضي أن الوجه الثاني مفرع على أن الأرش غرم مبتدأ، أما إذا قلنا هو جزء من الثمن فيتعين جزء منه لحق المشتري، وينتقل إلى المشتري بمجرد الطلب أو الاطلاع، فلا يسوغ للبائع إبداله، لكنها فيما إذا كان في الذمة ـ ثم يلاحظ القول بأنه غرم جديد كما تقدم ـ فيجب طرد هذا الوجه هناك، كما تقدم أن يقال هنا إن قلنا أن الغرم جديد لم يتعين، وإن قلنا جزء من الثمن فوجهان ينبنيان على أن المقبوض عما في الذمة هل يعطي حكم المعين في العقد؟ وفيه وجهان ذكرهما الرافعي بعد هذا بمسألة، ولم يصحح منهما شيئًا.

وإن قلنا: يعطي حكم المعين في العقد لم يجز إبداله وإلا جاز إبداله، وذكر الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ مسألة ما إذا كان الثمن في الذمة وفاه، وهو باق بحاله، ورد المبيع عليه، هل يتعين لأخذ المشتري؟ فيه وجهان بعد هذا بمسألة، وهي غير المسألة الأولى، لأن تلك في الأرش وهذه في الرد، والمأخذ غير المأخذ، لكن تصحيحه التعين في الأولى فرع عن تصحيح التعين في الثانية، كما نبهت عليه، وسأذكر المسألة إن شاء الله تعالى عند رد البيع، والثمن تالف، فإني هنا إنما ذكرت ما يتعلق بالأرش، وإن كان الثمن معينًا وهو باق في يد المشتري ففيه وجهان في «النهاية» الأصح تعينه، ويجب بناؤهما على ما تقدم، إن قلنا الأرش غرم لم يتعين، وإن قلنا: جزء من الثمن تعين أخذ الأرش منه تالفًا، فهو كما إذا رد المبيع والثمن تالف. وسيأتي أنه يقوم مقام مثله إن كان مثليًا، وقيمته إن كان متقومًا إن شاء الله تعالى.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اختلفت قيمة المبيع من حال العقد إلى حال القبض، قوم بأقل القيمتين لأنه إن كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص

كان ما نقص في يده مضمونًا عليه، وما كان نقصانه من ضمانه فلا يجوز أن يقوم على البائع، وإن كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت في يده فإنها زيادة حدثت في ملك المشتري لا حق للبائع فيها، فلا يجوز إدخالها في التقويم.

الشرح: تقدم أن القيمة تعتبر معنى لإيجاب الأرش، والاعتبار بأنه قيمة فيه طريقان، أصحهما: وهي التي جزم بها المصنف وشيخه أبو الطيب والماوردي والروياني وغيرهم القطع بأن الاعتبار بأقل القيمتين، من قيمة يوم العقد ويوم القبض، فإنه إن كان عند العقد أكثر فالنقصان من ضمان البائع، وإن كانت عند القبض أكثر فالزيادة حدثت في ملك المشتري.

والطريقة الثانية: أن في المسألة ثلاثة أقوال، أصحها: هذا، والثاني: ونقل عن نصه في موضع أن الاعتبار بقيمته يوم القبض، وهو الذي صححه الغزالي في باب التخالف، وفرق بينه وبين التخالف، ونقل عن الفوراني أن هذا القول من رواية عبد العزيز بن مقلاص، ووجهه أن الثمن يومئذ قابل للمبيع.

والثالث: نقله الرافعي عن رواية ابن مقلاص أن الاعتبار بقيمة يوم القبض وقد رأيته منصوصًا في باب الغصب من اختلاف العراقيين معللًا بأنه يوم إذ تم البيع، فأصحاب هذه الطريقة أثبتوا هذين القولين مع الأول الصحيح، وممن اقتصر على إيراد هذه الطريقة الإمام والغزالي إلى أن قال الرافعي: والأكثرون قطعوا بالأول، وحملوا كل نص على ما إذا كانت القيمة المذكورة أقل.

واعلم أن هذه المسألة معروفة بالإشكال لا سيما على عبارة المصنف في «تعليله» وأنا إن شاء الله تعالى أذكر ما قيل في ذلك من حيث المذهب، وبيان الصحيح منه، وأذكر ما اعترض به على المصنف وما قيل في جوابه.

اعلم أن طائفة من الأصحاب أهملوا التعرض لوقت اعتبار القيمة، وبعضهم زعم أن ذلك لا فائدة فيه وأن الأرش لا يختلف بذلك، ذكر ذلك ابن أبي عصرون وسبقه إليه الشاشي في «الحلية»، والأكثرون اعتبروا ذلك ثم انقسموا في العبادة على ثلاث عبارات وتكلموا فيه، ونص الشافعي يدل لهم. ثم اختلفوا هل يعتبر يوم العقد أو يوم القبض، أو أقل الأمرين وهو الصحيح، ثم اختلفت عباراتهم عن هذا القول الثالث فالأكثرون يقولون كما قال المصنف أنه يقوم بأقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض. وعلى ذلك جاءت عبارة الرافعي في «الشرح»، و«المحرر» والنووي في «الروضة» وعبارة ثانية قالها الإمام في «النهاية» أن المعتبر ما هو أضر بالبائع في الحالين، ويعتبر عنه بأن المعتبر كثرة النقصانين. وعبارة ثالثة قالها النووي في «المنهاج» أنه يعتبر أقل قيمة من يوم العقد إلى القبض.

فأما عبارة النووي في «المنهاج»، فأُؤخر الكلام عنها حتى أفرغ من عبارة الأولين.

وأما عبارة الإمام فادعى ابن الرفعة أنها راجعة لعبارة الأكثرين، لأن اعتبار أقل القيمتين يقتضي أن يكون الواجب مع الأرش الأكثر في الحالين، فإن المعنى بأقل القيمتين، قيمة المبيع مع العيب في حالة العقد وحالة القبض، كما إذا كانت قيمته سليمًا عشرة في الحالين، ومعيبًا يوم العقد ثمانية، ويوم القبض تسعة، فاعتبار أقل القيمتين يوجب الخمس من الثمن، وهو أكثر من العشر، وهذا الذي قاله فيه نظر، وأول ما أقدم أن لنا قيمة منسوبة إليها، وهي قيمة السليم، وقيمة منسوبة وهي قيمة العيب، ونسبة بينهما بها يعرف قدر نقص العيب من السليم، فعبارة تكون تلك النسبة بين القيمتين يوم العقد، كهي بينهما بعد ذلك، وإن كان حال المبيع مختلفًا في اليومين، فههنا لا أثر للاختلاف مع اتحاد النسبة.

مثاله: قيمة السليم يوم العقد مائة، ويوم القبض ألف أو عشرة، وقيمة المعيب يوم العقد تسعون، ويوم القبض تسعمائة أو تسعة، فالنسبة في اليومين العشر، ولا أثر للإختلاف بالزيادة ولا بالنقصان، ولا فرق بين اعتبار أقل القيمتين واعتبار أكثرها، والساقط من الثمن على التقديرين العشر وإن اختلفت النسبة، فقد يكون ذلك لاختلاف قيمة المبيع مع بقاء قيمة السليم على حالها، وقد تكون بالعكس، وقد يكون، باختلافهما معًا.

مثال الأول: قيمته في اليومين سليمًا عشرة، ومعيبًا يوم العقد تسعه، ويوم القبض ثمانية. فالاختلاف ههنا في المنسوب، فإن نسبنا قيمته يوم العقد كان الأرش التسع، وإن نسبنا أقل القيمتين كان الخمس وهو أنفع للمشتري، وكلام الإمام تصريح، وإطلاق كلام المصنف وغيره يقتضي أنا نسلك هذه الطريقة التي هي أنفع للمشتري، فاعتبار أقل القيمتين هنا أوجب زيادة الأرش، وإيجاب أكثر النقصانين من الثمن لكني سأبين إن شاء الله تعالى في آخر الكلام أن المصنف والأصحاب لم يريدوا هذا القسم، ولا حاجة لهم إليه هنا، لأنهم بينوا في موضع آخر أن العيب الحادث قبل القبض من ضمان البائع، والنقصان مع بقاء قيمة السليم لا بد أن يكون بعيب، والزيادة لا بد أن تكون بنقصان العيب، ونقصانه يمنع من ضمان ما نقص منه كزواله.

ومثال الثاني: قيمته معيبًا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليمًا يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة أو بالعكس فالاختلاف ههنا في القيمة المنسوب إليها فإن نسبنا إلى أقل القيمتين كان الأرش التسع، وإن نسبنا إلى أكثرها كان الأرش الخمس

فاعتبار الأقل هنا فيه نفع للبائع لا للمشتري، فليس فيه إيجاب أكثر النقصانين بل أقلهما، وهو التسع من الثمن وهذا القسم يظهر أنه مراد المصنف والأصحاب على ما سأوضحه إن شاء الله تعالى.

ومثال الثالث: قيمته يوم العقد سليمًا عشرة ومعيبًا تسعة، ويوم القبض سليمًا تسعة ومعيبًا ثمانية. فاعتبار الأقل يوجب أن الأرش التسع، وهو أنفع للمشتري من العشر. وأكثر نقصانا من الثمن أو تكون قيمته يوم العقد سليمًا عشرة ومعيبًا تسعة، ويوم القبض سليما اثني عشر ومعيبًا عشرة، فاعتبار الأقل يقتضي أن الأرش التسع واعتبار الأكثر يقتضي أنه السدس، وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانًا من الثمن، أو تكون قيمته يوم العقد سليمًا عشرة ومعيبًا خمسة، ويوم القبض سليمًا ستة ومعيبًا أربعة فاعتبار أقل القيمتين يقتضي أن الأرش الثلث، واعتبار أكثرهما يقتضي أن الأرش النصف، وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانًا من الثمن.

وإذا تأملت الذي ذكرته في القسمين الأولين لم يخف عليه اختلاف الأمثلة وأحكامها في هذا القسم إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلك فأقول: إن الإمام عبر عن الوجه الثالث الصحيح أن المراعى ما هو الأضر بالبائع في الحالين، والعبارة عنه بأن المعتبر أكثر النقصانين، ومثله بأن يكون العيب القديم يوم العقد منقصًا ثلث القيمة، ويوم القبض منقصًا ربعها وهذا الكلام من الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ إنما يستمر مع عبارة المصنف والأصحاب إذا كان فرض المسألة فيما إذا كان الخلاف من جهة العيب، وأن المراد بأقل القيمتين أقل قيمتي المعيب المنسوبة لا أقل قيمتي السليم المنسوب إليها، وذلك في القسم الأول يستقيم فيه أن المعتبر أقل القيمتين، والواجب أكثر الأمرين، فإن أخذ مع ذلك أن قيمة السلم سواء في اليومين فلا إشكال في الحكم، ويبقى القسم الثاني والثالث مسكوتًا عنهما، هل يراعى فيهما الأضر بالبائع كما قاله فيقوم بالأكثر أم لا؟ بل يقوم بالأقل دائمًا كما أطلقه الأصحاب؟ فإن ثبت أن نفع المشتري مراعى مطلقًا فعبارة الإمام في قوله: أكثر النقصانين أحسن من قول الباقين أقل القيمتين لأن النقصان نسبة، والمراد أكثر الأمرين نقصانًا من السليم، وأقل القيمتين راجع إلى القيمة في نفسها لا إلى ما تنقصه من السليم، وأيضًا في القسم الثاني يصح كلام الإمام، ونوجب أكثر النقصانين وليس هو باعتبار أقل القيمتين.

فعبارة الإمام مطردة في الأقسام الثلاثة، هذا إن كان الحكم مساعدًا له على ذلك في جميع الأقسام. وأكثر الأصحاب لم يذكروا إلا أقل القيمتين، ولم يبينوا ما عدا ذلك، وكأنهم رضوا بأن القيمة عن السليم سواء، واختلفت قيمة المعيب

بحسب زيادة وصف في ذات المبيع أو نقصان فيه، فينسب النقص لأنه من ضمان البائع، ولا تنسب الزيادة لأنها حادثة في ملك المشتري، والأمر المنسوب إليه وهو قيمة السليم لم يتكلموا في حال اختلافها ويحتمل أن يكون المعتبر الأقل مطلقًا فإذا اختلفتا معًا اعتبرنا أقل قيمتي المعيب ونسبناها إلى أقل قيمتي السليم. وحينئذ يصح إطلاق كلام المصنف والأصحاب، ولا يصح إطلاق عبارة الإمام لما تقدم من المثالين الآخرين في القسم الثالث، وكذلك في القسم الثاني أيضًا، فالموافق لإطلاق الأصحاب ذلك، ولا يبقى المراعى ضرر البائع مطلقًا، ولا ضرر المشتري مطلقًا، ولم أر في ذلك نقلًا صريحًا.

إلا أن في «تعليقة» الشيخ أبي حامد قال: فأما وقت تقويمه سليمًا فهو أنقص الحالين قيمة من حالة العقد أو حالة القبض تقومه في تلك الحالة ثم يقومه وبه العيب. وهذا يدل على أن المراد أقل قيمتي السليم المنسوب إليها، لا أقل قيمتي المعيب. وفي هذه الصورة وهي الثاني الذي ذكرته في ذلك المثال يكون التقويم بأقل القيمتين أنفع للبائع، وكذلك كلام الماوردي يفهم منه ما يوافق الشيخ أبا حامد، فإنه قال في مسألة الجارية تقوم في أقل الحالتين، فإذا قيل قيمتها في تلك الحال بكرًا لا عيب بها مائة قومت بكرًا وبها ذلك العيب فإذا قيل: تسعون كان ما بين القيمتين العشر، فيرجع بعشر الثمن. فهذا وجه من الإشكال في هذه المسألة قد انحل بحمد الله تعالى. وتبين بحمد الله أن المراد أقل قيمتي السليم، وليس المراد قيمتي المعيب كما ظنه ابن الرفعة وغيره، ولا يجب أن يكون المراعى هو الأضر بالبائع مطلقًا كما قاله الإمام، وهذا الذي لحظه أبو حامد هو الصحيح فإن المنسوب إليه هو القيمة، والمنسوب هو العيب الموجود قبل العقد وبعده إلى القبض ما لم يطلع البائع عليه، فلا وجه لاعتبار اختلافه، وإنما المنسوب إليه هو المعتبر. وهو قد يقل وقد يكثر، وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد يعين معنى قول المصنف، فلا يجوز أن يقوم على البائع وأنه صحيح، وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى. وأما ما يختص بالصفة فنذكره في ضمن فائدة.

فائدة: قال الفارقي في كلامه على «المهذب»: هذه المسألة يعني مسألة الكتاب التي ذكرها المصنف فاسدة الوضع والأصل، وفاسدة التعليل، وليس لنا في الكتاب مسألة أظهر فسادًا منها. أما فساد وضعها فإنه يعتبر بأقل القيمتين على ما ذكر، وإنما يكون هذا الاعتبار صحيحًا ومفيدًا إذا كان الأرش إسقاط جزء من قيمة المبيع، وليس الأمر كذلك، وإنما نحن نسقط من الثمن جزءًا بقدر نسبة فوائد ما ينقص من قيمته بالعيب، مثلًا: إذا اشترى عبدًا بمائة فوجده مقطوع اليد فإنا نقومه

صحيحًا بمائة ومقطوعًا بتسعين، ونعلم أنه سقط عشر الأصل فيسقط في مقابله عشر الثمن ولا فرق بين أن تكون قيمته مائة أو ألفًا أو عشرة فإن أثر العيب في التنقيص واحد، فإنه إذا كان أثر العيب في تنقيص عشرة من مائة نقص من الألف مائة ومن العشرة دينار، فنسبة كل واحد من هذه إلى أصله بالعشر فيسقط في مقابله عشر الثمن، وعشر الثمن، لا يتفاوت على جميع الأحوال وإنما يتفاوت عشر القيمة، ونحن إنما نوجب عشر الثمن ولا مبالاة باختلاف عشر القيمة إذا لم يكن هو الواجب، فعرفت أنه لا حاجة إلى اعتبار أقل القيمة وأكثرها.

بيان فساد التعليل أن حصر اعتبار القيمة من حال العقد إلى حال القبض، فعرفنا أن النقصان في يد البائع، وليس يريد نقصان القيمة باختلاف الرغبات وكثرة المبتاع وقلته، وإنما يريد فوائد المبتاع، كهزال الدابة وتغير الثوب أو حدوث آفة به، فقوله: كان ما نقص مضمونًا عليه يعني أن العين المبيعة مضمونة على البائع، وقوله: وكان نقصانها من ضمانه، يعني الجزء الفائت من الثمن، أو فوات جزء يكون من ضمان البائع، كما أن جملة المبيع من ضمانه.

وقوله: فلا يجوز أن يقوم على البائع كلام يتناقض في نفسه، لأنه إذا كان الناقص ونقصانه مضمونًا عليه، وجب أن يكون مقومًا أما أن لا يقوم عليه لأنه مضمون عليه، فهذا كلام يتناقض لا فائدة فيه قال: وإن كانت قيمته يوم العقد أقل إلى آخره، وهذا أيضًا ظاهر الفساد والتناقض، لأنه إذا كانت هذه الزيادة حق المشتري لا حق للبائع فيها فيجب تقويمها عليه حتى نوجب عليه قدر ما نقص من فواتها مضمومًا إلى قدر الأرش، فثبت بذلك بيان فساد التعليل والوضع جميعًا، هذا كلام الفارقي رَحِمَهُ اللَّهُ.

وزاد ابن معن في حكاية عنه أن معرفة فساد التعليل يحتاج إلى معرفة أمرين، الأول: أن الضمير في قوله: لأنه إن كانت قيمته أكثر ثم نقص كان ما نقص مضمونًا عليه، فكان نقصانها من ضمانه، فلا يجوز أن يقوم على البائع، أما أن يكون عائدًا إلى البائع أو المشتري، لا جائز أن يعود إلى المشتري، لأنه حصر اعتبار القيمة من يوم العقد إلى يوم القبض، ولا يتصور أن يكون في يد المشتري إلا بعد القبض، ولو نزلنا جدلًا أن الضمير يعود إلى المشتري بطل قوله: من حين العقد إلى حين القبض، فتعين أن يكون المراد بقوله مضمونًا عليه فكان النقصان من ضمان البائع لا غير، هذا الأمر الأول.

الأمر الثاني: أن المراد بالنقصان تغير أحوال المبيع كحدوث آفة في الثوب أو الدابة لا بغيره، لاختلاف القيمة باعتبار نقصان الرغبات وكثرتها وانخفاض الأسواق

وارتفاعها، وحينئذ قوله: فكان نقصانها من ضمانه فلا يجوز أن تقوم على البائع، ظاهر التناقض لأنه نقصان جزء كما بيناه في الأمر الثاني، وكما أن جملة المبيع من ضمان البائع كذلك جزؤه، ولا يمكن أن يعود الضمير إلى المشتري لما بيناه في الأمر الأول، هذا كلام ابن معن حاكيًا عن الفارقي.

ولأجل كلام الفارقي هذا قال ابن أبي عصرون: أنه لا فائدة في اعتبار أقل القيمتين، قال في «الانتصار»: ونص الشيخ أبو إسحاق في «المهذب» على أنه يقوم بأقل القيمتين، وكذلك في «الحاوي» وذكره القاضي أبو الطيب في بعض كتبه، ثم خط عليه وقد أوضحت وجه فساده وبفساده قول الشاشي الأخير، ثم اختار أن تعتبر قيمته حال العقد لأنه موجب للضمان والقبض مقدر له كما في الحكومة في الجناية قال ابن أبي عصرون: وهذا ـ يعني كلام الشاشي ـ رجوع عما اعترف بصحته ورده على غيره، ثم لا وجه لما اختاره.

وقوله: إن العقد هو الموجب للضمان مسلم لكن بماذا؟ بالثمن أو بالقيمة فلا فائدة في النظر إلى قدرها وإنما جعلت معيار المعرفة المستحق للرجوع به من الثمن فلا تختص بقيمته حالة العقد.

وأما الجناية على الجزء فإنما اعتبرت حالة الجناية لأنها حالة بمال المجني عليه واعتبرت بعد الجناية لأنها حالة النقصان، ليعلم ما نقص من قيمته ولو كان عبدًا ثم قال الشاشي معترضًا لو كانت قيمته حال العقد تسعين، والعيب ينقصه خمسة ثم زاد فصارت مائة، والعيب ينقصه خمسة، والخمسة من المائة نصف عشر، ومن التسعين أكثر لم تستمر النسبة في المرجوع به، ثم أجاب فقال: هذا التصوير تحكم، لأن العيب الواحد ينقص من الكثير القيمة بالنسبة إلى ما ينقصه من قليل القيمة لا سيما والعين على صفة واحدة، وإنما التفاوت من جهة السوق.

قال ابن أبي الدم: وأنا أقول في القلب من هذه المسألة، وبما قاله هذان الشيخان يعني الفارقي وابن أبي عصرون فيها حسيكة عظيمة، وأنا أفرغ الجهد فيما ذكر عندي فيها نقلًا وبحثًا إن شاء الله تعالى. تم ذكر ابن أبي الدم بعد ذلك كلام الماوردي والإمام والغزالي وحكايتهما مع المراوزة الأقوال الثلاثة، قال: فاختار الشيخ أبو إسحاق قولًا منها، وترجيحه لها لا يكون فاسدًا ولا غلطًا كما ذكره الفارقي، بل ما ذكره الفارقي من الإيراد والإشكال غلط، فإن التقويم ما كان لإيجاب عين القيمة، بل لمعرفة نسبة ما يرجع به من الثمن، فالقيمة معيار وإذا كان كذلك فقد ظهر صحتها وإفادتها.

وقوله: إن أثر العيب في التنقيص واحد خطأ، لأنه إذا كان الثمن مائة فوجده

مقطوع اليد يقوم سليمًا، فكانت قيمته يوم العقد ويوم القبض سواء وقوم معيبًا فكانت قيمته يوم العقد مائتين ويوم القبض تسعين فإن اعتبرنا يوم العقد علم أنه نقص منه خمس قيمته فيرجع بخمس الثمن، وإن اعتبرنا قيمة يوم القبض علم أنه نقص عشر قيمته فيرجع بعشر الثمن، فحصل التفاوت الظاهر، وهذا واضح لا إشكال فيه وإنما فهم الفارقي أنه جعل قيمته معيبًا تسعين وقيمته بالعوض مائة، قال: فنعلم أن الناقص عشر القيمة، فيرجع بعشر الثمن، وتوهم أن ذلك لازم لا يتغير، ولا شك أنه يمكن أن تكون قيمته معيبًا يوم العقد أكثر، ويمكن أن تكون قيمته معيبًا يوم القبض أقل، وإذا فرض تفاوت القيمة بالنسبة إلى الزمانين وجب اعتبار أحدهما لاختلافها، وقول الفارقي في فساد التعليل ففيما ذكر من كلام الشيخ غنية عنه.

وعلى الجملة فهذا القول الذي صار إليه الشيخ أبو إسحاق ليس قولًا له اخترعه وإنما هو قول مقول عن أئمة المذهب، فلا يليق بالمتأخر إظهار شناعة على من اختاره، وذكره في تصنيفه فإنه فاسد ليس في كتابه شيء أظهر فسادًا منه، وإنما اللائق به إن كان تكلم على دليله وأورد عليه بما يتوجه عليه من إشكال أو مباحثة أما الحكم عليه بأنه أفسد شيء في كتابه فخطأ محض منه وسوء أدب، وممن اختار ما اختاره الشيخ أبو إسحاق: القاضي أبو الطيب والبغوي.

قلت: وما قاله ابن أبي الدم من وجوب حفظ الأدب صحيح، وما قاله المصنف هو بلفظه وحروفه في «تعليق القاضي أبي الطيب» فلا اختصاص للمصنف به، وقد علمت أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ نص في اختلاف العراقيين على اعتبار يوم القبض، قال: وقيمتها يوم قبضها المشتري من البائع، فلو لم يكن لاختلاف القيمة أثر لما قيد الشافعي بيوم القبض، فيجب النظر في اختلاف القيمة وبيان كونه مؤثرًا في اختلاف الأرش، وما فرضه ابن أبي الدم لعله من اختلاف قيمة المعيب مع تساوي قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض والعيب واحد، كما مَثَّلَ به من قطع اليد بعبد، لأنه متى كانت قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض سواء والعيب واحد والمبيع واحد، فكيف تختلف قيمة العيب؟ لكن قد قدمت أمثلة تغني عن ذلك من جملتها أن تتحد قيمة السليم، وتختلف قيمة المعيب لزيادة العين أو نقصانها، واستبعاد الشاشي له.

وقوله: إن العيب ينقص من كثير القيمة بالنسبة إلى ما ينقص من قليلها، فالكلام عليه من وجهين، أحدهما: أن الشاشي قصر الكلام على اختلاف قيمة السليم المنسوب إليها واتحاد العيب المنسوب وذلك هو القسم الثاني الذي قدمته، وقلت: إن كلام المصنف والأصحاب لم يشمله، أو أن الأولى فيه عبارة الإمام.

أما إذا فرضنا الكلام في القسم الأول، وهو أن قيمة السليم سواء ونقصت القيمة بحدوث عيب قبل القبض، أو زادت بحدوث صفة، فإن النسبة تختلف قطعًا، وهذا هو المراد بما قرره الفارقي في كلامه، فغير ذلك التقرير جوابه عن الأصحاب، وإن كان في صورة الاعتراض، وذلك هو جواب عن المصنف إلا في قوله: فلا يجوز أن يقوم على البائع، فإنه مشكل، وسنزيد الكلام عليه.

الوجه الثاني من الكلام على الشاشي: أن الأصحاب وإن سكتوا عن قيمة السليم المنسوب إليها فلا بد من اعتبارها، فإن قيمة المعيب زادت أو نقصت منسوبة إليها، فالضرورة تحتاج أن يكون ذلك الشيء المنسوب إليه معلومًا، فإن اتحد فذلك، وإن اختلف فهذا مما قدمت أن الأصحاب سكتوا عنه إلا الشيخ أبا حامد، وبحث فيه هناك، فإذا ثبت اعتبارها وأنها قد تختلف، فاختلافها مع تعارض السلامة من غير زيادة إنما يكون بحيث الأسعار والرغبات، وعند ذلك قد ينقص العيب من قليل القيمة نسبة لا ينقصها من كثيرها، وذلك إذا غلا السعر وضاق ذلك الصنف فإن الرغبة تشتد فيه، ويغتفرون ما به من عيب، ولا يصير الناس يبالون بعيبه، كما يبالون به في حال الرفاهية.

وبعكس ذلك إذا رخصت الأسعار واتسع الصنف وبخست قيمته، بحيث يصل إلى السليم منه كل أحد صدت أكثر الناس عن المعيب لقدرتهم على ما هو خير منه، وانحطت قيمته عن قيمة السليم بنسبة أكثر مما كانت قبل ذلك، هذا هو العرف بين الناس، وإن كان ذلك غير منقول، ثم إن المسائل التي تفرض في الفقه، والفروض المقدرة لا يلزم أن تكون واقعة غالبًا، بل ولا نادرًا، بل المقصود أنها إن وجدت كان هذا حكمها.

فإن قال قائل: هذا إنما جاء في اختلاف الأسواق، وفرض المسألة فيما إذا كان الاختلاف من جهة حدوث وصف في المبيع.

فالجواب: أن الاختلاف في قيمة المعيب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان وأما الاختلاف في قيمة السليم المنسوب إليها فليس له سبب إلا اختلاف السوق، ولا بد من اعتبارها.

وأما قول المصنف: ولا يجوز أن يقوم على البائع ففي غاية الإشكال وإيراد الفارقي عليه قوي، وهو كذلك في «تعليقة القاضي أبي الطيب» وليس بمناسب فيما يظهر، لأنا إذا أدخلنا الذي نقص في التقويم قبل الأرش وتضرر المشتري وانتفع البائع، فلو قال المشتري لناسبه من هذا الوجه وكان يفسد من وجه آخر لعدم مناسبته لبقية تعليله بأن مضمون على البائع لكن الجواب عن هذا أن هذا الإشكال إنما هو

بناء على أن الكلام في العيوب المنسوبة، وقد تبين فيما تقدم عن كلام الشيخ أبي حامد أن المراد قيمة السليم المنسوب إليها، وعلى ذلك يصح أن يقال: فلا يجوز أن يقوم على البائع، لأنا إذا نسبنا إليه وأدخلناها في التقويم كثر الأرش عليه، وإن تعلقوا بكلام الإمام تعلقنا بكلام الشيخ أبي حامد وهو أصح لما تقدم.

فإن قلت: ذلك لا يلائم قوله: كان ما نقص في يده مضمونًا عليه، وكان نقصانها من ضمانه قلت: سيأتي تأويله عن صاحب «البيان» وقول الفارقي: إنا نوجب على البايع قدر ما نقص بفواتها مضمونًا إلى الأرش إنما يصح تخيله على بطلانه، لو زال بعد حدوثه قبل القبض، وقد رأيت صاحب «الوافي» نقل هذا الجواب الذي قلته عن شيخه، ثم اعترض بأن المسألة تفرض فيما إذا زادت بين العقد والقبض ثم ذهبت الزيادة.

قال: فالجواب صحيح أن تلك المسألة لم تدخل في ضمان البائع. وما ذكره من فرض المسألة قد يمنع منه الحكم إذا فرضها كذلك، وقد اعتذر صاحب «البيان» عن المصنف في «التعليل» فقال: هذا مشكل، لكن أراد أن النقصان مضمون على البائع، وقد سقط ضمانه برضا المشتري بقبض المبيع ناقصًا، فلو فرضناه وقت العقد أدى إلى إيجاب ضمان النقصان على البائع، وقد سقط عنه، إلا أن الشيخ عنى البائع في أول كلامه ثم ذكره ظاهرًا.

قلت: معناه أن المشتري قبضه ناقص القيمة باعتبار السلامة، فذلك القدر الزائد منها قد رضي بإسقاطه فلا ينسب العيب إلا إلى الثاني، وهو الأقل، وفي ذلك نفع للبائع، وهذا اعتذار عجيب فإن فيه محافظة على تصحيح قول المصنف فلا يجوز أن يقوم على البائع، لكن ذلك قد يقتضي عكس الحكم، فإن قيمة السليم إذا كانت مائة يوم العقد ويوم القبض، وكانت قيمة المعيب يوم العقد تسعين ويوم القبض ثمانين، فعلى ما قاله صاحب «البيان»: ينبغي بأن يقوم بأكثر قيمتي المعيب تسعون، لأن العيب الزائد المنقص للعشرة الثانية لم يحسب على البائع، فيكون الأرش العشر.

والظاهر من كلامهم أن الأرش في هذه الصور الخمس، لأن الثمانين أقل القيمتين ثم إن ذلك يقتضي الفرق بين أن يعلم بذلك أو يجهل، فإنه قد يحصل عيب قبل القبض منقص للقيمة ويقبضه المشتري من غير علم بذلك العيب، ثم يحدث ما يمنع من الرد فله الأرش عن العيبين جميعًا، الذي كان قبل العقد والذي حدث قبل القبض.

وقال صاحب «الوافي»: معنى قوله كان مضمونًا عليه، أي يذهب من ضمان

البائع وهو ناقص عليه في حكم ما لم يبعه من أمواله إذا لم يبعه ليس مضمونًا عليه للمشتري، وإذا كان كذلك لم يجز أن يقوم عليه للمشتري.

ورأيت في «تعليقة أبي إسحاق العراقي» على «المهذب»: ولا يجوز أن يقوم على المشتري، وهذا إما أن يكون غلطًا في النسخة، وإما أن يكون أحد ظن أن البائع غلط فأصلحه على ظنه، وكل النسخ فيها البائع، والفارقي أعرف بما في «المهذب» وقد ظهر الجواب عن ذلك بحمد الله تعالى واندفاع الإشكال عنه، وكذلك رأيت في «الاستقصاء» كان ما نقص من القيمة غير مضمون عليه، أي لأنه ليس بجزء، وأظن ذلك كله إصلاحًا لما أشكل عليهم. وتعليل الماوردي قريب من تعليل المصنف. كذلك أكثر من تكلم في المسألة من الأصحاب. ولم يختص المصنف من الإشكال إلا بقوله: فلا يجوز أن يقوم على البائع، وكذلك شيخه القاضي أبو الطيب الإشكال في هذه اللفظة وارد عليها.

فرع: وهذا الذي قلته وحملت كلام المصنف عليه، من أن المراد إن اختلفت القيمة المنسوب إليها هو الصحيح المتعين. أما إذا اتحدت واختلفت قيمة العيب كما في القسم الأول كانت قيمته معيبًا تسعة عند العقد. ثم نقص فنقصانه مع بقاء قيمة السليم إنما تكون لعيب آخر، فذلك العيب الآخر إن اطلع عليه المشتري ورضي به صار وجوده كعدمه، وينسب الذي كان حالة العقد فقط، وإن لم يرض به كان الكل إلى القبض مضمونًا على البائع ينسب من القيمة وإن زادت قيمة المعيب مع بقاء قيمة السليم فذلك، إن كان نقصان العيب فقد بريء البائع بما نقص، لأنه لو زال كله قبل القبض لم يثبت به الرد ولا الأرش فكذلك نقصانه، فلا يصح اعتبار أقل القيمتين هنا، وإن الحصول وصف زائد في المبيع جبر النقصان الحاصل بالعيب، فيقتضي ذلك زيادة قيمته سليمًا، وقد فرضنا أن قيمته سليمًا باقية بحالها.

فرع: عبارة الرافعي والجمهور أقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض وكذلك في «المحرر»، وقد تقدم الكلام عليها وعلى عبارة الإمام، وقال النووي في «المنهاج»: أقل قيمة من يوم العقد إلى يوم القبض، وذلك يقتضي أنه إذا نقصت القيمة فيما بين العقد والقبض أن تعتبر تلك القيمة الناقصة المتوسطة، وإن كانت القيمة يوم العقد ويوم القبض سواء. لأن المتوسطة حينئذ أقل، وكذلك إذا كانت في أحد اليومين أقل من الآخر. وفيما بين ذلك أقل منهما أن يقوم بالمتوسطة التي هي أقل وعبارة الجمهور لا تقتضي ذلك، وتقتضي أن يقوم بإحدى القيمتين في يوم العقد أو يوم القبض، إن كانتا متساويتين فبإحداهما وإن اختلفا فبالأقل منهما، وهذه عكس الصورة التي فرض الكلام فيها فيما تقدم عن صاحب «الوافي». على أنه في

«الروضة» تابع للرافعي في عبارته، ونبه في «دقائق المنهاج» على ذلك وأنه غيرها لهذا المعنى، والذي يظهر عبارة الجمهور، لأن العيب المنقص إذا وجد وزال قبل القبض لا يثبت به خيار فلا اعتبار به، وفيه نظر فليتأمل. وقال في «التهذيب»: أقل القيمتين من يوم العقد إلى يوم القبض، فإن كانت النسخة صحيحة ففيه موافقة «للمنهاج» من بعض الوجوه. لكن قوله أقل القيمتين يوافق الجمهور.

فرع: هذا الذي تقدم في معرفة الأرش عن العيب القديم، وكلام المصنف مفروض في ذلك، فإنه قال في أول الفصل: إذا أراد، يعني المشتري الرجوع بالأرش. أما الأرش المأخوذ من المشتري عن العيب الحادث، قال ابن الرفعة فالمنقول أنه يقوم وبه العيب القديم، ثم يقوم وبه العيب الحادث والقديم ويجب ما بينهما، فإذا كانت قيمته بالقديم عشرة وبه مع الحادث تسعة غرم درهما، ولا تجعل القيمة في هذا الحال معيارًا، قلت: وسيأتي هذا في كلام المصنف فيما لا يوقف على عيبه إلا بكسره.

فرع: قال ابن أبي عصرون: المتأخر في مجموع له يتعرض في بعضه لألفاظ «المهذب» قال قوله: وإن اختلف قيمة المبيع قال: فيقال مثلًا قيمته يوم العقد بلا عيب ثلاثون، وبالعيب عشرون، فينقص عشرة، ويقال قيمته يوم القبض بلا عيب خمسة وعشرون وبالعيب عشرون، فيرجع بأقل القيمتين وهو خمسة وكذلك لو قلت قيمته يوم العقد وزادت يوم القبض كما إذا قلنا سائل يعني أن ذلك في السائل. وأيضًا فقوله: يرجع بخمسة، يجب تأويله على أن المراد نسبتها من الثمن.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن كان المبيع إناء من فضة وزنه ألف وقيمته ألفان فكسره، ثم علم به عيبًا لم يجز له الرجوع بأرش العيب، لأن ذلك رجوع بجزء من الثمن، فيصير الألف بدون الألف، وذلك لا يجوز. فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يغرم أرش الكسر. وحكى أبو القاسم الداركي وجهًا آخر أنه قال: يرجع بالأرش لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرش لا اعتبار به. والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالأرش في غير هذا، ولا يقال إن هذا لا يجوز. لأنه يصير الثمن مجهولًا.

الشرح: هذا الفرع منسوب لابن سريج، وفيه أوجه، أصحها: وهو قول الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملي وهو الذي صدر به المصنف كلامه أنه يفسخ المبيع ويرد الإناء، ويغرم أرش النقص الحادث، . ولا يلزم الربا لأن المقابلة بين الإناء والثمن ـ وهما متماثلان ـ والعيب الحادث مضمون عليه، كعيب المأخوذ على جهة السوم، فعليه غرامته وغرامة الأرش عن الحادث هنا ليس كغرامته في سائر الصور، كما سننبه عليه. واستدلوا على تعذر أخذ الأرش بأن الثمن ينقص

كما ذكره المصنف، وعلى تعذر رده مع أرش العيب الحادث بأن المردود يزيد على الثمن، وكلا الأمرين ربا ولا يستشكل هذا التقرير مع الحكم بأن المشتري يغرم الأرش حتى يقف على آخر الكلام في «التنبيه» السادس.

والوجه الثاني: ولم يذكره المصنف. وهو قول ابن سريج أنه يفسخ العقد لتعذر إمضائه مع أخذ الأرش كما تقدم وبدونه لما فيه من ضرر المشتري، ولا يرد الحلي على البائع لتعذر رده مع الأرش ودونه فجعل كالتالف، فيغرم المشتري قيمته من غير جنسه معيبًا بالعيب القديم سليمًا عن الحادث، واختار الغزالي هذا الوجه وإيراد صاحب «البحر» يقتضي ترجيحه، وضعفه الإمام وغيره. وقال الإمام: إنه أبعد الوجوه. ونقل المحاملي عن ابن سريج تشبيهه بالمأخوذ على جهة السوم، ثم رد عليه بأن المستام بمنزلة المغصوب إذا نقص يلزم أرش نقصانه لا قيمة جميعه.

والثالث: الذي حكاه المصنف ثانيًا، وهو قول صاحب «التقريب» والداركي واختاره القاضي حسين والإمام وغيره، أنه يرجع بأرش العيب القديم كسائر الصور، والمماثلة في الربوي إنما تشترطفي ابتداء العقد، والأرش حق وجب بعد ذلك، لا يقدح في العقد السابق.

قال الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: واعلم أن الوجه الأول والثاني متفقان على أنه لا يرجع بأرش العيب القديم وأنه يفسخ العقد، وإنما اختلافهما في أنه يرد مع أرش النقص أو يمسك ويرد قيمته، وأما صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز الرد مع الأرش أيضًا كما في سائر الأموال.

قلت: وسيأتي بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج، وبه يتبين أنهما لم يتفقا إلا على أصل الفسخ، ويأتي أيضًا أن ما قاله الرافعي من القياس لم يصر إليه أحد. وعلى هذا الوجه إذا أخذ الأرش فقد قيل: يجب أن يكون من غير جنس العرض كيلا يلزم ربا الفضل، والأصح وهو الذي رجحه القاضي حسين والبغوي والرافعي أنه يجوز أن يكون من جنسهما، لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس، لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر، وذلك من صور (مد عجوة) وأيضًا لأن الأرش جزء من الثمن، وقد غلط أبو إسحاق العراقي، فجعل قول صاحب «التقريب» وجهًا رابعًا، وحكاه مع وجه الداركي بعبارتين متقاربتين، ولم يتنبه لاتحادهما. ثم تنبه لأمور:

أحدها: أن المصنف فرض المسألة في الإناء، وكذلك القاضي أبو الطيب فرضها في إبريق وزنه مائة درهم، وكذلك الشيخ أبو حامد في «التعليقة» التي كتبها سليم عنه نقلها عن ابن سريج فيما إذا اشترى إبريقا فضة وزنه مائة درهم، وقيمته

مائة وعشرون بإبريق من فضة وزنه مائة وقيمته مائة وعشرون. وفرضها الشيخ أبو حامد في «التعليقة» التي أخذها البندنيجي في مصوغ، وكذلك الإمام والغزالي فيما إذا اشترى حليًا وزنه ألف بألف وفرضها في الحلي حسن لا اعتراض عليه.

وأما فرض المصنف ومن وافقه في الإناء ـ فإن قلنا بجواز اتخاذ أواني الفضة ـ فصحيح أيضًا وأما إذا قلنا بتحريم اتخاذها ـ وهو الأصح ـ فإن الصنعة فيها غير محترمة، فلا يكون الكسر عيبًا فيها، فلا يمنع الرد والأرش، كما لو لم يحدث شيء، فلعل ابن سريج فرع هذا على جواز الاتخاذ، وأيضًا فذكر الكسر في سبيل المثال، والمقصود حدوث عيب في يد المشتري.

الثاني: أن المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة، وهو أن يكون الثمن من جنس الإناء كما فعل ابن سريج والإمام، بل سكت عن الثمن بالكلية، وكذلك القاضي أبو الطيب وكأنهما اكتفيا بشهرة المسألة والعلم بصورتها، والمراد إذا اشتراه بوزنه من جنسه كذلك فرضها ابن الصباغ والإمام وغيرهما، وإلا فلو كان الثمن من غير النقود، أو من النقود من غير الجنس لم تأت المسألة، لأنه لا يبقى محظور في المفاضلة، فالمشتري يرجع بأرش العيب القديم، وممن صرح به ابن الصباغ والقاضي حسين، وحكى أبو إسحاق العراقي فيه وجهين وأظنهما في الذخائر، وكأنهما مأخوذان مما سنذكره عن «الحاوي» في «التنبيه» الثالث عشر وعلى كل حال فالأصح الجواز.

قال القاضي حسين: فإن كان نقد البلد ذهبًا والحلي المبيع من الفضة قوم الحلي بنقدالبلد، ثم يسترد الأرش من الثمن، إن كان عرضًا فمن العرض، أو ذهبا فمن الذهب، فإن كان نقد البلد فضة والحلي من الفضة، قال القاضي حسين: يحتمل وجهين، أحدهما: يقوم بنقد البلد، فإن كان الحلي من نقرة خشنة والدراهم المطبوعة تزيد عليه قوم بنقد آخر وهو الذهب، كيلا يؤدي إلى الربا، هكذا رأيته في النسخة وكأنه سقط منها شيء.

الثالث: في «التنبيه» على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال الربوي والذهب كذلك، ولكن إناء الذهب حرام عند المصنف، ولا يجري فيه الخلاف فلذلك لم يقع التمثيل به، وجعلة قيمة العين مثالًا لزيادتها على وزنه حتى يكون الكسر منقصًا لها، فيكون عيبًا، أما لو كانت القيمة متساوية للوزن إن أمكن فرض ذلك، لم يكن الكسر منقصًا، لأن القيمة لا تعتبر حينئذ، والكسر مثال لحدوث عيب، فلو انكسر بنفسه كان الحكم كذلك.

الرابع: أن تعليل المصنف امتناع الرجوع بالأرش الذي اتفق عليه ابن سريج

وأبو حامد والأكثرون بأن ذلك رجوع بجزء من الثمن موافق كما تقدم من المصنف وأكثر الأصحاب أن الأرش جزء من الثمن، وقد تقدم عن الغزالي تردد في أنه غرامة جديدة، ولذلك قال الغزالي هنا كما حكى قول ابن سريج وقول صاحب «التقريب»، قال: فتحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد من الأرشين أنه غرم مبتدأ أو في مقابلة المعقود عليه، ويعني بالأرشين أرش القديم وأرش الحادث يعني أن علة قول ابن سريج يكون الأرش عن القديم جزءًا من الثمن لما تقدم، والأرش عن الحادث كذلك، لأن ابن سريج يجعله في مقابلة ما فات من المبيع، وأن الفسخ في غير الربوي يرد عليه إذا ضم مع المبيع، كما يرد على المبيع وقول صاحب «التقريب» يقتضي أنه غرم مبتدأ.

فظهر لك بما قاله الغزالي أن مأخذ الوجهين الأولين أن الأرش جزء من الثمن، ومأخذ الوجه الثالث أنه غرم مبتدأ، لكن الإمام قد اختار قول صاحب «التقريب» هنا، وقد تقدم عنه قول بأن الأرش جزء من الثمن، فطريق الجميع بأن القائل بأنه غرم مبتدأ لم يقل به من كل وجه، بل من بعض الوجوه كما تقدم من كلام الإمام في أنه انتقاص جديد، وقد نبهت على ذلك فيما تقدم، وكذلك علل الإمام في هذه المسألة قول صاحب «التقريب» بالضرورة، ولو كان الأرش غرمًا مبتدأ لم يحتج إلى ذلك.

وقال الإمام أيضًا: إن كل مسلك من المسالك يعني الأوجه الثلاثة، لا يخلو عن حيد عن قانون في القياس، جار في حال الاختيار، ولم يصر أحد إلى التخيير بين جميع هذه المسالك من حيث اشتمل كل واحد على ميل عن أصل والضرورة تحوج إلى واحد منهما، فهذا الكلام من الإمام يدل على أن الأرش ليس غرمًا مبتدأ من كل وجه، إذ لو كان كذلك لكان غير خارج عن القانون. وفي كلامه، وفيما تقدم عنه، وفي النظر ما يدل على ذلك أيضًا. ولذلك قال في توجيه كلام صاحب «التقريب» إن غرامة الأرش في هذا المضيق تقدر كأرش مبتدأ، مرتب على جناية على ملكه.

الخامس: أن الفاسخ للبيع هو الحاكم. صرح به الشيخ أبو حامد وصاحب «العدة» وغيرهما. ويحتمل أن يقال على قول ابن سريج: إن للمشتري أن يفسخ أيضًا كما يقول في التخالف: إن لكل منهما أيضًا أن يفسخ على الأصح، إن قلنا: بذلك كما ستعرفه في بابه فإنه عندنا فيه وقفة.

وأما على قول الأكثرين فيبعد إلحاقه بالتخالف، وإنما هو رد بالعيب، لا مدخل للحاكم فيه، غير أنه امتنع دخول الأرش فيه، وجعل غرامة مبتدأة، وبهذا

تبين لك أن الوجهين لم يتفقا على كيفية الفسخ، كما وعدت به من قبل.

السادس: قول المصنف لم يغرمه أرش الكسر يريد به أن تغريم أرش الكسر متأخر عن الفسخ، والفسخ يرد على الإناء خاصة، وليس كسائر الأموال حيث يرد الأرش عن الحادث مع المبيع، إذا ورد الرد عليها في هذه الصورة أدى إلى الربا، وليس المراد باسترجاع الثمن قبضه بل رجوعه إلى ملك المشتري، وليس في الأوجه من يقول بجواز رد الأرش مع المبيع، إلا ما قال الرافعي أنه قياس الوجه الثالث. فلذلك أتى المصنف بصيغة «ثم» المقتضية للترتيب. وعبارة الرافعي أنه يرده مع أرش النقصان. ويجب تأويلها على المعية في الوجوب لا في انسحاب حكم الرد عليها على أن الإمام ذكر هنا كلامًا بليغًا في تحقيق رد الأرش مع العيب بالعيب الحادث. وأن ليس على تقرير ورود الفسخ عليهما أعني في جميع الصور، وقد قدمت ذلك عنه عند الكلام في أخذ الأرش عن العيب الحادث في الفصل الذي قبل هذا.

السابع: أن كلام المصنف يقتضي أن الوجه الأخير حكاه الدارمي، وليس من قوله وكذلك حكاه الشاشي، وكلام الرافعي يقتضي أنه عنه.

الثامن: من قول المصنف في «تعليل» قول الداركي لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرش لا اعتبار به. يفهم أن ذلك ليس مأخوذًا من أن الأرش غرم مبتدأ، بل هو جزء من الثمن بطريق الظهور، ولكن لا يعتبر لما نذكره من الدليل. فقوله: ظهر ينفي كونه غرمًا مبتدأ ثم بعد ذلك إما أن يكون ذلك بطريق الشين أو بطريق إنشاء نقص جديد. فيه ما تقدم من البحث الأقرب عبارة المصنف الأول والموافق لكلام الإمام الثاني.

التاسع: الدليل الذي ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز الرجوع بالأرش في غير هذا الموضع بالاتفاق. ولم يقل أحد بأنه لا يجوز، لأنه يصير الثمن مجهولًا أي لأنا ظهر لنا أن الثمن الذي قابل المبيع ما بقي بعد الأرش، وذلك لم يكن معلومًا حالة العقد، وجهالة الثمن موجبة لبطلان البيع، فلو كان ما ظهر معتبرًا لم يجز الرجوع بالأرش في غير هذا الموضع، لإفضائه إلى جهالة الثمن. وبطلان العقد من أصله، لكن الرجوع بالأرش في غير هذا الموضع جائز اتفاقًا فلا يكون لما ظهر حكم، وهذا بينه وبين ما ذكره الإمام في توجيه هذا القول لما حكاه عن صاحب «التقريب» بعض المخالفة، فإنه قال: إنه في هذا المضيق كأرش مبتدأ مرتب على جناية فإذن هذا القول واحد، ومأخذه مختلف.

المصنف يشير إلى أن المقابلة تغيرت، لكن ليس لظهور تغيرها حكم ويطرد ذلك في هذه المسألة وفي غيرها، والإمام يقول في هذه المسألة: الضرورة تجعله

كغرم مبتدأ، ولا يخفى أن في كل من الكلامين حيدًا عن القانون كما قاله الإمام، فإن المصنف يحتاج إلى الاعتذار عن تخلف الحكم عما ظهر، وليت شعري هل الرجوع بالأرش مجمع عليه؟ أو فيه نص أو لا؟ فإنه إن كان فيه نص أو إجماع كان عذرًا في أن يجعل أن ما ظهر لا حكم له، أو يجعله كغرم مبتدأ اتباعًا، وإن لم يكن فيه إجماع ولا نص فما المخلص عن هذه الإشكالات؟ وما الموجب لارتكابها؟.

العاشر: لا جواب، وما استدل به الداركي أنه إنما يلزم جهالة الثمن إذا كان ذلك بطريق العين، أما إذا قلنا: أن المقابلة تغيرت بانتقاص جديد فلا. وهذا الذي يقول به بدليل حل الجارية وغير ذلك مما تقدم. وإذا كان بطريق النقص صار له حكم في المقابلة صارت الألف مقابلة بدون الألف الآن لا فيما مضى فامتنع الرجوع بالأرش كذلك.

قال الفارقي في الجهالة: يفرق فيها بين الجهالة الحاصلة بفعل العاقل ابتداء والحاصل بغير فعله. ولهذا لو أسلم إلى أجل مجهول بطل ولو مات المسلم إليه في أثناء الْاجل حل وصار الأجل بموته مجهولًا وهو صحيح.

الحادي عشر: أنه على الأصح الذي قاله المصنف أنه يرد ثم يغرم أرش النقص الذي حدث عنده وشبهوه بالمستام، وفيه نظر. لأن الرد يرفع العقد من حينه على الصحيح. فالعيب حدث على ملك المشتري فكيف يغرمه إذا لم يقدر ورود الرد عليه وليس كالمستام فإن المستام ليس مملوكًا له، وأشار الإمام إلى أن ذلك على سبيل التقدير، ونظره بقول منصوص للشافعي: إذا فسخ النكاح بعد الدخول أن الزوج يسترد المسمى، ويرد إليها البضع ثم يغرم الزوج لها مهر المثل.

الثاني عشر: مأخذ فسخ البيع على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعي في الرجل يشتري ثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع، ثم لم يقطع حتى بدا الصلاح ثم أراد القطع فسخنا البيع ههنا لما يؤدي ذلك إليه من الإضرار بصاحبه أو بالمساكين، هكذا رأيته في «تعليقته» ولم أفهمه، وإنما يفسخ البيع فيما إذا حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد القولين. ثم في مسألة اختلاط الثمارعلى أحد القولين. وهو الصحيح عند طائفة أن البيع ينفسخ بنفسه من غير فاسخ وليس ههنا كذلك.

الثالث عشر: صورة المسألة إذا كان الإناء باقيًا فلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح الذي ذكره العراقيون وصاحب «التتمة» أنه ينفسخ العقد، ويسترد الثمن ويغرم قيمة التالف إن كان متقومًا، ومثله إن كان مثليًا. ولا يمكن أخذ الأرش، وقال القاضي حسين: إنه يأخذ الأرش. وصححه في «التهذيب» وقد

تقدمت المسألة في باب الربا. وذكره القاضي حسين. وصاحب «التهذيب» هنا موافق لقول الدارمي في حالة البقاء، ويلزمهما موافقته هناك. وما قاله العراقيون هنا موافق لقول ابن سريج في حالة البقاء. وألجأهم إلى ذلك امتناع الرد بالتلف، واحتاجوا إلى الفسخ هنا لامتناع أخذ الأرش عن القديم بخلاف تلف بيع المعيب في غيره هذه الصورة. حيث يكون أخذ الأرش ممكنا. قالوا: وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ. وقد جوز الشافعي الإقالة بعد التلف، وكذلك في التخالف وصاحب «التتمة» جعل حالة التلف أصلًا وأن ابن سريج يقول في حالة البقاء كحالة التلف.

وذكر القاضي حسين في هذا الباب ثلاثة أوجه. قال: وفي المسألة إشكال. وقد تقدم في باب الربا اختياره، وحكاية الأوجه الثلاثة. وفي «الحاوي» في باب الربا عند التلف أنه إن كان بجنسه لم يرجع بالأرش، وإن كان بغير جنسه من النقدين، فوجهان: أقيسهما الرجوع فيرجع بأرش الفضة ذهبًا والثاني: وهو قول الشيوخ من البصريين والجمهور من غيرهم لا يجوز، لأن الصرف أضيق، ولأن الأرش يعتبر بالأثمان فلا يكون داخلًا فيها وقد تقدم ذلك، وتفريعه عنه في باب الربا، وقياس ذلك أن يجري هنا في حالة البناء، لكن الماوردي فرض ذلك في «الصرف» ولم يفرضه حيث تكون القيمة زائدة عن الوزن.

الرابع عشر: متى كان كسر الإناء من المشتري فلا فرق أن يكون بين بعد القبض أو قبله، ومتى كان من غيره ووجد بعد التقابض والتفرق فلا إشكال، وفيه فرض الإمام المسألة، ومتى كان قبلهما فهو من ضمان البائع فلا تأتي المسألة، ومتى كان بعد التقابض وقبل التفرق فيلتف على ما تقدم أن المشتري إذا قبض المبيع في زمن الخيار هل يصير من ضمانه أم لا؟ وفيه طرق تقدمت، فإن قلنا لا يصير من ضمانه وأنه ينفسخ بتلفه في يده، وهو ظاهر نص الشافعي، فالعيب الحادث حينئذ مضمون على البائع لا يوجب الأرش، فهو كما قبل التقابض فلا تأتي المسألة، وإن قلنا: من ضمانه كما اقتضاه كلام المصنف هناك فالحكم كما بعد التفرق والتقابض ولا جرم أطلق المصنف التصوير، ولم أجد في شيء من ذلك نقلًا ولكنه قضية التفريع، والطرق التي في قبض المبيع في زمن الخيار، تقدمت في هذا الباب عند حدوث تلف المبيع بعد القبض.

الخامس عشر: إذا غرمناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الأكثرين عند تلفه، فقد تقدم في حكاية قول ابن سريج أنها تكون من غير جنسه. هكذا حكاه الرافعي، يعني إذا كان فضة يعطي قيمته ذهبًا، وإن كان ذهبًا يعطي قيمته فضة. وكذلك حكاه القاضي أبو الطيب عن ابن سريج، وقاله القاضي أبو الطيب من عند

نفسه في حالة التلف أيضًا، والأكثرون لم يعتبروا ذلك، بل أطلقوا رده القيمة. وهو أحسن لأن هذه غرامة. وليست عقدًا يجيء تحذر فيه من الربا، وقد حكى العراقيون فيما إذا أتلفت آنية فضة قيمتها أزيد من وزنها ثلاثة أوجه، أصحها: يضمن بالنقد الغالب، والثاني: يقوم بغير جنسه والثالث: بمثل وزنه من جنسه، والزيادة من غير جنسه.

قال أبو سعيد الهروي: وكان القاضي الحسين يعيب هذا ويقول: الإتلاف ليس مقيسًا على البيع في أمر الربا، قلت: فقياس الأوجه الثلاثة أن يأتي مثلها هنا.

السادس عشر: غرامة أرش النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقائه، هل يكون من نقد البلد؟ وإن كان من الجنس قولًا واحدًا أو يجري فيها الخلاف الذي في الغصب الظاهر: الثاني لأنهم شبهوه بالمستام.

السابع عشر: قد تقدم من قول الإمام أنه لم يصر أحد إلى التخيير بين جميع هذه المسالك بعد أن ذكر الأوجه الثلاثة، واختار الثالث منها، وكذلك قال الغزالي في «البسيط» أنه لم يصر صائر إلى التخيير بين أرش العيب القديم وضم أرش العيب الحادث. كما في سائر العيوب، وإن كان محتملًا بحكم التوجيه الذي ذكرناه للوجهين. لكن اعتقد كل فريق أن ما ذكره أبعد من اقتحام الربا، فلم يثبت الخيرة. وهذا الذي قاله الإمام والغزالي يرد القياس الذي قال الرافعي إنه قياس الوجه الثالث، لا سيما وهو مختار الإمام. وهو أعرف بقياسه، ولا شك أن القياس كما قال الرافعي، ولكن لعل صاحبه ترك القياس للمعنى المذكور وهو البعيد من الربا. ولو ثبت ما قاله الرافعي من القياس لكان لنا قائل بالتخيير والإمام قد نفاه.

الثامن عشر: صورة المسألة أن يكون العيب الذي ظهر بالإناء كالكسر ونحوه، فلو كان يخرجه عن الجنس كالغش تبين بطلان العقد للمفاضلة.

التاسع عشر: أن الكلام المذكور لا اختصاص له بالإناء والحلي، بل هو في كل عقد اشتمل على جنس واحد من مال الربا من الجانبين، كما إذا باع صاع حنطة بصاع، واطلع أحدهما على عيب فيما أخذه بعد حدوث عيب في يده أو تلفه وفيه فرض صاحب «التتمة»، وقال ابن الحكم في سائر أموال الربا كذلك. وكذلك قال غيره.

العشرون: إن أرش الكسر الذي يغرمه يمكن أن يقال بأنه لا يكون منسوبًا من الثمن، بل ما نقص من القيمة هنا يقتضي تشبيهه بالمستام، ويدل له ما سيأتي فيما لم يوقف على عيبه إلا بكسره وقال: أبو حامد بن يونس في «شرح الوجيز»، اعتراضًا على جعله كالجناية بعد الفسخ: إنه لو كان كذلك لغرم أرش ما نقص،

والمغروم جزء من الثمن، وكلام الغزالي ساعده، ولولا ذلك لم يحتج إلى الفرار من الربا، وسيأتي فيما لم يوقف على عيبه إلا بكسره تمام هذا البحث، والأقرب هنا ما قلناه أولًا، وهو أنه لا يكون منسوبًا من الثمن بل من القيمة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن وجد العيب وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه بأن كان جوزًا أو بيضًا أو غير ذلك مما لا يوقف على عيبه إلا بكسره ـ فينظر فيه فإن كسره فوجده لا قيمة للباقي كالبيض المذر والرمان العفن ـ فالبيع باطل لأن ما لا قيمة له لا يصح بيعه فيجب رد الثمن.

الشرح: تقدم الكلام في النقص الذي لا يقف استعلام العيب على جنسه والكلام الآن فيما يقف، وإنما قال على جنسه ولم يقل عليه ليشمل ما إذا كسر منه قدرًا لا يوقف على العيب بما دونه وما إذا كسر منه قدرًا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه، وكلا القسمين سيأتيان في كلامه إن شاء الله تعالى، إذا عرفت ذلك فنقول: ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره مما مأكوله في جوفه أو غيره، كالبطيخ والرانج والرمان واللوز والجوز والبندق والبيض، فكسره فوجده فاسدًا لا قيمة له كالبيض المذر الذي لا يصلح لشيء، والبطيخ الشديد التغير والرمان العفن والجوز والرانج والقثاء المدود، فقد نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ والأصحاب أنه يرجع بجميع الثمن.

قال المزني: سمعت الشافعي يقول: كل ما اشتريت مما يكون مأكوله في جوفه فكسرته فأصبته فاسدًا فلك رده، وما بين قيمته فاسدًا صحيحًا وقيمته فاسدًا مكسورًا، قال: وقال في موضع آخر: فيها قولان.

أحدهما: ليس له الرد إلّا إن شاء البائع، وللمشتري ما بين قيمته صحيحًا وفاسدًا إلّا أن يكون له فاسدًا قيمة، فيرجع بجميع الثمن إذا لم يكن لفاسده قيمة، قلت: والقولان هكذا ذكرهما الشافعي في «الأم» في الجزء الثامن في باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله، وما ذكره الشافعي من الرجوع بجميع الثمن إذا لم يكن لفاسده قيمة قطع بها الأصحاب كافة لكن اختلفوا في طريقه فالجمهور من الأصحاب العراقيين ومعظم الخراسانيين، على أنه تبين فساد البيع كما ذكر المصنف لوروده على غير متقوم. وعن القفال وطائفة أنه لا يتبين الفساد لكنه على سبيل استدراك الظلامة، كما يرجع بجزء من الثمن عند نقص جزء من المبيع يرجع بكله عند فوات كل المبيع.

وتظهر ثمرة الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص؟ حتى يكون عيله تطهير الموضع عنها، وكلام الشافعي محتمل لكل من الوجهين، لكن القواعد تقتضي حمله

على ما قاله الأصحاب، ونقل القاضي حسين عن الشيخ وهو القفال أنه قيل له في الدرس: إذا كان لا قيمة لفاسده غير مكسور، وجب الحكم بفساد العقد كسائر ما لا يتقوم، فقال: هو وإن كان كذلك فلا ينفك عن أدنى قيمة، وإن قلت: لبقاء بعض المنافع فإنها تقتضي لتنقش فيلعب بها الصبيان، وخالف القاضي في ذلك، لأن القصد من شراء البيض الطعم، وأحد لا يشتري البيض لينقش وتلعب به الصبيان، والإمام حكى قول القفال عن طائفة وأفسده لكن بغير الطريق الذي أفسده بها القاضي، فإن مقتضى كلام القاضي أن هذه المنفعة لقلتها لا تعتبر، وليست مسوغة لإيراد العقد عليه كسائر المنافع التافهة، والإمام فرض الكلام حيث لا قيمة مع الصحة، ومفهومه أنه إذا كانت له قيمة، وإن قلت نحكم بالصحة، لكنه في آخر كلامه يقول: لا وجه إلّا القطع بالفساد.

وقال الغزالي: أنه إذا لم يبق له بعد الكسر قيمة، قال الشافعي يسترد الثمن جميعه، فقال الأصحاب: معناه أنه يسترد أرش النقصان، لكن أرش النقصان كمال الثمن إذا لم يبق له قيمة والوجه أن يقال: تبين بطلان العقد، فإن فرض له قيمة قبل الكسر قيمة للنقش ولعب الصبيان، فقد بطلت المالية الآن.

فإن قلنا طريق الاطلاع من عهد البائع حتى لا يجب به أرش فههنا يتقدم أن يسترد تمام الثمن ويجعل كأنه لم يشتر إلا ما بقي بعد الاطلاع وإن جعل ذلك من ضمان المشتري فلا يتقدم معه أن يسترد تمام الثمن. هذا كلام الغزالي وما نقله عن الأصحاب هو قول القفال ومعظم الأصحاب قاطعون بخلافه أفهم كلامه فرض المسألة فيما إذا لم يكن له قبل الكسر قيمة أصلًا، كما اقتضاه كلام الإمام، وأن منفعة النقش ولعب الصبيان معتبرة، وذلك خلاف ما قاله القاضي حسين ومقتضى كلام الغزالي في هذه المسألة الحالة إذا كانت له قيمة ومنفعة للنقش ولعب الصبيان الجزم بصحة البيع ثم الاختلاف في استرداد تمام الثمن أي بطريق الفسخ، كما في قتل العبد المرتد في يد المشتري وأولى فيتحصل من كلامه وكلام الأصحاب أربعة أوجه، الأصح أن البيع باطل.

والثاني: أنه يصح وينفسخ بعد ذلك، ويسترد جميع الثمن، وهذا غير قول القفال لأن القفال يقول: إن ذلك بطريق استدراك الظلامة مع بقاء العقد كالأرش حتى تبقى القشور للمشتري، ومقتضى هذا القول القائل بأن الانفساخ إذ ترجع القشور للبائع، ويلزمه تنظيف المكان عنها.

والثالث: أنه يصح ولا ينفسخ، لكن يكون له أرش العيب، وهو ههنا الثمن بكماله وهو قول القفال.

والرابع: أن البيع صحيح ولا ينفسخ ولا يسترد الثمن بكماله، بل يسترد الأرش وهو ما بين قيمته سالم الجوف وفاسده قبل الكسر، وهذا الوجه مخالف لنص الشافعي، وطريقه أن يحمل النص على ما لا قيمة له مع فساده في حال صحته فيحملها على مراتب.

إحداها: أن يتبين بالكسر أنه لم يكن له قيمة في حال صحته أصلًا. وهذه الحالة يتبين بطلان البيع فيها قطعًا، على ما اقتضاه كلام القاضي حسين، ويجري فيها وجهان على ما اقتضاه كلام الغزالي.

الثانية: أن يتبين أنه كانت له قيمة تافهة كالنقش ولعب الصبيان. فهي محل الأربعة الأوجه المتقدمة والمذهب البطلان خلافًا للقفال وطائفة والغزالي. فإن كلامه يقتضي ذلك في هذه.

المرتبة الثالثة: أن يفرض له قيمة قبل الكسر معتبرة في صحة إيراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر. وهذا الغرض لم يذكره الأصحاب لأنه متعذر أو بعيد فلو قدر وجوده فلا يمكن القول بتبين البطلان ههنا. لكن يأتي الوجهان المفهومان من كلام الغزالي في المرتبة الثانية، أحدهما: أن البيع ينفسخ ويرجع بالثمن كله، ويجعل طريق الاطلاع من ضمان البائع، وإن حصل في يد المشتري.

والثاني: أنه لا ينفسخ إذا قلنا ذلك ليس من ضمان البائع، لكن يرجع المشتري على البائع بالأرش، وهو ما بين قيمته سالمًا وفاسدًا صحيح القشر، وهذان الوجهان إذا فرض له قبل الكسر قيمة صحيحة للعقد لا إشكال في جريانهما ويمكن صاحب الوجه الأول أن يحمل كلام الشافعي على ذلك، وأنه يرجع بالثمن بطريق انفساخ العقد، والخلاف في كون طريق الاطلاع على العيب من ضمان البائع أو لا. سيأتي إن شاء الله تعالى فيما إذا كان له بعد الكسر قيمة.

والأصح أنه من ضمان البائع، فيكون الأصح هنا من الوجهين اللذين قالهما الغزالي أنه ينفسخ وإن قلنا إن العقد صحيح لكن الظاهر أن الغزالي لا يوافق على تصحيح أنه من ضمان البائع في المسألة الآتية، وشبه أيضًا بالخلاف في قتل المرتد في يد المشتري بالردة السابقة، هل يكون من ضمان البائع أو لا؟ والصحيح أنه من ضمان البائع. إذا عرفت ذلك رجعنا إلى لفظ الكتاب قول المصنف: فوجده لا قيمة للباقي أي بعد الكسر يشمل ما إذا كان له قبل الكسر قيمة تافهة أو كثيرة، أو لا قيمة له أصلًا، والأخير محل اتفاق.

والثاني: تقدم الكلام فيه، وبينت أنه فرض بعيد أو متعذر، فلا نجعله مدرجًا في كلام المصنف، فإنه بذلك يشكل الحكم بالبطلان لما تقدم، والأول وهو أن

يكون له قيمة تافهة هو محل الخلاف بيننا وبين القفال، فلذلك والله أعلم أتى المصنف بهذه العبارة حتى تشمل القسمين الأول والثالث، وتعليله بأنه لا قيمة له يقتضي الاقتصار على القسم الثالث لكن الذي له قيمة تافهة كما لا قيمة له فالمراد لا قيمة له معتدًا بها، وقوله فيجب رد الثمن هو المنصوص للشافعي، وقوله البيع باطل وما حمل معظم الأصحاب كلام الشافعي عليه.

فرع: قال ابن الرفعة: أنه تظهر فائدة الخلاف بين الأصحاب والقفال أيضًا في أن مجرد الاطلاع هل يوجب استرجاع الثمن أم لا؟ فعلى القول بأنه استدراك للظلامة لا يكون له إلا إذا طلبه على الفور، كما تقدم ذكره في المبيع الذي تعذر رده لحدوث عيب به عند المشتري. وعلى القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقًا من حين الكسر الذي زالت به المالية.

قلت: أما قوله إذا قلنا: إنه استدراك للظلامة لا يكون إلا طلبه على الفور، فإنه قد تقدم لنا أنه عند امتناع البائع من أخذ العيب وتعين الحق في الأرش لا يجب أن المشتري يطلبه على الفور، وقبل امتناع البائع تقدم عن الرافعي وغيره أنه يعلمه به على الفور، فإن شاء قبله فهنا إن كان الرد عند القفال سائغًا وأنه إذا طلبه البائع يجب، فالأمر كما قال، فإذا لم يعلمه به بطل الرد والأرش لكن ذلك لا فائدة فيه أصلًا، ولا يحصل للبائع به مصلحة، وأن الرد عند القفال ممتنع لخروجه عن المالية، فيكون الأرش متعينًا ولا يجب طلبه على الفور، وهذا هو الأظهر، وأما قوله: على القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقًا من حين الكسر، فمحمول على أن علمنا استحقاقه من حين الكسر، وإلا فهو مستحق من حين التسليم لعدم صحة البيع من أصله، والله أعلم.

فرع: أطلق المصنف الكسر في هذا القسم. فيقتضي أن لا فرق بين أن يزيد في الكسر أو يقتصر على قدر ما يعرف به العيب، وهو كذلك على المذهب لأنه إذا تبين بطلان العقد لعدم كونه متقومًا قبل الكسر، فلا فرق، أما على رأي القفال ومن وافقه فيظهر أن يقال: إن زاد في الكسر وكان لو اقتصر على ما يعلم به العيب لبقيت تلك القيمة اليسيرة يكون الزائد من ضمان المشتري، فلا يكون الأرش جميع الثمن وفيه نظر.

فرع: إن اختلفا في تسليمه صحيحًا أو فاسدًا فالقول قول البائع مع يمينه قاله الشيخ أبو حامد.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن كان له قيمة كبيض النعامة والبطيخ الحامض، وما دود بعضه من المأكول ـ نظرت فإن كسر منه قدرًا لا يوقف على

العيب بما دونه ـ ففيه قولان أحدهما: أنه لا يرد، وهو قول المزني لأنه نقص حدث في يد المشتري، فمنع الرد كقطع الثوب والثاني: لا يمنع الرد، لأنه معنى لا يوقف على العيب إلا به فلم يمنع الرد كنشر الثوب فإن قلنا لا يرد، رجع بأرش العيب على ما ذكرناه وإن قلنا يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرش الكسر؟ فيه قولان: أحدهما يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة والثاني لا يلزمه، لأن الكسر الذي يتوصل به إلى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه لأجله أرش.

الشرح: إذا كسر ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره، وكان للباقي بعد الكسر قيمة كما ذكره، وكالرانج وغيره إذا بقيت له قيمة، فإن لم يزد على قدر ما يعرف به العيب مثل أن نقب الرمان فعرف حموضته أو قطعه قطعًا يسيرًا فعرف أنه مدود. قال القاضي أبو الطيب: لأن التدويد لا يمكن أن يعرف بالنقب، وإن كان هكذا ففيه قولان. وقد تقدم ذكرهما عن «مختصر المزني». واتفقت الطرق على حكايتهما، أظهرهما عند الأكثرين أنه لا يمنع الرد، وهو ما أورده المصنف، ثانيًا وهو الذي حكى المزني في كلامه أولًا أنه سمعه من الشافعي، وبه قال مالك وأحمد في رواية، وممن رجحه الماوردي والروياني والشيخ أبو حامد ومن تابعه على ما حكاه الرافعي وقاسوه على المصراة. هكذا قاسه الأكثرون، والمصنف قاسه على نشر الثوب، وسنذكر سبب ذلك إن شاء الله تعالى.

والقول الثاني أنه ليس له الرد قهرًا كما لو عرف عيب الثوب بعد قطعه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وصححه صاحب «التهذيب»، قال المزني بعد حكاية ما قدمته عن «المختصر»: هذا يعني القول بأنه ليس له الرد أشبه بأصله، لأنه لايرد الرانج مكسورًا، كما لا يرد الثوب مقطوعًا، إلا أن يشاء البائع، وأجاب الأصحاب بأن للشافعي في الرانج قولين أيضًا فإن قلنا لا يرد فهو كسائر العيوب الحادثة فيرجع المشتري بأرش العيب القديم. أو يضم أرش النقصان إليه ويرده كما سبق هكذا قال الرافعي. وهو مأخوذ من كلام الإمام كما سنذكره في آخر الكلام، وعليه ينزل كلام المصنف والأصحاب، فمن أطلق أنه يرجع بالأرش، فإذا رجع بالأرش فيقوم صحيحًا ـ وقشره صحيح ـ وفاسدًا وقشره صحيح، وينظر كم نقص من قيمته فيرجع به من الثمن. وهذا معنى قول المصنف على ما ذكرناه، أي أنه يرجع من الثمن، وليس كالأرش الذي يرده المشتري على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا يقومه مكسورًا، لأن الكسر نقص حدث في يده، وإنما يجري تقويمه مع العيب الذي كان عند البائع. وطريق الاطلاع على العيب على هذا القول من ضمان المشتري لأنا منعناه من الرد وإن قلنا يرد، وهو الأظهر، فهل يغرم أرش الكسر؟ فيه قولان، أحدهما: نعم كالمصراة. وهذا هو الذي تقدم نقله عن «المختصر» في قول

الشافعي: لك رده، وما بين قيمته فاسدًا صحيحًا وقيمته فاسدًا مكسورًا فهذا صريح في وجوب الأرش على المشتري إذا رد. ورجح الغزالي هذا القول.

والثاني: لا، لأنه معذور فيه، والبائع بالبيع كأنه سلطه عليه، وهذا أصح عند الجرجاني وصاحب «التهذيب» وابن أبي عصرون والرافعي في «المحرر». ولهذا قال في «الروضة»: أنه الأظهر، ونقل الرافعي أنه أصح عند غير صاحب «التهذيب» أيضًا. ونقل غيره أنه أصح عند الشيخ أبي حامد، ولم أرَ ذلك في «تعليقته» وطريق الاطلاع على هذا القول من ضمان البائع، والفرق بينه وبين المصراة أن الكسر عيب حادث لم يفوت عينًا على البائع بخلاف حلب المصراة فإنه أظهر نقصًا مع تفويت عين هكذا قال بعضهم: ومن مجموع ذلك تأتي ثلاثة أقوال جمعها أبو إسحاق المروزي والشيخ أبو حامد فمن بعده، والغزالي جعلها أوجهًا، أحدها: أنه لا يرد ويرجع بالأرش، والثاني: يرد بغير أرش، وهو الأظهر عند الرافعي وغيره، والثالث: يرد مع الأرش، قال الغزالي: وهو الأعدل. ثم ننبه على أمور:

أحدها: أن طريق الاطلاع على العيب إما أن يكون من ضمان البائع، أو من ضمان المشتري، إن كان الأول فليرد بغير أرش كما رجحه الرافعي، وإن كان الثاني فليمتنع الرد، فالقول بأنه يرد مع الأرش خارج عن المأخذين، مع أنه المنصوص في «المختصر»، وعلله الغزالي كما قال: إنه الأعدل بأنه حتى لا يتضرر البائع أيضًا، وذلك من قبيل المصلحة المرسلة.

الثاني: قال الرافعي في «المحرر»: أنه لا يمنع الرد، وإذا رد لم يغرم الأرش على الأظهر، وتبعه في «المنهاج» فقال رد ولا أرش عليه في الأظهر، فإن أراد أن الرد مجزوم به والخلاف في الخلاف في الأرش، فهذه طريقة لم أعلم من قال بها. فالوجه أن يجعل قوله في الأظهر غاية إليهما. ويكون المعنى أن الأظهر أنه يرد بغير أرش وهو القول الذي رجحه في «الشرح». ومقابله قولان عدم الرد مطلقًا أو الرد مع الأرش، الثالث: قال الإمام: مما يجب التنبيه له ـ ولا تتحقق الإحاطة بالمسألة دونه ـ أن المسألة التي نحن فيها لا تتميز أصلًا عن تفصيل القول في العيوب الحادثة إلا على قولنا: أن المشتري يرد المعيب المكسور من غير أرش، فإن لم نسلك هذا المسلك فلا فرق. فإنا إذا ذكرنا في الكسر خلافًا في المنع من الرد وضم أرش الحادث من العيب، فقد ذكرنا مثله في كل عيب حادث، فلا تنفصل هذه المسألة عن غيرها إلا إذا جوزنا الرد مع غير غرم أرش في مقابلة عيب الكسر فلو قال قائل: مسألة الكسر أولى بأن يحتكم المشتري فيها بالرد مع غرامة الأرش كان هذا فرقًا في ترتيب مسألة عن مسألة.

هذا كلام الإمام وهو في نهاية الحسن، لكنه يقتضي أنه عند التنازع يأتي الخلاف فيمن يجاب فإن قلنا في تلك المسائل يجاب المشتري فههنا أولى، وإن قلنا يجاب البائع مطلقًا أو إذا طلب تقرير العقد فههنا خلاف، والذي يدل عليه ظاهر النص الذي سمعه المزني من الشافعي أن المجاب المشتري في طلب الرد مع الأرش، والفرق بينه وبين تلك المسائل إما على القول الذي اختاره المزني بامتناع الرد فتتحد هي وتلك المسائل ظاهر كما تقدم عن الرافعي، والظاهر أنه أخذه من كلام الإمام هنا.

الرابع: أنه إذا اشترى ثوبًا مطويًا فنشره ووقف على عيب به، فإن لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد، وإن نقص ـ فإن كان لا يوقف على عيبه إلا به، مثل أن يتولى ذلك من هو من أهل الصنعة ويرفق به ـ ففي المسألة الأقوال المذكورة، وإن لم يكن من أهل الصنعة، ونقص نقصًا زائدًا فعلى ما سيأتي. فيما إذا زاد في الكسر، المذهب امتناع الرد. وقال أبو إسحاق: على الأقوال. وأطلق الأصحاب المسألة فصورها صاحب «الحاوي» فيما إذا كان مطويًا على طاقين حتى يرى جميع الثوب من جانبيه، فإن كان على أكثر من طاقين لم يصح البيع، إن لم تجوز خيار الرؤية. قال الرافعي: وهذا أحسن. لكن المطوي على طاقين لا يرى من جانبيه إلا أحد وجهي الثوب، وفي الاكتفاء به تفصيل وخلاف قد سبق.

وقال إمام الحرمين: إن هذا الفرع مبني على تصحيح بيع الغائب، وذكر الرافعي تنزيلين آخرين، أحدهما: أن يفرض رؤية الثوب قبل الطي والطي قبل البيع والثاني: أن ما ينقص بالنشر ينقص بالنشر مرتين فوق ما ينقص به مرة واحدة، فلو نشر مرة وبيع وأعيد طيه ثم نشره المشتري فزاد النقصان بذلك انتظم الفرع.

إذا علم ذلك فالمصنف قاس بالنشر على نشر الثوب فإن أراد الذي لا يحصل به نقص فالفرق ظاهر، وإن أراد ما يحصل به نقص وهي كالمسألة، والخلاف فيها كالخلاف، فكيف يجعلها أصلًا ويقيس عليها؟. وكذلك صاحب «التهذيب» قاس على نشر الثوب والمصراة جميعًا، والظاهر أن المصنف إنما قاس على نشر الثوب ولم يقس على المصراة. لأن المسألة خلافية بيننا وبين أبي حنيفة. وأبو حنيفة لا يسلم الحكم في المصراة فلا يمكن الاحتجاج عليه بها فقاسها على نشر الثوب. وكذلك فعل في النكت قال: كنشر الثوب وقلب الصبرة. وهذا يدل على أنه أراد النشر الذي لا يحصل به نقص. ولهذا لم يقل في علته هنا: أنه نقص. بل قال: يعني كأنه لكونه طريقًا إلى معرفة العيب لا يعد نقصًا.

الخامس: قال المرعشي: في ترتيب الأقسام سبب ذكرته فيما تقدم مختصرًا

ولا بد من ذكره هنا والتنبيه على ما فيه. وهو أن العيب الحادث في المصراة على ثلاثة أضرب: ما فيه قول واحد أنه يرد كالعيب والخيار. كغمزه بعود أو حديدة فيتبين الأرش. وما فيه ثلاثة أقوال له أنه مر فله الرد. وما فيه قولان كالثوب يقطع ثم يتبين به حرق هل يرد؟ ونقص القطع أو لا. ويأخذ الأرش وما فيه ثلاثة أقوال كالجوز واللوز وما لا يتوصل إلى علمه إلا بكسره. فإذا كسره فأصابه فاسدًا ففيه ثلاثة أقوال أحدها: يرده وما نقص، والثاني: يأخذ الأرش، والثالث: يرد ويأخذ جميع الثمن.

قلت: فإن كان مراده حيث لا نجعل في العيب والخيار عيبًا بذلك الغمز. فهو يخالف فرضه. وإن حصل فيه بذلك عيب ـ فإن لم تبق له قيمة ـ لم يأت إلا الرد والرجوع بجميع الثمن كما قال. وحينئذٍ القسم الثالث في كلامه إن لم تبق له قيمة فلا يأتي فيه إلا قول واحد كذلك. وإن بقيت له قيمة لم يأت فيه القول بالرجوع بجميع الثمن.

السادس: قول المصنف لا يوقف على عيبه إلا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله في جوفه، فإنه يشمل الثوب إذا نشره كما تقدم. وكذلك إذا اشترى قطعة خشب ليتخذ منها ألواحًا فلما قطعها وجدها عفنة. قال القاضي حسين في «الفتاوى»: فيه قولان كما مأكوله في جوفه، فإن قلنا: لا رد له يأخذ الأرش من البائع. وهو ما بين قيمتها عفنة وغير عفنة، قال: وبه أفتي، قلت وهذا اختيار منه للقول المرجوح في عدم الرد، ولا جرم. صححه تلميذه وصاحب «التهذيب» كما تقدم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن قلنا: يلزمه الأرش قوم معيبًا صحيحًا ومعيبًا مكسورًا، ثم يرجع عليه بما بين القيمتين، لأنه لما رد انفسخ العقد فيه فصار كالمقبوض بالسوم، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة، فضمن نقصانه بما نقص من القيمة، ويخالف الأرش مع بقاء العقد لأن المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن، فضمن نقصانه بجزء من الثمن.

الشرح: إذا قلنا يلزم المشتري الأرش عند رد المكسور كما هو ظاهر نص «المختصر» على خلاف الذي رجحوه، فالأرش ههنا هل هو كالأرش المأخوذ من البائع عند بقاء العقد؟ وقد تقدم أنه جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من قيمة السليم إلى تمامها أو الأرش هنا مخالف لذلك الذي قاله المصنف هنا أنه مخالف، وأن الأرش ههنا لا ينسب من الثمن، بل هو ما نقص من قيمة السليم كما ذكره في الكتاب، ووافقه على ذلك أكثر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين، ومنهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وصاحب «التتمة» وصاحب «التهذيب» والرافعي

وخلائق لا يحصون، والظاهر أن ذلك لا اختصاص له بهذه المسألة، بل بحيث أمرنا المشتري برد الأرش على البائع بعد الفسخ في العيوب الحادثة، ولذلك قال الروياني فيما إذا تقايلا ثم وجد البائع بالمبيع عيبًا حدث عند المشتري. وقلنا بأن الإقالة لا تنفسخ، وهو الأصح عند الروياني أنه يرجع البائع على المشتري بالأرش قال والأقرب أنه يلزمه نقصان القيمة لأن البيع مرتفع بينهما. وهذا الذي قاله المصنف والأصحاب يطرقه أمران، أحدهما: من جهة البحث، والثاني: من جهة النقل. أما الذي من جهة البحث فقال مجلي في «الذخائر»: فيه احتمال، لأن الفسخ يرفع العقد بعد القبض من حينه، فقد وجد العيب في يده، وهو مضمون عليه بالثمن، فينبغي أن يكون فوات ذلك الجزء مضمونًا بجزء من الثمن.

وأما الذي من جهة النقل فقال المصنف في باب اختلاف المتبايعين: أن المشتري إذا قطع يد العبد في يد البائع لم يجز له الفسخ، فإن اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على المشتري بأرش النقص، فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن، ولا يرجع بما نقص من القيمة، فلذلك قال القاضي أبو الطيب في «شرح الفروع»: إن المشتري إذا وطىء الجارية المبيعة البكر في يد البائع، ثم تلفت قبل القبض أنه يجب أرش البكارة منسوبًا من الثمن، وطرد ذلك فيما إذا قطع يد العبد ثم مات بآفة سماوية قبل القبض أنه يستقر نصف الثمن وقال: إذا قطع المشتري يد العبد أنه يستقر العقد بجملة الثمن، حتى إذا تلف العبد بعد ذلك لا يرجع المشتري على البائع بشيء.

وفي «الحاوي» حكاية خلاف في صورة قطع اليد، في أن البائع يرجع على المشتري عند تلف العبد بالأرش المقدر كالأجنبي، أو بما نقص من القيمة لأن الجناية كانت في ملكه بخلاف الأجنبي. وفي «التهذيب» هل يستقر على المشتري من الثمن نسبة ما انتقص من القيمة؟ وهو المذهب في تعليق القاضي حسين. والمجزوم به في «شرح الفروع» للقفال. وقد قدمت ذلك عن القاضي حسين والقفال في وطء البكر. فهذه النقول كلها إلا ما في «الحاوي» تدل على أن الأرش المأخوذ من المشتري مقدر من الثمن كالأرش المأخوذ من البائع. وذلك يؤيد ما قاله مجلي.

والجواب: أما ما ذكر من النقل فإن ابن أبي الدم فرق بين مسألتنا هذه. وبين المسألة التي ذكرها المصنف في اختلاف المتبايعين من وجهين، أحدهما: أن المشتري لما رد المبيع بالعيب فقد فسخ العقد باختياره، فارتفع العقد قولًا واحدًا وصار كأن العقد لم يوجد، ولا كأنه التزم ثمنه، لأن العقد إنما انعقد بينهما على

ظن المشتري السلامة التي يقتضيها مطلق العقد، فإذا بان كونه معيبًا صار كأنه أتلفه، ولم يجر عليه عقد، فكان الثمن في هذا بعيدًا عن العقد، فلم ينسب القيمة إليه، وهذا معنى قول الشيخ فصار كالمقبوض على وجه السوم، بخلاف مسألة العبد، فإن المشتري هو المفرط بقطع يد العبد وتعييبه، ولم ينسب البائع فيه إلى تقصير في عيب أصلًا، فكأن المشتري رضي بالعقد، ورضي بالتزام الثمن فيه فيقترب الثمن من العقد، فاعتبرت القيمة منسوبة إلى الثمن.

الفرق الثاني: أن نسبة يدي العبد كنسبة نفسه على مذهب الشافعي في أن جراح العبد من قيمته، كجراح الحر من ديته، فيده كنصف نفسه، فلو قتل المشتري العبد كان قابضًا له قولًا واحدًا، فإذا قطع يده فكأنه قبض نصف العبد تقديرًا، فإذا مات بعد الاندمال بيد البائع اعتبرت القيمة منسوبة إلى الثمن لقرب العقد من الاستقرار، وما ذكره القاضي أبو الطيب يقوي ما ذكرناه في الفرق بين المسألتين، ويفهم منه اختلاف ما بينهما، وقول الماوردي في الوجه الأول أنه يضمنه بالأرش المقرر كالأجنبي، معناه أنه يضمنه بنصف قيمته تقديرًا.

وقوله في الوجه الثاني: أنه يضمنه بما نقص، معناه أنه يلحق بغير العبد كالبطيخ وغيره، وكأن الوجه الأول مبني على مذهب الشافعي في جراح العبد، والثاني مبني على مذهب ابن سريج أنها غير مقدرة. بل الواجب فيها ما نقص من قيمتها كالواجب في غير العبيد، وذكر الإمام في الغصب خلافًا في أن المشتري إذا قطع يدي العبد هل يكون قابضًا له؟ ويسقط ضمان العقد في الباقي واستضعف القول بالسقوط، هذا جواب ابن أبي الدم رَحِمَهُ اللَّهُ، وما لحظه في الفرق الأول من التفريط وعدمه غير متضح، وما ذكره في الفرق الثاني من قرب الاستقرار أبعد، لأن المسألة هنا بعد القبض المحقق وقد استقر العقد وكان ينبغي أن ينسب من الثمن.

وقد مال ابن الرفعة إلى ما قاله مجلي وأيده باتفاق الأصحاب، على أن غريم المفلس إذا رجع في العين وقد نقصت في يد المفلس بفعل مضمون يضرب مع الغرماء بقدر أرش النقص من الثمن، واعتذر عما ذكره الأصحاب على اختلافهم احتمال مجلي بتخصيص ما ذكروه بحالة فوات وصف مجرد من المبيع، ليس بجزء وما ذكر من المسائل المنقولة مما ذكره المصنف في باب اختلاف المتبايعين وغيره في بعض الأجزاء، وهي أقرب إلى المقابلة من الصفات المجردة. فلذلك جعل مستوفيًا لها، وحسب بدلها عليه من الثمن بخلاف الصفات، فإن العبد إذا زنى أو سرق أو أبق لا يمكن أن يجعل المشتري بذلك مستوفيًا لصفة السلامة منه، حتى يستقر عليه من الثمن بنسبة ما نقص من قيمته، قال: وهذا من دقيق الفقه فليتأمل.

قلت: وهو حسن إن سلم لكن يخدشه أمران، أحدهما: تعليل المصنف والأصحاب بأنه لما رد انفسخ العقد فيه، وصار كالمقبوض بالسوم، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة، وذلك لا فرق فيه بين الأجزاء والأوصاف، وكما أنا في الأرش المأخوذ من البائع لا نفرق فيه بين الأجزاء والأوصاف، فكذلك هنا ومن يزعم أن الأرش جزء من الثمن ويأخذه عن الزنا والإباق ونحوه من الأوصاف من البائع منسوبًا من الثمن، وإن كانت ليست بمقابلته إلا على وجه التقدير إن صح، فكيف لا ينزلها في جانب المشتري كذلك، وأيضًا فإنهم أطلقوا هنا وقد يكون الذاهب جزءًا.

والثاني: أن الغزالي رَحِمَهُ اللَّهُ في مسألة الحلي بعد أن حكى قول ابن سريج والأصحاب قال فتحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد من الأرشين أنه غرم ابتداء وفي مقابلة المعقود عليه، والمشهور ما أشار إليه ابن سريج فيهما جميعًا، يعني أنه جزء من الثمن والفائت في مسألة الحلي بالكسر وصف لاجزء، فكلام الغزالي هذا وإن استشكلنا به قول ابن الرفعة فإنه يشكل أيضًا على ما قاله المصنف والأصحاب هنا من أن الأرش من المشتري لا يثبت من الثمن، بل من القيمة وذلك يخالف قول الغزالي: أنه جزء من الثمن كالمأخوذ من البائع على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما، وقال: إنه المشهور.

ولا شك أن المشهور الذي قال به معظم الأصحاب في الأرش القديم، فلم لا كان كذلك في الأرش الحادث؟ اللهم إلا أن يقال: لا يلزم من كونه جزءًا من الثمن أن يكون منسوبًا منه وهو بعيد، لأنه متى لم ينسب منه لا يكون جزءًا منه، فكلام الغزالي في الأرش الحادث مخالف لما قاله المصنف والأصحاب هنا، ثم إن للغزالي أن يقول للأصحاب: أنتم منعتم رد الحلي مع أرش الكسر الحادث حذرًا من الربا، وقلتم: أنه إما أن يرده وحده ويسترجع الثمن، ثم يغرم أرش الحادث كالمستام، كما تقدم عن أكثر الأصحاب، وإما أن يغرم قيمته كما قال ابن سريج، وإما أن يأخذ أرش القديم كما قال صاحب «التقريب»، ومنعوه أن يضم أرش الحادث إليه في الرد، كما يفعل في غيره، فإن كان الأرش حيث أخذ من المشتري لا يكون جزءًا من الثمن فلا تخصيص لمسألة الحلي، بل صارت هي وغيرها الأرش الذي يرده المشتري كالأرش الذي يغرمه المستام، ولا يبقى محذور من جهة الربا فيه.

وإن كان الأرش جزءًا من الثمن كما اقتضاه كلامهم في مسألة الحلي، وفروا إلى أن جعلوه كالمستام لضرورة فرارًا من الربا، فدل على أنه في غير ذلك الموضع يكون بخلافه ولا يخرج عن كونه منسوبًا من الثمن، وقد تقدم في مسألة الحلي

وغيرها أن الإمام نبه على أن الأرش عن الحادث، كيف يضم إلى المبيع المعيب؟ ويرد الرد عليهما جميعًا، واستشكال ذلك والخلاص عنه بما سبق.

فإن صح ما يقوله المصنف والأصحاب هنا من أن أرش الحادث لا ينسب من الثمن خرجت مسألة الحلي في رد الأرش الحادث معها عن الإشكال، وبين ما قدمناه من الاحتمالات في رد الأرش عن الحادث وأن سبيله سبيل الغرامات لا غير. لكن يبقى عليه ما ذكره مجلي من الإشكال. وعند هذا أقول: إن كلام المصنف والأصحاب هنا لم يريدوا به كل العيوب الحاصلة في يد المشتري كالزنا والسرقة والإباق. فإذا فرض حصولها في يد المشتري منعت الرد. فإذا اتفقا على الرد مع أرشها كان على حسب ما يتفقان عليه وفي تقدير ذلك بحث قدمته عند حدوث العيب وذكرت فيه أربعة احتمالات.

ومراد المصنف هنا والأصحاب بما يحصل بفعل المشتري ككسر البطيخ ونحوه مما هو يتكلم فيه، فإن ذلك مضمون على المستام بما نقص من القيمة، وكذلك كسر الحلي، فلذلك يضمنه، وسائر صور حدوث العيب غير مسألتنا هذه، ومسألة الحلي، الأمر فيها سهل إذا كانت على حسب التراضي فإن المتبايعين على ما شاءا من قليل وكثير.

أما إذا قلنا: المجاب البائع أو المشتري، ودعى إلى الرد مع الأرش، فيحتاج إليه. وكذلك في هذه المسألة إذا كان الأمر على ما تقدم عن الرافعي، أما على ما يظهر من عبارة المصنف وأكثر الأصحاب من أنا إذا قلنا بالرد ورد الأرش كان ذلك إلى المشتري، وله إلزام البائع به، وفسخ العقد. فيحتاج إلى البيان فيه. ولا جرم لم يذكر المصنف وكثير من الأصحاب الكلام في ذلك إلا في هذه المسألة وكأنهم رأوا أن المشتري يلزم البائع بالرد ثم يبقى الأرش لازمًا له فاحتاجوا إلى بيانه.

ومسألة الحلي أولى بالبيان. لأن الأمر فيها على بيان الإلزام فإذا تقرر فحيث قلنا بالإلزام. وكلام المصنف هنا والأصحاب بل الشافعي في «المختصر» يقتضي أن ذلك منسوب إلى القيمة. وجزم الأصحاب غير مجلي بأنه ليس منسوبًا من الثمن وهو مشكل بما قاله مجلي.

وأما كونه يرجع في الفلس بجزء من الثمن فيظهر الفرق بينه وبين ما نحن فيه بأن المقصود في الفلس وصول البائع إلى الثمن فعند التعذر جوز له الرجوع إلى عين ماله. فإذا فات منها جزء نسبناه من الثمن. لأنه الأصل المقصود هناك لا مقصود غيره فالمفلس مأخوذ منه بغير اختياره والمشتري هناك مراد اختياره ومقصوده نقض البيع الذي دلس عليه البائع فيه.

فرع: قال ابن الرفعة: على كل حال فأي وقت نعتبر القيمة فيه. فيه وجهان، أصلهما: ما إذا تعيب العين في يد المستام، أحدهما: وقت حدوث العيب، والثاني: أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين حدوث العيب. وكذا فيما قد يظن أنه يقتضي أن العقد إذا فسخ لا يرتفع من حينه لكنه على الأول يرتفع من حين حدوث العيب. وعلى الثاني يرتفع من حين القبض. وليس كذلك. بل هو مرتفع من حينه، ومن ارتفاعه من حينه لا يمكن أن يقال بتقدير جزء من الثمن، فيتعين الرجوع إلى القيمة وأقرب وقت تعتبر فيه عند الأول وقت حدوث العيب، لأن الواجب أرشه فلذلك اعتبره، والقائل الآخر يقول: قد انكشف الحال عن ضمان المعيب بالقيمة على المشتري، وقد ثبتت يده على الفائت من حين القبض إلى حين التلف فضمن أكثر القيمة في ذلك.

قال: وعلى الجملة ففي التسوية بين المستام والمشتري في هذا المقام نظر ظاهر مع لحاظ أن العقد لا يرتفع من أصله، فهذان الوجهان يقربان من الوجهين فيما إذا فسخ العقد بالتخالف، وقد نقص المبيع في يد المشتري مع لحاظ أن العقد يرتفع من أصله، والأصح منهما عند الغزالي اعتبار وقت التلف، وليس الوجهان مثل الوجهين، لأن الفائت في التخالف جزء مقابل بالثمن كما هو مفروض هناك، وهنا قد تقرر أن الفائت صفة، ولكنهما قريبان منهما.

قلتُ: وقد قال صاحب «التتمة»: إذا تحالفا والسلعة هالكة. وقلنا: العقد يرتفع من أصله صار كالمستام، وإن قلنا من حينه غرم أقل قيمتي يوم العقد والقبض، والأصحاب أطلقوا أنه يغرم قيمة يوم التلف، وما قاله ابن الرفعة يشهد لما قاله مجلي أن الأرش المأخوذ من المشتري ينبغي بناؤه على ذلك.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كسر منه قدرًا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان، أحدهما: لا يجوز الرد قولًا واحدًا لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج إليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقطع الثوب، والثاني: أنه على القولين لأنه يشق التمييز بين القدر الذي يحتاج إليه في معرفة العيب وبين ما زاد عليه فسوى بين القليل والكثير.

الشرح: الطريقة الأولى: هي المذهب. كذلك قال الشيخ أبو حامد وغيره وحكاه الماوردي عن أبي حامد المروزي، وجمهور أصحابنا. والطريقة الثانية: حكاها أبو إسحاق المروزي عن بعض أصحابنا. فإذا قلنا: بالطريقة الأولى فذلك كسائر العيوب الحادثة كذلك قاله الرافعي أي فيأتي فيه ما تقدم من الخلاف عند التنازع إذا دعى أحدهما إلى الأرش القديم والآخر إلى خلافه وإن قلنا بالثانية فعلى ما تقدم إذا لم يزد في الكسر حرفًا بحرف.

فروع: إذا عرفت هذا قال أصحابنا: مكسور الجوز ونحوه. ونقب الرانج من صور الحال الأول الذي لا يقف على العيب بدونه، وكسر الرانج وترصيص بيض النعام من صور الحال الثاني الذي يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه. وكذا تقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شيء فيه، وكذا التقوير الكبير إذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير، والتدويد لا يعرف إلّا بالتقوير وقد يحتاج إلى الشق ليعرف. وقد يستغني في معرفة حال البيض بالقلقلة على الكسر. قال القاضي حسين وغيره: والرمان بمطلقه لا يقتضي حلاوة ولا حموضة، فإذا شرط فيه الحلاوة فبان حامضًا بالغرز رد، وإن بان بالشق فلا.

فرع: روى أن مولى لعمرو بن حريث الصحابي اشترى لعمرو بن حريث بيضًا من بيض النعام أربعًا أو خمسًا فلما وضعهن بين يدي عمرو بن حريث كسر واحدة فإذا هي فاسدة، ثم ثانية، ثم ثالثة، حتى تتابع منهن فاسدات، فطلب الأعرابي يخاصمه إلى شريح، فقال شريح: أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذي أخذه به وأما ما بقي فأنت يا أعرابي بالخيار إن شئت كسروا فما وجدوا فاسدًا ردوه. وما وجدوه طيبًا فهو بالسعر الذي بعتهم به.

وأخذ بعض الناس من هذا أن عمرو بن حريث رضي الله تعالى عنه كان رأيه جواز الرد.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو أعتقه أو وقفه ثبت له أرش العيب لأنه أيس من الرد فثبت له الرجوع بأرش العيب.

الشرح: امتناع الرد عند هذه الأمور لعدم إمكانه لأن الرد يعتمد مردودًا واتفقوا على أنه لا تقام قيمة التالف مقامه ليرد الرد عليها إلا ما نقل عن أبي ثور وقد ذكرته عند الكلام في المصراة من نقل الجوري عنه. لكن ابن المنذر نقل عنه هنا لمذهب الشافعي. وبعضهم زعم أن الرد ورد على خلاف القياس. فيقتصر فيه على مورد النص فالإجماع، ولم يحصل ذلك عند تلف العين، وفرقوا بينه وبين التخالف حيث جاز عند هلاك العين بهذا. أو بان لنا في الرد بالعيب طريقًا آخر وهو الأرش بخلاف التخالف. وكذلك الفسخ بخيار المجلس أو الشرط عند تلف المبيع في يد المشتري، إذا قلنا بانتقال الضمان يقبضه في زمان الخيار فإنه يجوز كالتخالف والإقالة بعد تلف المبيع جائزة على الأصح إن قلنا: إنها فسخ، وقيل لا. لعدم الحاجة إليها.

إذا عرف ذلك فالأرش واجب قطعًا بعلتين:

إحداهما: ما ذكره المصنف أنه أيس من الرد، وهذه مقتضى قول أكثر الأصحاب كما سيتبين لك فيما إذا باعه.

والثانية: أنه لم تستدرك الظلامة، وهو مقتضى علة أبي إسحاق في مسألة البيع، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. ولم يتفقوا على أن كل واحدة علة مستقلة لاختلافهم فيما إذا تلف في يد المشتري الثاني كما سيأتي. ولا جزء علة كذلك، بل الأكثرون يعتبرون اليأس ولا يعتبرون العلة الأخرى، وأبو إسحاق بالعكس فإذا وجد المعنيان أو انتفيا اتفقوا، وإن وجد أحدهما دون الآخر اختلفوا. وههنا اجتمع اليأس وعدم استدراك الظلامة، فاتفقوا على الرجوع بالأرش، فالمصنف تبع الأكثرين في التعليل، ولم يعتبر قول أبي إسحاق.

وقد ذكر المصنف ثلاث مسائل مشتركة في الفوات، إحداها: في الفوات الحسي الثانية، والثالثة: في الفوات الشرعي. أما الأولى وهي هلاك المبيع، فذلك يشمل ما إذا هلك بنفسه، كموت العبد، واحتراق الثوب وشبههما، وهذا لا خلاف فيه.

وممن قال به مالك وأحمد وأبو ثور على ما حكاه ابن المنذر. وروى ذلك عن الشعبي والزهري. وحكى الإمام قبيل كتاب الرهن فيما إذا قبض المسلم المسلم فيه قال: وذهب المزني إلى أن الرجوع بالأرش لا يثبت بعد تلف المقبوض قال ابن الرفعة وهو يجري هنا بطريق الأول لأن غاية الأمر أن يجعل المعين عما في الذمة كالمعين في العقد.

قلت: وليس كذلك. وقد كنت استغربت هذا القول عن المزني فتبعت أثره فرأيت في «تعليق القاضي حسين» قبيل كتاب الرهن أيضًا ما يثبته ويبين مأخذه وأنه لا يطرد ههنا، وذلك أنه قال: إذا أسلم في طعام وقبض بعضه وأتلفه ثم قبض الباقي فاطلع على عيب به وادعى أن المتلف كان به هذا العيب فالقول قول المسلم إليه، فإن نكل حلف المسلم ورجع عليه بالأرش.

قال المزني: وجب أن لا يجوز له الرجوع بالأرش لأنه يؤدي إلى أن يأخذ بعض المسلم فيه وبدلًا عن الباقي. قلنا: هذا ليس من الاستبدال في شيء، وإنما هو فسخ العقد في البعض، لأنه كاحتباس جزء، ألا ترى أنه إنما يثبت له حق استرداد ما يقابل العيب من رأس المال لو أسلم في كر حنطة فقبضها وأتلفها. ثم اطلع على عيب قديم بها ينقص عشر قيمتها، رجع على المسلم إليه بعشر رأس المال، فكلام القاضي هذا يبين لنا أن مأخذ المزني في ذلك جعله من باب الاستبدال عن المسلم فيه، والإمام أخذ ذلك عن القاضي واختصر وسكت عن

مأخذه، واقتصر على حكاية النقل عن المزني، في حالة التلف، فحصل في كلامه إشكال أوجب لابن الرفعة أن نقل ذلك هنا، وبما ذكره القاضي اندفع ذلك، ومقتضاه أن المزني يمنع أخذ الأرش عن المسلم فيه مطلقًا عند التلف وغيره.

ثم إن القاضي أيضًا إنما فرضها في الإتلاف لا في التلف، فهذا ما يتعلق بهذا القسم الذي يحصل هلاك المبيع بنفسه، وأما إذا قتل العبد أو أكل الطعام ونحوه فكذلك عندنا، سواء حصل ذلك بفعل المشتري أو أجنبي.

وقال أبو حنيفة: لا يرجع بالأرش فيهما لأنه فعل مضمون فأشبه ما إذا باعه أو أمسكه وقاس أصحابنا على الموت والإعتاق، وأجابوا عن البيع بعدم اليأس. وعن الإمساك بدلالته على الرضا بالعيب. وأما الثانية والثالثة، وهي ما إذا أعتقه أو وقفه، فاتفق أصحابنا أيضًا على أنه يرجع بالأرش، ووافقنا مالك وأحمد وأبو ثور والشعبي والزهري فيما روى عنهما في العتق، وروى عن شريح والحسن أنهما قالا: إذا أعتقه فقد وجب عليه.

ومحل اتفاق أصحابنا على ذلك ما إذا كان العتق بإنشاء المشتري، كما تدل عليه عبارة المصنف، وكان متبرعًا بذلك. وفي معناه إنشاء وكيله. أما لو لم يكن بإنشائه، كمن اشترى من يعتق ثم اطلع على عيب، أو كان بإنشائه ولكنه كان اشتراه بشرط العتق ثم وجد به عيبًا بعد العتق، فنقل الرافعي عن ابن كج عن أبي الحسين وهو ابن القطان في المسألة الأولى وجهين في شراء القريب، وفي الثانية: أنه لا أرش في مسألة شرط العتق.

قال ـ يعني ابن كج ـ وعندي أن له الأرش في الصورتين، فعلى هذا يكون قول المصنف أعتقه لأنه الغالب، أو على سبيل المثال، وليس المقصود به الاحتراز، ولا يستثنى من كلامه شيء على رأي ابن كج ـ وهو الصحيح ـ وعلى رأي ابن القطان تستثنى مسألة شرط العتق والذي يترجح في مسألة شرط العتق ما قاله ابن كج، وأما شراء القريب فإن كان مع جهل المشتري بالقرابة حين الشراء فكذلك، وبه جزم الإمام قبيل كتاب السلم، وإن علم المشتري حالة الشراء أنه قريبه الذي يعتق عليه فقد يقال: إنه إنما بذل الثمن في مقابلة العتق، وليس المال مقصودًا له، لكن الأظهر الرجوع بالأرش أيضًا لأن المقصود إن كان هو العتق فبذل ذلك الثمن بكماله إنما كان في مقابلة ما يظن من المبيع، فإذا فات جزء صار المبيع الذي قصد عتقه مقابلًا لبعض الثمن فيرجع في الباقي. وأطلق الروياني في «الحلية» أنه لا يجب الأرش في شراء القريب، قال: لأن المعنى في العاقد لا في العبد.

قلت: وهذا المعنى لو سلم له يرد عليه في إنشاء العتق تبرعًا، وهو يوافق على

أخذ الأرش. وقد أورد الأصحاب سؤالًا، وجوابه فيما إذا أعتقه مطلقًا وإن كان تبرعًا قالوا «فإن قيل» إذا أعتقه فقد حصل له الثواب، فالجواب: أن استدراك الظلامة بالمال دون الثواب على أنه إنما حصل له ثواب عبد معيب وهو دون ثواب السليم، لقوله ﷺ لما سأله أبو ذر رضي الله عنه: أي الرقاب أفضل؟ قال: «أعلاها ثمنًا وأنفسها عند أهلها»[1] رواه البخاري، فالجزء الفائت بالعيب لم يتناوله العتق، ولا حصل له عنه ثواب فيرجع بأرشه.

فإن قيل: فيلزمه أن يتصدق به، قلنا: ليس هو بدلًا عما وقع عليه العتق، وإنما هو عن الجزء الفائت. هذا ذكره في العتق المطلق، وهو يأتي في العتق المشروط. وأما عتق القريب فقد تبين فيه أيضًا.

فرع: يستثنى من إطلاق المصنف ما إذا منع مانع من أخذ الأرش كمسألة الحلي، كما تقدم عن الأكثرين فيما إذا كان تالفًا خلافًا للقاضي حسين، وصاحب «التهذيب».

فرع: استيلاد الجارية مانع من الرد، وينتقل إلى الأرش كما في الثلاثة التي ذكرها المصنف. ورابعها تشترك في عدم إمكان النقل من شخص إلى شخص مطلقًا، لكن الأول للهلاك الحسي، والعتق خارج عن الملك وغير قابل للنقل شرعًا، والمستولدة غير قابلة للنقل ولكنها مملوكة والموقوف على الخلاف في انتقال الملك فهو بين العتق والاستيلاد.

وأما ما لا يمنع النقل من شخص إلى شخص مطلقًا، فإما أن يكون مع بقاء ملك المشتري، أو مع زواله إن كان مع زواله. وسيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى، وإن كان مع مقابله، فقد تقدم جملة منه عند الكلام في العيب الحادث لأن منها ما هو عيب.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالأرش، لأنه لم ييأس من الرد فإن رجع رده بالعيب وإن هلك أخذ عنه الأرش.

الشرح: إذا أبق العبد في يد المشتري ثم علم عيبه، فإن كان العيب القديم الذي علمه غير الإباق كالعرج والعور وغير ذلك، ولم يكن قد أبق في يد البائع، فههنا الإباق في يد المشتري عيب حادث مانع من الرد القديم وغير مضمون على البائع، فله الرجوع بأرش العيب القديم، لأنه أيس من الرد بحدوث العيب في يده،

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥١٨).

ولم تستدرك الظلامة، فهذا لا خلاف فيه على المشهور، ويجب تقييد كلام المصنف به.

وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي وغيرهم، وهو واضح وأغرب صاحب «التتمة» فقال: الصحيح ليس له الأرش، لأنه يرجى أن يعود إلى يده، ويعرض الرأي على البائع في قبوله على العيب، واستثنى العجلي وابن الصباغ من قولنا بوجوب الأرش ما إذا قال البائع: أنا أرضى به العيب الحادث، فلو يكون للمشتري المطالبة بالأرش وظاهر هذا يقتضي أنه يتعذر على المشتري حينئذٍ المطالبة الآن لأنه يسقط الأرش، والرد غير ممكن في حال الإباق فيصبر حتى يعود فيرد.

لكن فيما قاله العجلي هنا نظر، والفرق بين طلب قبول البائع، الرد هنا وفي غيره من المواضع ظاهر، لما فيه من ضرر المشتري هنا، وتأخر استدراك الظلامة مع قيام موجبها ورأيت في الانتصار لابن أبي عصرون أنه إن رضي البائع برده في إباقه سقط حق المشتري من الأرش لتمكنه من الرد فهذا يقتضي أنه يرد في الإباق ويزول به الاعتراض على العجلي وابن الصباغ وإن كان العيب الذي اطلع عليه هو الإباق ويزول مثل أن يكون أبق مرة أخرى من يد البائع، فذلك عيب قديم والإباق في يد المشتري مسند إليه وإذا كان الإباق عادة له لم ينقصه الإباق الحادث لكن المشتري لا يمكنه الرد ما دام آبقًا، ولا يجوز له الرجوع بأرش العيب لأنه لم ييأس من رده.

قال القاضي أبو الطيب وغيره: وهذا الموضع يدل على صحة هذا التعليل، يعني أنه لو كانت العلة في وجوب الأرش هو أنه لم يستدرك الظلامة كما قال أبو إسحاق لرجع بالأرش ههنا، لأنه يستدرك الظلامة، وهذا الإلزام يدل على أن أبا إسحاق يوافق على أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش ما دام آبقًا، وكذلك قال المحاملي: أنه لا خلاف فيه بين أصحابنا، ولكن صاحب «التتمة» حكى وجهًا مقابلًا كما تقدم عنه أنه الصحيح عنده بأن له أخذ الأرش، وعلله بعدم استدراك الظلامة، وأطلقه فيما إذا اطلع على عيب العبد بعد إباقه من غير تفصيل بين أن يكون العيب القديم أبقًا أو غيره، وإن وجد به عيبًا قديمًا غير الإباق وقد كان أبق في يد البائع لم يكن له أن يرده ما دام آبقًا ولا يرجع بالأرش هكذا أطلق القاضي أبو الطيب وهو يشمل ما إذا كان المشتري قد رضي بإباقه، وهو صحيح فإن الإباق الطارىء لا يكون عيبًا جديدًا، ولا يمنع من الرد بغيره.

واتفق الجميع على أنه إذا رجع رده بالعيب وإن هلك في الإباق رجع على البائع بأرش العيب، لا يختلف المذهب في هذا إذا أبق في يد المشتري، فإن أبق

في يد البائع أو ضاع في انتهاب العسكر قبل القبض ففي وجه ضعيف أنه ينفسخ العقد كالتلف والصحيح أنه لا ينفسخ لبقاء المالية لكنه عيب مثبت للخيار فيكون للمشتري الرد به، وإطلاق المصنف يقتضي أنه لا يتمكن من الرد في مدة الإباق وقد تقدم من ابن الرفعة أن الإباق قبل القبض عذر في تأخير الرد وأنه لو أسقط حقه منه لأسقط على الصحيح، وذلك يقتضي جواز الرد في مدة الإباق وهو صحيح، فإنه لم يدخل بعد في ضمان المشتري، ولا ترد هذه المسألة على المصنف لأنه إنما تكلم فيما بعد القبض بدليل حكمه بوجوب الأرش عند الهلاك.

قال الروياني: فلو قال البائع للمشتري: لا تفسخ فأنا آتيك به فلا خيار له. ولنرجع إلى الكلام في الإباق بعد القبض.

اعلم أن الأصحاب أطلقوا ههنا أنه لا يتمكن من الرد في مدة الإباق فإن كان المراد أنه لا يتمكن من الفسخ ـ وهو الظاهر من كلامهم ـ فما الدليل على ذلك مع وجود العيب، وظاهر كلامهم الذي تقدم في الثوب أنه لا يشترط حضور العين، وأنه متمكن من التلفظ بالفسخ في غيبة المشتري والحاكم والشهود ولكن هل يجب عليه ذلك؟ فيه خلاف، وإن كان يشترط رد العين للمطالبة بالثمن فلو أن المشتري هنا في مدة خيار الإباق تلفظ بالفسخ لم ينفذ إذا تلفظ به وحده.

فإن قلت: هناك له فائدة إذا صدقه الخصم، وههنا لا فائدة فيه، قلت: فائدته خروجه عن ملكه ويبقى مضمونًا عليه ضمان يد لا ضمان عقد، حتى إذا تلف يضمنه بقيمته، ويسترد الثمن، وقد يكون الثمن أكثر من القيمة، فينبغي أن يتمكن من الفسخ أو أن يشهد عليه به، وأن يرفع ذلك إلى الحاكم حتى يثبته عنده ليطالب بالثمن عند عود العبد، وإن كان المراد أن الإباق عذر في التأخير لعدم إمكان الرد صورة، فلا عليه في أن يفسخ عند الحاكم أو الشهود، ويصير قبض الثمن موقوفًا على عود العبد كما لم يجعلوا غيبة العيب مع القدرة عليها عذرًا، فما الدليل على جعل الإباق عذرًا؟ والأقرب من حيث البحث أن يتمكن من الفسخ وإن تأخر طلب الثمن، وإن كان ذلك بعيدًا من عبارتهم.

فإن قالوا: لا تمكن المطالبة عند الحاكم بالثمن المقبوض إلا مع تسليم المعيب فعند غيبته تتعذر الدعوى، لأنها لا تبقى ملزمة فنقول فينبغي أن يشهد، وأيضًا فلو كانت العين غائبة في بلد آخر أو عن مجلس الحكم ليس نوجب عليه المبادرة إلى الحاكم بالفسخ قبل أن يردها، وممن ننبه عليه في ذلك أن الإباق إذا تكرر فقد تنقص القيمة أكثر مما إذا صدر مرة واحدة، فالعبد الذي أبق في يد البائع مرة ثم أبق في يد المشتري يجب أن يكون إباقه الثاني عيبًا جديدًا إذا كان منقصًا من

القيمة نقصانًا أكثر من الأول، فلا كان مانعًا من الرد.

فإن قيل: بأن الإباق الثاني مسند إلى الأول فإن الإباق الأول أثبت له عادة، قلنا: يجب أن يخرج على أن العيب الحادث إذا استند إلى سبب قديم هل يكون من ضمان البائع؟ أو من ضمان المشتري؟ فإن قلنا بالثاني يمتنع الرد هنا، ويرجع بأرش الأول، وقد فرض القاضي حسين ذلك فيما إذا كان الإباق في يد المشتري لا يزيد في نقصان القيمة بأن كان قد تكرر ذلك منه في يد البائع، واشتهر به، يعني فلا يؤثر تكرر إباقه بعد ذلك، وهذا يجوز حمل كلام من أطلق عليه، وفيه عدم ملاحظة كونه من آثار الإباق السابق، لأن ذلك لا يتحقق، والأولى تبقية كلام الأصحاب على إطلاقه، ومستندهم إسناد الثاني إلى الأول، وقلنا: ما أسند إلى سبب قديم فهو من ضمان البائع.

فرع: في مذاهب العلماء في هذه المسألة، إذا اطلع بعد الإباق إن كان آبقًا قال مالك: يأخذ المشتري بالثمن ولا يصبره أن لا يجده، وقال سفيان الثوري: لا يقضي على البائع حتى يموت أو يرده وهذا كقولنا.

واستدل أصحابنا بأنه لا مطالبة له في حالة الإباق فإن الإباق متردد بين البقاء والتلف فإن كان باقيًا استحق الرد واسترجاع الثمن، وإن كان تالفًا استحق أخذ الأرش، وما جهل استحقاقه لم تصح المطالبة به.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرش، قال أبو إسحاق: العلة فيه أنه استدرك الظلامة فغبن كما غبن، فزال عنه ضرر العيب، وقال أكثر أصحابنا: العلة فيه أنه لم ييأس من الرد لأنه قد يرجع إليه فيرد عليه.

الشرح: إذا زال ملكه عن المبيع زوالًا يمكن عوده. ثم علم بالعيب فلا خلاف أنه لا يرد في الحال. وأما الرجوع بالأرش فإن زال بعوض كالبيع كما مثل المصنف فقولان: أشهرهما: وهو الذي قطع به المصنف في هذا الكتاب وشيخه أبو الطيب وشيخ شيخه أبو حامد والماوردي والمحاملي وابن الصباغ والجرجاني والشاشي وابن أبي عصرون من العراقيين والقاضي حسين والفوراني والبغوي من الخراسانيين أنه ليس له المطالبة بالأرش، وبه قال جمهور العلماء، وهو الذي نص الشافعي عليه في «المختصر»، فقال: ولو باعها أو بعضها ثم علم لم يكن له أن يرجع على البائع بشيء، واختلف أصحابنا في علة هذا القول فقال أبو إسحاق وابن الحداد: لأنه استدرك الظلامة، وروج كما روج عليه، وتخلص منه ونسبه ابن الصباغ إلى غيرهما أيضًا.

وقال ابن أبي هريرة: لأنه ما أيس من الرد فربما يعود إليه. ويتمكن من رده

وهذا أصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملي، وقال الرافعي: ورأيته منصوصًا عليه في اختلاف العراقيين.

قلت: وهو كذلك في باب الاختلاف في العيب، قال الشافعي: إذا اشترى الجارية أو الثوب فباع نصفها ثم ظهر منها على عيب لم يكن له أن يرد النصف، ولا يرجع على البائع بشيء من نقص المعيب، يقال له: ردها أو احبس، وإنما يكون له أن يرجع بنقص العيب إذا ماتت أو أعتقت فصارت لا ترد بحال أو حدث عنده بها عيب فصار ليس له أن يردها عليه بحال، فأما إذا باعها أو باع بعضها فقد يمكن أن يردها فيلزم ذلك البائع لم يكن له أن يردها. ويرجع بنقص العيب كما لا يكون له أن يمسكها بيده ويرجع بنقص العيب انتهى، وسيأتي من نصه في «البويطي» ما يشهد لقول أبي إسحاق في المعنى الذي علل به، واعترضوا على علة أبي إسحاق بأن غير البائع له لا يتخير بعيبه لغيره.

القول الثاني: وهو من ترجيح ابن سريج له الأرش، وبه قال ابن الحسن وابن أبي ليلى، وهو الأصح عند المالكية، وهذا القول حكاه المصنف في «التنبيه» فقال: وقيل يرجع، وليس بشيء، وهذه التضعيفة تقتضي أنه وجه، فإن عنده أن الأقوال المخرجة لا تنسب إلى الشافعي، وهذا مخرج خرجه ابن سريج. والناقلون له قليل، منهم الإمام كما سنحكيه عنه، والغزالي وحكى ابن داود أن صاحب «التقريب» حكاه عن أصحابنا. وقال الرافعي أن في رواية «البويطي» ما يقتضيه: قال ابن الرفعة: وهو صحيح إذ في «مختصره» إذا اشترى الرجل العبد فباع نصفه ثم أصاب عيبًا فليس له أن يرجع بما نقص العيب، إلا أن يرده جميعًا وقد قيل: يخير البائع فإذا أراد أن يأخذ النصف الذي في يديه فيكون شريكًا له به للمشتري ممن اشترى منه فذاك، وإلا رجع عليه بقيمة العيب، وهو أحب إلي انتهى.

قلت: وقد رأيت النص المذكور في «مختصر البويطي» في باب المتاع يشتري فيوجد به العيب، ورأيت فيه أيضًا قبل ذلك في باب القراض، وإذا اشترى الرجل سلعة وقبضها فأشرك فيها رجلًا فإن أصاب بها عيبًا فأراد أحدهما الرد ولم يرد الآخر لم يجب ذلك على البائع لأنه باع عبده مجموعًا، فليس له أن يبعضه عليه، ويكون للشريك الرد على الذي أشركه، فإذا رد عليه فله أن يرده، وإن أبى الشريك أن يرده فله أن يرجع على البائع بنصف قيمة العيب. وقيل: لا يرجع بشيء انتهى.

وهذا النص يقتضي أنه لا يرجع عند بيع الجميع، لأنه حكم عند امتناع الشريك من الرد بنصف الأرش أو بأنه لا يرجع بشيء على القول الآخر، فلو كان

عند بيع الجميع ثبت له الأرش كاملًا، لكان ههنا أولى، فلما لم يحكم إلا بمقدار ما بقي في يده دل على أنه لا أرش للخارج عن يده. وهذا النص ذكره ابن سريج مع نصه الذي في «مختصر المزني» لاختلافهما فيما إذا باع بعض العين، وتحصلنا للشافعي فيما إذا باع نصف العين على قولين، أحدهما: أنه يطالب بنصف الأرش والثاني: لا يطالب بشيء.

وأما النص الآخر الذي تقدم عن البويطي ففيه قولان أيضًا، أحدهما: أنه لا يرجع بشيء كالقول الذي هنا، والثاني: فيه احتمال، وهو قوله: رجع عليه بقيمة العيب، وهو أحب إلي، يحتمل أن يريد بقيمة العيب في النصف الباقي في يده، فيكون موافقًا للنص الآخر الذي في «البويطي»، وحينئذٍ لا يدل على أنه إذا باع الجميع يرجع بالأرش، بل يدل على أنه لا يرجع. ويؤيد هذا أنه إذا قال: إذا أراد البائع أن يأخذه ويكون شريكًا للمشتري فذاك.

وظاهر ذلك أنه يأخذه بنصف الثمن وأنه لا يعطي أرشًا عن النصف المبيع، فهذان الأمران يدلان على تأويل نصه في «البويطي» على هذا، جمعًا بين الكلامين، فلا يكون فيه ما يقتضي القول الذي خرجه ابن سريج كما للرافعي وابن الرفعة. بل يكون فيه وفي النص الآخر شاهدًا على أحد القولين المذكورين فيه لما قاله أبو إسحاق من «التعليل» باستدراك الظلامة، ولهذا أوجب أرش النصف فقط.

ولو كان اليأس هو العلة لما وجب شيء لإمكان الرد، أو لوجب الجميع إن كان هذا الإمكان غير معين لبعده، على أن النص الذي في «البويطي» في باب المتاع يسيرًا فيؤخذ به العيب هو منقول من اختلاف العراقيين، والموجود فيه في «الأم» من قول الشافعي وأبي حنيفة أنه لا يرجع بشيء، ومن قول ابن أبي ليلى: أنه يرد بما يده على البائع بقدر ثمنه، فإن كان قوله في «البويطي»: وقيل يجبر البائع. المراد به قول ابن أبي ليلى، فلم يبق في النص متمسك للتخريج ولا لإثباته قولًا للشافعي، ولا أعلم من عادة البويطي فعل مثل ذلك في النقل عن العلماء الذين ينقل عنهم الشافعي، أو أنه لا بد من أن يصرح بأسمائهم، وبالجملة فقد تقدم تأويله وثبوت الخلاف في النصف، تحقق بالنص الثاني مع ما في «مختصر المزني».

أما في الكل فالمنصوص عليه أنه لا يرجع بالأرش، وفيه الوجه المنقول عن ابن سريج وعن حكاية صاحب «التقريب». ولا أدري بماذا خرجه ابن سريج. وقد رأيت في «البويطي» ما يمكن أن يكون سندًا للرافعي قبل باب الشركة. قال من كلام الشافعي: وإن اشترى سلعة وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر لم يرد عليه أبدًا ويرجع بقيمة العيب من قبل أنه لا يقدر أن يرد مثل ما أخذ أبدًا لما حدث عنده،

فإن اشترى [سلعة] وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر، ثم صح العيب الذي حدث عنده فله أن يرده. وقال أبو يعقوب وهو البويطي ـ إن باعه فكذلك يقتضي أن البيع كحدوث عيب، فيأخذ الأرش، وهذا ظاهره وهو يقتضي الوجه الذي خرجه ابن سريج، كما قال الرافعي.

لكن هل ذلك من كلام البويطي نفسه أو عن الشافعي؟ فيه نظر. والظاهر الأول والإمام حكاه عن حكاية صاحب «التقريب» قولًا، لكن فيما إذا رضي المشتري الثاني بالعيب وقال إن القياس الرجوع، واقتضى كلامه أننا إذا قلنا بعدم الرجوع إذا رضي المشتري الثاني فقبل اطلاعه ورضاه أولى، وإن قلنا بالرجوع إذا رضي فقبل اطلاعه وجهان، كما إذا زال بالهبة، وأولى بعدم الرجوع لأن رد المشتري الثاني بالعيب على المشتري الأول ممكن ظاهر الإمكان، يطرد على نظم المعاملة، وإذا كان الرد أمكن كان الرجوع بالأرش أبعد، والقياس عند الإمام فيما إذا زال بالهبة أنه يرجع بالأرش، ونسبه إلى مذهب طوائف من المحققين وبما ذكرناه ظهر لك أنه ينبغي أن يقال في المسألة طريقان:

أحدهما: القطع بعدم الرجوع بالأرش كما هو مقتضى النص وقول الأكثرين والثانية: حكاية الخلاف، ثم هو على الترتيب المتقدم، وقد قال الغزالي: إنه إذا اطلع على العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد ولا أرش لأنه روج على غيره. وذلك يقتضي أن نقول بمثله في البيع، كما قال الأكثرون والنص، ولكنه هنا خالف وقال: إن الأصح وجوبه، وما قاله في الشفعة أولى لموافقته للأكثرين.

فائدة: قال الغزالي والإمام قبله: إن الخلاف المذكور في الرجوع بالأرش يقرب من القولين في أن شهود الزور إذا شهدوا على إنسان بمال ورجعوا بعد الحكم هل يغرمون؟ على قولين ولا خلاف، لكنهم يغرمون في العتق والطلاق لأنه لا مستدرك لهما، والحيلولة في المال ممكنة الزوال بأن يعترف المشهود له يعني وامتناع الرد هنا ممكن الزوال بعود الملك، فيكون كالشهادة في الأول، والإمام خرج بالبناء عليه، والصحيح أن الشهود يغرمون، ومقتضى ذلك أن الأصح. وجوب الأرش كما صححه الغزالي هنا. وقال الإمام في الصورة المتقدمة أنه القياس، لكن الأكثرون والنص وتصحيح الغزالي في الشفعة على خلافه.

فرع: على تخريج ابن سريج: إذا أخذ الأرش ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل يرده مع الأرش ويسترد الثمن؟ فيه وجهان.

فائدة: إذا عرفت ذلك فقول المصنف لم يجز له المطالبة بالأرش يشمل ما إذا اطلع المشتري الثاني على العيب ورضي به، وما إذا لم يطلع وهو الأظهر في

الصورتين، الموافق لمقتضى النص، وفي كل منهما الخلاف، لكن بالترتيب على ما اقتضاه كلام الإمام ففي الثانية أبعد لقرب الإمكان.

وينبغي أن يقال في الترتيب هكذا: إنا إن عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع بالأرش بعد بيعه إلا بأن يرد عليه، وإن عللنا باليأس واليأس الحقيقي لم يحصل في الصورتين، لكن حالة رضا المشتري الثاني قريبة من اليأس، ليعود العود مع أنه إن عاد يعود بملك جديد، فجرى فيها الخلاف، وقيل الاطلاع ليس العود بعيدًا، ويتوقع على قرب أن يعود بالرد بالملك الأول فكان الخلاف فيها أقوى، والقياس في حالة رضا الثاني أو يرجع الأول بالأرش، لأنه لا يلزم من تبرع الثاني سقوط حق الأول.

ومقتضى النص وقول الأكثرين عدم الرجوع في الصورتين، وإنا لا نقول بسقوط حق الأول، ولكن يترقب عوده إليه فيرده أو فواته بالكلية فيأخذ الأرش. وقال الماوردي: أنه إذا رضي الثاني بالعيب استقر سقوط الأرش والرد، وهذا الذي قاله إنما يتجه على قول أبي إسحاق أو يؤول على أنه يستقر سقوطه ما دام زائلًا عنه. وقد خرج من كلام المصنف ما إذا باعه بعد العلم بالعيب فإنه يبطل حقه، لأن ذلك رضا بالعيب. وأفهم آخر كلام المصنف أن فرض المسألة ما دام المبيع زائلًا عن ملك المشتري الثاني، وهو باق في ملك المشتري بحالة يمكن عوده، فلو فقد شيء من هذه الأمور، فسيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

وفهم من كلامه أيضًا أن اطلاعه على العيب وسكوته عليه وهو في ملك المشتري الثاني لا يبطل حقه، حتى لو كان باعه بشرط الخيار وعلم العيب في زمان الخيار فلم يفسخ حتى فسخ المشتري أو رده بالعيب له رده على الأول، وبترك الفسخ لا يبطل حقه من الرد قاله صاحب «التهذيب»، قلت: وفيه نظر إذا كان في زمان الخيار والخيار للبائع أو لهما، فإنه متمكن من الرد ولا سيما إذا قلنا بأن الملك له.

فرع: اشترى ثوبًا فقطعه أو صبغه ثم باعه ثم علم بعيبه، فلا يرجع بأرش العيب، لأنه استدرك الظلامة ولم ييأس من الرد، لأنه إن قبله البائع مع القطع أو الصبغ أعطاه قيمته. قاله القاضي أبو الطيب وغيره عن ابن سريج.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن رد المشتري الثاني بالعيب على المشتري الأول رده على البائع لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة.

الشرح: هذا لا خلاف فيه، وهو معلل عند الأكثرين بالمعنى الأول. وعند أبي إسحاق بالثاني، واتفق الأصحاب أنه لا يلفت إلى زوال الملك وعوده ههنا وسببه أن الرد ينقض الجهة المتجددة ويرد الملك الذي كان ثابتًا قبلها، فليس ملكًا

جديدًا وسبب الاختلاف في الرد بعد زوال الملك وعوده في الصورة التي سنذكرها عمن يقول بالمأخذ المذكور أنه يعتقد العائد ملكًا جديدًا، وليس الرد كذلك. وعن أبي حنيفة أنه إن رده بقضاء القاضي ارتفع العقد من أصله، وللمشتري الرد على الأول، وإن لم يرد بالتراضي ارتفع في الحال، فلم يكن له الرد. قال الفوراني: وعندنا كيفما كان يرتفع العقد من أصله.

قلتُ: وهذه العبارة بظاهرها منكرة على الصحيح من المذهب، ولكن بطريق الجواب أن يقال وإن قلنا بأن العقد يرتفع من حينه فالعائد هو الملك الأول المستفاد من ذلك الشراء، لأن الشراء الثاني انتقض. والرد فسخ لا سبب جديد لملك آخر.

وقد خالفنا أبو حنيفة وقال: إذا رده المشتري الثاني بالعيب لا يرده الأول بعد القبض، إلا أن يرد بحكم الحاكم، وذلك على ما تقدم من أصله، وهو يجعل الرد بدون الحاكم كالإقالة.

فرع: ليس للمشتري الثاني رده على البائع الأول، لأنه ما تلقى الملك عنه، هكذا أطلق البغوي والرافعي وهو الصحيح. وفيه وجه آخر أنه إذا غاب البائع الثاني أو مات وكان الثمن من جنس الثمن الأول أن له الرد على البائع الأول، لأن مال الغائب راجع إليه، ولو كان حاضرًا ورد عليه فالظاهر من حاله أنه يرد عليه أيضًا. حكاه صاحب «التتمة» وقال صحيح.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن حدث عند الثاني عيب فرجع على الأول بالأرش رجع هو على بائعه لأنه أيس من الرد ولم يستدرك الظلامة.

الشرح: جماعة من الأصحاب أطلقوا هكذا كما أطلقه المصنف أنه إذا رجع المشتري الثاني على الأول بالأرش رجع الأول على بائعه لأنه أيس من الرد، أي بحدوث العيب، وبأنه لم يستدرك الظلامة لأخذ الأرش منه، وممن جزم بذلك كما جزم المصنف الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي. وقال إن ذلك على التعليلين معًا، وأما الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه قال على القول المشهور المخالف لتخريج ابن سريج: إنه إذا حدث عيب في يد المشتري الثاني ثم ظهر عيب قديم ينظر إن قبله المشتري الأول مع العيب الحادث خير بائعه فإن قبله فذاك، وإلا أخذ الأرش منه.

وعن أبي الحسين ـ وهو ابن القطان ـ أنه لا يأخذه، واسترداده رضًا بالعيب.

وإن لم يقبله وغرم الأرش للثاني ففي رجوعه بالأرش على بائعه وجهان، أحدهما: لا يرجع به، قال ابن الحداد: وهو الذي قاله الفوراني والماوردي، لأنه لو قبله وما قبله منه بائعه فكان متبرعًا بغرامة الأرش، وأظهرهما: يرجع لأنه ربما لا

يقبله بائعه فيتضرر قال الشيخ أبو علي. ويمكن بناء الوجهين على ما سبق من المعنيين إن عللنا بعلة أبي إسحاق وإذا غرم الأرش زال استدراك الظلامة فيرجع، وإن عللنا بعلة الآخرين وابن أبي هريرة فلا يرجع، لأنه ربما يرتفع عيب الحادث فيعود إليه.

قال الشيخ أبو علي: وعلى الوجهين لا يرجع ما لم يغرم [للثاني]، فإنه ربما لا يطالبه بشيء فيبقى مستدركًا للظلامة، وهذا ما ذكره الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وأصل الترتيب في «تعليقة» القاضي حسين و«التهذيب» وقطع القاضي بموافقه ابن الحداد في عدم الرجوع، والبقية من زيادات الرافعي، وأورد ابن الرفعة على بناء الشيخ أبي علي أنه لو كان كذلك لقال ابن الحداد بالثاني وهو قد قال بالأول فامتنع التخريج.

قال الرافعي: إنه على قول ابن سريج الذي خرجه للمشتري الأول أخذ الأرش من بائعه، كما لو لم يكن يحدث عيب، ولا يخفى الحكم بينه وبين المشتري الثاني. انتهى.

وأقول: بعون الله تعالى: ما ذكره الرافعي والبغوي من الترتيب مبني على ما تقدم عنهما في أن الواجب عند حدوث العيب عرض الرأي على البائع، فإن قبله وإلا انتقل إلى الأرش فالحق لا يثبت للمشتري في الأرش حتى يمتنع البائع من قبوله، فلا جرم سلك هذا الترتيب هنا وحسن جريان الخلاف إذا لم يقبله وقول ابن الحداد بعدم الرجوع وتعليله بأنه متبرع بغرامة الأرش، ولا ينافي هذا قوله بأن العلة عدم استدراك الظلامة لأنه إذا جعله بغرامة الأرش متبرعًا كما صرح به الرافعي عنه، فاستدراك الظلامة باق لا يرتفع بتبرعه.

وأما القول بالرجوع المقابل لقول ابن الحداد فيحتمل أن يكون مفرعًا أيضًا على علة أبي إسحاق لكن القائل به لا يوافق ابن الحداد في جعله متبرعًا وإن وافقه في أصل العلة، وأما على القول بأن العلة في الرجوع اليأس ـ فإن كان المراد اليأس من الرد على سبيل الإلزام ـ فإن اليأس هنا غير موجود، لما قاله الشيخ أبو علي من إمكان ارتفاع الحادث، وعوده إليه، فيمكن من رده بالإلزام حينئذٍ وربما يعود إليه مع العيب الحادث ورضا البائع بقبوله، فيتمكن المشتري من الرد على سبيل المراضاة، وهو الذي وجب له ابتداء على رأي الرافعي، فإمكان إلزام الرد موجود إن كان هذا الإمكان معتبرًا لاحتمال ارتفاع الحادث وعوده، وإمكان الرد بالتراضي موجود باحتمال عوده، فلم جعل الرافعي هنا الأصح أنه يرجع بالأرش؟ وسكت عن قول الشيخ أبي علي، ثم قوله عن الشيخ أبي علي: إنه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم الثاني هذا إنما يظهر على التعليل باستدراك الظلامة.

أما إذا عللنا باليأس فليس لقرابته للثاني أثر، فإن إمكان الرد بالتراضي لا ينقطع بها وإمكان الرد بالإلزام مع العيب الحادث ليس ممكنًا قبلها، وعلى تقدير ارتفاع العيب الحادث يمكن قبلها وبعدها فلا معنى لتقييد ذلك على اعتبار اليأس بالقرابة بل ينبغي إن كان له الرجوع رجع مطلقًا، وإن لم يكن له الرجوع لم يرجع مطلقًا وقد صحح أنه له الرجوع فليرجع، وإن لم يغرم على اعتبار اليأس وكلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب في «تعليقهما» يقتضي بإطلاقه أنه إذا حصل به نقص عند الثاني فللأول الرجوع بالأرش على اعتبار اليأس وهذا مما يدل على أن الوجهين المذكورين عن ابن الحداد وغيره مفرعان على قولنا: أن العلة استدراك الظلامة وعلى ذلك يصح قول الشيخ أبي علي: أنه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم، أي على هذين الوجهين المفرعين على الوجه الضعيف، لكن الذي ذكره أولًا من البناء مشكل.

وظاهر كلام الشيخ أبي علي أن الصحيح عنده امتناع الرجوع إن كان يوافق الأكثرين على التعليل باليأس، وهو مخالف لما قاله المصنف وغيره من العراقيين والذي قالوه هو الصحيح بناء على ما قدمته عن الأصحاب أن الواجب عند حدوث العيب هو الأرش ابتداء، فإنه يقتضي وجوب الأرش هنا مطلقًا غرم أو لم يغرم، وأما على ما تقدم عن الرافعي وصاحب «التهذيب» أن الواجب الرد إلا أن يمتنع البائع فينتقل إلى الأرش فيظهر أنه لا يرجع مطلقًا، غرم أو لم يغرم حتى يحصل اليأس.

واعلم أن تعليل المصنف والأصحاب الذين ذكرتهم موافقين له في هذه المسألة باليأس يبين لنا أن المراد اليأس عن الرد على سبيل الإلزام، وأن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر.

فرع: هذا الذي ذكرناه كله ما دام المبيع باقيًا، أما لو تلف بعد حدوث العيب أو دونه فأخذ الثاني الأرش من الأول رجع الأول على بائعه بلا خلاف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن تلف في يد الثاني وقلنا بتعليل أبي إسحاق لم يرجع لأنه استدرك الظلامة وإن قلنا بتعليل غيره رجع بالأرش لأنه قد أيس من الرد.

الشرح: إذا تلف في يد المشتري الثاني أو كان عبدًا فأعتقه، أو أمة فاستولدها، أو وقف المبيع، فقد حصل اليأس من الرد، فيرجع على الأصح، وعلى تعليل أبي إسحاق لا يرجع، لأنه بالبيع استدراك الظلامة، والتخريج على المعنيين المذكورين واضح، وممن صرح بالمسألة كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو

الطيب، وصورة المسألة إذا تلف في يد الثاني من غير حدوث عيب، أو مع حدوثه، ولكن لم يغرم المشتري الأول الأرش للمشتري الثاني، إما لأنه أبرأه من الأرش، أو لم يبرئه، ولكن لم يغرم بعد، وقد صرح الرافعي بالمسألتين الأخيرتين وقال: إن عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع ما لم يغرم، وإن عللنا باليأس يرجع، أما إذا غرم الأرش للمشتري الثاني فإن المشتري الأول يرجع بالأرش على بائعه بلا خلاف لوجود اليأس وعدم استدراك الظلامة. صرح به القاضي حسين والرافعي.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن رجع المبيع إليه ببيع أو هبة أو بإرث لم يرد على تعليل أبي إسحاق لأنه استدرك الظلامة، وعلى تعليل غيره يرد لأنه أمكنه الرد.

الشرح: طريقة العراقيين والجمهور البناء في هذه المسائل وأخواتها على المعنيين المذكورين كما بناه المصنف، ومن جملة أمثلة ذلك أن يرجع إليه بالإقالة أو الوصية، ويقتضي البناء المذكور أن الأصح أن له أن يرد، وهو كذلك، ولأجل ذلك جزم به في «التنبيه»، ويزداد في حالة رجوعه بالبيع نظر آخر وهو أنه إن لم يكن علم بالعيب قبل شرائه ثم علم به بعد الشراء الثاني فله الرد قطعًا ولكن الخلاف فيمن يرد عليه، فعلى قول أبي إسحاق لا يرد على الأول، بل على الثاني فقط، وعلى الأصح له الرد عليهما، إن شاء رد على الأول، وإن شاء رد على الثاني، وإذا رد على الثاني فله رده عليه، وحينئذٍ يرده هو على الأول.

وقيل: لا يرده على الثاني لأن فيه تأويلًا، بل يرد على الأول، كذا حكاه وقيل لا يرد على الأول بل يرد على الثاني لأنه الأقرب، والرد عليه ممكن بخلاف ما إذا رجع بالهبة ونحوها، حكاه الإمام، وإن كان المشتري الأول حين الشراء من الثاني عالمًا بالعيب لم يكن له أن يرد على الثاني، ورده على الأول يبني على المعنيين، والصحيح الرد.

وقال القاضي حسين: ليس له الرد، لأنه بإقدامه على الشراء مع العلم بالعيب صار راضيًا به، وقد تقدم عنه ما يشبه ذلك، والذي قاله هو القفال على ما نقله الروياني. وقال: إنه الصحيح وإن سائر الأصحاب لم يفصلوا هذا التفصيل.

وأما الإقالة فقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ: إنها تقبل الفسخ. واختار الروياني والرافعي بناءها على أنها بيع أو فسخ، فإن قلنا: إنها بيع أو قلنا بما اختاره القاضي أبو الطيب من جواز فسخها احتمل أن يأتي فيها على الأوجه الثلاثة، وإن قلنا: فسخ ولا يقبل الفسخ لم يتجه ذلك فيه.

وأما بقية طرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتي فيها هذه الأوجه، بل تتخرج

على المعنيين فقط ولا أظن يأتي فيها قول القاضي في حالة العلم أيضًا لعدم العوض وقد سلك الإمام والغزالي في بناء المسائل المذكورة غير الذي سلكه المصنف والجمهور فجعلا مأخذ الخلاف في ذلك أن الزائل العائد بجهة أخرى هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟ وفيه جوابان مأخوذان كما يدل عليه كلام الشيخ أبي محمد في السلسلة في باب التفليس من قولين منصوصين للشافعي إذا قال لعبده: إذا جاء رأس الشهر فأنت حر، ثم باعه، ثم اشتراه، ثم جاء رأس الشهر ففي العتق قولان، وهما يشبهان الخلاف أيضًا فيما إذا علق طلاق زوجته بصفة، ثم أبانها، ثم جدد نكاحها، ثم وجدت الصفة، وهذا أصل تخرج عليه مسائل.

منها: لو أفلس بالثمن وزال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع الفسخ؟ ومنها: لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد هل للأب الرجوع؟ ومنها: إذا زال ملك المرأة عن الصداق، ثم عاد إليها وطلقها زوجها قبل الدخول؟

ومنها: في هذا الباب إذا زال الثمن عن ملك البائع وعاد، ثم رد المشتري المبيع بعيب، فهل يتعين لحق المشتري؟ فيه طريقان، أحدهما: تخريجه على الخلاف، والثانية: القطع بأنه كالذي لم يزل، لأنه ليس مقصودًا بالرد، والصحيح من ذلك كله في هذه المسائل أنه كالذي لم يزل إلا الهبة، فالصحيح فيها أنه كالذي لم يعد.

واعلم أن طريقة المصنف والجمهور في البناء لا إشكال فيها، وطريقة الإمام المذكورة يحتاج فيها إلى الفرق بين هذه الأبواب، ثم المسائل المذكورة أعني في عود المبيع بالبيع والهبة والإرث والإقالة ليست على وتيرة واحدة، فإن الهبة والبيع ملك جديد قطعًا، والإرث ـ وإن كان جديدًا ـ لكنه إذا جعلنا الوارث يبني على حول الموروث كان ذلك هو الملك الأول، والإقالة فسخ، فالعائد بها هو الملك الأول، وكان ينبغي أن لا يجري الخلاف فيها كما لو رجع بالرد بالعيب.

وقد اعتذر بعضهم عن هذا بأنها وإن كانت فسخًا فهي تشبهه بالتبع لأجل التراضي. ولهذا يرد على طريقة القاضي أبي الطيب وهو اعتذار حسن إن سلم به ما قاله القاضي أبو الطيب، وقد تقدم أن الروياني اختار خلافه، وبناها على أنها فسخ أو بيع، وطريقة المصنف والجمهور سالمة عن الاعتراض أو تكون المسائل كلها في درجة واحدة لا ترتيب فيها.

نعم الإقالة لا بد من الاعتذار المذكور فيها ليفرق بينها وبين الرد بالعيب عند الجميع، ثم إن القاعدة المذكورة التي بنى الإمام عليها لم يلاحظوها في كل مكان، ألا ترى أنه لو باع النصاب في أثناء الحول، ثم استرده بسبب جديد، لم يقل أحد

بأنه كالذي لم يزل حتى تجب الزكاة في ذلك الحول وغير ذلك من المسائل فما الضابط في جريان الخلاف المذكور؟ وما الداعي إلى أن يجعله كالذي لم يزل؟ أو كالذي لم يعد؟ ونحن نقطع بأنه زال وعاد، فلا جرم كانت طريقة الجمهور أقوم وأدخل في المعنى، ويحتمل أن يكون البناء الذي ذكره الإمام مختصًا بالتفريق على اعتبار اليأس، أي إن قلنا العلة استدراك الظلامة لم يرد، وإن قلنا العلة اليأس تبنى على الزائل العائد، وعلى الجملة الصحيح جواز الرد، وخالف الغزالي في «الخلاصة» فجعل الصحيح المنع.

فرع: اعلم بأنه إذا قلنا: الزائل العائد كالذي لم يعد كما صححه الغزالي لم يبق لنا بعد بيع المشتري الأول طريق يتوقع بها العود والرد، إلا أن يرد المشتري الثاني فإن فرض اطلاعه على ذلك العيب ورضاه انسد طريق الرد، وحينئذٍ يتعين وجوب الأرش عند القائلين باعتبار اليأس كما قال الغزالي، لكنه عمم مع رضا الثاني ودونه. وكلا الأمرين ضعيف، لأنا نمنع أن الزائل العائد كالذي لم يعد. وأما الماوردي رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه قال: إذا رضي البائع بالعيب يستقر سقوط الأرش والرد، وهذا إنما يستقيم على قول أبي إسحاق، أما على الصحيح فلا يستقيم سقوط الرد، وعلى رأي الإمام والغزالي لا يستقيم سقوط الأرش، وقد ذكرت ذلك عن الماوردي فيما مضى وذكرت له تأويلًا.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره، فإن كان بعوض فهو كالبيع وقد بيناه.

الشرح: هذا بين لا إشكال فيه، إلا أن الهبة بعوض بيع، وحينئذٍ تأتي فيها الأقسام والأحكام المذكورة كلها. وقول المصنف: وهبه من غيره. قال النووي رَحِمَهُ اللَّهُ في «تهذيب اللغات»: وأما قول الغزالي وغيره في كتب الفقه: وهبت من فلان كذا فهو مما ينكر على الفقهاء لإدخالهم لفظة من، وإنما الجيد: وهبت زيدًا مالًا، ووهبت له مالًا. قال: وجوابه أن إدخال من هنا صحيح، وهي زيادة، وزيادتها في الواجب جائزة عند الكوفيين من النحويين، وعند الأخفش من البصريين، وقد روينا أحاديث منها وهبت منه كذا.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرش لأنه لم ييأس من الرد.

الشرح: هذا هو الصحيح تفريعًا على أن المعتبر اليأس، أما إذا عللنا باستدراك الظلامة فيرجع بالأرش لأنه لم يستدرك، ومنهم من حكى القطع هنا بعدم الرجوع إذا أريد أن العلة هي اليأس لاستدراك الظلامة، وهذه الطريقة هي التي يشعر

بها إيراد المصنف، وبين ذلك أن القاضي أبا الطيب جزم بعدم الرجوع، وعلله بعدم اليأس كما فعل المصنف. ثم قال: والتعليل الذي ذكره أبو إسحاق وهو استدراك الظلامة غير موجود ههنا، وإذا كان كذلك دل على أن هذا التعليل هو الصحيح دون ما قاله أبو إسحاق. وكذلك الشيخ أبو حامد قال قوم من هذا الكلام. والروياني صرح في «البحر» بأن أبا إسحاق وافقنا على عدم الأرش هنا، واستدل بذلك على بطلان علته، لكن المحاملي صرح بأنه على تعليل أبي إسحاق له الأرش لأنه لم يستدرك الظلامة، والماوردي أيضًا صرح بالوجهين على مقتضى التعليلين. وحكى الروياني ذلك عن بعض الأصحاب.

وهذه الطريقة أقوم إلا أن يكون أبو إسحاق صرح النقل عنه بذلك فيلزمه. وهاتان الطريقتان على القول المشهور أنه إذا باع لا يرجع بالأرش، أما على ما خرجه ابن سريج من أنه يرجع فيرجع ههنا أيضًا. كذلك صرح به الرافعي.

تنبيه: الهبة قد يسمى فيها عوض، ولا شك أن حكمها حكم البيع كما تقدم والهبة التي لا يسمى فيها عوض لنا في اقتضائها الثواب قولان.

فإن قلنا: لا تقتضي الثواب اتجه ما قاله المصنف، والتفريع المذكور من الأصحاب، وإن قلنا: تقتضي الثواب فهي بمنزلة البيع. كذلك قاله القاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي خرجوا ذلك على الخلاف المذكور، ولم يقولوا كما قال المصنف: إما أن تكون بعوض أو لا. والشيخ أبو حامد فعل كما فعله المصنف، فلك في كلام المصنف طريقان. إما أن تقول: إنا إذا قلنا باقتضاء الهبة المطلقة الثواب صارت بعوض، فدخلت في قوله الأول: أن الهبة بعوض ولم تدخل في قوله ههنا بغير عوض، وإما أن تقول: إن قوله ههنا مفرع على المذهب في عدم اقتضاء الهبة الثواب.

فرع: قال صاحب «التهذيب»: قال بعض أصحابنا لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع، لأنه يمكنه أن يرجع في الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه، قال: والصحيح أنه خارج عن ملكه، قلت: يعني أن بعض أصحابنا أشار إلى أنه لا يرجع بالأرش قولًا واحدًا ولا يخرج على المعنيين، والصحيح أنه يخرج عليهما فلا يرجع على الصحيح، ويرجع على قول أبي إسحاق، وسنزيد لك أن للقطع في هذه المسألة مأخذًا آخر، ويصلح ذلك أن يكون جوابًا لأبي إسحاق عن اعتراض الأصحاب عائد بهذه المسألة، لكن في صورة واحدة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن رجع إليه ببيع أو هبة أو إرث فله الرد بلا خلاف، لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة.

الشرح: إذا وهبه بلا عوض ثم رجع إليه فالمصنف قد تبع القاضي أبا الطيب فيما قاله جميعه من التمثيل، وبقي الخلاف والتعليل. والشيخ أبو حامد قال: إن رجع إليه بأن يكون قد وهبه لابنه ورجع فيه، كان له الرد. والإمام حكى فيما إذا عاد بالهبة أو بجهة لا رد فيها وجهين، أحدهما: له الرد لأنه يرد ما ملك كما ملك، والثاني: لا. لأن الرد نقص للملك المستفاد من جهة، وهذان الوجهان مأخذهما ما تقدم عنه من البناء على الدليل العائد، والعراقيون والجمهور لم يلاحظوه كما تقدم، وأطلق الرافعي الوجهين فيما إذا عاد لا بعوض وبناهما على أنه هل يأخذ الأرش؟ إذ لم يعد إن قلنا: لا، فله الرد، لأن ذلك لتوقع العود وإن قلنا: يأخذ فينحصر الحق فيه، أو يعود إلى الرد عند القدرة. فيه وجهان، قلت: والقول بانحصار حقه فيه بعيد، ومع بعده إنما يمكن القول به إذا كان قد علم بالعيب، أما إذا لم يعلم حتى عاد فيصير كما لو لم يعلم بالعيب الحادث حتى زال القديم، وحكمه الرد إلا على وجه شاذ، وههنا أولى بأن لا يجري ذلك الوجه.

وأما إذا عاد بعوض كالشراء قال الرافعي: فإن قلنا: لا رد في الحالة الأولى فكذلك ههنا. ويرد على البائع الأخير، وإن قلنا يرد فههنا يرد على الأول والأخير أن يتخير، فيه ثلاثة أوجه خارجة مما سبق قلت: وهذا البناء والترتيب جيد، والصحيح أن له الرد كما قال المصنف، لكن مع حكاية الخلاف في المسائل الثلاث التي ذكرها. وفي معناها الوصية والإقالة كما تقدم.

وأما إذا عاد بالرجوع في هبة الوالد لولده فلم أرها مصرحًا بها إلا في كلام الشيخ أبي حامد، ويحتمل أن يقال: إنه لا يجري الخلاف فيها، لأن الرجوع في الهبة بقبض لها كالرد بالعيب، والعائد هو المالك، فلا يتأتى تخريجه على الزائل العائد، كما لم يخرج عليه عند رجوعه بالرد بالعيب، ويكون ههنا له الرد قولًا واحدًا.

ويحتمل أن يجري فيها الخلاف أيضًا كما يقتضيه إطلاق الإمام والرافعي أخذًا مما ذكره الرافعي من انحصار حقه فيه. وقد تقدم التنبيه على ضعفه، وقد اشتبه على بعضهم كلام المصنف هنا فظن أن الرجوع بعد البيع. واعترض عليه قولًا وتعليلًا، ولا حاجة إلى نقل كلامه، وإنما ذكرته لئلا يشتبه على غيره، كما اشتبه عليه، والرجوع بعد البيع ذكره المصنف فيما تقدم، وقد تكمل «شرح مسائل الكتاب»، وبقيت فروع نذكرها إن شاء الله تعالى.

فرع: باع زيد عمرًا شيئًا ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان في يد زيد فإن كانا عالمين بالحال فلا رد، وإن كان زيد عالمًا فلا رد له ولا أرش. وأما عمرو فلا رد

له أيضًا لزوال ملكه ولا أرش له على الصحيح المخالف لتخريج ابن سريج لاستدراك الظلامة ولتوقع العود، فإن تلف في يد زيد أخذ الأرش على التعليل الثاني دون الأول. وهكذا الحكم لو باعه زيد لغيره، وإن كان عمرو عالمًا فلا رد له ولزيد الرد. وإن كانا جاهلين فلزيد الرد إن كان اشتراه بغير جنس ما باعه أو بأكثر منه. ثم لعمرو أن يرد عليه، وإن اشتراه بمثله فلا رد لزيد في أحد الوجهين، لأن عمرًا يرد عليه، فلا فائدة وله الرد في أصحهما، لأنه ربما يرضى به فلا يرد.

فلو تلفت في يد زيد ثم عرف به عيبًا قديمًا بحيث يرد لو بقي يرجع بالأرش وحيث لا يرجع. وعلى هذين الوجهين لو اشترى شيئًا وباعه من غيره ثم اشتراه ثانيًا واطلع على عيب قديم ولم يكن اطلع البائع الثاني عليه، فعلى أي البائعين يرد؟ على الوجهين، أحدهما: على الأول لأنه لا فائدة في الرد على الثاني ورده، والثاني: على الثاني لأنه ربما يرضى به، وربما يكون بين الثمنين تفاوت. قاله المتولي وغيره وعن أبي الطيب في «شرح الفروع» حكاية وجه أنه لا يرد بالعيب أصلًا، لأنه لو رده لرده عليه، ولا يكون له معنى. هكذا قاله صاحب «العدة» وفيه نظر. بل هذا تعليل من يقول: لا يرد على الثاني. وأما الرد على الأول فمأمون منه الرد. فليتأمل ذلك.

وفي المسألة الأولى لو حدث به عيب في يد زيد فرجع بالأرش على عمرو كان لعمرو أيضًا أن يرجع بالأرش عليه، والفائدة فيه أنه قد يكون أحد الثمنين أكثر من الآخر فيستفيد فرق ما بين الثمنين: وفي باب الأرش كذلك لأنه بحصته من الثمن يرجع. قاله الشيخ أبو حامد. ولو اشترى شيئًا وباعه من غيره وغاب البائع الثاني أو مات ثم وجد المشتري الثاني عيبًا كان في يد البائع الأول. فإن كان الثمن لا من جنس الثمن الأول فليس له الرد. وكذا إن كان من جنسه على المذهب وفيه وجه قاله صاحب «التتمة».

فرع: لو تلف في يد الموهوب له فللمشتري الواهب الرجوع بالأرش قولًا واحدًا. قاله القاضي حسين.

فرع: هذه الأحكام المتقدمة في كلام المصنف فيما إذا خرج المبيع كله عن ملك المشتري أما إذا خرج بعضه فقد تقدم أن الشافعي في «مختصر المزني» ساوى بينه وبين خروج الكل وأن في «مختصر البويطي» قولين في بيع نصف العين لواحد، أحدهما: يرجع بنصف الأرش للباقي في يده والثاني: لا يرجع بشيء. ويجيء فيه القول الذي خرجه ابن سريج أنه يرجع بجميع الأرش. والأول أصح عند صاحب «التهذيب». وشبهه بحدوث العيب في يده لا ينتظر زواله. وظاهر نصه في

«المختصر» وكلام كثير من الأصحاب يشهد للثاني. وهو الصحيح الذي صرح به كثيرون. وهو يقتضي التعليل باليأس.

وأما على التعليل باستدراك الظلامة فينبغي أن يرجع بأرش النصف الباقي في يده. وأما الوجه الثالث فضعيف في الأصل. وهو هنا أضعف. وهذا كله على المشهور الذي قطع به الأكثرون أنه لا يرد النصف الذي في يده. وقد تقدم عن الماوردي في ذلك خلاف ضعيف، فيتحصل في هذا الفرع بذلك أربعة أوجه، وإذا قلنا يرد النصف على ما ذكره الماوردي يعود الخلاف في النصف الخارج عن ملكه، هل يأخذ أرشه على قول ابن سريج أو على المذهب؟ ولو باع نصف ما اشتراه من البائع فكذلك ليس له الرد عليه، وإذا كان نقصان الشركة يرتفع بالرد لأن وقت الرد يرده على الوجه الذي يملك به.

قال صاحب «التتمة»: وقال صاحب «التهذيب» أنه الصحيح. ونظره صاحب «التتمة» بالجارية إذا زوجها من البائع وقد تقدم ذلك. وهل له أخذ الأرش للنصف الباقي؟ على القولين فيما لو باع نصفه من غير بائعه، ولو أن مشتري النصف أعتقه ثم ظهر عيب قديم رجع المشتري الأول على بائعه بأرش النصف الذي في يده موسرًا كان المعتق أو معسرًا، لأنه يقوم على المعتق عند الشراء به ناقصًا والنصف الذي باعه إن رجع مشتريه عليه بأرشه، رجع هو أيضًا على بائعه وإلا فوجهان. قاله في «التهذيب»، يعني على علة أبي إسحاق لا يرجع. وعلى المذهب يرجع، ولو قاسم المشتري فقد تقدم ذلك عند الكلام فيما إذا اشترى اثنان عينًا عن القاضي حسين.

والذي قاله صاحب «التتمة» هنا أنه إن قلنا القسمة إفراز فله الرد، وإن قلنا بيع فلا، قال: لأنه إن أراد الرد فسخ قسمه فيرد عليه غير ملكه، وإن أراد فسخ القسمة ثم يرد لم يجز، لأنه تملك المعيب مع العلم بالعيب.

قلت: وهذا نظير قول القاضي حسين هناك، والمفهوم من كلام الأصحاب أن ذلك غير مانع، لأن له الرد إذا رجع إليه بعد العيب والهبة، وإن كان بطريقته هو راض بها، وهو الأصح، هذا إذا كانت العين واحدة باع بعضها، فلو اشترى عينين فباع إحداهما ووجد بها العيب أو بالباقية، وقلنا لا يجوز إفراد أحد العينين بالرد، جزم جماعة منهم الشيخ أبو حامد بأنه ليس له الرد أيضًا ولا أرش لعدم اليأس، وينبغي على علة أبي إسحاق أن يرجع من الأرش بقدر ما يخص الباقي، وهو مقتضى تفريع الماوردي، فإن تلفت العين في يد المشتري الثاني ففي رد الباقي في يده القولان في نظيره إذا كان التلف في يده، وأن العيب بالذي باعه فقط لم يرجع بالأرش على المعنيين لاستدراك الظلامة وللتوقع.

فرع: لو لم يخرج المبيع عن الملك، ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابه وغير ذلك فقد تقدم حكمه، وجملة من مسائله فيما إذا حصل في المبيع نقص.

فرع: لو كان المبيع باقيًا بحاله في يد المشتري وملكه والثمن تالف جاز الرد إذا اطلع على عيب في المبيع، ويأخذ مثل الثمن إن كان مثليًا، وقيمته إن كان متقومًا أقل ما كانت من يوم البيع إلى يوم القبض، لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزائد حدث في ملك البائع، وإن كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشتري. قال الرافعي: ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور في اعتبار الأرش.

قلت: وصرح البغوي والرافعي هنا بأنه من يوم العقد إلى يوم القبض، كعبارة النووي في «المنهاج» هناك، وقد تقدم التنبيه على أن عبارة غيره. بخلافها، فإما أن تكونا سواء كما قاله النووي. وإما أن يفرق، ويجوز الاستبدال عنه بالعرض، وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوها كالتلف، ولو خرج وعاد فهل يتعين لأحد؟ المشتري أو البائع إبداله؟.

قال الرافعي: فيه وجهان، أصحهما: أولهما وقال الإمام: منهم من خرج استرداده على الوجهين، يعني في الزائل العائد، ومنهم من قطع بأنه يسترد، والفارق عند هذا القائل أن المسترد ليس مقصودًا، فلا يشترط فيه ما شرط في المردود والمقصود.

قلت: وهذا كله في الثمن المعين في العقد، وإذا كان باقيًا أخذه بلا خلاف وأما إذا كان في الذمة ونقده، ففي تعيينه لأخذ المشتري وجهان، لم يصحح الرافعي منهما شيئًا. وذكر في الرجوع بالأرش في نظيرها ما يقتضي أن الأصح التعين، وقد تعرضت له هناك. ولم يفرقوا ههنا بين أن يكون التعين في المجلس أو في غيره.

وقد يقال: إن المعين في المجلس أولى بالتعيين من المقبوض بعده، لأن المعين في المجلس كالمعين في العقد على الأصح المذكور في السلم، وكيفما كان، فالأصح التعين، لأنه يرد المبيع فيرتفع ملك البائع عن الثمن، فلا وجه لتجويز إبداله. هذا إذا كان الثمن نقدًا أو موصوفًا فعيبه. أما إذا أخذ عنه عوضًا كقوت ونحوه فسيأتي. ولو أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن، ثم رد المبيع بعيب، فإن كان الإبراء بعد التفرق رجع بتمام الثمن.

قال الروياني: وفيه قول يرجع بما أدى كالزوجة إذا أبرأت من الصداق قبل الطلاق وإن كان الإبراء قبل التفرق فذلك لاحق بالبيع على المذهب فلا يرجع إلا بما بقي، ولو أبرأه من جميع الثمن جزم القاضي حسين بجواز الرد للتخلص عند حفظ المبيع، وقياس من يقول: يرجع بتمام الثمن عند الإبراء عن البعض أن يقول:

يرجع بالثمن هنا ولو وهب البائع المشتري الثمن فقيل: يمتنع الرد بالعيب، وقيل: يرد ولا يطالب ببدل الثمن.

وإن كان الثمن باقيًا في يد البائع لكن ناقصًا نظر إن تلف بعضه أخذ الباقي وبدل التالف وإن رجع النقصان إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرض في أصح الوجهين، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانًا. هكذا قال البغوي والرافعي وقد قدمت المسألة في فرع فيما إذا رد المبيع وهو ناقص، والمنقول فيه عن ابن سريج أنه يتخير بين أخذه ناقصًا وقيمته، وعن غيره الرجوع بالأرش وإطلاق الرافعي هنا ليس على ظاهره، بل يجب تأويله على أنه لا يغرم الأرش ويتخير البائع كما يقول ابن سريج، وقد نقل النووي هذا الفرع عن القفال والصيدلاني وآخرين بأنه يأخذه ناقصًا، ذكره من زياداته في آخر مسألة في هذا الباب في الروضة، وكان الأولى ذكره مع كلام الرافعي.

فرع: الثمن المعين إذا خرج معيبًا يرد بالعيب كالمبيع، وإن لم يكن معينًا وكان في عقد لا يشترط فيه التقابض في المجلس يستبدل، ولا يفسخ العقد، قال المتولي والرافعي: سواء أخرج معيبًا بخشونة أو سواد، أو ظهر أن سكته مخالفة لسكة النقد الذي تناوله العقد، أو خرج نحاسًا أو رصاصًا.

قلت: وهذا في غير المعين صحيح، وأما المعين إذا خرج نحاسًا أو رصاصًا وكان قد اشترى به على أنه دراهم فإنه يبطل العقد على الأصح كما تقدم في باب الربا وسيأتي إن شاء الله تعالى في كلام المصنف في الفصل الذي بعد هذا بفصل، وقد تقدم في باب الربا جملة من أحكام العيب في عوض الصرف.

فرع: باع عبدًا بألف وأخذ بالألف ثوبًا ثم وجد المشتري بالعبد عيبًا ورده فعن القاضي أبي الطيب أنه يرجع بالثوب، لأنه إنما ملكه بالثمن وإذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشتري فينفسخ بيع الثوب به.

وقال الأكثرون منهم الماوردي: يرجع بالألف لأن الثوب مملوك بعقد آخر وفي «المجرد من تعليق أبي حامد» أن الشافعي قاله نصًا. ولو ظهر العيب بالثوب رد ورجع بالألف لا بالعبد، ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع فعن ابن سريج أنه يرجع بالألف دون الثوب، لأن الانفساخ بالتلف يقطع العقد ويرفعه من أصله، وهو الأصح، وفيه وجه آخر.

فرع: اختلفا في الثمن بعد رد المبيع، فعن ابن أبي هريرة قال: أعيتني هذه المسألة، والأولى أن يتخالطا وتبقى السلعة في يد المشتري، وله الأرش على البائع من القدر المتفق عليه. قال أبو إسحاق: وحكى أبو محمد الفارسي عن أبي إسحاق

أن القول قول البائع لأنه الغارم، كما لو اختلفا في الثمن بعد الإقالة قال الرافعي: وهذا هو الصحيح.

فرع: لو احتيج إلى الرجوع بالأرش فاختلفا في الثمن، فعن رواية القاضي ابن كج فيه قولان. الأظهر أن القول قول البائع، قاله الرافعي.

فرع: من زيادات النووي في «الروضة» اشترى سلعة بألف في الذمة فقضاه عنه أجنبي متبرعًا فرد السلعة بعيب لزم البائع رد الألف وعلى من يرد؟ وجهان، أحدهما: على الأجنبي لأنه الدافع والثاني: على المشتري لأنه تقدر دخوله في ملكه، فإذا رجع المبيع رد إليه ما قابله. وبهذا الوجه قطع صاحب المعاياة ذكره في باب الرهن.

قلت: وذكر الروياني في «البحر» وجهين وقال: أن الأصح الثاني، قال: ولو خرجت السلعة مستحقة رد الألف على الأجنبي قطعًا لأنه تعين أن لا ثمن ولا بيع إلّا إذا لم يعلم بالعيب حتى وجبت فيه الزكاة، فعن ابن الحداد له الرد، وعن أبي علي لا، لنقصانه بالشركة على قول أو الرهن على قول، وأما بعد إخراج الزكاة فإن أخرجها من غيره وقلنا: التعليق بالذمة، فله الرد. وإن قلنا بالشركة، فقيل: كالرجوع بعد البيع، وقيل: بالرد قطعًا، لعدم استدراك الظلامة وإذا خرج من الحال ولم نجوز تفريق الصفقة امتنع الرد ووجب الأرش عند من يعتبر اليأس وهو الأصح، وإن جوزنا التفريق رد بقسطه، وقيل: يرد الباقي وقيمة التالف، ولو اشترى عبدين في صفقتين أحدهما بعشرة، والآخر بخمسة ثم رد أحدهما بعيب ثم اختلفا. فقال المشتري: رددت الذي بعشرة فالقول قول البائع لأن الأصل براءة الذمة، ولو اشترى ثوبًا من رجل ثم ثوبًا من آخر ووجد بأحدهما عيبًا ولم يدر أن المعيب من أيهما اشتراه، فلا رد له على واحد منهما، قالهما القاضي حسين في «الفتاوى».

فرع: اتفق الشافعي وأكثر العلماء على أن المشتري إذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقيًا أنه يأخذه، وإذا كان تالفًا أخذ قيمة الثمن على ما تقدم، لا فرق بين الحيوان والعروض وغيرهما.

وقال ابن أبي ليلى: إذا اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبًا فردها، فإن ما له قيمة الجارية، ولا يأخذ العبد، وكذلك نقلوه عنه في الجارية بالجارية ولا أدري أيطرد في بقية الحيوان والعروض أم لا؟

قال المصنف رحمه الله تعالى: والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيبًا، فإن خفي منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس.

الشرح: لما تقدمت أحكام العيب احتاج إلى تعريفه، فعقد هذا الفصل لذلك

وبيان ما هو عيب وما ليس بعيب، ولما كانت الأمثلة لا تنحصر قدم عليها الضابط فيها، وما ذكره من الضابط سديد، فإن المدرك في ذلك العرف، ولولا ذلك واقتضى العرف سلامة المبيع حتى جعل ذلك كالمشروط لما ثبت الرد، فلذلك جعل ضابطه راجعًا إلى العرف، فما عده الناس وأهل العرف عيبًا كان عيبًا، وما لا فلا، ولكن الإحالة على العرف قد يقع فيها في بعض الأوقات إلباس، فلأجل ذلك ضبطه غير المصنف بضابط أبين، وأحسن شيء فيه ما أشار له الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ، ولخصه الرافعي أن يقال: ما ثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصًا ما، يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال ذلك المبيع عدمه.

وأخصر من ذلك أن يقال: ما نقص القيمة أو العين نقصانًا يفوت به غرض صحيح، ويغلب على أمثاله عدمه، وبعضهم قال: ما نقص القيمة أو العين من الخلقة التامة. قال الرافعي: فإنما اعتبرنا نقصان العين بمسألة الخصي، يعني فإنه يرد به، وإن لم ينقص القيمة، لكنه نقص العين، وإنما لم يكتف بنقص العين واشترط فوات غرض صحيح، لأنه لو قطع من فخذه أو ساقه قطعة يسيرة لا تورث شينًا ولا يفوت غرض لا يثبت الرد، قال: ولهذا قال صاحب «التقريب»: إن قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد، وإلا فلا، وفيه احتراز أيضًا عما إذا وجد العبد والجارية مختونين، فإنه فات جزء من أصل الخلقة لكن فواته مقصود دون بقائه فلا رد به إذا كان قد اندمل. وإنما اشترط أن يكون الغالب على أمثاله عدمه. لأن البقاء به مثلًا في الإماء معنى ينقص القيمة لكن لا رد بها لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة إذا كانت الأمة كبيرة في سن لا يغلب فيه ذلك.

وأما الذي زاد من الخلقة التامة فاحترز عما إذا نقص زائد من أصل الخلقة كالإصبع ونحوها، بأن قطعها البائع ولم يبق شين ثم باعها. فلا يثبت بزوالها رد. هكذا قاله صاحب «التتمة». وهذا فيه نظر. فإن القاضي أبا الطيب قال في ذلك: إذا حدث في يد المشتري وجب أن يمنع من الرد في يد عندي، وتابعه على ذلك ابن الصباغ. فإن كان ذلك عيبًا مانعًا من الرد ـ كما قاله أبو الطيب ـ وجب أن يوجب الرد إذا حصل في يد البائع وإن لم يكن عيبًا موجبًا للرد كما قال صاحب «التتمة» وجب أن لا يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري لا يمنع الرد. فطرد قاعدته وجل ما لا يثبت بفواته في يد البائع خيار لا يمنع الرد إذا حدث عند المشتري فحصل الخلاف بين أبي الطيب والمتولي في امتناع الرد بحدوثه.

وأما ثبوت الرد بوجوده في يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به، ويجعله عيبًا ويطرد قاعدته، وحينئذٍ يحصل الخلاف بينهما في المسألتين، ويمكن أن

يقال: إن زوال الإصبع الزائد ونحوها وإن لم يكن عيبًا، إلا أن ذلك الزائد إذا كان موجودًا عند العقد استحقه المشتري، وصار جزءًا من المبيع المقابل بالثمن، فلو رده المشتري بدونه لرد المبيع ناقصًا عما ورد العقد عليه، فلذلك قال القاضي أبو الطيب: إنه يمنع الرد لا بسبب أن ذلك عيب، نعم إذا حصل زوال هذه الإصبع الزائدة ونحوها في يد البائع بعد البيع وقبل القبض مساق هذا البحث أن يثبت للمشتري الرد لزوال بعض ما شمله العقد، وإن لم يكن عيبًا. ألا ترى أنه تقدم لنا أن من اشترى عبدًا كاتبًا فنسي الكتابة قبل القبض أنه يثبت الخيار لفوات ما كان موجودًا عند العقد وإن لم يكن عيبًا. بل فوات كمال. وهذا إن لم يكن كمالًا فقد تعلق به غرض وقد صار مستحقًا بالعقد.

لكنه تقدم عن صاحب «التهذيب» أنه قال بعدم ثبوت الخيار في حصول ذلك قبل القبض، وهو الذي يشعر به كلام صاحب «التتمة» الذي حكيته الآن. وهو مخالف لما قلته من البحث. ولما قاله القاضي أبو الطيب ولصاحب «التهذيب» وصاحب «التتمة» أن يقولا: أن ذلك الزائد وإن كان شمله العقد إلا أنه لا غرض فيه. فزواله مع البرء لا يحصل به نقص يفوت به غرض صحيح بخلاف فوات الكتابة بالنسيان، وعلى هذا يكون كل ما أثبت الرد على البائع منع الرد من المشتري. وإن أبقينا كلام أبي الطيب على حاله وطردناه فيما قبل القبض فكذلك يستمر هذا الضابط.

وإن جمعنا بين ما قاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب «التهذيب» قبله كما تقدمت الإشارة إليه في موانع الرد فيفصل في فوات هذه الزيادة في يد البائع بين أن تكون بعد البيع فيثبت الخيار أو قبله فلا. إذا لم يبق بسببها نقص. ويكون كل ما يوجب الرد إذا كان البيع يمنع الرد إذا حصل عند المشتري ولا ينعكس، فكل ما يوجب الرد إذا حدث بعد البيع وقبل القبض يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري وبالعكس، وكل عيب مثبت للرد وليس كل مثبت للرد عيبًا، كما مثلناه في فوات صفة الكمال قبل القبض، فليس عيبًا داخلًا تحت هذا الضابط إلا أنه باستحقاقه بالعقد صار فواته عيبًا.

وأصل هذا الضابط الذي ذكره الرافعي وأشار إليه الإمام للقاضي حسين، فإنه قال: الحد فيه أن كل معنى ينقص العين بأصل الخلقة أو القيمة أو يفوت غرضًا مقصودًا شرطه، أو فات بتدليس من جهة البائع يثبت الخيار. وما خرج من هذه الجملة فلا يثبت الخيار، وقصد القاضي بهذا حد كل ما يثبت الرد من الأسباب الثلاثة المذكورة في هذا الباب التصرية والعيب والخلف، والضابط الذي تقدم كفاية. وبه تعرف ما يرد على حد القاضي.

وقال الغزالي: العيب كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبًا

وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادته، وقد يكون نقصان عين كالخصى أو زيادتها كالإصبع الزائدة والخصى، فإن زادت قيمته ولكن ما كان منه مقصودًا تتعلق به مالية، وإنما الزيادة بالجب لغرض آخر حصل به، فلم ينقل عن نقصان وأشار الغزالي بهذا إلى أن نقصان القيمة حاصل من وجه كونه يضعف البنية، ولكنه انجبر بزيادتها من جهة الرغبة في دخوله على الحريم عند من يجوزه فكان كذلك لعبد كانت زادت قيمته بسبب الكتابة، ونقصت بسبب العيب دون ما زادت، فإن تلك الزيادة لا تخرجه عن كونه عيبًا.

وفي هذا الكلام محاولة أن المعتبر نقصان القيمة. ولذلك قال الشافعي رحمه الله في باب العيب في الرهن: والعيب الذي يكون به الخيار كل ما نقص ثمنه من شيء ـ قل أو كثر ـ حتى الأثر الذي لا يضر بعمله، والفعل. فهذا النص شاهد لاعتبار القيمة، ومراد الشافعي ـ والله أعلم بالثمن ـ القيمة.

وقال قبل ذلك بأربعة أسطر: إذا كان بالرهن عيب في بدنه أو عيب في فعله ينقص ثمنه وعلم المرتهن العيب قبل الارتهان به فلا خيار له، والرهن والبيع ثابتان. وهذا النص مثل الأول.

وقول المصنف: والعيب الذي يرد به المبيع. قد يقول قائل لو قال: الذي يرد به ـ كما قال في «التتمة» ـ لشمل المبيع والثمن.

والجواب: عن هذا أن الثمن إذا كان معيبًا فحكمه حكم المبيع، لا شك أنه هنا إنما يقصد تعريف العيب في المنع وما في حكمه، فسواء أذكره أم تركه المراد معلوم، ولنا عيوب أخر في غير المبيع مفسرة بغير هذا التفسير. وقال النووي رحمه الله في «تهذيب اللغات»: العيب ستة أقسام: عيب في المبيع، وفي رقبة الكفارة، والغرة، وفي الأضحية والهدي والعقيقة. وفي أحد الزوجين، وفي الإجارة. وحدودها مختلفة، فالعيب المؤثر في المبيع الذي يثبت بسببه الخيار هو ما نقصت المالية أو الرغبة به أو العين، والعيب في الكفارة ما أضر بالحمل إضرارًا بينًا. والعيب في الأضحية والهدي والعقيقة ما نقص به اللحم، والعيب في النكاح ما ينفر عن الوطء ويكسر سورة التواق، والعيب في الإجارة ما يؤثر في المنفعة تأثيرًا يظهر به تفاوت الأجرة لا ما يظهر به تفاوت قيمة الرقبة، لأن العقد على المنفعة، فهذا تقريب ضبطها، وهي مذكورة في هذه الكتب بحقائقها وفروعها وعيب الغرة في الجنين كالمبيع. هذا كلام النووي رحمه الله.

قلت: والعيب في الزكاة كالبيع على الأصح. وقيل كالأضحية، وفي الصداق إذا طلق قبل الدخول، النظر فيه إلى ما يفوت به غرض صحيح ولا نظر إلى القيمة

ولا نقصان العين، ولذلك يقول: الحمل في البهائم في البيع زيادة ليس بعيب، وفي الصداق زيادة ونقص يمنع من الرجوع القهري، فجملة أنواع العيب ستة وإن تكثرت أبوابها، والموهوب بعوض حكمه حكم المبيع، وقال أبو ثور: لا يرد بالعيب ولا يرجع بشيء، وهو بعيد.

فرع: قد تبين لك زوال الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار وذلك غير داخل في الضابط المذكور، والاعتذار عن ذلك بأن يفوت الخيار لا لكونه عيبًا، بل لفوات بعض المستحق، كما تقدمت الإشارة إليه، والله أعلم. وقول المصنف: رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس، قال صاحب «التهذيب»: إن قال واحد من أهل العلم به أنه عيب ثبت الرد به، وكذلك يقتضيه كلام صاحب «العدة». واعتبر صاحب «التتمة» شهادة اثنين: ولو اختلفا في بعض الصفات هل هو عيب؟ وليس هناك من يرجع إليه فالقول قول البائع مع يمينه.

فائدة: الرجوع في العيب إلى العرف له نظائر في الفقه، منها طول المجلس المانع من البناء على الصلاة، وكثير النجاسة المجاوز لحد العفو. وقدر الصفة في الإناء والتفرق القاطع للخيار والقبض والحرز والإحياء، ومواضع كثيرة الحكم فيها يحال على العرف، إما قطعًا، أو على خلاف. وقد اشتهر على ألسنة الفقهاء أن ما ليس له حد في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف، وليس هذا مخالفًا لما يقوله الأصوليون من أن لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعي، ثم العرفي ثم اللغوي، والجمع بين الكلامين أن مراد الأصوليين إذا تعارض معناه في العرف ومعناه في اللغة قدمنا العرف، ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده في اللغة فإما يرجع فيه إلى العرف ولهذا قالوا هنا ليس له حد في اللغة ولم يقولوا ليس له معنى، فالمراد أن معناه في اللغة لم ينصوا على حده بما يثبته، فيستدل بالعرف عليه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن اشترى عبدًا فوجده أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذومًا أو أبرص أو مريضًا أو أبخر أو مقطوعًا أو أقرع أو زانيًا أو سارقًا أو آبقًا ثبت له الرد، لأن هذه عاهات يقتضي مطلق العقد السلامة منها، فلا يلزمه العقد مع وجودها.

الشرح: ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وإن كانت لا تنحصر ولا مطمع في استيعابها، ولكن المقصود زيادة في البيان على ما استفيد من الضابط المتقدم، فمما ذكر المصنف كون الرقيق أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذومًا أو أبرص، وهذه الستة لا خلاف فيها، ولا تفصيل في البرص والجذام المستحكم وغيره، أو مريضًا. وسواء المرض المخوف وغيره، ما يرجى زواله وما لا يرجى زواله في الرقيق وغيره من الحيوان. هكذا قال صاحب «التتمة» وغيره.

نعم إذا كان المرض قليلًا كصداع يسير وما أشبهه ففي الرد به نظر، وقال ابن يونس وابن الرفعة: إن المرض وإن قل عيب.

وقال العجلي: إذا أصاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار كما لو غصب وأمكن البائع رده سريعًا، وهذا حسن، أو أبخر، والبخر الذي هو عيب هو اليأس من تغير المعدة دون ما يكون بقلح الأسنان، فإن ذلك يزول بتنظيف الفم. واعترض مجلي بأن ذلك لا يسمى بخرًا فلا حاجة إلى الاحتراز عنه. وفي «التجريد» أن الجارية ترد بتغير النكهة، وهو محمول على البخر الذي تقدم تفسيره، ولا فرق بين العبد والجارية، فإن الجارية قد تقصد للاستمتاع. والعبد قد يقصد للمسارة.

وقوله: «أو مقطوعًا» أي مقطوع عضو من أعضائه كيد أو رجل أو إصبع أو أنملة أو غيرها، وإطلاق ذلك يشمل الأصيل وغيره، وقد تقدم استثناء قطع الإصبع الزائدة وشبهها، وقطع شيء يسير من الفخذ إذا لم يحصل بشيء من ذلك نقص، أو أقرع وهو الذي ذهب شعر رأسه من آفة، ويشترط في هذه الأمور أن تكون مستمرة، فلووجدت في يد البائع قبل البيع وزالت وانقطع أثرها فلا رد بها، وذلك إنما يكون في غير القطع أو زانيًا أو سارقًا أو آبقًا، وهذه أيضًا لا خلاف فيها، ولا تفصيل عندنا في ذلك بين العبيد والإماء ولا فرق بين أن يكون قد أقيم عليه الحد في الزنا والسرقة أو لم يقم، ووافقنا على الرد بعيب الزنا مطلقًا مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر.

وقول أبي حنيفة: إن العبد لا يرد بعيب الزنا بخلاف الأمة. فإن زناه يؤدي إلى اختلاط نسبه بنسب غيره. وأجاب أصحابنا بأن زنا العبد يوجب الحد وينقص قيمته، وقد يموت تحت الحد، ولا فرق بين الصغير والكبير، وإن كان الحد لا يجب على الصغير لأنه يتعود ذلك فيفعله بعد الكبر، نص الأصحاب على أنه لو زنا مرة واحدة في يد البائع فللمشتري الرد وإن تاب وحسنت حالته، لأن تهمة الزنا لا تزول، ولهذا لا يعود إحصان الحر الزاني بالتوبة.

وقال الغزالي في «الوسيط»: اعتياد الإباق والسرقة والزنا عيب، فأشعر باشتراط الاعتياد في الثلاثة أو في الإباق، أو فيه وفي السرقة. ولو لم يكن من كلام الغزالي إلا ذلك أمكن تأويله بأن السرقة والزنا معطوفان على اعتياده، ولا يكون الاعتياد شرطًا فيهما، لكنه في «الوجيز» قال: اعتياده الزنا والإباق والسرقة فهذا صريح لا يقبل التأويل، وقريب منه قوله في «البسيط»: أباقًا أو سراقًا أو زناء فأتى في الثلاثة بصيغة المبالغة، فأما الزنا فقد تقدم نص الأصحاب فيه، ولا نعلم أحدًا

صرح فيه بخلاف، والسرقة كذلك، وأما الإباق فإن الإمام قال في أوائل كتاب السلم في جواب سؤال: إن اعتياد الإباق عيب، واتفاق الإباق لا يلتحق بالعيوب. وهذا الذي صرح به الإمام كلام الجمهور يدل على خلافه، ووراء ذلك ثلاثة أمور.

أحدها: أن هذه الثلاثة إذا تكررت في يد البائع واشتهرت ثم وجدت في يد المشتري ولم يكن علم بها فله الرد، لأن وجودها في يد المشتري عيب حادث بعد تكررها وإن وجدت في يد البائع مرة واحدة ثم وجدت في يد المشتري، فالمفهوم من كلام كثير من الأصحاب أن له الرد، وبه صرح أبو سعيد الهروي في الثلاثة وغيره في الإباق، ولا فرق في ذلك بين البالغ والصبي المميز، وقال القاضي حسين: يأخذ الأرش لأن الإباق في يد المشتري عيب حادث، وقد تقدم ذلك عند الكلام فيما إذا لم يعلم بالعيب حتى أبق.

وإن وجدت في يد البائع مرة واحدة، لم توجد في يد المشتري فإن كان صبيًا مميزًا فالذي يدل عليه كلام صاحب «التتمة» وغيره أنه يرد.

وقال أبو سعيد الهروي: لا يرد. والأول أصح وإن كان كبيرًا يرد، لأن العادة في حال الكبر يتعذر الإقلاع عنها، وفيه في الإباق خاصة وجه حكاه الهروي عن الثقفي أنه لا يرد كالصغير. والصحيح الأول. وهو قول الزجاجي والقاضي حسين. وقيل: إن للشافعي ما يدل عليه.

قال القاضي حسين: الفعلة الواحدة في الإباق يجوز أن تعد عيبًا أبدًا كالوطء في إبطال الحضانة. وصرح في الفتاوي بأنه لا يرتفع ذلك بالتوبة وطول المدة كالزنا. وفرع الهروي على قول الثقفي أنه لا يمين على البائع. لأن جواز الرد يعتمد وجود العيب في يد المشتري. هذا ما تلخص لي من كلام الأصحاب في ذلك.

وحيث قلنا: له الرد في الإباق فمحله في حال حضوره، وأما في حال إباقه فلا على ما تقدم وما ذكره أبو سعيد الهروي في «الصغير»، واقتضاه كلام الثقفي في إباق الكبير أنه لا يرد بالمرة الواحدة إلا إذا وجد في يد المشتري عجب، فإنه إن كان ذلك عيبًا فلا حاجة إلى شيء آخر، وإن لم يكن عيبًا فوجوده في يد المشتري إن لم يكن مانعًا فلا أقل من أن يكون مقتضيًا، اللهم إلا أن يلاحظ أن وجوده في يد المشتري دال على أن ذلك صار عادة، وأنه من ضمان البائع لاستناده إلى سابق.

فرع: لو وجد الإباق والسرقة والزنا ونحو ذلك في يد البائع وارتفع مدة مديدة بحيث يغلب على الظن زوالها، ثم وجدت في يد المشتري، قال الهروي: قال الثقفي والزجاجي أبو علي: لا يجوز الرد، لاحتمال أن تلك المعاني ارتفعت ثم حدثت في يد المشتري، فصار ذلك كالمرض الحادث في يده.

فرع: لا يشترط أن توجد هذه الأشياء في يد البائع بل لو وجدت في يد من تلقى البائع الملك منه أو قبله، كان حكمها كذلك، قاله القاضي حسين والمتولي في الإباق، وهو يجري في الأخيرين بلا شك بخلاف الأمور السابقة من الأمراض.

فرع: الحواء كالسارق، ولا يشترط تكرر الجناية منه أيضًا، وإنما ذكرته بهذه الصيغة تبعًا للإمام.

فرع: في مذاهب العلماء. قال الثوري وإسحاق في الصبي يسرق ويشرب الخمر ويأبق: لا يرد بعيب حتى يحتلم وقال أحمد: إذا جاوز عشر سنين فهو عيب.

فرع: قول المصنف: عبد على سبيل المثال، فالأمة كذلك، وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات أيضًا كالعمى والعرج والقطع.

فرع: ومن أمثلة العيوب أيضًا الجب، وهو داخل في قول المصنف: مقطوعًا، والصئبان في العبيد والإماء إذا كان مستحكمًا مخالفًا للعادة دون ما يكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ، ولا يشترط كونه لا يقبل العلاج بل إذا كان لا يندفع إلا بعلاج مخالف للمعتاد فهو عيب، وعند القاضي حسين لا يثبت بالصبيان صئبان وينبغي أن يحمل كلامه على ما ليس خارجًا عن العادة، والجنون سواء المتقطع وغيره، وكونه مختلًا أو أبله أو أشل أو أعور، وزعم بعضهم أن ذلك يندرج في العمى، لأنه عمى في أحد العينين، فيكون داخلًا في قول المصنف، وليس كذلك. لأن العمى عند الإطلاق إنما ينصرف إلى العينين نعم العور في اللغة ذهاب البصر، فقد يطلق على الأعمى، ولهذا يعبر بأعور اليمنى أو اليسرى ولكن صار عند الإطلاق أيضًا إنما يفهم منه ذهاب البصر من إحداهما.

ومنها كون الرقيق أخفش وهو نوعان، أحدهما: ضعيف البصر خلقة، والثاني: يكون بعلة حدثت، وهو الذي يبصر بالليل دون النهار المعين، وفي يوم الغيم دون الصحو وكلاهما عيب، وكونه أجهر بالجيم وهو الذي لا يبصر في الشمس، أو أعشى وهو الذي يبصر بالنهار ولا يبصر بالليل، والمرأة عشواء أو أعمش قاله القاضي حسين، أو أخشم وهو الذي في أنفه داء لا يشم شيئًا أو أبقم وهو المعوج الفم أو أرت لا يفهم ـ والأرت بفتح الراء وتشديد التاء المثناة من فوق. وهو الذي في كلامه عجمه، وهذا تفسير أهل اللغة.

وقال الفقهاء في صفة الأمة: هو الذي يدغم حرفًا في حرف على خلاف الإدغام الجائز في العربية. والرتة بضم الراء فكلا الأمرين في هذا الموضع ينبغي النظر فيه إلى جنس ذلك الرقيق، فإن كان الغالب فيه عدمه كان عيبًا. وإن لم يكن الغالب فيه عدمه كالزنج وغيرهم لم يكن عيبًا.

وقد أطلق الأصحاب هنا الأرت الذي لا يفهم. ويمكن أن يبقى ذلك على إطلاقه ويكون المراد الذي لا يفهم عنه بلغته ولا بغير لغته. وقال القاضي حسين: إذا وجده ألثغ أو أرت لا يثبت الخيار إذا كان يستظرف بكلامه. فإن كان لا يستظرف بكلامه فله الرد. وكأن مراده إن كان يفهم كلامنا فلا رد. وإن لم يفهم فله الرد فيهما. كما قال الأصحاب وهذا بعيد عن مراده في الأرت.

ومنها: كونه فاقد الذوق أو شيء من الحواس الخمس وإن كان بعضها تقدم والشعر أو الظفر أو له إصبع زائدة أو سن ساغية وهي الزائدة المخالفة لباقي الأسنان أو يد زائدة أو رجل زائدة أو مقلوع بعض الأسنان أو أدرد، وكون البهيمة درداء إلا في السن المعتاد، ونقل القاضي حسين في «الفتاوى» هذا التقيد عن العبادي، بعد أن أطلق أن له الرد والتقيد لا بد منه وهو الذي أورده الرافعي وحكى القاضي حسين أيضًا أنه هل يشترط رؤية السن في العقد؟ قال: يحتمل وجهين، فليكن الكلام في الرد تفريعًا على أحد الوجهين، أو يأتي فيه ما تقدم في الشعر.

ومنها: كونه ذا قروح أو ثآليل كثيرة أو بهق، وهو بياض يعتري الجلد يخالف لونه ليس ببرص، أو أبيض الشعر في غير أوانه، ولا بأس بحمرته.

ومنها: كونه نمامًا، أو ساحرًا، أو قاذفًا للمحصنات، أو كذابًا أو به نفخة طحال، كما قال الماوردي والروياني، أو مقامرًا أو تاركًا للصلاة، أو شاربًا الخمر وفي وجه ضعيف لا رد بالشرب وترك الصلاة، حكاه الرافعي عن «الرقم» للعبادي وعن القاضي أبي الطيب تقييد الشرب بأن يسكر، ولا حاجة إليه، لأنه بالشرب يجب الحد، نبه عليه مجلي، وأيضًا يتخذ ذلك عادة، وفي «التهذيب» أن الشرب المتقادم الذي تاب عنه لا يثبت الرد بخلاف الزنا، لأن سمة الشرب تزول عنه بخلاف الزنا، وقد تقدم عن القاضي حسين أن الإباق لا يسقط أثره بالتوبة والظاهر أنه كالشرب، فيحتمل أن يكون القاضي مخالفًا هنا وصاحب «التهذيب» مخالفًا هناك إلا أن يفرق.

ومنها: كونه خنثى مشكلًا أو غير مشكل قال الرافعي: وعن بعض المتأخرين أنه إن كان رجلًا، وكان يبول من فرج الرجال فلا رد، قلت: وهذا حكاه العمراني عن القاضي حسين أنه قاله في باب الجنايات.

ومنها: كونه وصل شعره بشعر غيره، قاله القاضي حسين والأليق عد هذا في صور التلبيس كالتصرية.

ومنها: كون العبد مخنثًا أي ممكنًا من نفسه من عمل قوم لوط، والمخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح، والفتح أشهر وهو الذي خلقه كخلق النساء في

حركاته وهيئته وكلامه ونحو ذلك، وتارة يكون ذلك خلقة له فلا يأثم به وتارة يتصنعه فهو مأثوم مذموم ملعون.

ومنها: كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة عن زوج أو وطء بشبهة خلافًا لأصحاب الرأي، ونقل ابن أبي عصرون أن صاحب «الحاوي» قال في «المعتدة»: أنها لا ترد لقرب المدة، وأن الشاشي قال: ما كان نقصًا يستوي فيه القريب والبعيد، وينبغي لو كان بقي من عدتها يوم أن يثبت الخيار.

قال ابن أبي عصرون: وهذا حسن قلت والذي رأيته في «الحاوي» أن الخيار يثبت في «المعتدة» وإنما ذكر التعليل بالقرب في الصائمة بعد ذلك، فلعل ذكر الصائمة سقط بين ذلك من بعض النسخ التي وقعت له، ولم أر ذلك في «حلية الشاشي» أيضًا وهو عجيب، والذي أقوله أنه ينبغي التفصيل في المعتدة إن كان قد بقي من العدة زمن يسير لا يكون عيبًا، ويكون ذلك بمنزلة ما إذا كان العيب يسيرًا يمكن البائع إزالته عن قرب، وقد قالوا فيه: إنه لا خيار للمشتري، وإن كان زمنًا كثيرًا لمثله أجرة كيوم يثبت الخيار، كما تقدم اعتبار مثل ذلك في الأحجار أو بها لخن بفتح اللام والخاء المعجمة، وهو تغيير رائحة الفرج قاله الروياني عن ابن المرزبان أو على لسانها نقطة سوداء إذا قال أهل الخبرة: إن ذلك نقص. قاله القاضي حسين أو تأكل الطين وقد أثر فيها قاله القاضي أيضًا ولا فرق في ذلك بين الجارية والعبد أو كون الجارية مساحقة.

ومنها: وقد تعرض له الشافعي أن يكون كل منهما: العبد والأمة أحرم بإذن السيد. ثم باعه. ثم علم المشتري في زمن الإحرام فله الخيار. لأنه ليس له تحليله. نص عليه في «الأم» في كتاب الحج، وإن كان أحرم بغير إذن سيده ثم باعه فللمشتري تحليله كالبائع، قاله الجرجاني والنووي عنه ولا يثبت له خيار.

قلت: ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله. وإن كان بغير إذنه فعلى هذا ليس للمشتري أيضًا، ويثبت له الخيار. وينبغي التفصيل في الإحرام. فإن كان قد بقي زمن يسير كطواف أو حلق أو رمي في آخر الأيام لا يكون له الخيار. وإلا كان له الخيار إذا لم يمكن التحليل.

ومنها: على ما قال الجوري: إذا باع عبدًا قد نذر صوم شهر بعينه، لأنه ليس له منعه بعد الدخول فيه، قال: فإن كان بالذمة من الصوم متفرقًا فلا خيار لأنه له منعه، وهو في ذمة العبد.

قلت: وهذا يقتضي أن يطرد في كل صوم وجب على الفور يكون عيبًا إذا كان طويلًا يضر لشهر ونحوه كما مثل به. أما اليوم ونحوه فلا. والذي لا يجب عليه

الفور يحتمل أن لا يكون عيبًا كما قال، ويحتمل أن يكون عيبًا لأنه يضيق عليه إذا توقع الموت وعلى قياس ما قال لو كان فاته صوم رمضان بعذر أو بغير عذر ينبغي أن يثبت الخيار، لأنه لا يجوز له تأخيره عن رمضان آخر، فيصير كشهر بعينه وهو قريب الحصول.

ومنها: تعلق الدين برقبتهما، ولا رد بما يتعلق بالذمة، ومثله المتولي والروياني بدين الفرض، وحسن أن التجارة والشراء في الذمة خلافًا لأصحاب الرأي ومالك، ولو بان كون العبد المبيع معيبًا في جناية عمد وقد تاب عنها فوجهان فإن لم يتب فعيب قلت: ينبغي أن يكون عيبًا مطلقًا كالسرقة والزنا وقد حكاه صاحب «الاستقصاء» وجهًا، وجناية الخطأ ليست بعيب إلا أن يكثر وهذا معناه إذا لم يكن أرشها باقيًا.

ومنها: ضمور الكعبين وانقلاب القدمين إلى الوحشي والخيلان الكثيرة وآثار الشجاج والقروح والكي وسواد الأسنان وذهاب الأشفار والكلف المغير للبشرة وكون أحد ثديي الجارية أكبر من الآخر، والحفر في الأسنان وهو تراكم الوسخ الفاحش في أصولها، ذكر هذه الأحد عشر القاضي أبو سعيد في فصل في عيوب العبيد والجواري في «شرح أدب القاضي» لأبي عاصم، ونقله الرافعي عنه، ولو وجد الجارية لا تحيض وهي صغيرة أو أيسه فلا رد، وإن كانت في سن يحيض النساء في مثله غالبًا فله الرد، وضبطه القاضي حسين بعشرين سنة، ولو تطاول طهرها وجاوزت العادات الغالبة للنساء فله الرد، هكذا قاله المتولي والرافعي. وقال القاضي حسين: إذا انقطع سنة فأكثر فإن كانت لها عادة معلومة فعيب، وإن لم يكن لها عادة فليس بعيب، وفي عبارة الروياني اعتبار عادة البلد ونسبه إلى النص، والحمل في الجارية عيب وفي سائر الحيوانات ليس بعيب على الصحيح الذي اقتضاه إيراد الرافعي هنا وقطع به المتولي وقال في «التهذيب»: عيب. وقال ابن الرفعة في «الكفاية»: إن الرافعي قال في الصداق أنه أظهر الوجهين، والذي قاله الرافعي في الصداق أنه أظهر الوجهين إنما كان في الجواري زيادة من وجه ونقصانًا من وجه، لأنه يضر بطيب اللحم في المأكول وبالحمل في غير المأكول. وفي التناقض بين تصحيح الرافعي نظر، فإن النظر في الصداق في الزيادة والنقص إلى حصول غرض صحيح أو فواته، ولا نظر إلى القيمة ولا نقصان العين كما هو الضابط ههنا، فقد لا يكون الحمل في الحيوانات عيبًا في البيع. لأنه لا ينقص من العين ولا من القيمة، ويكون نقصًا في الصداق من وجه لفوات غرض به وفيه نظر.

ومن العيوب كون الدابة جموحًا أو عضوضًا أو رموحًا أو حثيثه المشي بحيث

يخاف منها السقوط، وشرب البهيمة لبن نفسها، وقلة أكل الدابة. وشرط المتولي والروياني في الجموح أن لا تنقاد إلا باجتماع الناس عليها، وهو بعيد، وإن كان في كلام القاضي حسين ما يفهمه. قال القاضي حسين: ولو كانت ترهب من كل شيء تراه فله الرد أيضًا.

وقال الهروي: من عيوب الدواب الحران وأن يكون إذا أعلم قبل الرحال وهو محل ومن العيوب كون الدار أو الضيعة منزل الجند. قال القاضي حسين في «فتاويه»: هذا إذا اختصت من بين ما حواليها بذلك، فإن كان ما حولها من الدور بعتابتها فلا رد، وكونها ثقيلة الخراج، وإن كنا لا نرى أصل الخراج في تلك البلاد وتفاوت الرغبة والقيمة، ونعني بثقل الخراج كونه فوق المعتاد في أمثالها وفي وجه عن حكاية أبي عاصم لا رد لثقل الخراج ولا بكونها منزل الجند، والحق في «التتمة» بهاتين الصورتين ما إذا اشترى فوجد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق، ويزعزعون الأبنية، وأرضًا فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع، وحكى الروياني في هاتين المسألتين وجهين، وأطلق القاضي حسين في «الفتاوى» أنه إذا اشترى أرضًا فوجدها مرتع الخنازير أن له الرد قال: وقال العباد: ليس له الرد.

ولو اشترى أرضًا يتوهم أن لا خراج عليها فبان خلافه، فإن لم يكن على مثلها خراج فله الرد وإن كان على مثلها ذلك القدر فلا رد. هكذا في «التتمة» والرافعي وفي «فتاوى القاضي حسين». وهذا يقتضي تفسير الخراج بشيء غير أجرة الأرض فإنه إذا لم يعلم أن على الأرض أجرة وظن أن الأرض ملك البائع وورد العقد عليها ثم خرجت بخلاف ذلك تخرج على تفريق الصفقة لا لأجل الخراج، بل لخروج بعض المبيع مستحقًا. وقال صاحب «التتمة»: لو شرط أن لا خراج عليها فبان عليها خراج فله الرد قل أو كثر، يعني ولو كان على أمثالها وهو ظاهر.

وقال الغزالي في «الفتاوى»: لو اشترى أرضًا فبان أنها تبير إذا بارت رجلة ويضر بالزرع فله الرد إن قلت الرغبة بسببه.

ومن العيوب كون الماء مسخنًا على أصح الوجهين، ولو باع الظاهر من الأواني بالاجتهاد لزمه تعريف المشتري، فإن لم يعرفه فهل له الخيار؟ وجهان حكاهما الروياني، ولو باع عشرين صاعًا من ماء في بئر فاستقى منها تسعة عشر فلما أخرج الصاع الأخير وجد فيه فأرة ميتة ولم يتغير الماء بها فأريق هذا النجس، وقال البائع: استلم الصاع من الباقي في البئر لأنه كسر، وطلب المشتري فسخ البيع كان له الفسخ لأن هذا الماء نجس عند بعض الفقهاء فتعافه النفس، فيصير كعيب أصابه بما اشتراه، نص عليه الشافعي، ونقله عنه الروياني. والرمل تحت الأرض إن كانت

مما يطلب للبناء، والأحجار إن كانت مما يطلب للزرع والغرس وقد تقدم الكلام في ذلك في باب بيع الأصول والثمار، فلينظر هناك.

ومن العيوب نجاسة المبيع إذا كان ينقص بالغسل وظهور ماله يوقف المبيع وعليها خطوط المتقدمين، وليس في الحال من يشهد بذلك عيب، ونقل ذلك عن «العدة»، وقال صاحب «البحر»: وفرضهما فيما إذا علم أنها ليست مزوره. ونقلها عن بعض أصحابنا بالعراق وعن اختيار مشايخ طبرستان. قال الروياني: وكذلك إذا ادعى مدع يعول على دعواه وفقهيًا يحتمل أن يقال ذلك عيب. وهذا إذا سبقت الدعوى البيع وإن بعد البيع وقبل القبض.

فرع: قال الهروي: فصل في عيوب العبيد والجواري التي اجتمع عليها البحاثون وأفتى بها المفتون التابع في الخلق وتغير الأظفار والخلف هذا في العنين والسعال والصكك وهو اصطكاك القدمين. هذا لابن أبي ليلى والكوع وهو خروج العرقوب عن القدم في اليمين والشمال، والفرع وهو يتوسط القدم والنقرة والشامات إلا شامة بيضاء والغدد والعقد والكسف، وهي دائرة في قصاص الناصية والعس والجماجم في غير مواضعها والكشف في الحبل اكتواه في عسيب ذنبه، والسلوم في الأسنان والسفاق في اليدين والرجلين واختلاف الأضلاع والأسنان وجرم البسوق، والأذن إذا اتسعت ثم خيطت، والنمش والسمط وآثار جلد خطوط السياط وأكل الطين، هذا لشريك القاضي وخضاب الشعر وتجعيده والوشوم والغنة في الصوت. وهذا لحفص بن غياث والترس أخفى من البرص واللواط والأبنة والحول والفدع وذهاب الأشفار وأن لا يثبت عامتها حدث في زمان أبي عمر القاضي المالكي وأن يكون شتامًا كذابًا.

فرع: قال الزبيري في «المقتضب»: لو اشترى دارًا بحدودها ثم علم أن أحد حيطانها ليس لها فله الخيار.

قلت: وينبغي أن يكون ذلك على تفريق الصفقة، لأن الإشارة تشمل الجميع ومن جملتها الجدار الذي تبين أنه ليس لها. وقال الصيمري: لو اشترى عبدًا فبان أنه أخو المشتري أو عمه فله الخيار لأن النفس لا تكاد تطيب باسترقاقه، وفيه نظر، لأن هذا معنى خاص بالمشتري، وقد صرح البغوي والرافعي بأنه لو اشترى جارية فبانت أخته من النسب فلا خيار، وقال ابن الصباغ: لو كانت محرمة عليه بنسب فلا خيار.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن وجده يبول في الفراش ـ فإن كان صغيرًا ـ لم يرد، لأن بول الصغير معتاد فلا يعد عيبًا، وإن كان كبيرًا رد، لأن ذلك عاهة ونقص.

الشرح: إذا كان صغيرًا فلا خلاف في أنه ليس بعيب، سواء في ذلك الطفل والطفلة، وقدره صاحب «التهذيب» بما دون سبع سنين، وكثير من الأصحاب لم يضبطوا ذلك بمقدار، بل لا يكون مثله يتحرز منه كذلك قال القاضي أبو الطيب، وإن كان كبيرًا، وهو ما زاد على ذلك فهو عيب في العبد والأمة، وعن أبي حنيفة أن له الخيار في الجارية دون العبد. لأن الجارية يتخذها للفراش فيتأذى به وليس كذلك العبد. وأجاب أصحابنا بأن العبد يغسل الثياب التي ينام فيها ويحتاج إلى من يغسلها وينظفها، وهذا نقص فيه. وزعم الفارقي أن المصنف لم يذكر العلة بتمامها وإن كان معتادًا من الصبي لا يخرج عن كونه عيبًا. وتمام العلة أن يقول: هو معتاد من الصبي وماله إلى الزوال فكان في حكم الزائل.

ولو اشترى عبدًا وكان يبول في فراشه ولم يعلم إلا بعد كبر العبد، قال الروياني: لم يكن له الرد ويرجع بالأرش لأن علاجه بعد الكبر عيب، فصار كبره عنده كالعيب الحادث، هكذا قاله الروياني، وكأنه فرض المسألة فيما إذا كبر إلى سن عالية فوق كبره حالة المبيع بحيث يكون علاجه أصعب. أما البول في حالة الصغير فليس بعيب سواء أكبر عند المشتري أو لم يكبر، لا رد به ولا أرش.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن وجده خصيًا ثبت له الرد، لأن العقد يقتضي سلامة الأعضاء وهذا ناقص.

الشرح: الخصي الذي نزعت خصيتاه وسلتا، وقيل: من قطعت أنثياه مع جلدتهما. فعلى هذا التفسير قد دخل في قول المصنف فيما مضى: أو مقطوعًا. فيكون قد نص عليه ليكون أصرح. وعلى كل تقدير هو عيب كما ذكره المصنف وقد ذكر عند الضابط في أول الفصل زيادة كلام فيه. وأن زيادة قيمته لا تمنع من كونه عيبًا. فإذا اشترى عبدًا مطلقًا فخرج فحلا لم يثبت الرد. وإن خرج خصيا ثبت الرد. وكذلك البهيمة إذا وجدها خصيًا ثبت الرد. قاله الجرجاني.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن وجده غير مختون ـ فإن كان صغيرًا ـ لم يثبت له الرد لأنه لا يعد ذلك نقصًا في الصغير، لأنه لا يخاف عليه منه، وإن كان كبيرًا أثبت له الرد لأنه يعد نقصًا في الكبير لأنه يخاف عليه منه، وإن كانت جارية لم ترد، صغيرة كانت أو كبيرة لأن ختانها سليم لا يخاف عليها منه.

الشرح: هذا كما قال: وضبط الروياني الصغير هنا بسبع سنين فما دونها، وفيه وجه أن ذلك لا يكون نقصًا في العبد الكبير أيضًا. ووجه ثالث حكاه الروياني وقطع به المتولي إن كان الكبير من سبي الوقت من قوم لا يختنون فلا خيار. وحكيا في الجارية وجهين. قال: قالا: والصحيح أنه يثبت الخيار لأنه لو كان فيها إصبع زائدة ثبت الخيار ولا يستحق قطعها، فلأن يثبت ههنا وتستحق إزالة هذه الجلدة أولى.

والجواب عما قالاه أن الأصبع الزائدة وجودها نقص، ويخشى من إزالتها، وهي على خلاف الأصل، بخلاف ما يقطع من الجارية. وفي كلام المصنف إشارة إلى أنه إذا وجده مختونًا فلا خيار، سواء أكان صغيرًا أم كبيرًا، وهو كذلك إذا لم يحصل بالختان نقص ولم يكن قد شرط أنه أقلف، فإذا كان قد شرط ذلك فبان مختونًا قال المتولي إن كان فيه غرض بأن كان الغلام مجوسيًا، أو علم أن المجوس يرغبون فيه فله الخيار، وإن كان بخلافه فلا خيار.

ولو اشترى عبدًا أقلف فختنه وإن قل الموضع ثم وجد به عيبًا قديمًا فله رده لأن الختان زيادة فضيلة وليس بعيب. قاله صاحب «التتمة» والروياني، ويحتاج المتولي إلى فرق بين هذا والمسألة السابقة إذا شرط أنه أقلف فخرج مختونًا. حيث فصل ويمكن الفرق.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد، لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة، فلم يعد ذلك عيبًا.

الشرح: هذا مذهبنا. وحكى أصحابنا عن مالك أن له الخيار، لأن الغناء حرام. وذلك نقص فيها. ومنع بعض أصحابنا تحريمه. وبتقدير تسليمه فالمحرم فعله. فله أن يمنعها من استعماله. وأما معرفته فليست بحرام. حتى قال الروياني: لو شرط أنها مغنية فكانت مقرئة فله الخيار ـ يعني لأن له غرضًا في ذلك ـ والقراءة فضيلة لكن لا يحصل غرضه كما لو شرط أنه خصي فخرج فحلًا.

وقول المصنف: لا تنقص به العين، احتراز من الخصاء به، وحكم العبد في ذلك حكم الأمة، فلو وجده زامرًا أو عالمًا بالمعزف أو العود فليس له الرد، والسيد قادر على منعه من العمل، وما ذكرناه من أن الغناء ليس بعيب عندنا هو المشهور، وقال الهروي في «الإشراف»: وإذا كانت مغنية فاختلف فيها الحموي وغيره من أصحابنا.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن وجدها ثيبًا أو مسنة لم يثبت له الرد، لأن الثيوبة والكبر ليس بنقص وإنما هو عدم فضيلة.

الشرح: كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم وقالوا: إذا لم يشرط بكارتها ولا ثيوبتها فخرجت بكرًا أو ثيبًا لم يكن له الخيار لأنه لم يحصل شرط ولا تدليس ولا عرف غالب يدل على ذلك، وذلك الإطلاق محمول على ما إذا كانت في سن يغلب فيه الاستمتاع بها، أما إذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة، فخرجت ثيبًا، ثبت الرد، وممن قاله المتولي والرافعي، وأشعر كلام الروياني أن في ذلك خلافًا، فإنه حكى الإطلاق ثم قال: ومن أصحابنا من قال: إن كان مثلها يكون بكرًا في العادة فوجدها ثيبًا له الخيار، لأنه وجدها على خلاف المعهود، قال:

وهذا أصح عندي، قلت: والأولى أن ينزل ذلك الإطلاق على هذا، ولا يكون في المسألة خلاف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن وجد المملوك مرتدًا أو وثنيًا ثبت له الرد، لأنه لا يقر على دينه.

الشرح: الردة عيب قطعًا في المملوك الذكر والأنثى، وما سواها من الكفر. فالكتابي قد ذكره المصنف بعد هذا، وما بين هذين من أنواع الكفر الأصلي كالتوثن والتمجس قيل: لا رد، لا في العبد، ولا في الإماء، وبهذا قطع صاحب «التتمة».

وقال صاحب «التهذيب»: إن وجد الجارية مجوسية أو وثنية فله الرد، لأنهما محرمة على كافة الناس، وإن وجد العبد كافرًا أصليًا أي كفر كان فلا رد إن كان قريبًا من بلاد الكفر، بحيث لا تقل الرغبة فيه، وإن كان في بلاد الإسلام بحيث تقل الرغبة في الكافر وتنقص قيمته فله الرد، وصحح الرافعي والنووي ما قاله في «التهذيب». وقال القاضي أبو الطيب: إنه إذا اشترى عبدًا مطلقًا فخرج كافرًا لم يكن له خيار، وهذا الإطلاق أقرب إلى موافقة صاحب «التتمة».

وفصل القاضي حسين بين دار الإسلام كما نقل صاحب «التهذيب»، وما قاله المصنف يظهر أنه مخالف للوجهين، فإنه أطلق الرد بالتوثن، وتعليله بأنه لا يقر عليه يقضي أن العبد الوثني يقبل، والمعروف في المذهب خلافه، ومن كلام المصنف وكلام صاحبي «التتمة» و«التهذيب» يخرج في العبد ثلاثة أوجه.

أحدها: أنه لا يرد بالكفر الأصلي مطلقًا، وهو قول صاحب «التتمة». والثاني: وإن كان في بلاد الإسلام يرد به وإلا فلا. وهو قول صاحب «التهذيب»، والثالث: يرد إن كان وثنيًا، وهو قول المصنف، ويحتمل أن يكون المصنف يوافق صاحب «التهذيب» في المجوسي إن كان في بلاد الإسلام فرض أن قيمته تنقص بذلك.

وأما الجارية فما ذكره صاحب «التهذيب» فيها يتعين لنقصها بالنسبة إلى امتناع وطئها على كل أحد، سواء أكانت مجوسية أو وثنية، والكتابية سيأتي حكمها، والمرتدة لا إشكال في كونها ترد، لأنها لا تفرق، وأطلق الشيخ أبو حامد في الجارية، والقاضي أبو الطيب في العبد أنه لا يرد بالكفر، وأطلق الإمام الكلام فيما إذا اشترى عبدًا فخرج كافرًا. ونقل عن عامة الأصحاب أنه عيب. وعن العراقيين أنهم ذكروا وجهًا أنه ليس بعيب. وفصل هو إن كان الإسلام غالبًا في موضع العبد والكفر منقص قيمته فهو عيب، وإن لم يكن الإيمان غالبًا في العبيد، بل كانوا منقسمين. وكان الكفر منقصًا للقيمة، فهذا فيه تردد، وظاهر القياس أنه ليس بعيب،

والظاهر النقل أنه عيب، وإن لم يكن الكفر منقصًا والعادات مضطربة فالوجه القطع بأن الكفر لا يكون عيبًا. وقال قبل باب بيع حبل الحبلة إذا اشترى المسلم عبدًا فخرج كافرًا إن اشتراه في بلاد الإسلام فله رده، فإنه نادر في هذه الديار، وإن اشتراه في دار الحرب فخرج كافرًا فالذي ذهب إليه الأكثرون أنه لا يرد، وكان شيخي يقول: يثبت الخيار، ومما ذكره الإمام يخرج وجه رابع أن الكفر عيب مطلقًا، وما نقله عن الأكثرين هنا موافق لما قاله صاحب «التهذيب».

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن وجده كتابيًا لم يثبت له الرد، لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه.

الشرح: إن كان مراد المصنف هذا موافق لصاحب «التتمة» ومخالف لصاحب «التهذيب» والرافعي في التفصيل بين أن يكون في بلاد الإسلام وقيمة الكافر أنقص فيثبت الرد أو لا فلا فرق عند صاحبي «التتمة» و«التهذيب» في ذلك بين العبد والأمة، صاحب «التتمة» يقول: إنه لا يرد فيها وصاحب «التهذيب» يطرد تفصيله المذكور فيها. ولعل إطلاق المصنف وغيره محمول على ما قال صاحب «التهذيب»، حيث لا تكون القيمة تنقص بذلك، فإن تعليلهم يرشد إليه. وقد تقدم أن الإمام أطلق الكلام في الكفر، ونقله عن عامة الأصحاب أنه عيب. والأصح ما نقله قريبًا من باب بيع حبل الحبلة هو التفصيل الموافق لصاحب «التهذيب» وهو قد خالف مالكًا رَحِمَهُ اللَّهُ فقال: إنه يثبت الرد بالكفر لأنه نقص. وأجاب الأصحاب بأن الكفر نقص في الدين، والبيع إنما يقصد به المال. وكفر الكتابي سبب في تكثير ماليته. لأنه يشتريه الكافر والمسلم وكثرة الطالبين تقتضي كثرة الثمن. قال الفارقي: وقد ثبت هذا المعنى في إعتاق الكافر في الظهار أنه يعتبر فيه الإسلام ككفارة القتل. ولا يفرق بالتغليظ لما تبين أن المسلم أقل قيمة من الكافر، ومحل التكفير وهو الرقبة واحد، فيستوي بين الكفارتين فيه كما يستوي بينهما وبين كفارة اليمين في محل الصوم فلا يجوز في يوم العيد والحيض وإن اختلفا في مقداره.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشترى أمة فوجدها مزوجة، أو عبدًا فوجده مستأجرًا، ثبت له الرد، لأن إطلاق البيع يقتضي سلامة المنافع للمشتري، ولم يسلم له ذلك، فثبت له الرد.

الشرح: هذا كما قال، لأن المزوجة يستحق الزوج تسليمها في بعض الأوقات فيفوت على السيد منفعتها في ذلك الوقت، والمستأجر منفعته فائتة إلى انتهاء مدة الإجارة، وقد صح أن عبد الرحمٰن بن عوف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اشترى من عاصم بن عدي جارية فأخبر أن لها زوجًا فردها، وورد في «سنن البيهقي» في الأمة تباع ولها زوج أن

عثمان قضى أنه عيب ترد منه، ونقل ابن المنذر الإجماع عليه، وفي «البيان» حكاية وجه في التزويج وهو ضعيف، بل باطل لنقل ابن المنذر.

ولو قال زوجها لها: إن برىء المشتري من الثمن فأنت طالق، وكان قبل الدخول ثم علم المشتري بالتزويج، هل له الخيار؟ فيه احتمالان في «البحر». أحدهما: نعم، لثبوت العيب وجواز موت الزوج قبل براءة المشتري والثمن، فيلزمها عدة الوفاة، والثاني: لا، لعدم الضرر، لأن عدة الوفاء إن وجبت ثبت الخيار بها، لأنها عيب حادث، أي من سبب متقدم في يد البائع لم يقع الرضا به، وحكم تزويج العبد حكم ترويج الأمة يرد به أيضًا إلا أن الإجماع المنقول في الأمة خاصة وأطلق كثير من الأصحاب ذلك.

وقال صاحب «التتمة»: أنه إذا كان تزوج بغير إذن سيده ودخل بها وقلنا: المهر يتعلق برقبته كان حكمه حكم العبد الجاني، ويجب تقييده إطلاق غيره بذلك. قال صاحب «التهذيب»: ولو علم العبد ذا زوج، ولكن لم يعلم أن عليه مهرًا ولم يعلم قدره فله الرد، كما لو اشتراه عالمًا بالعيب ولم يعلم مقداره له الرد.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشترى شيئًا فتبين أنه غبن في ثمنه لم يثبت له الرد، لما روى «أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: إذا بعت فقل: لا خلابة، ولك الخيار ثلاثًا» ولم يثبت له خيار الغبن، ولأن المبيع سليم ولم يوجد من جهة البائع تدليس، وإنما فرط المشتري في ترك الاستظهار فلم يجز له الرد.

الشرح: هذا الحديث قد ذكره المصنف في أول كتاب البيوع، فيكتفي بما تقدم من كلام النووي عليه، والأصح أن الذي كان يخدع منقذ والد حبان، والحديث صحيح في الجملة، ومعنى لا خلابة: لا غبن ولا خديعة، وجعلها الشرع لإثبات الخيار إذا قالها ثبت الخيار، صرح باشتراطه أم لا.

وقوله ﷺ: «ولك الخيار» إعلام منه بثبوت الخيار، وقوله: ولم يثبت له خيار الغبن من كلام المصنف، وليس من الحديث، ووجه الدلالة منه ظاهر. لأنه لو كان يثبت الخيار بالغبن لبينه النبي ﷺ ولم يحتج أن يعد اشتراط خيار الثلاث أو أن يجعل له الخيار ثلاثًا، بقوله: «لا خلابة» وقد ورد أن حبان كان إذا اشترى شيئًا فرجع إلى أهله فيقولون له: اردده فإنك قد غبنت أو غششت فيرجع إلى بيعه، فيقول خذ سلعتك ورد دراهمي فيقول: لا أفعل قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من أصحاب النبي ﷺ فيقول: إن رسول الله ﷺ قد جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثًا، فترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته.

فلو كان الخيار ثابتًا بالغبن لكل أحد لم يكن الخيار خصوصية بذلك فظاهر

قضية حبان أنه كان بالخيار ثلاثًا، سواء عين أو لم يعين، وهل ذلك خاص به لأن النبي ﷺ جعله بالخيار؟ أو هو ثابت بالشرط كما هو في حق غيره؟ مساق هذه القصة التي حكيتها يشعر بالأول، فإنه لو عرف البائع شرط الخيار لم يخالفه وإلى ذلك ذهب بعضهم. وقيل: إن ذلك بالشرط وهو عام له ولغيره، وكيفما كان فالدلالة منه ظاهرة في عدم ثبوت الخيار بالغبن، وما ذكره المصنف من المعنى ظاهر أيضًا، فإن المبيع لا عيب فيه، ولا تدليس. لأن الفرض كذلك فانتفى موجب الخيار.

وقال أصحابنا: لا يثبت الخيار بالغبن سواء أتفاحش أم لا. وإن اشترى زجاجة بثمن كثير وهو يتوهمها جوهرة فلا خيار له ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن لأن التقصير منه، حيث لم يراجع أهل الخبرة. ونقل المتولي وجهًا شاذًا أنه كشراء الغائب، ويجعل الرؤية التي لا تفيد المعرفة ولا تنفي الغرر كالمعدومة. قال أصحابنا: وثبوت الخيار في المعيب للنقص لا للغبن، ولهذا لو كان مع العيب يساوي أضعاف ثمنه ثبت له الرد، ولو تعيب في يد البائع ثبت الخيار. ولو نقصت قيمته بانخفاض الأسواق فلا. ويخالف تلقي الركبان لأن هناك وجه منه تغرير بالإخبار عن السعر على خلاف ما هو. ولا طريق إلى الاستكشاف.

ويخالف الغبن في مسألة الرابحة لأن هناك علق العقد الثاني بالأول، والمخالف لنا في هذه المسألة مالك وأحمد وأبو ثور، أما مالك فقال: إن غبن بأقل من الثلث فلا خيار له، وإن كان بالثلث أو أكثر فله الخيار. هكذا نقل أصحابنا عنه، وهو قول بعض أصحابه. قال القاضي عبد الوهاب: ولم يجد مالك في ذلك حدًا، ومذهبه إذا خرج من تغابن الناس في قبيل تلك السلعة، ثم أصحابنا نقلوا هذا مطلقًا، وشرطه عند المالكية أن يكونا أو أحدهما غير عارف بتقلب السعر وتغيره في عقده، فإن كانا جميعًا من أهل البصر بتلك السلعة وأسعارها في وقت البيع فلا خيار، سواء أكان الغبن قليلًا أو كثيرًا. قاله القاضي عبد الوهاب.

وأما أحمد فقال: إن كان المشتري مسترسلًا غير عارف بالبيع، وإذا عرف لا يعرف ثبت له الخيار بالغبن، وإن كان من أهل المعرفة لو تأمل فيه لعرف أن قيمته لا تبلغ ذلك المبلغ فلا خيار له. وأما أبو ثور فأطلق عنه النقل بإثبات الخيار وأنه إن فاتت السلعة رجع المغبون بقدر الغبن ونقل ابن المنذر عنه أن البيع ـ الذي فيه غبن لا يتغابن الناس بمثله ـ فاسد، وهذا النقل عنه أثبت عندنا من الأول.

ونقل أصحابنا عن المالكية أنهم احتجوا بحديث «لا تلقوا الركبان»[1]، وكونه

(١) تقدم.

أثبت الخيار بالغبن، وبحديث «لا ضرر ولا ضرار»[1]، وبالقياس على الغبن بالبيع، وأجاب الأصحاب عن الأول بأن الخيار ثبت للتغرير، فإن المشتري غره. وعن الثاني بأنا نقول بموجبه، وعن الثالث بأن خيار العيب لم يكن للغبن، بل لاقتضاء البيع السلامة، وبأن العيب يستوي فيه الموجود عند العقد والحادث قبل القبض وههنا لا خيار إذا حدث نقصان القيمة قبل القبض اتفاقًا بأن العيب لا فرق فيه بين الثلث أو أقل أو أكثر، وهم لا يقولون به هنا، وقد قال أصحابنا: يكره غبن المسترسل، وإطلاق الكراهة في ذلك محمول على ما إذا لم يستنصحه المسترسل، أما إذا استنصحه فيجب نصحه، ويصير غبنه إذ ذاك خديعة محرمة، هكذا اعتقده من غير نقل.

والمنقول عن مذهبنا ومذهب أبي حنيفة من القول بلزوم العقد لعله لا ينافي التحريم، أو محمول على ما إذا لم يستنصحه كما تقدم، قال ابن المنذر: وقال بعضهم: كل بيع باعه رجل من مسترسل واختدعه فيه، أو كذبه فالمشتري في ذلك بالخيار إذا تبين له ذلك.

فرع: فيما نتوهم أنه عيب، وليس بعيب لا رد فيه، فكون الرقيق رطن الكلام أو غليظ الصوت أو يسيء الأدب أو ولد زنا، خلافًا لأبي ثور، وسواء أكان مجلوبًا أو مولدًا خلافًا لأبي حنيفة، ولا بكونه يقتل النفس أو بطيء الحركة أو فاسد الرأي أو حجامًا أو أكولا أو قليل الأكل بخلاف الدابة في قلة الأكل بحيث ترد وعن القاضي حسين إلا أن تكون قلة أكل العبد لعلة. ولا يحتاج إلى ذلك لأن تلك العلة كافية في الرد ولا بكون الأمة عقيمًا وكون العبد عنينًا، وعن الصيمري إثبات الرد بالتعنين وهو الأصح عند الإمام. ولا يكون الرقيق ممن يعتق على المشتري ولا تكون الأمة أخته أو غيرها ممن يحرم عليه من الرضاعة أو النسب كما قاله القاضي حسين والماوردي والبغوي وغيرهم أو المصاهرة كابنة امرأته أو موطوءة أبيه أو ابنه. بخلاف المحرمة والمعتدة، لأن التحريم هناك عام فتقل الرغبة. وهنا خاص به، وفي وجه رواه ابن كج يلحق ما نحن فيه بالمحرمة والمعتدة. حكاه الروياني في موطوءة الأب وضعفه.

وقد تقدم عن الصيمري إثبات الخيار فيما إذا بان أن العبد أخو المشتري أو عمه، وقياسه بغير شك أن يقول هنا فيما إذا بانت أخته من النسب بالخيار، وهو موافق في الرضاع على عدم الخيار. وكذلك في المصاهرة. ولا أثر لكونها صائمة

---

(١) تقدم.

على الصحيح. وفيه وجه قال الرافعي ضعيف. وقال النووي باطل. ولو وجد العبد فاسقًا قال الروياني: لا خيار بالإجماع. قال ذلك عند الكلام مع الحنفية في الكفر، وينبغي أن يقيد ذلك، فإن من أسباب الفسق ما يرد به، وقد تقدم كثير منه.

قال ابن الرفعة: إنه إذا كان العبد مرتدًا حال العقد وقد تاب قبل العلم لا يرد به على المذهب، يعني في ارتفاع العيب قبل العلم به ـ وفيه نظر ـ لأن ذلك قد ينفر عنه لتوهم سوء سريرته. والأولى ما قاله في «الحاوي» في كتاب الرهن أن ذلك عيب في الحال. قال ابن الرفعة بعد حكاية ذلك: وأما إذا قلنا إنه ليس بعيب فهل له الرد به؟ فيه وجهان. وهذا كلام عجيب. كيف يكون له الرد بما ليس بعيب. ولو اشترى شيئًا فبان أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة حاكم، فهل له الرد لخطر فساد النيابة؟ فيه وجهان حكاهما الماوردي. قال النووي: الأصح لا رد.

ولو اشترى شقصًا من عقار على ظنه أن الباقي للبائع فبان أنه لغيره وأن له الشفعة فلا خيار له لعدم الضرر على تقدير الأخذ أو الترك. قال المتولي: ولو كان الرقيق أصلع. قال القاضي حسين فلا رد بخلاف الأقرع، وفيه نظر، وقد تقدم بأنه لا رد بكون الرقيق في ذمته مال وكذلك قاله الماوردي. قال: وقال العراقيون: له الرد، وليس بصحيح وأراد بالعراقيين أبا حنيفة وأصحابه. فنبهت على ذلك لئلا يتوهم من لا معرفة له أنهم العراقيون من أصحابنا.

ولو اشترى فلوسًا فكسرت قبل القبض، ومنع السلطان المعاملة بها لم ينفسخ العقد، خلافًا لأبي حنيفة. قاله في «العدة» ونقله العمراني عنه. فهذه جملة مما يرد به وما لا يرد، ولم أذكر منها شيئًا إلا منقولًا، ولا سبيل إلى حصولها، وفي الضابط المتقدم كفاية.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشترى عبدًا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب، أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن، ثبت له الرد لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد.

الشرح: هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار، وهو إخلاف ما ظن بالالتزام الشرطي، والغزالي يرى أن الأصل للسببين الماضيين، وهما التغرير الفعلي وانتفاء الغرض. وقد تقدم الكلام في ذلك، وقد بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط، وذلك هو المشهور عندنا وعند جمهور العلماء، وقد تقدم أن الحناطي حكى قولًا غريبًا أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع والتفريع على المشهور، فإذا شرط أنه كاتب أو يحسن صنعة فخرج بخلاف ذلك ثبت له الرد. وقول المصنف «لأنه أنقص مما شرط» أي فصار كالمعيب الذي يخرج أنقص مما

اقتضاه العرف، ولهذا يعبر الغزالي وغيره بخيار النقيصة في الأسباب الثلاثة المذكورة في هذا الباب. واكتفى المصنف بالأمثلة عن الضابط وقد ذكر الإمام والغزالي والرافعي ضابطًا. واختلفت عباراتهم فيه، وجملته أن الصفات على ثلاثة أقسام:

الأول: التي تتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها ويثبت الخيار بالخلف فيها، الثاني: ما يتعلق بها غرض صحيح غير المال، والخلف فيها يثبت الخيار وفاقًا أو على خلاف فيه، وذلك تحت قوة الغرض وضعفه. هكذا قال الرافعي. وأطلق الإمام والغزالي جريان الخلاف في هذا القسم، الثالث: ما لا تتعلق به مالية ولا غرض مقصود، فاشتراطه لغو ولا خيار بفقده، وأجاد النووى في «الروضة» فجعلها قسمين، أحدهما: يتعلق به غرض مقصود والخلف فيه يثبت الخيار وفاقًا أو على خلاف.

والثاني: لا يتعلق به غرض مقصود فاشتراطه لغو. وهذه العبارة أولى فإنه قد يفوت الغرض دون المال، ويثبت الخيار قطعًا ويفوت المال دون الغرض، فيجري الخلاف كما يأتي في الخصي والفحل.

فالمعتبر الغرض وبفوته يحصل الوفاق، وبضعفه يحصل الخلاف، وبانتفائه بالكلية يقطع بعدم الخيار، ومسائل الفصل منزلة على هذا الضابط. فالمثالان اللذان ذكرهما المصنف هنا من القسم الأول يفوت بهما مالية وغرض قوي. وكذلك لا خلاف فيهما. قال الأصحاب: ويكفي أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها. بقي شرط الكتابة عند الإطلاق يكفي اسم الكتابة وإن لم يكن مستحسنًا. ولو شرط حسن الخط. فإن كان غير مستحسن في العادة فله الخيار. وإن كان مستحسنًا فلا خيار له.

قال صاحب «التتمة»: والكلام في كون هذا الخيار على الفور. وفي كيفية الفور على ما تقدم في العيب سواء. ممن صرح بهذا صاحب «التهذيب»، وإن اختلفا فقال المشتري: اشتريت بشرط الكتابة. وأنكر البائع تحالفًا، وقيل القول قول البائع مع يمينه. قاله في «التهذيب».

فرع: قال القاضي حسين: ولو شرط أنه حجام فأخلف ثبت الخيار، وإن كان صادقًا في جملة الحرف غير الحجامة.

واعلم أن هذا الفرع الذي ذكره القاضي يحتمل أن يكون مجزومًا به، ويدل ذلك على أنه لا عبرة بزيادة المالية من جهة أخرى، مع فواتها من الجهة المشروطة وكذلك شرط الكتابة قد يخلف ويكون متصفًا بصفات تزيد على قيمة الكتابة فلا يمنع

ذلك من قولنا إنه فات غرض ومالية، على أني نبهت أن الأجود اعتبار قوة الغرض وضعفه دون اعتبار المال، والغرض قد يتعلق بصفة ولا يقوم غيرها مقامها وإن كان أفضل منها من جهة أخرى.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشتراه على أنه فحل فوجده خصيًا ثبت له الرد، لأن الخصي أنقص من الفحل في الخلقه والبطش والقوة، وإن شرط أنه خصي فوجده فحلًا ثبت له الرد، لأن الفحل دون الخصي في الثمن والدخول إلى الحرم.

الشرح: المسألة الأولى لا خلاف فيها لفوات الغرض القوي، وإن تأدت المالية. قال القاضي حسين: وإن كانت قيمته أضعاف قيمة الفحل، ولا فرق في ذلك بين العبد وغيره من الحيوان، والثانية ذكر الرافعي عن أبي الحسن العبادي أنه لا رد فيها، لأن الفحولة فضيلة، والصحيح ما ذكره المصنف بفوات المال والغرض جميعًا، وجريان الخلاف فيها مع فوات المال يدل لما قدمته من حسن عبارة النووي، وأنه ليس كل ما تفوت به مالية نقطع فيه بثبوت الخيار. بل قد يفوت المال مع جريان الخلاف كما في هذه الصورة وقد لا يفوت المال ويحصل الوفاق كما في الصورة الأولى.

وكلام المصنف يشعر بأنه يرى جواز دخول الخصي على الحرم. والذي قاله الرافعي في كتاب النكاح في النظر: إن الخصي الذي بقي ذكره، والمجبوب الذي بقي أنثياه كالفحل وفي الممسوح وجهان: الأكثرون أنه كالمحرم، فعلى هذا ما ذكره المصنف من أن الفحل دون الخصي في الدخول على الحرم غير مسلّم، وكذلك قوله في الثمن لأنه إنما يريد بثمن الخصي لو جاز دخوله على الحرم، وإلّا فهو أضعف في العمل، فإن كان المصنف أطلق الخصي على الممسوح استمر كلامه. وكذلك غيره من الأصحاب حيث أطلق هذا الحكم، وإلّا فمتى شرط أنه خصي بالمعنى المذكور في كتاب «النكاح» فبان فحلًا، ينبغي أن لا يثبت الرد، لأنه لم يفت غرض، والظاهر: أن المصنف والأصحاب هنا إنما أرادوا بالخصي هنا الممسوح، لأنه في العرف يطلق عليه كثيرًا.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرًا ثبت له الرد، لأن الكافر دون المسلم في الدين.

الشرح: هذه أيضًا لا خلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوي، وإن كانت المالية قد لا تفوت، بل تكون أكثر، كما إذا شرط أنه فحل فخرج خصيًا. وكذا لو شرط تهود الجارية أو تنصرها فبانت مجوسية. قاله المتولي والرافعي. لو اشتراه على أنه مجوسي فكان يهوديًا. قال الروياني: يثبت الخيار. وقيل: إن كانت لا

تنقص قيمته في العادة لا خيار، وإن كانت تنقص بأن كانت الغالب المجوس في تلك الناحية يثبت الخيار، وهو قول صاحب «التتمة»، ولا فرق في هذا الفصل بين العبد والأمة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشتراه على أنه كافر فوجده مسلمًا ثبت له الرد، وقال المزني: لا يثبت له الرد، لأن المسلم أفضل من الكافر، وهذا لا يصح، لأن المسلم أفضل في الدين، إلّا أن الكافر أكثر ثمنًا لأنه يرغب فيه المسلم والكافر، والمسلم لا يشتريه الكافر.

الشرح: المذهب ثبوت في الرد في ذلك، وبه قال أحمد لا لنقيصة ظهرت، ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة ومالية الكافر أكثر، لما ذكره المصنف وما نقله عن المزني نقله عنه القاضي أبو الطيب وغيره، وبه قال أبو حنيفة، ومن أصحابنا من وافق المزني في ذلك. ورأى مذهبه قولًا مخرجًا معدودًا من المذهب وحكى ذلك الإمام في كتاب النكاح، وهناك تكلم المزني عليها في «المختصر». وإن تزوجها على أنها كتابية فإذا هي مسلمة لم يكن له فسخ النكاح، لأنها خير من الكتابية. قال المزني: هذا يدل على أن الأمة إذا اشتراها على أنها نصرانية فإذا هي مسلمة لا خيار، وإذا اشتراها على أنها مسلمة فإذا هي نصرانية له أن يردها في قياس قول الشافعي.

وفي المسلمة وجه ثالث أنه إن كان قريبًا من بلاد الكفر، أو في ناحية أغلب أهلها الذميون، ثبت الخيار. وإلّا فلا، وهو اختيار القاضي حسين، وحمل كلام الشافعي على ذلك، وقد جمع الإمام الأوجه الثلاثة في كتاب النكاح، وذكر الإمام في «الانتصار» لقول المزني أن القيمة إن كانت تزيد من وجه رغبه الكفار فتلك رغبة باطلة مستندها الكفر وتحسينه واعتقاد كونه حقًا، فيكاد أن تكون تلك الزيادة بمثابة ثمن الخمر.

قال الإمام: وبقية الكلام أن هذا العبد لو أتلف فمذهب جماهير الأصحاب أنه يجب على المتلف أن يغرم قيمته اعتبارًا بما بطلت به، وإن كانت بأكثر مما يشتري به المسلم، وذهب المزني ومن يوافقه إلى أن الزائد لا يضمن لما أشرنا إليه، وهو بمثابة ازدياد قيمة الجارية بأن تعتبر عواده، فلا يكاد يخفى أن القيمة تزداد في المغنية في العادة ضعف ما تكون الجارية الناسكة، ومن اشتراها لم يعترض عليه، فإن الشراء يرد على عينها ولكن لو أتلفت لم يضمن متلفها إلّا قيمة مثلها لو كانت لا تحسن الغناء، هذا كلام الإمام في كتاب «المنهاج»، مع أنه في كتاب البيع استبعد القول بعدم ثبوت الخيار مطلقًا كما هو مذهب المزني، واختار الوجه الثالث، وما ذكره في «الانتصار» لقول المزني جوابه إن زيادة قيمه الكافر ليست

للرغبة في كفره، بل لكثرة طلابه، فإن المسلم لا يتمكن الكافر من شرائه ثم قال الإمام هنا: إن هذا إذا كان الكافر أكثر قيمة، فإن لم يكن الأمر كذلك فخلف الشرط فيه بمثابة خلف الشرط في الثيابة والبكارة والجودة والتوسط، وهذا كأنه قال على ما اختاره، ويحتمل أن يكون تقييدًا للمسألة وجريان الخلاف فيها.

فرع: هذه المسألة أيضًا مما يشهد لرجحان عبارة النووي على عبارة الرافعي وغيره لجريان الخلاف فيها مع فوات الغرض المعلق بزيادة ماليته، ووجه جريان الخلاف فيها ضعف الغرض عند المزني، وانغماره بالنسبة إلى ما في الإسلام من الفضل، والكلام والخلاف في هذه المسألة يقرب من الخلاف فيما إذا شرط أنه خصي فوجده فحلًا، والمخالف هنا أبو الحسن العبادي، فيحتمل أن يكون العبادي يوافق المزني هنا، والمزني يوافقه هناك، ويحتمل ألا يكون كذلك، ويفرق كل منهما، أما العبادي فإن الخصاء عيب عند الإطلاق ففواته كمال. والكفر عند الإطلاق لا يرد به، وأما المزني فلأن فضيلة الإسلام عظيمة لا يوازنها شيء فيجبر ما فات من الغرض المالي اليسير بخلاف الفحولة فإن الغرض فيها وفي الخصاء متقاربان فيتبع ما شرطه.

فرع: الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار في النكاح على الأصح أن النكاح بعيد عن قبول الخيار ولهذا لم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط، وهذا الفرق إنما يحتاج إليه إذا قلنا بصحة النكاح وهو الأظهر ولنا قول آخر إنه غير صحيح لاعتماد الصفات فتنتفي المسألة.

فرع: صورة مسألة الكتاب فيما إذا كان المشتري مسلمًا والبائع مسلمًا فلو كان المشتري كافرًا اكتفت على شراء الكافر للمسلم، والأصح فساده. ولو كان البائع كافرًا ففي رد العبد المسلم عليه بالعيب خلاف الأصح: جوازه فيأتي فيه أيضًا.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشترى جارية على أنها بكرًا فوجدها ثيبًا ثبت له الرد، لأن الثيب دون البكر.

الشرح: هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المالية، وهي من القسم الأول لشرط الكتابة وحسن الصنعة، والمشهور أنه لا فرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة. وعن أبي الحسين أن أبا إسحاق قال: لا خيار إذا كانت مزوجة، لأنها وإن كانت بكرًا فالافتضاض مستحق للزوج ولا غرض للمشتري في بكارتها، والصحيح: الأول، لأن الزوج قد يطلقها أو يموت فيحصل له ذلك.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرًا لم

يثبت له الرد لأن البكر أفضل من الثيب، ومن أصحابنا من قال: يثبت له الرد، لأنه قد يكون ضعيفًا لا يطيق وطء البكر فكانت الثيب أحب إليه، والمذهب الأول، لأنه لا اعتبار بما عنده وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن والبكر أفضل من الثيب في الثمن.

الشرح: القول بأنه لا يثبت الرد وهو الأصح عند القاضي أبي الطيب والرافعي وغيرهم، والوجه الآخر مستنده ما ذكره المصنف، وهذه المسألة الفائت فيها الغرض دون المالية، فهي تشارك في ذلك شرط الفحولة والإسلام لكن في تينك المسألتين لا خلاف أن الخلف مثبت للخيار لقوة الغرض، وههنا الغرض ضعيف، فإنه خاص به وليس بعام، وكان شرطه السبوطة في الشعر أو البياض، فيخرج جعدًا أو أسود في كل منهما خلاف كمسألتنا هذه. الصحيح أنه لا رد في المسائل الثلاث كما لو شرط كون العبد أميًا فبان كاتبًا، أو كونه فاسقًا فبان عفيفًا.

ولو شرط الجعود والسواد فبان سبطًا أو أبيض. فثبت الخيار وجهًا واحدًا ولو شرط البكارة فأتت ثيبًا، وإن استنكرت اشتراط الجعود وغيرها في الشعر من جهة أن الشعر يجب رؤيته فالجواب: عنه قد تقدم في أول الباب عند قول المصنف: إذا اشترى جارية وقد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة، ولو أنه اشترى على أنه عدل فبان فاسقًا ثبت الخيار وعكسه لا خيار بلا خلاف، قاله الروياني.

فرع: لو شرط كونه مختونًا فبان أقلف فله الرد، وبالعكس لا رد. قال في «التتمة»: إلا أن يكون العبد مجوسيًا، وهناك مجوس يشترون الأقلف بزيادة. فله الرد، وقد تقدم هذا وسؤال عليه قريبًا، ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الخلقة فهو لغو، وهو من القسم الأخير الذي لا مالية فيه. ولا غرض مقصود.

فرع: إذا ظهر الخلف في الصفة المشترطة، وقد تقدم فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب، فله أخذ الأرش على التفصيل الذي تقدم، قاله صاحب «التتمة».

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باعه حيوانًا على أنه بغل فوجده حمارًا، أو على أنه حمار فوجده بغلًا ففيه وجهان، أحدهما: أن البيع صحيح، لأن العقد وقع على العين، والعين موجودة، فصح البيع وثبت له الرد، لأنه لم يجده على ما شرط، والثاني: أن البيع باطل، لأن العقد وقع على جنس فلا ينعقد في جنس آخر.

الشرح: الشروط المتقدمة كانت في الصفات، ولا شك أن تبدل الصفة والخلف أسهل من ذلك في الجنس، فذكر المصنف هنا اشتراط الجنس، ومثل بالمثالين المذكورين ليعلم أنه لا فرق بين أن يجده أعلى من الجنس الذي شرطه أو دونه، وفيها جميعًا وجهان، وقد حكيتها وأطلقت الكلام فيها في باب الربا في

الصرف العين، والمذهب الصحيح المنصوص: البطلان ـ والوجه الآخر محكي عن صاحب «الإفصاح».

ولو باعه على أنه ذكر فبان أنه جارية. قال العمراني في «الزوائد»: صح البيع وله الخيار في أحد الوجهين. وقال أبو حنيفة: لا ينعقد، وقد سبق في باب الربا عن الماوردي البطلان، وذكر الرافعي في كتاب النكاح فيما إذا قال: بعتك فرسي هذا، وهو بغل، أن الظاهر الصحة، وهو يخالف ما قدمناه في باب الربا وكذلك قال عن الروياني في «البحر» أنه لو قال: زوجتك هذا الغلام وأشار إلى ابنته صح النكاح. ولو باعه عبدًا على أنه تركي فإذا هو من جنس آخر فهو من اختلاف الوصف، فالبيع صحيح، قاله الإمام في باب بيع الغرر.

إذا عرف ذلك، فإن قلنا: في اختلاف الجنس بالبطلان فلا كلام. وإن قلنا: العقد صحيح، وثبت الخيار فقد أطلقوا ذلك سواء أكان ذلك أجود أم أردأ، كما نبه المصنف بالمثالين عليه. ولو قيل: أنه إذا خرج أجود يكون كما لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرًا لم يبعد، لأن القول هذا على الأجناس والصفات.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشترى ثوبًا أو أرضًا على أنه عشرة أذرع فوجده تسعة فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين أن يرده، لأنه دخل في العقد على أن تسلم له العشرة، ولم تسلم له فثبت له الخيار، كما لو وجد بالمبيع عيبًا. وإن وجده أحد عشر ذراعًا ففيه وجهان، أحدهما: أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويجبر المشتري على قبوله، كما أجبرنا البائع إذا كان دون العشرة. والثاني: أن البيع باطل لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة أذرع، ولا إجبار المشتري على الرضا بما دون الثوب والمساحة من الأرض، لأنه لم يرض بالشركة والتبعيض، فوجب أن يبطل العقد، فإن اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجدها دون المائة، فهو بالخيار بين أن يفسخ لأنه لم يسلم له ما شرط، وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن، لأنه يمكن قسمة الثمن على الأجزاء لتساويها في القيمة، ويخالف الثوب والأرض لأن أجزاءها مختلفة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها لأنا لا نعلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لنسقطها من الثمن، وإن وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة، لأنه يمكن أخذ ما عقد عليه من غير إضرار.

الشرح: الذراع فيه لغتان التذكير والتأنيث كما ذكره جماعة من أهل اللغة وقال سيبويه: الذراع مؤنثة فعلى لغة التذكير جاء قول المصنف عشرة أذرع، فوجده تسعة، وعلى لغة التأنيث عشر أذرع فوجده تسعًا.

أما الأحكام: فاعلم أنه تقدم الكلام في خلف الشرط في الصفة والجنس، والكلام الآن في المقدار. وذكر المصنف فيه قسمين، أحدهما: ما يكون قسمة الثمن على المبيع فيه بالقيمة، والثاني: ما يكون بالأجزاء وقسم كلا من القسمين إلى ما يحصل الخلف فيه بالنقصان، وإلى ما يحصل بالزيادة فهي أربع مسائل، وطريقة العراقيين في ذلك تحتاج إلى تأويل وفكر. وأنا إن شاء الله تعالى أذكر طريقهم وطريق غيرهم في ذلك ثم أبين وجه الإشكال ثم أردفه بما ييسره الله تعالى.

الطريقة الأولى: التي ذكرها المصنف وجمهور العراقيين، منهم القاضي أبو الطيب القطع بالصحة في حالة النقصان في المتقوم والمثلي مع ثبوت الخيار للمشتري، والقطع بالصحة في حالة الزيادة في المثلي في القدر المشروط خاصة بلا خيار، والتردد في الزيادة في حالة المتقوم، هل يصح ويكون للبائع الخيار، وهو الأصح أو يبطل؟ وهذه الطريقة هي التي أوردها القاضي حسين في آخر باب الشرط الذي يفسد البيع، وفرضها في الثوب خاصة، وصححها الشاشي، وعلى هذه الطريقة الصحة في القدر المشروط من المثلي بحصته من الثمن قولًا واحدًا. وأما المتقوم فجمهورهم على أنه إذا أجاز يجيز بجميع الثمن. واختلف كلام القاضي أبي الطيب، ففي «التعليق» وافق ذلك: وفي «المجرد» قال: يجب بالقسط. قال ابن الصباغ: والأول أصح.

الطريقة الثانية: ذكرها الشيخ أبو حامد ولم يصرح بها إلّا في الثوب خاصة قال: لو قال: بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعًا ثبت الخيار للمشتري في أن يمسك بكل الثمن أو يرد. ولو خرج إحدى عشر فالمنصوص أن الخيار يثبت للبائع. ومن أصحابنا من خرج ههنا قولًا آخر أن البيع يبطل، وهذا إذا قال له بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع، وأما إذا قال بعتك على أنه عشر أذرع فخرج تسعًا أو إحدى عشرة، ففي صحة البيع قولان، كما لو تزوجها على أنها بكر فخرجت ثيبًا. هكذا رأيته في «تعليقته» التي عندي بخط مسلم الداري تلميذه، مع أن الذي في «التجريد» للمحاملي يوافق ما ذكره المصنف والجمهور، و«التجريد» مأخوذ من «تعليقة البندنيجي» عنه.

الطريقة الثالثة: طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضي حسين على ما ذكرته في باب الربا، والشيخ أبو محمد والإمام والغزالي والرافعي إطلاق الخلاف في حالتي النقصان والزيادة في المتقوم والمثلي، وفرضها الإمام في الأرض والقاضي حسين في الصبرة والغزالي في الصبرة أيضًا، والرافعي في الأرض، ثم قال: ويقال بهذه المسألة ما إذا باع الثوب عن أنه عشر أذرع أو القطيع على أنه

عشرون شاة، أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعًا وحصل نقص أو زيادة. ومنهم من يحكي الخلاف في ذلك وجهين، وأكثرهم يحكيه قولين.

وأظهرهما عندهم: الصحة تغليبًا للإشارة وتنزيلًا لخلف الشرط في المقدار منزلة خلفه في الصفات، وبهذا قال أبو حنيفة، والثاني: أن البيع باطل لأن قضية قوله بعتك هذه الأرض أن لا يكون غيرها مبيعًا وقضية الشرط أن تدخل الزيادة في البيع، فوقع التضاد وتعذر التصحيح، فعلى طريقة هؤلاء إن قلنا: بالبطلان فذاك، وإن قلنا: بالصحة ففي حالة النقصان أن يكون الخيار للمشتري، وإذا أجاز فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط؟ فيه قولان، أظهرهما: هنا الأول بخلاف نظائره من تفريق الصفقة. وفي حالة الزيادة اختلف هؤلاء في الصبرة، هل تكون الزيادة للبائع أو للمشتري؟ على وجهين حكاهما صاحب «التتمة» وغيره واقتضاء كلام صاحب «التتمة» التسوية بين الأرض وبينها، لكن في كون الزيادة للبائع في مسألة الأرض والثوب إشكال لإبهام المبيع، وسيأتي في كلام الماوردي ما يدفع هذا الإشكال وينبغي أن يحمل على الإشاعة لكنه مشكل من جهة أخرى، فإذا قلنا: الزيادة للبائع في مسألة الصبرة أو في الجميع إن أمكن القول به، فهل للمشتري خيار؟ وجهان.

أحدهما: نعم لأنه لم يسلم له المشار إليه، والثاني: لا، لأنه شرط عشرة وقد سلمت له، وهذا موافق لما قاله المصنف في الصبرة.

وإن قلنا: الزيادة للمشتري فلا خيار له، ولم يذكر الرافعي غير هذا. وهل يثبت الخيار للبائع؟ فيه وجهان أصحهما: نعم. وهذا هو القول الأول الذي ذكره المصنف في الثوب والأرض في حالة الزيادة، وهو الذي صححه فيها ابن أبي عصرون وغيره، فإذا أجاز كانت كلها للمشتري. ويطالبه للزيادة بشيء، والثاني: واختاره صاحب «التهذيب» أنه لا خيار للبائع، ويصح البيع في الجميع بجميع الثمن المسمى، وينزل شرطه منزلة شرط كون المبيع جيفًا فيخرج سليمًا لا خيار له فإذا قلنا بالصحيح فقال المشتري: لا نفسخ فأنا أقنع بالقدر المشروط شائعًا ولك الزيادة. فقد حكي صاحب «التقريب» في ذلك قولين، وحكاهما غيره وجهين، أظهرهما: أنه لا يسقط. ورجح ابن سريج السقوط في جوابات «الجامع الصغير» لمحمد ولو قال: لا تفسخ حتى أزيدك في الثمن لما زاد لم يكن له ذلك. ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف. هذا تهذيب الطرق المنقولة. وأما بيان الإشكال والترجيح بين الطرق فيتوقف على مقدمات.

أحدها: أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ

في باب النهي عن بيع الغرر أحدها: خلف شرط جنس المبيع. والصحيح البطلان، والثاني: خلف شرط الوصف فيه والتفريع على الصحة. ولا تفريع على القول القريب الذي حكاه الحناطي، والثالث: خلف شرط الصفة في النكاح، وفيه قولان أظهرهما: الصحة، والرابع: تفريق الصفقة من جهة إلحاق القدر بالجزء على ما سأبينه.

الثانية: أن الغرض المتعلق بجنس المبيع قوي جدًا، فإن الجنس هو الأصل والمقادير والأوصاف تطرأ عليه وتزول، فإذا أخلف فالصحيح البطلان لفوات مورد العقد، وليس ذلك نظرًا إلى العبارة فقط، بل لمجموع الإشارة والعبارة ودلالتهما على ما ليس بموجود، والتعليل الآخر ينظر إلى الإشارة وحدها، ويلغي العبارة وهو بعيد وأما الوصف في المبيع فليس في هذه الرتبة وإن كان مقصودًا، ولكنه قد يطرح ويغتفر ومورد العقد هو الجنس المعين فلذلك عند فوات الوصف لم يبطل المبيع. وأما المقدار فالغرض يتعلق به أكثر من الوصف وأقل من الجنس فهو متردد بينهما وله شبه بالجزء، لأن المقدار يصح أن يكون موردًا للعقد بخلاف الوصف في النكاح من جهة أن الغرض الأعظم في المنكوحة الأوصاف، الثالثة: قد عرفت بهذه المقدمة الثانية انحطاط الغرض في المقدار عن الجنس. وذلك يوجب أن هذه المسألة أولى بالصحة من تلك، ثم إن ألحقنا المقدار بالوصف في المبيع اقتضى الصحة في جميع الصور، وأنه عند ظهور الزيادة لا يكون للبائع خيار. كما قاله صاحب «التهذيب».

وإن ألحقناه بالوصف في النكاح وجب أن يجري الخلاف في حالة النقصان في المتقوم والمثلي، وأن يصح حالة الزيادة فيهما من غير خيار، والعراقيون قطعوا بالصحة حالة النقصان، وقطعوا في زيادة المثلي بالصحة، وأن الزيادة للبائع، وترددوا في زيادة المتقوم، وهذا السؤال كما أنه وارد على العراقيين هو وارد على الخراسانيين في قول بعضهم: إن الزيادة للبائع، وقول بعضهم: إنها للمشتري وللبائع الخيار كما قاله الرافعي فإن الوصف ليس هكذا، بل إذا خرج زائدًا كان للمشتري قطعًا بغير خيار، فما مشى على جعله كالوصف من كل وجه إلّا صاحب «التهذيب» على أنه يلزمه أن يقول عند النقصان: إنه إذا أجاز في المثلي يجيز بكل الثمن، وما أظنه يقول به.

وإن ألحقنا المقدار بالجزء ففي حال النقصان قد اقتضى الشرط إدخال شيء مع الموجود في البيع، فكأنه باع موجودًا ومعدومًا فيتخرج على تفريق الصفقة، وينبغي على هذا البطلان على الأصح في تفريق الصفقة أنه إذا جمع بين معلوم

ومجهول يبطل، فإن المعدوم لا يعرف فيمنعه، وفي حال الزيادة والإشارة شاملة للجميع، والعبارة في الشروط مخرجة للزائد فيبطل فيه، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة وينبغي على هذا أنه في المثلي يصح على الأصح، وفي المتقوم يبطل الإبهام فإنه غير مميز ولا يمكن تقويمه، وهذا أيضًا وارد على العراقيين ـ أما العراقيون فظاهر لفظهم بالصحة في الصور الثلاث. وتصحيحهم الصحة في الصورة الثانية ـ وأما الخراسانيون فلأنهم مصححون الصحة في الجميع، مع إجراء الخلاف.

وقال الإمام بعد ذكره الأصول المذكورة: إن خلف المقدار في المبيع أولى بالخلاف من خلف الصفات في النكاح، قال: والبيع أقبل للفساد بالشرط، ثم قال الإمام: فالذي يقتضيه الترتيب بعد تمهيد ما ذكرناه ترتيب مسألتنا في الصحة والفساد على التفريق في الصفقة، وهذه المسألة أولى بالصحة، وإن رتبناها على خلف الصفات في النكاح فمسألتنا أولى بالفساد، قال: والذي به الفتوى صحة البيع، هذا كلام الإمام، وأما كلام الغزالي فإنه اختار في حال الزيادة التخريج على تفريق الصفقة، وفي حالة النقصان التخريج على الإشارة والعبارة ومقتضى ذلك أنه عند الزيادة لا يصح في القدر الزائد قطعًا، ويصح في الباقي على الأصح وهذا سيأتي له في الصبرة، وهي التي تكلم فيها.

أما المتقوم فلا يأتي على هذا التخريج الآن فساده كما تقدم ـ وأما تخريجه في حالة النقصان على الإشارة والعبارة، فالإشارة والعبارة مختلفة، ففي الجنس إذا قال: بعتك هذه الشاة. وكانت بقرة الأصح البطلان، والفتيا هنا على خلافه وفي النكاح إذا قال: زوجتك هذه عائشة فكانت فاطمة، الأصح الصحة، لكن مقتضاه أن يصح في جميع الصبرة ولم يقولوا به على الأصح، وقد استشكل الإمام قول العراقيين وقال: ذكر العراقيون هذه المسألة، وحكموا بأن المساحة إذا نقصت عن المقدار المذكور صح البيع قولًا واحدًا، وأن زادت ففي صحة البيع قولان، ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة، وطرد صاحب «التقريب»، وسيجيء القولان في الصورتين.

قلت: وهذا على ما هو المشهور عن العراقيين، وقد تقدمت طريقة عن الشيخ أبي حامد بأحد القولين في الصورتين في الصيغة المصرحة بالشرط، فهذا تلخيص الإشكال في هذه المسألة، وتلخيصه في ثلاثة إشكالات.

أحدها: على المشهور عن العراقيين في فرقهم بين النقصان والزيادة، وهو سؤال الإمام، وفي فرقهم في الزيادة بين المتقوم والمثلي.

الثاني: على الشيخ أبي حامد في فرقه بين أن يقول: أنها عشرة أذرع، فيجري

القولان، وبين أن يقول: وهي عشرة أذرع، فيفرق بين النقصان والزيادة، وإن كانت هذه الصيغة شرطًا فينبغي الخلاف فيها، أو لا فلا ينبغي الخلاف فيها.

الثالث: عليهم وعلى الإمام والخراسانيين أو زيادة الصبرة، تكون عند بعضهم للبائع، وقول الرافعي وبعضهم أنها للمشتري، وللبائع الخيار، وعلى الإمام أعظم حيث اختار التخريج على تفريق الصفقة، ومع ذلك اختار الفتوى بالصحة مطلقًا، وقد عرفت أن التخريج في بعض الصور يقتضي خلاف ذلك، وصاحب «التهذيب» سالم من هذه الإشكالات، لكن قوله مخالف للأكثرين.

إذا عرفت هذا فنقول: إن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ نص في «البويطي» على ما نقله القاضي أبو الطيب وغيره من الأصحاب: على أنه إذا اشترى صبرة على أنها مائة كد فلم يصب إلّا خمسين، فهو مخير إن شاء أخذها بحصتها، وإن شاء فسخ البيع فهذا النص يرد القول بالبطلان، ويقتضي الصحة إما قطعًا ـ كما قال العراقيون ـ وإما أنه الراجح ويقتضي أيضًا رد القول بأنه يخير بكل الثمن في المثلي، كما يقتضيه إطلاق الرافعي ومن تقدمه من الخراسانيين، فمن جهة اقتضائه الصحة يرد القولين بتخريجه على تفريق الصفقة، والقول بالنظر إلى العبارة وحدها وقطعها عن خلف الشرط في الجنس، ومن جهة قوله: إنه يجيز بالحصة يقتضي عدم إلحاقها باشتراط الوصف من كل وجه، إذ لو كان كذلك لأجاز بالكل كما إذا اشترى شيئًا على شرط السلامة أو زيادة وصف فخرج بخلاف ذلك.

فإنه إذا أجاز لا يسقط من الثمن شيء، وكان ذلك لما قدمته من ارتفاع الغرض في القدر عن الوصف، وانحطاطه عن الجنس، فجعل له حكم بحصته وألحق في الصحة بالوصف من جهة أن الصبرة المشاهدة المعينة باقية بحالها، فلم تكن كاختلاف الجنس وأثبتنا الخيار للمشتري لفوات غرض مقصود، وألحق في الإجازة بالقسط بالجزء لشدة الغرض فيه، ولم يجعل كتفريق الصفقة من جهة أنه لم يجعل موردًا للعقد، وإنما أتى به على صورة الشرط والمبيع الصبرة المشاهدة لا الصبرة وشيء آخر، فلذلك كان الحكم المذكور من الصحة والإجازة بالقسط مقطوعًا به عند الكثير من العراقيين على وفق النص.

وقال أبو الطيب: إنه لا يختلف أصحابنا فيه وإذا ثبت الخلاف عند غيرهم فالأصح كذلك الصحة، كما صرحوا به، وإجازة بالقسط خلافًا لما يفهمه إطلاق الرافعي ـ هذا في حالة النقص إذا كان المبيع مثليًا، فإن كان متقومًا فالحكم بالصحة باق لهذا المعنى، والحكم بالإجازة بالقسط متعذر، لأنه لا يمكن قسمة الثمن على أجزائها كما قاله المصنف، فخيرنا المشتري بين الإجازة بالجميع والفسخ وأما في

حالة الزيادة فيجب المحافظة على هذين المعنيين، وهما الإلحاق بالوصف من وجه، وبالجزء من وجه فمن جهة إلحاق المقدار بالجزء يقتضي أن ذلك المقدار الزائد لا يسلم للمشتري كأوصاف السلامة إذا شرط عدمها، وكانت موجودة، بل يكون هذا الزائد يبقى للبائع لأنه مستقل، يمكن إيراد العقد عليه فإن أمكن ذلك كما في المثلي أبقيت الزائد للبائع وقلنا إلحاقه بالجزء لتعلق غرض البائع به كما يتعلق غرض المشتري به في حالة النقصان، ويكون المقدار المشروط من المثلي للمشتري لتطابق الإشارة والعبارة عليه، ولا يسقط من الثمن شيء لأنه لم يقف عليه شيء مقصود وخروج بعض الصبرة المشاهدة مع حصول جنس المبيع وقدره الذي تعلق الغرض به لا يزيد، ولا يثبت خيارًا، لأنه لم يفت غرض مقصود عن المشتري، ولا محذور في ذلك، فإن المشتري يكون شريكًا للبائع في الصبرة ويتقاسمانها بغير حذر.

وأما في المتقوم فالقول بالتصحيح يؤدي إلى أن يكون مورد العقد منهما وهو فاسد، ومشاعًا ويؤدي إلى ضرر القسمة، فترددنا بعد ذلك، فمن قائل يقول: إنا في هذه الصورة نجعل البيع باطلًا لهذا المعنى، وهذا هو القول المخرج، وهو ظاهر بهذا التقرير، ولا يلزم طرده في بقية الصور، ومن قائل يقول: إن هذا المحذور يندفع إذا رضي البائع بتسليم الجميع بالثمن فيصح ويثبت الخيار للبائع، لكن ههنا يجب على القول بالصحة وعلى القول بالبطلان، أما على القول بالصحة وهو المنسوب إلى النص فهل نقول أنه صح في الجميع بالثمن وللبائع الخيار؟ أو صح في المقدار المشروط؟ وإذا تبرع البائع بتسليم الجميع لزم إن قلنا بالأول فلم لا قيل بذلك في الصبرة إذا خرجت زائدة؟.

وظاهر كلامهم وقولهم أن يأخذ المقدار ويترك الزيادة أن العقد لم يشمل الزيادة ويحتمل أن يكون العقد شملها، ويكون مرادهم أنه لا يلزم البائع بتسليمها لكن العبارة لا تؤدي هذا المعنى، وإن قلنا بالثاني كان ذلك سالمًا في الصبرة، ولكن في الثوب والأرض مشكل، لأن العقد يكون قد ورد على مبهم مجهول، فيكون باطلًا من أصله ولا ينجبر ذلك برضاء البائع بتسليم الجميع، فطريق الخلاص عن هذا الإشكال بما سيأتي عن الماوردي أنه على قول الصحة يصح في جزء شائع، لكن ذلك فيما إذا ذكر الثمن مفصلًا لا مجملًا، أما إذا ذكره مجملًا فسيأتي وأما على القول بالبطلان عند زيادة المتقوم فهل معنى ذلك أن العقد باطل من أصله؟ أو أنه ينفسخ عند التشاحح لتعذر إمضائه؟.

إن قلنا بالأول وهو الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب فعلة المصنف لا

تقتضي ذلك، لأنه علل بأنه لا يمكن إجبار البائع، ولا إجبار المشتري، ومقتضى ذلك أنهما إذا تراضيا صح وأقر العقد، كما قال هو وأكثر الأصحاب في بيع الصبرة بالصبرة كيلًا بكيل إذا خرجنا متفاضلتين، وليسا من جنس واحد، فيحتمل أن ينزل القول بالبطلان على هذا المعنى، وحينئذٍ لا يلزم طرده في شيء من الصور الثلاث وينزل قول الصحة على أنه يصح في الجميع ثم يسترجع البائع في المثلي، إن شاء الزيادة بغير تقسيط، وفي المتقوم لا يمكنه استرجاع الزيادة وحدها فيفسخ، هذا ما ظهر لي في ذلك، وأظنه صوابًا وإن كان الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب خلافه.

فائدة: قد نبهت بما تقدم على السبب الذي اقتضى الإجازة ههنا في المتقوم بجميع الثمن بخلاف أخواته من صور تفريق الصفقة، وعلى أنه في المثلي يجيز بالقسط من غير خيار، بخلاف ما يقتضيه كلام الرافعي من أنه يجيز بالكل، ونص الشافعي في المثلي بخلافه.

فائدة أخرى: صورة هذه المسائل ليست على إطلاقها، بل هي على ثلاثة أحوال، أحدها: أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل، كقوله: بعتك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع، فالحكم على ما تقدم.

الثانية: أن يذكره مفصلًا ولا يذكره مجملًا كقوله: بعتك هذه الأرض على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم، فقد ذكرها صاحب «التتمة» أن الحكم على ما تقدم ومثل بالأرض والثوب والقطيع. وقال الماوردي في الأرض والثوب: إن خرجت تسعة ثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والإجازة بحسابه من الثمن. وهو في ذلك موافق لما تقدم عن القاضي أبي الطيب في «المجرد»، والصحيح خلافه، لأنه يجيز بكل الثمن. قال الماوردي: وإن خرجت أحد عشر فقولان: أحدهما: يبطل العقد، والثاني: يصح في عشرة، ويكون البائع شريكًا بالباقي على الإشاعة، ويثبت للمشتري الخيار، والماوردي في هذا أيضًا موافق لأحد الوجهين أن الزيادة تكون للبائع، وفيه ما تبين أن القائل بذلك يقول بالشركة في الثوب والأرض، فيندفع عنه إشكال الإبهام، وكأنه يجعل ذلك كما لو باع ذراعًا من دار وهما يعلمان ذرعانها، لكن هذا ظاهر فيما إذا ذكر تفصيل الثمن فقط ولم يذكر جملته، أما إذا ذكر جملته ولم يذكر تفصيله فينبغي على قول الماوردي أنه يجيز بالقسط، والذي ذكره المصنف والأصحاب يقتضي أنه يجيز بالكل.

الحالة الثالثة: أن يذكر جملة الثمن وتفصيله مقسطًا على الأذرع كقوله بعتك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم، فقد تقدم نظير ذلك

في كلام المصنف في باب الربا فيما إذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير كيلًا بكيل، وخرجتا متفاضلتين وتقدم هناك طريقان، أحدهما: عن المصنف وأكثر الأصحاب أنه إذا رضي صاحب الزيادة بتسليم الزيادة أقر العقد وأجبر الآخر على القبول، وإن رضي صاحب الناقصة بقدر صبرته من الزائدة أقر العقد، وإن تشاحا فسخ، وقياس ذلك أن نقول هنا: إذا فصل الثمن على المبيع كما مثلناه سواء أكان معينًا أم في الذمة أن يأتي التفصيل المذكور هنا، إما أن يتشاحا أم لا، ووجه ترتيب الحكم بين.

والطريق الثاني: عن صاحب «التهذيب» حكاية قولين، أصحهما: البطلان وقياسها أن تأتي هنا أيضًا، فعلمنا أن فرض المسائل فيما إذا لم يجمع بين جملة الثمن وتفصيله، وكلام المصنف ظاهر في أنه إنما أراد حالة ذكر الثمن جملة فقط، ألا ترى إلى قوله بجميع الثمن؟ والثمن الفصل لا يعرف جميعه.

فائدة أخرى: فرض هذه المسائل في شيء واحد مكتوب أو أرض ونحوهما فلو باعه رزمة ثياب بعد رؤية ما فيها، كل ثوب بدينار على أن فيها عشرة أثواب فكان فيها تسعة قال الماوردي. البيع جائز للمشتري أن يأخذها بالقسط من الثمن. قال: ولو زادت ثوبًا فالبيع في جميعها باطل قولًا واحدًا، بخلاف الأرض والثوب إذا بيعا مذارعة، لأن الثياب قد تختلف وليس يمكن أن يكون الثوب الزائد مشاعًا في جميعها ومساويًا لباقيها، وما زاد في الثوب الواحد والأرض فمقارب لباقيه، ويمكن أن يكون مشاعًا في جميعه.

قلت: وقوله في النقصان أن يأخذ بالقسط، موافق لما تقدم عنه في الثوب الواحد، والأصح هناك خلافه، وقوله في حالة الزيادة. يلتفت على البحث المتقدم على قول التصحيح في الثوب الواحد إن جعلناه على سبيل الإشاعة كما قال الماوردي فبنسبتها قاله هنا، وإن جعلنا الصحة في الجميع فلا، والله أعلم.

فائدة أخرى: القائل بالبطلان عند الزيادة هو ابن سريج نقله عن القاضي حسين قبل باب بيع حبل الحبلة صورها في الصبرة ونسب الصحة إلى النص ثم قال وكذلك حكم الثوب، وقال أبو حنيفة: في الصبرة يجيز العقد في ذلك القدر بحصته من الثمن، وفي الثوب يأخذ الجميع بجميع الثمن، وفرق بأن الذرع صفة في الثوب كالطول والقصر، وأما مالية الحنطة والشعير فمقاديرها، ولهذا أوجب الشرع التساوي في المقدار في بيع بعضها ببعض والثمن يتقسط على المقادير دون الصفات، وأجاب الاصحاب بأن الذرع طريق للتقدير في العادة، كالكيل والوزن، فلا فرق بينهما.

فائدة أخرى: النص المنقول عن «البويطي» رأيت مثله في «الأم» في آخر باب الثنيا عقب الكلام الذي سأحكيه عنه، في بيع العبد الجاني إذا قتل في يد المشتري قال الشافعي: لأن العيوب في الأبدان مخالفة بعض العدد ـ ولو كان المشترى كيلًا معينًا كان هكذا، وإذا كان ناقصًا في الكل أخذ بحصته من الثمن إن شاء صاحبه وإن شاء فسخ فيه البيع انتهى ـ وهذا فيه زيادة فائدة، وهو نصه على الفرق بين الوصف والمقدار كما قلته أولًا، لقوله: إن العيوب في الأبدان مخالفة نقص العدد.

فائدة أخرى: أكثر الأصحاب إنما صوروا ذلك في الأرض والثوب، وصورها الزبيري في «المتقضب» في الدار فاستفيد منه أن حكم الدار حكم الأرض وقطع بالبطلان في حالة الزيادة كما هو الوجه الثاني في الكتاب.

فرع: مر خلف الشرط قال أبو عاصم العبادي: إذا اشترى أرضًا عليها خراج بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهمًا إذا علم المشتري ذلك فالبيع باطل وإن لم يعلم فهو بالخيار، قلت: وكذلك قاله ابن القطان في المطارحات، وفي البطلان إذا علم نظر وينبغي أن يكون هذا الشرط لا أثر له، ولعل مأخذ ذلك أن مقتضى الشرط أن لا يلزم بأكثر من ذلك، وحينئذٍ يتجه البطلان، والله تعالى أعلم.

فرع: المشهور في المذهب أنه إذا باع جارية وشرط حملها بطل البيع وقيل: يصح في الآدميات، لأنه عيب، ولهذا ألغي، قال المرعشي في ترتيب الأقسام: يصح من البائع ولا يصح من المشتري.

قلت: فإذا قلنا بهذا واشترطه فأخلف هل نقول: ليس للمشتري الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليمًا أو له الرد، لأن الحمل يقاربه قسط من الثمن فيه نظر واحتمال، وهذا الذي قاله المرعشي هنا يوافق التفصيل في شرط ترك الوطء في النكاح، وذلك أن الشارط هو الذي له غرض في إثبات ذلك الشرط والمشروط عليه ليس له غرض الحمل، وإنما الغرض للبائع في براءته من العهدة بسببه، وعلى هذا إلا إسعاف الشارط، وليس المشروط مقصودًا له وهذا معنى صحيح، وإن كان الرافعي استشكله هناك، فالمشتري هنا ليس له غرض في يقوي أنه إذا أخلف لا يثبت الرد والله أعلم. أما إذا كان الشارط هو المشتري فيظهر أن له الرد، لأن الحمل ـ وإن قلنا: إنه عيب ـ إلا أنه زيادة من وجه كما صرحوا به في الصداق.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع عبدًا جانيًا ففيه قولان: أحدهما: أن البيع صحيح، وهو اختيار المزني، لأنه إن كانت الجناية عمدًا فهو عبد تعلق برقبته قتل فصح بيعه كالعبد المرتد، أو يخشى هلاكه وترجى سلامته، فجاز بيعه كالمريض، وإن كان خطأ فلأنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره، فلا

يمنع من بيعه، والقول الثاني: أن البيع باطل لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمي فلا يصح بيعه كالمرهون.

الشرح: ذكر المصنف بيع العبد الجاني في «التنبيه» في باب ما يجوز بيعه وذكره في «المهذب» في هذا الموضع، وكذلك المزني والأصحاب ومقصودهم بذلك التفريع الذي عليه، فإنه مقصود في هذا الباب، والقولان منصوصان. قال الشافعي في «مختصر المزني»: ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان: أحدهما: أن البيع جائز كما يكون العتق جائزًا، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرش جنايته، والثاني: البيع مفسوخ من قبل أن الجناية في عنقه كالرهن فيرد البيع ويباع، فيعطي رب الجناية جنايته، وبهذا أقول، إلا أن يتطوع السيد بدفع الجناية أو قيمة العبد إن كانت جنايته أكثر، كما يكون هذا في الرهن قال المزني: كما يكون العتق جائزًا تجويز منه للعتق وقد سوى في الرهن بين إبطال البيع والعتق، فإذا جاز العتق في الجناية فالبيع جائز مثله انتهى ـ والقول بالجواز مذهب أبي حنيفة وأحمد، واختيار المزني، ورجحه الغزالي، والقول بالبطلان اختيار الشافعي كما نص عليه في «الأم»، هذا كلامه لقوله: وبهذا أقول: وكذلك صححه الجمهور، واحتجوا للجواز بما ذكره المصنف من إلحاقه إما بالمرتد وإما بالمريض، وكلاهما يصح بيعه، هذا إن كانت الجناية عمدًا، وإن كان خطأ فتعلق العتق برقبته بغير إذن السيد، وبهذا فارق المرهون. واحتج المزني بالعتق وأن الشافعي جوزه أي في العبد الجاني، فليجز البيع وبأن الشافعي سوى بينهما في البطلان في الرهن فليسو بينهما هنا في الصحة.

واحتج أبو حنيفة بأن الأرش في رقبته غير مستقر، لأن للسيد أن يفتديه وبهذا يفارق الرهن أيضًا، واحتجوا للبطلان بالقياس على الرهن كما ذكره المصنف بأن الجناية آكد من الرهن، لأن العبد المرهون إذا جنى بيع في الجناية وبطل الرهن، فإذا كان الرهن يمنع صحة البيع فالجناية أولى، وأجاب الأصحاب عن إلزام المزني للشافعي بأن البيع فيه قولان: فإن قلنا: البيع جائز فالعتق أولى وإن قلنا: البيع لا يجوز ففي العتق الأقوال الثلاثة التي في المرهون، فليس العتق متفقًا عليه حتى يقاس عليه.

قلت: وهذا الجواب فيه نظر، فإن المزني ما أراد قياس البيع على العتق ابتداء من عند نفسه حتى يرد عليه بالخلاف فيه، بل لما قاس الشافعي عليه استدل من كلام الشافعي على أنه يجوزه، فألزمه بتجويز البيع، والطريق في الجواب على هذا التقرير أن كلام الشافعي يقتضي أن يكون قائل القول الأول يرى العتق جائزًا فشبه به البيع، إما بطريق التشبيه، وإما بطريق القياس عند ذلك القائل والشافعي قد قال: أن

القول الثاني قوله، وسكت عن العتق، فلا يلزمه أنه هو جازم أو مرجح لجواز العتق حتى يلزم به، ولعل هذا مراد الأصحاب بجوابه.

وأما قول المزني: أن الشافعي سوى بين البيع والعتق في الرهن في الإبطال فليسو بينهما هنا يعني وقد قال بصحة العتق فليقل بصحة البيع لتحصل التسوية وأجاب الأصحاب بجوابين، أحدهما: أن الشافعي لم يسو بينهما في الرهن، بل خالف بينهما لأن البيع في المرهون يبطل قولًا واحدًا، وفي عتقه ثلاثة أقوال هكذا، بحيث يختلف هذا الجواب.

الثاني: أن هذا الاستدلال بالعكس، ولا يلزم الجواب عنه، هكذا قال الشيخ أبو حامد، وفيه نظر، لأن قياس العكس على هذه الصورة صحيح لأنه لو لم يصح بيع الجاني لما صح عتقه كالرهن، فإنا نقيس الجاني على المرهون في التسوية بينهما، ثم التسوية بينهما إما في المنع ولم نقل به لتجويزه العتق فليكن في الجواز وأجاب هذا أنا نمنع أنه لم يقل به لما تقدم أنه ليس في كلام الشافعي تصريح على القول الثاني بجواز العتق قال الأصحاب: ولا يلزم من جواز العتق جواز البيع. لأن الآبق والمغصوب والمجهول والمبيع قبل القبض يجوز عتقهم، ولا يجوز بيعهم. قال الماوردي: أن قياس العكس قال به أكثر الفقهاء، وإن خالفهم أكثر المتكلمين، وهو إثبات بعض حكم الأصل في الفرع باعتباره علة.

قلت: ومن المانعين من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد الإسفراييني كذلك نقل عنه أبو الوليد الباجي في «الأصول»، فلذلك منع هنا على طريقته، وفرق القاضي حسين بينه وبين المرتد، بأن المرتد مملوك منتفع به ارتكب كبيرة واستحق بها عقوبة الله تعالى، فلم يزل بها ملك المالك عنه، ولا تدفع المزاحمة فيما يحدث بالشراء، وهو الملك لكونه مملوكًا لمالكه، يعني والمستحق في الجناية وقعت فيه مزاحمة وحق المجني عليه، وهذا المعنى فارق بينه وبين المريض أيضًا، وفي كلام بعضهم طريقة قاطعة بالبطلان لقول الشافعي: وبهذا أقول، وجعل القول بالجواز مخرجًا ومسندًا لتخريج إلزام المزني لما فهم عن الشافعي القطع بالبطلان، وحكى صاحب «التتمة» أن بعض أصحابنا خرج قولًا ثالثًا أن العقد موقوف، فإن قدر نفذ، وإن لم يقدر بطل كالمفلس إذا باع بعض أعيان أمواله وقد تعرض الشيخ أبو حامد لهذا، وأنه اشتبه على بعض أصحابنا حتى خرج هذا القول وليس بشيء والاشتباه من قول الشافعي: يرد البيع إلى قوله: إلا أن يتطوع السيد، وتأويل ذلك أنه يرد المبيع وهو العبد. وقوله: «يتطوع السيد» يعني بدفع الأرش أو القيمة، فلا يباع العبد، وليس معناه أنه إلا أن يتطوع فيصح البيع، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد

والقاضي حسين حكى ما نقله صاحب «التتمة» قولًا مطلقًا من غير نسبة إلى تخريج قال فإذا بيع وقلنا موقوف، فإن أدى الأرش صح بيعه ولزم، وإلا بيع إن استغرقه الأرش، وإن لم يستغرقه بيع بقدر الأرش وثبت الخيار للمشتري في الباقي، فإن أجاز فبحصته من الثمن، وقد نقل ابن داود قول المصنف هذا، وبين أنه في جناية الخطأ يسير إلى أنه لا يجري فيه جناية العمد، قال: ومنهم من أنكره.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وفي موضع القولين ثلاث طرق، أحدها: أن القولين في العمد والخطأ، لأن القصاص حق آدمي فهو كالمال، لأنه يسقط إلى مال بالعفو فكان كالمال، والثاني: أن القولين في جناية لا توجب القصاص. فأما فيما يوجب القصاص فلا تمنع البيع قولًا واحدًا، لأنه كالمرتد، والثالث أن القولين فيما يوجب القصاص فأما فيما يوجب المال فلا يجوز قولًا واحدًا لأنه كالمرهون.

الشرح: الطرق الثلاث حكاها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، وقال الشيخ أبو حامد: أن الطريق الثاني هو مذهب الشافعي لأنه قال فيها قولان: أحدهما: البيع جائز، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرش الجناية. وألزم السيد المال، ولو كان ذلك في الجناية الموجبة للقصاص لقال: والولي بالخيار، ثم قال: والقول الثاني أن البيع مفسوخ ويباع ويعطي رب الجناية جنايته إلا أن يتطوع السيد بدفع الجناية، وكل ذلك يكون في الجناية الموجبة للمال.

قلت: وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة، وأما الطريقة الأولى فلا يبقى في كلام الشافعي دلالة عليها، لأنه لم يتعرض للعمد يبقى ولا إثبات، فإجراء الخلاف فيه إنما يكون بالتخريج إن صح القياس أو بنقل آخر، أما هذا فلا، ولا جرم كانت هذه الطريقة الثانية هي الصحيحة، وأن الخلاف مقصور على حالة إيجابها المال فقط وممن صححه الرافعي، وقال ابن أبي عصرون: أن الطريقة الثالثة أصح الطرق وهو بعيد لما تقدم. والطريقة الأولى في الرافعي ما يقتضي نسبتها لابن خيران. ومن القائلين بها من بنى القولين في العمد على أنه موجب ماذا؟ إن قلنا: القود المحض صح بيعه كالمرتد وإن قلنا أحد الأمرين فهو كبيع المرهون. وكلام الروياني يدل على اختيارها، فإنه قال: إن الأصح بطلان البيع عمدًا أو خطأ.

ومن القائلين بالبناء المذكور ابن أبي هريرة، ومن الأصحاب من قال: ولو جعلنا موجب العمد أحد الأمرين فحكمه هنا كما إذا جعلنا موجبه القصاص لا غير لأنا على هذا القول لا نثبتها بشاهد ويمين، وشاهد وامرأتين. حكاه القاضي حسين مطلقًا، وعزاه ابن داود لصاحب «التقريب». وأنه قال بجواز البيع في الجاني عمدًا على القولين، وهذا في الحقيقة اختيار للطريقة الثانية.

وهذا كله حيث لا عفو، فإن عفا عن القصاص على مال ثم عرض البيع كان حكمه كالخطأ يجري فيه طريقان خاصة، إما جريان القولين، وإما القطع بالمنع وحكم شبه العمد والعمد الذي لا قصاص فيه في ذلك حكم الخطأ. وكذلك إذا أتلف العبد مالًا.

واعلم أنه قد تقدم ما يقتضي الفرق بين الجاني والمرتد من كلام القاضي حسين، والفرق بينه وبين المرهون من جهة أن الراهن حجر على نفسه، والفرقان يقتضيان وجهين، الطريقة الأولى: إلا أن يلغى الفرق بينه وبين المرتد وأما المرهون فالفرق ظاهر. قال الشيخ أبو حامد: كل حق تعلق بعين مال لإنسان باختياره يمنع البيع قولًا واحدًا كالرهن، وكل حق تعلق بعين مال لإنسان من غير اختياره فهل يمنع البيع أم لا؟ على قولين كما ذكرنا ههنا. وكما قلنا في المال إذا وجبت فيه الزكاة فباع رب المال قبل إخراج الزكاة بعد وجوب الحق فيه من غير اختياره، كان على قولين.

يعني إذا قلنا: إنها تتعلق بالمال تعلق رهن أو تعلق جناية بعينه، محل هذا الخلاف والطرق إذا كانت الجناية متعلقة برقبته كما تقدم، وباعه قبل الفداء وهو موسر. فلو كانت موجبة المال في ذمته لم يمنع بيعه بحال، وإن تعلقت برقبته وباعه وهو معسر بطل. ومنهم من طرد الخلاف فيه، وحكم بأن الخيار للمجني عليه إن صححنا، وإن باعه وهو موسر فإن كان بعد الفداء صح، وإن كان قبله وقبل اختياره فهو محل الخلاف، وإن كان قبل الفداء ولكن بعد اختيار الفداء فإطلاق صاحب «التهذيب» يقتضي الصحة، وإطلاق الماوردي يقتضي طرد الخلاف، وهو الأقيس، لأن اختيار الفداء ليس بالتزام، فله الرجوع عنه ولا يلزمه به شيء، بل لو صرح بالتزام الفداء لم يلزمه على أصح الوجهين في «الوسيط» في آخر العاقلة قبيل القسم الرابع في دية الجنين، بل لو قلنا باللزوم فغاية ذلك أنه ضمان، فلم ينقطع التعلق بالرقبة به حتى يصح بيعها، ولو باع العبد الجاني بإذن ولي المجني عليه فلا إشكال في الصحة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإذا قلنا: إن البيع صحيح في قتل العمد فقتل العبد في يد المشتري ففيه وجهان، قال أبو العباس وأبو علي ابن أبي هريرة: إن علم المشتري بالجناية في حال العقد لم يرجع عليه بالأرش، وإن لم يعلم رجع بأرش العيب، لأن تعلق القتل برقبته كالعيب لأنه ترجى سلامته ويخشى هلاكه، فهو كالمريض، وإذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالأرش وإن لم يعلم رجع. فكذلك ههنا، فعلى هذا إذا لم يعلم بحاله وقتل قوم وهو جان، وقوم غير جان فيرجع بما بينهما من الثمن. وقال أبو

إسحاق: وحدود القتل بمنزلة الاستحقاق وهو المنصوص، فإذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن على البائع، علم بالجناية حال العقد أو لم يعلم، لأنه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع فأشبه ما إذا استحق، ويخالف المريض، فإنه لم يمت بالمرض الذي كان في يد البائع، وإنما مات بزيادة مرض حدث في يد المشتري، فلم يرجع بجميع الثمن.

الشرح: بدأ المصنف بالتفريع الذي هو المقصود، فوضع المسألة في هذا الباب واقتصر على التفريع على القول بصحة البيع لذلك، فإن التفريع على البطلان لا تعلق له يختص بهذا الباب، وقد قال الأصحاب: لنا إن أبطلنا بيع العبد الجاني رده واسترجع الثمن، وتبقى الحكومة بين السيد والمجني عليه، فإن كانت الجناية توجب القصاص واقتص الولي فذاك، وإن عفا على مال أو كانت توجب مالًا فالسيد على خيرته إن شاء فداه من ماله، فإن سلمه فإن بيع بقدر الجناية فذاك، وإن بيع بأقل فلا يلزم السيد غيره، وإن بيع بأكثر فالفاضل يدفع إلى السيد البائع، وإذا أفدى فالأظهر أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد.

والثاني: يتعين الأرش وإن كثر، إلا أن يسلم العبد ليباع فإنه قد يرغب فيه راغب بأكثر، وإن قلنا بصحة البيع، فإن كانت الجناية توجب المال فظاهر مذهب الشافعي أن السيد ملتزم للفداء ببيعه، مع العلم بجنايته، فيجبر على تسليم الفداء كما لو أعتقه أو قتله، وقيل هو على خيرته إن فدى أمضى البيع وإلا فسخ قال هذا القائل: وهذا لأن ذلك ليس بأكثر من أن يختار الفداء ولو اختار أن يفديه ثم قبل أن يخرج أرش الجناية رجع عن ذلك كان له. هكذا قال الشيخ أبو حامد، ويقتضيه كلام أبي الطيب في النقل عن صاحب هذا الوجه، وشبهه أبو الطيب بما إذا قال الراهن أنا أقضي الدين من غير الرهن أو من قيمة الرهن لا يجب عليه الوفاء بذلك، وهذا النقل نستفيد منه أن عند اختيار الفداء لا يلزم، وهو كذلك على الأصح، وبه يضعف ما اقتضاه إطلاق التهذيب فيما تقدم من جواز البيع عند اختيار الفداء. ولا يضعف به جعل البيع التزامًا للفداء، لأن المأخذ في ذلك الحيلولة كالعتق والقتل، فلا يلزم من كون صريح الالتزام غير ملزم أن لا يكون هذا ملزمًا، فإن قلنا بالأول فطريقان، أحدهما: يفديه ههنا بأقل الأمرين قولًا واحدًا، هكذا قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب، وعزاها ابن داود إلى النص، والثانية: ذكرها ابن داود وابن أبي هريرة، ويقتضيها كلام الماوردي جريان القولين فيه، ووجه الطريقة الأولى أنه لا يقدر على تسليمه للبيع، ولذلك إذا قبله يفديه بأقل الأمرين خاصة. ومنهم من أجرى فيه الخلاف، فإن تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لإفلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس فسخ البيع وبيع في الجناية لأن حق المجني عليه سبق حق المشتري.

وإن قلنا بالثاني وهو أنه لا يلزمه بالبيع الفداء. وهو قول أبي إسحاق المروزي فهو بالخيار بين الفداء وتسليمه المبيع. وفي الفداء ههنا القولان لأنه قادر على تسليمه. وإن كانت الجناية موجبة خيار القصاص، فإن عفا الولي فالحكم على ما تقدم، وإن طلب القصاص قتله ونظر، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع، وإن كان بعده، وهي مسألة الكتاب، والمقصود في هذا الباب وهو تفريع على الصحيح أن الجناية الموجبة للقصاص لا تمنع من البيع، فإذا قتل في يد المشتري بالجناية السابقة، فأحد الوجهين أن ذلك بمنزلة العيب، فإن كان قد علم به قبل الشراء أو بعده، ولم يفسخ حتى قتل فلا شيء له. وإن لم يعلم رجع بأرش العيب وهو ما بين قيمته جانيًا وغير جان منسوبًا من الثمن، ويعبر عن ذلك بأنه من ضمان المشتري، وهذا نسبه الجمهور إلى ابن سريج وابن أبي هريرة، كما نسبه المصنف، بل أكثرهم ينسبه لابن سريج ولا يذكر غيره، ونسبه الماوردي لابن أبي هريرة خاصة، ولم ينسب لابن سريج في هذه المسألة شيئًا ونسب إليه في مسألة القطع بالسرقة السابقة أنه من ضمان البائع كما يقوله في القول الثاني وهو غريب، وقد تقدم ذلك عنه ولا فرق بين المسألتين في هذا المعنى.

وقد تقدم أن ابن بشري نقل ما يوافق قول ابن أبي هريرة عن نصه في «الإملاء» وبهذا القول قال أبو يوسف ومحمد، ومال الماوردي إليه في القطع بالسرقة، والثاني وهو قول أبي إسحاق وابن الحداد، وهو مذهب الشافعي على ما قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما، وهو نصه كما ذكره المصنف، ولفظه في آخر باب الفتيا من الجزء الثامن من «الأم».

قال الشافعي: من باع رجلًا غنمًا قد حال عليها الحول، أو بقرًا أو إبلًا فأخذت الصدقة منها فللمشتري الخيار في رد البيع لأنه لم يسلم له ما اشترى كاملًا وأخذ ما بقي بحصته من الثمن، ولكن من باعه إبلًا دون خمسة وعشرين فالبيع جائز، وعلى البائع صدقة الإبل التي حال عليها الحول في يده، ولا صدقة على المشتري فيها. قال: ومثل هذا الرجل يبيع العبد وقد حل دمه عنده بردة أو قتل عمد أو قطع يده في سرقة، فإذا قتل ينفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه. وإذا قطع فله الخيار في فسخ البيع وإمساكه لأن العيوب في الأبدان مخالفة نقص العدد .اهـ. وقد وجهوا هذا القول بأن السبب كان في يد البائع وأحيل الهلاك عليه، وإن وجد في يد غيره كما لو أحبل المشتري الجارية المبيعة بيعًا فاسدًا وردها إلى بائعها وماتت من الطلق. وبهذا القول قال أبو حنيفة.

ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع، ويعبر عنه أيضًا بأنه كالاستحقاق

أي جعل التلف في يد المشتري بالسبب السابق كظهور الاستحقاق في المبيع بسبب سابق، وهذا الشبه يوهم أنه تبين بطلان البيع، ولم يريدوا ذلك بل ينفسخ بالتلف ووقع الشبه في الحكم بالبطلان من حيث الجملة، وقد تقدم أن الماوردي نقل ما يوافق هذا القول عن ابن سريج في مسألة القطع. وذلك خلاف المشهور. وأما تمسك القائلين بالوجه الأول بمسألة المرض وهي فيما إذا اشترى عبدًا مريضًا وتمادى المرض إلى أن مات في يد المشتري طريقان، أحدهما: أنه على الخلاف ويحكى هذا عن الحليمي وغيره، وسيأتي عن القاضي أبي الطيب ما يقتضيه، فعلى هذا يسقط الاحتجاج بها، وأشهرهما: القطع بأنه من ضمان المشتري، وعلى هذا، الفرق ظاهر لأن المرض يزداد شيئًا فشيئًا إلى الموت، فليس الموت بالمرض السابق على البيع بل بما تجدد بخلاف الجناية فإنها سبب كامل للقصاص، وهذا معنى الفرق الذي ذكره المصنف، ويكتفى في ذلك بمجرد الاحتمال فإنه يمنع من إلحاقه بالمرض القديم، فكيف والظاهر حدوث سبب جديد، والأصل صحة العقد ولزومه.

ونظير ذلك إذا اشترى جارية حاملًا ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق يرجع بأرش العيب لأنها ماتت من أوجاع الطلق، وهي حادثة في يد المشتري كالمريض إذا مات، قاله القاضي أبو الطيب، وحكم الجراحة السارية حكم المرض، ذكره في «التهذيب» وجعلها على الوجهين. وبين أن ذلك في المرض المخوف. أما غير المخوف كالصداع والحمى فيرجع بالأرش إذا ازداد في يده ومات، وكذلك ذكره القاضي حسين. وحكم القولنج حكم المرض المخوف على ما ذكره القاضي حسين والبغوي حينئذٍ موافقين للحليمي. وهذا كله إذا لم يعلم المشتري بالجناية حتى قتل في يده، فلو علم قبل العقد أو بعده ولم يفسخ فقد صرح المصنف بأن الحكم كذلك، قال الرافعي: ويحكى عن أبي إسحاق واختيار أبي حامد قلت وهو الشيخ أبو حامد الإسفراييني فإنه كذلك في تعليقه علم به أو لم يعلم وتبعه المصنف. أما القاضي أبو الطيب فإنه نسب ذلك إلى بعض أصحابنا. وقال: إنه غلط، وإن مذهب الشافعي لا يختلف أنه بمنزلة العيب.

ونقل عن نص الشافعي في كتاب «الرهن» أنه بمنزلة العيب الذي قد رضي به. ولا شيء له. قال الرافعي: إنه الأصح عند الجمهور. وهو قول ابن الحداد أنه لا يرجع بشيء لدخوله في العقد على بصيرة وإمساكه مع العلم بحاله كما قال القاضي أبو الطيب قال: وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه. ولو كان كذلك ما صح بيعه أصلًا وممن اختار هذا ابن الصباغ وابن أبي عصرون، وتحصل من ذلك أنه عند

الجهل ينزل منزلة الاستحقاق، وعند العلم ينزل منزلة العيب، فإذا رضي به سقط أثره، وهو أقوى في المعنى، وفي الحقيقة هو عيب في الحالين، ولكن في حالة العلم سقط أثره، في حالة الجهل القتل من أثره، فلذلك نزل منزلة الاستحقاق لكونه لم يرض به. غير أن النص الذي تمسك به أبو الطيب من كتاب «الرهن» إن كان هو الذي نقلته فيما تقدم عند طرءآن العيب قبل القبض، وهو قول الشافعي: إنه عيب دلس به، فهذا لا دليل فيه، لأن الشافعي ما تكلم في حالة القصاص، وإنما ذلك إذا طلع عليه قبل القصاص، قال: له أن يرد لأنه عيب وهذا لا نزاع فيه، إنما النزاع في كونه إذا لم يرد حتى قتل هل ينفسخ أو لا؟.

فرع: أما ثبوت الخيار للمشتري إذا صححنا البيع ولم يحصل القصاص فإن كان بعد الفداء فقد سبق حكمه في العيوب والتفصيل في العمد بين أن يتوب أو لا وفي الخطأ بين أن يكثر أو لا، وادعي ابن الرفعة أن النص الشافعي في «البويطي» في كتاب الغصب يدل على أنها ـ وإن كثرت ـ لا يثبت الخيار إذا كان خطأ، وفيه نظر، وقد تأملت في كتاب الغصب في «البويطي»، وفيه ما يحتمل ذلك بالمفهوم لا بالمنطوق، وليس بقوي التمسك به.

وقال ابن الرفعة: إنه بين التمسك به في كتاب الغصب، أما إذا كانت قبل الفداء، قال ابن الرفعة: شبه أن يثبت الخيار سواء أقلنا يلزم السيد فداؤه أم لا وهو كما قال، وهذا حيث يقول: إن مجرد الجناية لا يكون عيبًا إما عند التوبة أو عدم التكرار أما إذا كانت عيبًا فهي كافية في ثبوت الخيار.

فرع: إذا باعه ولا جناية منه، ولكنه كان قد حفر بئرًا في محل عدوان قبل البيع فتردىٰ فيها، من يجب ضمانه بعد البيع؟ يشبه أن يكون كما لو كان قد جنى جناية توجب قصاصًا ثم بعد البيع عفي على مال، وقد تقدم.

فروع: وطء الجارية الجانية لا يكون التزامًا للفادي، وفيه وجه المذكور في الديات من الرافعي. ولو قال لعبده: إذا جاء رأس الشهر فأنت حر، فجنى العبد ثم جاء رأس الشهر عتق ولزم السيد الفداء، قاله القاضي عنه في باب الأمة تغرس نفسها، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فجنى العبد ثم دخل الدار تعلق الأرش بذمة المعتق، والفرق أنه في هذه عتق بفعله، ولم يوجد من السيد فعل، وفي الأولى لم يوجد من العبد شيء، فصار السيد متلفًا بالعتق المعلق ومثل ذلك إذا قال: إذا قدم زيد فأنت حر، فإنه لا فعل من العبد.

قال ابن الرفعة: ينبغي على قولنا بعدم نفوذ عتق الجاني، وأن الاعتبار بحال الصفة لا يحكم بعتقه ببينة لو نقص الأرش عن الرقبة، هل يكون الحكم كما تقدم؟

ولا يمتنع البيع إلا في مقدار الأرش؟ ظاهر نص الشافعي الأول، وحاول ابن الرفعة تخريج خلاف وقال: وقد ذكره الغزالي في الزكاة وأيده بقول العراقيين: إن بيع العبد الجاني كبيع الوارث التركة قبل قضاء للدين، وبأن الرافعي في الوصايا عند الكلام في الدور الواقع في الجنايات، قال: إذا جنى عبد على حر وعفا المجني عليه ومات، فإن أجازته الورثة فذاك وإلا نفذ في الثلث وانفك العبد عند تعلق العبد، وأشار الإمام فيه إلى وجه آخر كما أن شيئًا من المرهون لا ينفك ما بقي شيء من الدين.

فائدة: أجمعوا إذا كان في يد العبد مال وهو مأذون أن الدين في ماله والجناية في رقبته، فإذا عجزت الرقبة عن احتمال الجناية لم يرد إلا ما في يده، وكذلك إذا عجز ما في يده عن الدين لم يرد إلى الرقبة.

فرع: لو اشترى عبدًا وبه مرض أو جراحة، فزاد ذلك في يد المشتري ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء، قال القاضي أبو الطيب: قياس قول أبي بكر بن الحداد المصري تصير الزيادة كأنها حصلت في يد البائع وللمشتري الخيار في الرد والرجوع بجميع الثمن، وعلى قول سائر أصحابنا زيادة المرض في يده تمنع من الرد، وله الرجوع بالأرش بقدر ما بين قيمته صحيحًا ومعيبًا، بالعيب الذي كان في يد البائع دون الزيادة التي حدثت في يد المشتري، لأن هذه الزيادة حدثت بسبب المرض الذي كان عند البائع فكان على وجهين كالقطع في السرقة وإن لم يعلم بالمرض أو الجراحة حتى سرت إلى النفس، فعلى قول ابن الحداد ينفسخ البيع، ويرجع بالثمن، وعلى قول ابن سريج وأبي علي لا ينفسخ ويرجع بالأرش، ولو اشترى جارية حاملًا ولم يعلم بالحمل حتى ماتت من الولادة فعن القاضي أبي الطيب أنه على الوجهين.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشترى عبدًا مرتدًا فقتل في يده، ففيه وجهان في قول أبي إسحاق ينفسخ البيع ويرجع بالثمن، وعلى قول أبي العباس وأبي علي ابن أبي هريرة كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرش، وإن لم يعلم رجع بالأرش ـ ووجههما ما ذكرناه في الجاني عمدًا.

الشرح: بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك، وعن الشيخ أبي علي حكاية وجه أنه لا يصح تخريجًا من الخلاف في العبد الجاني، والمشهور القطع بالأول، وكذلك يقاس الجاني عليه وقد تقدمت الإشارة إلى الفرق، لأن رقبة الجاني مستحقة لآدمي وله العفو على مال فكان تعلق المال حاصل بخلاف المرتد، وقال القاضي حسين: أن الوجه المذكور خطأ لأن

الشافعي نص أن رهن المرتد والقاتل جائز، فإذا فرعنا على صحته فقتل قبل القبض انفسخ العقد على ما تقدم، وإن قتل في يد المشتري بالردة السابقة فعلى الخلاف المتقدم في الجاني على قول أبي إسحاق وابن الحداد، والمنصوص للشافعي، ينفسخ البيع ويرجع بالثمن إن كان المشتري جاهلًا بردته.

وفيما إذا كان عالمًا وجهان، رأى المصنف والشيخ أبي حامد وأبي إسحاق أنه كذلك، ولهذا أطلق هنا، ورأى ابن الحداد وهو الأصح على ما تقدم أنه لا ينفسخ البيع، ولا يرجع بشيء. قال الإمام: كان يقرب من ذلك الوجه، يعني الذي يقول بأنه ينفسخ مطلقًا كما يقوله المصنف أن يقال بالوقف حتى يقال إن قتل المرتد تبينا أن بيعه لم يصح، وإن عاد إلى الإسلام تبينا الصحة، قال: ولم أر ذلك لأحد وأما على قول ابن سريج وابن أبي هريرة، فإن كان علم بالردة لم يرجع بالأرش، لأنها عيب رضي بها، وإن لم يعلم رجع، كتعذر الرد، فيرجع بأرش العيب القديم كسائر العيوب، فيتقوم مرتدًا وغير مرتد، ويرجع بما بينهما منسوبًا من الثمن، قال الأصحاب: فإن قيل: المرتد قتل لإقامته على الردة، وذلك حادث في يد المشتري، فالجواب أنه إنما قتل بالردة السابقة لأنه لو قتله إنسان قبل الاستتابة لم يضمنه، فإقامته على الردة لم توجب القتل لكن استيفاء ما وجب عليه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن قتل العبد في المحاربة والحتم قتله فقد ذكر الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله في «التعليق»: أن البيع باطل لأنه لا منفعة فيه، لأنه مستحق القتل، فلا يصح بيعه كالحشرات. وقال شيخنا القاضي أبو الطيب، يصح بيعه، لأن فيه منفعة، وهو أن يعتقه فصح بيعه كالزمن، فعلى هذا إذا قتل في يد المشتري فحكمه حكم القاتل عمدًا في غير المحاربة، وقد بيناه.

الشرح: إذا قتل في المحاربة فإن تاب قبل أن يقدر عليه فالقود ههنا متحتم بل هو إلى ولي الدم والحكم فيه على ما تقدم في جناية العبد، وإن قدر عليه قبل أن يتوب وقلنا: تسقط العقوبة بالتوبة بعد الظفر فكذلك، فإن قلنا: لا تسقط فثلاث طرق، إحداها: قال الشيخ أبو حامد: لا يجوز البيع قولًا واحدًا، لأن قتله محتم ويفارق المريض والمرتد والقاتل في غير المحاربة لرجاء برء المريض وإسلام المرتد والعفو عن القاتل ووافقه المحاملي في «المجموع»، ونسب الرافعي هذه الطريقة إلى اختيار الشيخ وطبقته، ونسبه الإمام وغيره إلى أبي عبد الله الحسين، ولم أر في «تعليق أبي حامد» التعليل بعدم المنفعة، بل يتحتم القتل فجاز أن يقول منفعة هذه مع كونه غير باق ألا يتخلص به لعبادة الله تعالى غير مقصودة، وأما الدين فإنه باق يتخلص بالعتق للعبادة، ومنافع الدنيا والآخرة، واختار ابن أبي عصرون ما قاله

الشيخ أبو حامد، وقطع به في المرشد وقال: جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه، بدليل الآبق والمجهول، والمعنى فيه أن في العتق قوة وسراية.

الطريقة الثانية: ما قاله القاضي أبو الطيب أنه كبيع الجاني يعني عمدًا فيصح على الأصح وتوجيهها ما ذكره المصنف، وقد علمت ما يرد عليه.

والثالثة: قال الرافعي. إنها الأظهر عند كثير من الأئمة أن بيعه كبيع المرتد، ولا شك أنها أظهر مما قاله القاضي أبو الطيب، لأن جناية العمد قد تصير إلى المال بخلاف هذا، لكن يرد على إلحاقه بالمرتد ما قدمته من أن المرتد مرجو البقاء بالإسلام، بخلاف المحارب الذي تحتم قتله إنه لا شك أنه أولى بالمنع منه، ويبقى النظر في منفعه العتق في هذه الحالة، هل هي مقصودة مما يتوصل إليها بالأغراض؟ فتكون كبيع المرتد المشهور بصحته، ويأتي فيه ما حكاه الشيخ أبو علي، وإن مثل هذه المنفعة لا تعتبر فيقوى ما قاله الشيخ أبو حامد، وفيه نظر والأقرب الأول لأن العتق كيفما كان فيه أجر، والأجر مقصود متوصل إليه بالأموال فعلى طريقة أبي الطيب يكون حكمه حكم القاتل عمدًا في غير المحاربة، وقد تقدم تفصيله، وعلى الطريقة التي قال الرافعي: أنها أظهر عند كثير من الأئمة يكون كالمرتد، وقد تقدم أيضًا وعلى طريقة الشيخ أبي حامد البيع باطل ولا كلام.

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا باع عينًا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان أحدهما: هو قول أبي سعيد الإصطخري: إن المسألة على ثلاثة أقوال، أحدها: أنه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضي به المشتري فبرىء منه البائع كما لو أوقفه عليه. والثاني: لا يبرأ من شيء من العيوب لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول والرهن المجهول. والثالث: أنه لا يبرأ إلّا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع لما روى سالم أن أباه باع غلامًا بثمانمائة بالبراءة من كل آفة فوجد الرجل به عيبًا فخاصمه إلى عثمان ﷺ فقال عثمان لابن عمر: احلف لقد بعته وما به داء تعلمه. فأبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة» فدل على أنه يبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علمه. قال الشافعي رحمه الله: ولأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى، فدعت الحاجة إلى التبري من العيب الباطن فيه، لأنه لا سبيل إلى معرفته، وتوقيف المشتري عليه وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان. فلم يجز التبري منه مع الجهالة.

والطريق الثاني: أن المسألة على قول واحد، وهو أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره، وتأول هذا القائل ما أشار إليه

الشافعي من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه.

فإن قلنا: إن الشرط باطل فهل يبطل البيع؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمان ﷺ فإنه أمضى البيع، والثاني: أنه يبطل البيع لأن هذا الشرط يقتضي جزءًا من الثمن تركه البائع لأجل الشرط، فإذا سقط وجب أن يرد الجزء الذي تركه بسبب الشرط وذلك مجهول والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولًا، فيصير الثمن مجهولًا ففسد العقد. والله أعلم.

الشرح: هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزني والأصحاب بباب بيع البراءة وكثير من الأصحاب أدرجوه في هذا الباب لأنه من مسائله. وقضاء عثمان هذا رواه مالك في «الموطأ» عن يحيى بن سعيد عن سالم «ولفظه أن عبد الله بن عمر باع غلامًا له بثمانمائة وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالعبد داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبدًا وبه داء لم يسمه لي. قال عبد الله بن عمر: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه. فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم»[(١)] ورواه البيهقي في «سننه»، وفي «المعرفة» من رواية مالك كذلك.

وفي رواية «تعليق أبي حامد» وغيره من الفقهاء أن المشتري من ابن عمر زيد بن ثابت. وأنهما اللذان اختصما إلى عثمان، وقيل أن ذلك الداء زال عند عبد الله وصح منه. وقال ابن عمر: تركت اليمين لله تعالى فَعَوَّضني الله، وقد روي عن زيد بن ثابت وابن عمر أنهما كانا يريان البراءة من كل عيب جائزة، وإسناده ضعيف.

قال البيهقي: إنما رواه شريك عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر عنهما، وقال يحيى بن معين. حديث شريك عن عاصم بن عبد الله عن زيد بن ثابت: البراءة من كل عيب براءة ليس يثبت، تفرد به شريك، وكان في كتابه عن أشعث بن سوار. وسئل عبد الله عن حديث شريك عن زيد بن ثابت في البيع بالبراءة فقال: أجاب شريك على غير ما كان في كتابه، ولم نجد لهذا الحديث أصلًا.

قال البيهقي: إن أصح ما رواه في الباب حديث سالم، وهو المذكور من رواية مالك في قضاء عثمان، وعن شريح القاضي أنه كان لا يبرأ من الداء حتى يريه إياه فيقول: برئت من كذا وكذا، وعنه لا يبرأ حتى يضع يده على الداء، وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس والحسن مثله، وعن أبي عثمان النهدي قال: ما رأيتهم

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٦١٣) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٢٨) وعبد الرزاق في المصنف (٨/ ١٣٦).

يجيزون من الداء إلّا ما يثبت ووضعت يدك عليه، وأبو عثمان النهدي كبير، أدرك جميع الصحابة وفاتته الصحابة بشيء يسير، والإسناد إليه في هذا جيد وعن ابن سيرين أنه لا يبرأ إلّا من عيب يسميه ويريه. هذا ما في هذه المسألة من الإثبات عن الصحابة والتابعين.

وأما العلماء فاختلفوا على مذاهب، أحدها: أن يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه. وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور، كما روي عن ابن عمر وزيد، والثاني والثالث: أنه لا يبرأ من شيء من العيوب، واختلفت عبارة هؤلاء فمنهم من يقول: حتى يسميه، وهو مذهب ابن أبي ليلى وسفيان الثوري والحسن بن حي وداود. ونقله ابن المنذر عن ابن أبي ليلى والثوري هكذا مقيدًا، ونقله غيره عن الحسن بن حي وداود مطلقًا وظاهر النقل عن هؤلاء أنه إذا سمى كفى سواء أكان العيب مما يعاين أم لا، وهو موافق لما يقوله القاضي حسين من أصحابنا على ما سيأتي.

والثالث: أنه لا يبرأ من شيء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن شريح وعطاء وهو مذهب أحمد في رواية عنه وإسحاق، ويشبه أن يكون ذلك الإطلاق فيما يمكن كما فصله أصحابنا كما سيأتي، لكن قولهم: أنه يضع يده إن كان المراد المعاينة فهو قول أصحابنا فيما يمكن رؤيته، وإن كان يراد ظاهره من وضع اليد عليه فهو قول آخر وهو بعيد.

الرابع والخامس والسادس: أنه لا يبرأ من العيب الباطن الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة كقول عثمان، وهو مذهب مالك الذي ذكره في «الموطأ» هنا.

قال مالك: والأمر المجتمع عليه عندنا فمن باع عبدًا أو وليدة أو حيوانًا بالبراءة فقد برىء من كل عيب فيما باع، إلّا أن يكون علم في ذلك عيبًا فكتمه فإن كان علم عيبًا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودًا عليه. وهذا القول يخرج منه عند أصحابنا في تحريره ثلاثة أقوال كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

السابع: قول ثان لمالك ـ وقال ابن عبد البر: إن مالكًا رجع إليه ـ أنه لا يبرأ بذلك إلّا في الرقيق خاصة فيبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علم فكتم، وبعضهم قيد ذلك بأن يكون البيع من الفحاش لأن الفحاش تشتري لتربح ـ وأما في سائر الحيوان وغير الحيوان فلا يبرأ به من عيب أصلًا.

والثامن: قول ثالث لمالك، وقيل: أنه الذي رجع إليه أنه لا ينتفع بالبراءة إلّا في ثلاثة أشياء فقط، وهو بيع السلطان للمغنم أو على مفلس. قال بعضهم: أو في ديون الميت، والثاني: العيب الخفيف في الرقيق خاصة لكل أحد، والثالث: فيما يصيب الرقيق في عهدة الثلاث خاصة.

والتاسع: أن البيع باطل كما هو قول في المذهب خارج من التفريع على القول الثاني. ولا أعرفه صريحًا عن أحد من السلف إلّا عن مذهبنا وبعض الظاهرية وإن صح أن أحدًا يقول لا بد من وضع اليد كما هو ظاهر النقل عن شريح وغيره كانت المذاهب عشرة. هذه جملة المذاهب.

وأما تفصيل مذهبنا فقد اختلف الأصحاب عن طرق أشهرها وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والإصطخري: إنه على ثلاثة أقوال وهي المذكورة في الكتاب وأظهر الأقوال الثالث منها. وهو أنه يبرأ في الحيوان مما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر ودون ما يعلمه من الباطن، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال وحاصل هذه الطريقة أن في الحيوان ثلاثة أقوال، وفي غير الحيوان قولين. ولا يجيء الثالث في غير الحيوان لأنه لا باطن له. كما قاله القاضي أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهما.

والطريق الثاني: القطع بهذا القول الثالث وإلى ذلك ذهب ابن خيران وأبو إسحاق المروزي على ما حكاه الماوردي وغيره، وقال ابن أبي عصرون: إنها الأصح، وقال الإمام إنها الأليق بكلام الشافعي مع قوله: إن الأولى أشهر وفي «المجرد» من «تعليق أبي حامد» نسبتها إلى عامة أصحابنا. والطريق الثالث: حكاه الماوردي عن ابن أبي هريرة أنه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم. وفي غير المعلوم قولان، وقد رأيتها كذلك في «تعليق أبي علي الطبري» عن ابن أبي هريرة.

والطريق الرابع: يخرج من منقول الإمام، وهي إثبات ثلاثة أقوال في الحيوان وغيره ثالثها: الفرق بين المعلوم وغير المعلوم.

والطريقة الخامسة: القطع في الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره، وإجراء الأقوال الثلاثة في غير الحيوان، وهي تخرج من نقل سلام شارح المفتاح. والطريقة الثالثة والرابعة والخامسة مقتضاها عدم التفرقة بين الباطن والظاهر، وكذلك طرد التفصيل في غير الحيوان، وهو لا باطن له كما تقدم عن القاضي أبي الطيب، وذلك يوافق ما حكاه الإمام والماوردي والرافعي أن منهم من اعتبر نفس العلم، والأكثرون جعلوا العيوب الظاهرة من الحيوان كالمعلومة لسهول الاطلاع عليها والبحث عنها. قال الإمام: وإذا جمع جامع الحيوان إلى غيره انتظم له أقوال، أحدها: الصحة في الجميع، والثاني: الفساد في الجميع، والثالث: الفرق بين الحيوان وغيره، والرابع: الفرق بين ما علمه البائع وكتمه، وبين ما لم يعلم، وقد ذكرنا البعض الظاهر والباطن فقد يجري من خلاف الأصحاب فيه قول خامس وقال: الغزالي في

«البسيط»: إن مجموعها سبعة أقوال، أحدها: صحة الشرط مطلقًا، والثاني: فساده مطلقًا، والثالث: فساده فيما علمه، وصحته فيما لم يعلمه، والرابع: فساده فيما علمه أو يسهل العلم به، والخامس: فساده في غير الحيوان وصحته في الحيوان، والسادس: فساده إدا أبهم العيب وصحته إذا عينه، والسابع: فساده فيما سيحدث في يد البائع إذا ذكر مقصودًا وصحته فيما عداه قلت: وفي الخامس نظر لأنه يقتضي الصحة في الحيوان مطلقًا من غير تفصيل فتحرير العبارة فيه أن يقال يفسد في غير الحيوان ويصح في الحيوان فيما لم يعلم أو لم يسهل العلم به. والسابع صحيح لما سيأتي عن القاضي حسين مع جريان الخلاف مع التبيين والثامن: صحيح أيضًا لما سيأتي، ويأتي فيه وجه ثامن بالفساد فيما سيحدث في يد البائع إذا ذكر ولو تابعا والوجه التاسع: بطلان العقد وسبب اختلاف الأصحاب على هذه الطرق أن الشافعي قال على ما حكاه المزني في «المختصر»: إذا باع لرجل شيئًا من الحيوان بالبراءة، فالذي أذهب إليه قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه برىء من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه ويقفه عليه تقليدًا، وأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر. وإن صح في القياس لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره أن لا يبرأ من عيوب لم يرها ولو سماها لاختلافها، أو يبرأ من كل عيب، والأول أصح. وهذا النص نقله المزني من «اختلاف العراقيين» من «الأم»، فإن فيه في باب الاختلاف في العيب قال الشافعي: وإذا باع الرجل العبد أو شيئًا من الحيوان بالبراءة من العيوب، فالذي نذهب إليه والله أعلم قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه برىء من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه ولم يسمه البائع ويقفه عليه، وإنما ذهبنا إلى هذا تقليدًا، وأن فيه معنى من المعاني يفارق فيه الحيوان ما سواه وذلك أن ما كانت فيه الحياة فكان يغذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه قلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر، فإذا خفي على البائع أتراه يبرئه منه؟ وإذا لم يخف عليه فقد وقع اسم العيوب على ما نقصه يقل ويكثر ويصغر ويكبر، وتقع القسمة على ذلك ولا يبرأ منه إلّا أن يقفه عليه. وإن صح في القياس لولا التقليد وما وصفنا من مفارقة الحيوان غيره أن لا يبرئه من عيب كان به لم يره صاحبه ولكن التقليد وما وصفنا أولى بما وصفنا، هذا كلام الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين، وفيه زيادة فائدة على ما قاله المزني عنه وهو قوله: العبد أو شيئًا من الحيوان فإن فيه تصريحًا بالتسوية في ذلك بين العبد الذي يخبر عن نفسه وبينه على العيب الذي به، وبين غيره من الحيوان الذي لا يمكن فيه ذلك، وهذه فائدة جليلة، وليس كما وقفت عليه من اختلاف العراقيين،

ذكر الذي قاله المزني آخرًا من أنه يبرأ من كل عيب إذا عرف ذلك فالأكثرون قالوا: إن هذا الكلام من الشافعي يقتضي التردد بين القول الأول الموافق لقضاء عثمان وبين القولين الأخيرين اللذين أشار إليهما بقوله: وإن صح في القياس لولا ما وصفنا أن لا يبرأ أو يبرأ من كل عيب، فهذه ثلاثة أحوال.

ومنهم من منع ذلك وقال: وإن كان الشافعي أشار إلى ذلك ولكنه اختار القول وقال: لولا قضاء عثمان ومفارقة الحيوان لغيره لكان القياس هذا ولكن تركت القياس لقول عثمان، والفرق بين الحيوان وغيره. قال القاضي أبو الطيب، قلت: أنا: قال الشافعي في كتابه اختلافه ومالك: ولو ذهب ذاهب إلى أن من باع بالبراءة برىء مما علم ومما لم يعلم لكان مذهبًا يجد فيه حجة، وهذا مثل قول أبي حنيفة. وقد نص عليه في هذا الكتاب، وهذا يبطل قول من قال: إن مذهبه لا يختلف فيه، وأنه قول واحد. انتهى.

والجوري نقل هذا النص عن رواية حرملة والماوردي ذكر هذا النص. وقال ابن خيران وأبو إسحاق لم يخرجا ذلك قولًا لإجماله، قلت: والإجمال فيه ظاهر، وقد اختار المصنف في اللمع أن مثل هذه العبارة لا تجوز أن يجعل ذلك قولًا له، والمشهور طريقة إثبات الأقوال لما تقدم، وفي الاستذكار لابن عبد البر أن الشافعي قال في الكتاب العراقي ببغداد بأنه لا يبرأ إلّا من عيب يريه للمشتري، فاستفدنا بهذا النقل إثبات القول بعدم البراءة، وأنه في «القديم».

وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المأخوذة من الإمام، فإنها لم تفرق بين الحيوان وغيره، وذلك خلاف صريح قول الشافعي. وطريقة ابن أبي هريرة محتملة. ولو ذهب ذاهب إلى طريقة سادسة ـ وهو أنه في الحيوان يقطع بالقول الثالث، وفي غير الحيوان وقولان: أحدهما: يبرأ مطلقًا، والثاني: لا يبرأ مطلقًا. لكان ذلك وجهًا. وهذه غير طريقة ابن أبي هريرة. لأنه يقطع بأنه لا يبرأ من غير المعلوم في الحيوان. وهذه الطريقة التي أقولها مقتضاها إجراء القولين في غير الحيوان فيما علمه وفيما لم يعلمه والقطع بالتفصيل في الحيوان. ووجه هذه الطريقة اختيار الشافعي لقضاء عثمان.

وقوله: أنه لولا ذلك والفرق بين الحيوان وغيره لكان يبرأ أو لا يبرأ. يعني كان فيه قولان. وهذا دليل على ثبوت القولين فيما عدا المحل الذي فيه تقليد عثمان. والفرق المذكور وهو غير الحيوان. بالطريقة القاطعة بأنه لا يبرأ فيه من عيب أصلًا، كما تقتضيه طريقة ابن خيران وأبي إسحاق لا دليل عليها من كلام الشافعي، وإنما غاية كلام الشافعي على مقتضى استدلالهم أن يدل على القطع في

الحيوان خاصة، فهذه طريقة لم أر أحدًا ذهب إليها، ولها وجه ظاهر من كلام الشافعي. وقول الشافعي في «المختصر»: والأول أصح، الظاهر أنه يريد به الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما لولا تقليد عثمان ومفارقة الحيوان لغيره أي أن القول أنه لا يبرأ على ذلك التقدير أصح من القول بأنه يبرأ من كل عيب لأجل ذلك، والله أعلم. اقتصر عليه في «اختلاف العراقيين»، ويحتمل أن يكون المراد بالأول ما قاله موافقًا لقضاء عثمان ويكون في ذلك تقوية لأن في المسألة ثلاثة أقوال في الحيوان وقولين في غيره كما هو الطريقة المشهورة.

فرع: قسم الماوردي البيع بشرط البراءة إلى ثلاثة أضرب:

أحدها: يبرأ من عيوب سماها ووقف المشتري عليها، فهذه براءة صحيحة وبيع جائز، لانتفاء الجهالة ولزوم الشرط في العقد، فإن وجد المشتري بالمبيع غير تلك العيوب فله الرد، وإن لم يجد إلّا تلك فليس له الرد.

الضرب الثاني: أن يبرأ من عيوب سماها، ولم يقف المشتري عليها، فهذا على نوعين أحدهما: أن تكون العيوب مما لا يعين كالسرقة والإباق، فتصح البراءة فيها بالتسمية، لأنها غير مشاهدة، فلم يمكن الوقوف عليها، واكتفى بالتسمية فيها فإن ذكرها إعلام واطلاع عليها.

والنوع الثاني: أن تكون مما يعاين كالبرص والقروح. فلا تكفي التسمية حتى يقف عليها ويشاهدها لأن لنقص العيب قسطًا من الثمن يزيد بزيادته العيب وينقص بنقصه فصارت التسمية لها عند عدم مشاهدتها جملًا بها.

قلت: وهذا معنى قوله في «المختصر»: ولو سماها لاختلافها، وكذلك قوله في «اختلاف العراقيين»: ولا يبرأ منه إلّا أن يقف عليه. وكلام الماوردي يقتضي أن هذا الضرب ليس محل الخلاف. ولا شك أن القائل بالبراءة مطلقًا إذا أطلق شرط البراءة يقول هنا عند التسمية وإن لم يقفه عليها بطريق الأولى. وكذلك إذا كان البرص ونحوه في باطن فإن الأصح أن يبرأ منه إذا لم يعلمه عند الإطلاق ففي حالة التسمية كذلك، وكذلك قال الرافعي: إنه إن أراه موضع البرص وقدره صح وإن لم يره فهو كشرط البراءة مطلقًا، وكذلك يقتضيه كلام الإمام والفوراني والمتولي والبغوي، وينبغي أن يحمل كلام الماوردي على هذا المعنى.

قال الرافعي: هكذا فصلوه، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من العيوب وأما ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان، فقد حكي الإمام تفريعًا على فساد الشرط فيه خلافًا مخرجًا على ما ذكره من المعنيين، يعني أن العلة في فساد الشرط الجهالة أو كونه من مقتضى العقد إن قلنا: بالأول صح لانتفاء الجهالة، وإن قلنا بالثاني

فلا، ومثل صاحب «التتمة» بتسمية العيب بأن يقول على أنه بريء من الزنا والإباق والسرقة، وهذا الذي تقدم من أن الذي تمكن معاينته لا تكفي فيه التسمية هو قول الأصحاب.

قال القاضي حسين: وعنه يكون يصح في هذا الموضع لقلة الجهالة، وهذا مخالف لما تقدم من كلام الشافعي، ومثل القاضي هذا النوع بإخباره بمثل الجدار وانكساح الجذع.

فرع: ادَّعَىٰ الرافعي أنه لا خلاف في البراءة إذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والإباق، لأن ذكرهما إعلام، وفي كلام القاضي حسين في «الفتاوى» ما يقتضي المنازعة في هذا الإطلاق، وأنه إن قال: هو آبق وبعتكه بشرط أني بريء من عيب الإباق بريء قطعًا، ولو قال: لا أعلمه آبقًا وبعتكه بشرط أني بريء من عيب الإباق قال: فلهذه المسألة مقدمة، وهي أنه لو اشتراه ولم يعلمه آبقًا فقال: أبرأتك من عيب الإباق، فبان آبقًا هل له الرد؟ وجهان كما لو باع مال ابنه على ظن أنه حي فبان ميتًا.

فإن قلنا: يبرأ بريء هنا، وإن قلنا: لا يبرأ فالبيع بهذا الشرط هل يصح؟ على قولين فإن قلنا: يصح ففي صحة الشرط جوابان ـ وإن قال: بعتكه بشرط أني بريء من الإباق، يعني لو لم يعلم شيئًا قال: فالظاهر أنه ليس له رده، لأن الشرط إعلام.

وإن قال: لا أعلم هل هو آبق أو لا، ولم يرد عليه، يعني ولم يشترط فوجده آبقًا فله الرد، ذكر هذه المسائل القاضي حسين في «فتاويه».

الضرب الثالث: أن يبرأ إليه من كل عيب من غير أن يسميها، ولا يقف المشتري عليها فهو محل الأقوال والطرق المتقدمة.

فرع: في الاستدلال للأقوال المذكورة غير القول الظاهر من المذهب أو أجوبتها. أما القول الأول وهو أنه يبرأ من كل عيب، وهو مذهب أبي حنيفة فلقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[(١)] وبأن الإبراء من المجهول صحيح لقوله ﷺ لرجلين تخاصما عنده في مواريث درست: «أسهما وأوجبا وليحلل أحدكما صاحبه»[(٢)] رواه البيهقي في كتاب «الصلح»، وبأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فيصح في المجهول كالطلاق والعتق، وبأن خيار العيب إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة، فإذا صرح بالبراءة ارتفع الإطلاق.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٦/٦٦).

والجواب عن الأول أنه روي في هذا الحديث ما وافق الحق منها، على أن الحديث المذكور فيه كلام، ومنع بعضهم صحته، ثم هو معارض لقوله ﷺ: «كل شرط ليس هو في كتاب الله فهو باطل» ونهيه عن بيع وشرط، وعن الثاني: بأن التحليل يصح بأن مصيره معلومًا. فيقول: من كذا وكذا، وعن الثالث: بأن الطلاق والعتق يصح تعليقهما، فصحا في المجهول بخلاف الرد بالعيب. وأما القول الثاني وهو أنه لا يبرأ من شيء من العيوب إلّا بالتسمية والتوقيف فالنهي عن بيع وشرط. وعن الغرر.

ومن القياس أنه رفق في البيع لا يثبت إلّا بالشرط، فلا يثبت مع الجهالة كالأجل والرهن والضمان، ولأنه عيب لم يقف عليه المشتري فيثبت له رد المبيع على صفته كما إذا لم يبرأ منه وفيه احتراز عن حدوث العيب والرضا به، وبأن الإبراء من المجهول لا يصح لأنه تبرع لا يصح تعليقه فلا يصح في المجهول كالهبة وبأنه خيار ثابت بالشرع فلا ينفى بالشرط كسائر مقتضيات العقد.

وملخص هذه الأقيسة الدالة لهذا القول ترجع إلى سببين، أحدهما: التعليل بالجهالة، والثاني: بمخالفة مقتضى العقد، ووضع الشرع في الرد بالعيب. فإن قالوا: الهبة فيها تسليم والجهالة تمنع من التسليم، انتقض عليهم بالوصية والإقرار وفيهما تسليم واجب، ويصحان في المجهول، وفي الاستدلال طريقة أخرى بأن تفرض المسألة فيمن شرط البراءة مما يحدث في يده من عيب، لأنه إبراء من الضمان قبل التسليم، فلم يجز كالإبراء من ضمان جميع الثمن إذا تلف في يده، وأما القولان الرابع والخامس فضعيفان جدًا لا دليل لهما، والسادس وهو مذهب أحمد قريب من الثالث الذي هو ظاهر المذهب.

فرع: في الاستدلال للقول الظاهر من المذهب، الحجة في ذلك ما ذكره الشافعي رحمه الله من قضاء عثمان رضي الله عنه مع مفارقة الحيوان لما سواه كما بينه، فلو حكمنا بأن البيع والشرط لا يصح لأدى إلى أن لا يستقر بيع في حيوان أصلًا، والتمسك به من وجهين، أحدهما: أن ابن عمر من كبار الصحابة وزيد بن ثابت أيضًا كذلك، وقد قيل إنه المشتري منه وترافعهما إلى إمام الوقت في خصومة ويقضي بينهما بقضاء، الظاهر أن ذلك يعسر، ولم يثبت عن أحد منهم الإنكار فكان إجماعًا، واعترض على هذا بأن ابن عمر مخالف، فإنه علم بالعيب واعتقد أنه لا يثبت الرد، أما علمه فلامتناعه من اليمين، وأما اعتقاده فلو لم يكن كذلك لقبله.

وأجاب الأصحاب بأنه يحتمل أن لا يكون علم وامتنع عن اليمين تورعًا، قلت: وهذا الجواب والاحتمال يعتضد بما تقدم عن البيهقي أنه لم يثبت عن ابن

عمر القول بالبراءة، لكن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في اختلافه مع مالك قال: وقد اختلف عثمان وابن عمر في العبد يبتاع ويبرأ صاحبه من العيب، فقضى عثمان على ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بأن يحلف ما كان به داء علمته، وقد رأى ابن عمر أن التبري يبرئه مما علم وما لم يعلم، قال الشافعي يخاطب من سأله: فاخترت قول ابن عمر وسمعت من أصحابك من يقول: عثمان الخليفة وقضاؤه بين المهاجرين والأنصار كأنه قول عامتهم، وقوله بهذا كله أولى أن يتبع من ابن عمر. انتهى.

ذكر الشافعي هذا فيما روى مالك عن عثمان وخلافه. فهذا الكلام من الشافعي يقتضي اعتقاده أن ابن عمر مخالف لعثمان، وحينئذٍ يعتضد الاستدلال بهذا الوجه الذي ذكره الأصحاب ـ وممن ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، وإن كان ما ذكروه من الاحتمال صحيحًا، لكن لا يستقيم الاستدلال للشافعي بذلك، وهو قائل بخلافه. نعم يصح لمن ينظر من حيث الجملة، ولا يتقيد بكلام الشافعي أن يقوله.

ومما يضعف التمسك بهذا الوجه للمذهب أن الشافعي عضد قول عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بما ذكره من مفارقة الحيوان لغيره، وعلى هذا الوجه لا يحتاج إلى ذلك وأيضًا لو كان كذلك لما سماه تقليدًا، وأيضًا فإنه مشى على أن قول الصحابي إذا انتشر ولم يعرف له مخالف يكون كالإجماع السكوتي، وفيه نزاع، فإنه أنزل رتبة مما يتحقق فيه سكوت الباقين. وإن قلنا: بأن الإجماع في السكوت حجة لا سيما هذه المسألة مع الاحتمال القوي في مخالفة ابن عمر وورود الرواية عنه وعن زيد بذلك من غير هذه الطريق وإن كانت ضعيفة، فإن ذلك يخرم الظن بعدم الخالف. وذكر الإمام ههنا معترضًا على التمسك بهذا الوجه أن مذهب الشافعي في «الجديد» أنه لا ينسب إلى ساكت قول.

الوجه الثاني: من الاستدلال ما ذكره الشافعي وأشار إليه من اعتضاد قول عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالقياس. ومثل هذا يكون حجة عند الشافعي على «القديم» و«الجديد» على ما قاله الشيخ أبو حامد والماوردي، أما على «القديم» فلأن قول الصحابي حجة يقدم على القياس.

وأما على «الجديد» فلأنه يرى أن قول الصحابي مع القياس الضعيف المسمى عند الماوردي بقياس التقريب يقدم على القياس القوي المسمى عند الماوردي بقياس التحقيق، وهل المراد بالضعيف الذي لا تجتمع فيه شروط القياس فيشكل اعتضاد ما ليس بحجة بما ليس بحجة. ويأتي فيه البحث الذي تقدم في المرسل في مسألة بيع اللحم بالحيوان، أو الذي اجتمعت فيه شروط القياس لكنه خفي لو انفرد يقدم

القياس القوي عليه، وهذا هو الذي ينبغي أن يكون المراد.

وقد فسر الماوردي في كتاب الإيمان مراده بقياس التقريب وقياس التحقيق وههنا مباحث:

أحدها: أطلق الشيخ أبو حامد هنا أن قول الصحابي على القديم حجة مقدمة على القياس واقتضى كلامه أن ذلك مطلق وإن لم ينتشر. وقيده الماوردي بالمنتشر الذي لم يعلم خلافه، وهما قولان في القديم منقولان عن الشافعي في كتب الأصول ـ وقال ابن الصباغ: أنه في القديم حجة، وفي الجديد ليس بحجة إلّا أن ينتشر، فاقتضى ذلك أنه إذا انتشر يكون حجة في الجديد.

وقال الجوري: أن قول الصحابي الذي ليس له مخالف إنما يكون حجة في الجديد، إذا اعتضد بضرب من القياس وأنه في القديم حجة، فإذا احتمل المسألة أصلًا كان ما وافقه أولى، وهو أدون الاجتماعات، وأعلى منه الإجماع الذي تعرفه الخاصة كتحريم النكاح في العدة وأعلى منه، وهو إجماع الخاصة والعامة لكون الظهر أربعًا، هذا مختصر كلام الجوري.

وقال البندنيجي في مقدمة كتاب الذخيرة: قال الشافعي في أدب القاضي: ولا يجوز لأحد من أهل العلم أن يقلد أحدًا غير رسول الله ﷺ ولم يرد الشافعي أن النبي ﷺ قوله يسمى تقليدًا، وإنما أراد قبول قوله في صورة التقليد ـ فأما الصحابة فإن قال علماؤها قولًا كان حجة مقطوعًا على معيتها وإن قال واحد منهم قولًا وانتشر في الباقين فإن صوبوه أو قالوا ما يدل على الرضا فهو إجماع أيضًا، وحجة مقطوع على معيتها إن بلغهم وسكتوا، ولم يكن منهم ما يدل على نص ولا إنكار فإذا انقرض العصر كان حجة أيضًا مقطوعًا على معيتها في إطلاق اسم الإجماع عليه من ناحية العبارة وجهان ظاهر قول الشافعي أنه لا يسمى إجماعًا. وقال داود، وأكثر المتكلمين: ليس بحجة.

وإن قال واحد منهم قولًا ولم ينتشر قال في «القديم»: هو حجة، وهو قول مالك وأبي حنيفة، وقال في «الجديد»: ليس بحجة (فإن قلنا) ليس بحجة ـ فإن عاضده قياس وإن ضعف ـ كان قوله مقدمًا على القياس القوي، وإن لم يعضده قياس كان بمنزلة قول التابعي يقدم القياس عليه، ولا يخص بقوله العموم (وإن قلنا) حجة قدم على القياس القوي إلا أن يكون القياس في معنى الأصل، فيكون هذا القياس مقدمًا عليه، وهل يخص به العموم؟ وجهان، هذا في قول الصحابي على سبيل الفتيا.

أما حكمه فإن كان بعد استشارة الصحابة فإجماع، وإلا فإن انتشر ولم ينكر كالذي سمعت الشيخ يقول: ليس بحجة، وهو بمنزلة قول الواحد إذا لم ينشر على

قولين، لأن حكم الحاكم لا يسع خلافه، فلا يدل السكوت على الرضا، ورأيت أبا علي الطبري في «الإفصاح» يقول: هذا حجة قولًا واحدًا، ولكن هل يقع على معيتها؟ على وجهين. أحدهما: نعم بالفتوى، والثاني: لا، وإذا انتشر قول التابعي في التابعين لم يكن كانتشار قول الصحابي في «الصحابة» على الأصح وهو قول أبي العباس، هذا تلخيص كلام البندنيجي وكثير مما ذكره شاركه فيه المصنف وأكثر الأصحاب، ولكن في كلامه زيادة فوائد، فلذلك رأيت نقله، واختار المصنف على قولنا: أنه ليس بحجة إنه إذا عضده قياس ضعيف لا يصير حجة لأن كلا منهما بانفراده ليس بحجة.

وقال الصيرفي: يصير حجة، وهو الذي قاله المصنف في «الأصول» يخالف ما قاله الشيخ أبو حامد والماوردي هنا أن ذلك حجة على «القديم» و«الجديد»، وقد قدمت أنه ينبغي تفسير الضعيف بما يكون حجة إلا أن يكون ثم قياس أقوى منه فيقدم هو مع قول الصحابي على القياس القوي، وحينئذٍ يتجه ما قاله الشيخ أبو حامد ولا يرد ما قاله المصنف. إلا أن يكون فهم عن الصيرفي أنه يقول بظاهر عبارته وحينئذٍ لا يكون قادحًا في دعوى عدم الخلاف في مسألتنا، إذا فسرنا الضعيف بالتفسير الذي ذكرته.

وقد رأيت كلام أبي بكر الصيرفي في كتابه المسمى بـ«الإجماع والاختلاف»، وهو يشعر بما قلناه، ويشير إلى أن ذلك تأويل قول الشافعي في «القديم» أنه حجة كأنه يرى أنه إذا لم ينتشر ولا يعضده شيء لا يقول الشافعي به في «قديم» ولا «جديد»، وإن اعتضد أو انتشر قال به في «القديم» و«الجديد».

قال القاضي حسين في أول «تعليقته»: إنه إذا اقترن بقول الصحابي قياس خفي قدم على القياس الجلي قولًا واحدًا، وهذا يوافق ما قلته وما قاله الشيخ أبو حامد وغيره، ويؤيده قول الشافعي في اختلاف الحديث، وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه صلى في ليلة ست ركعات في كل ركعة ست سجدات، قال: لو ثبت ذلك عن علي لقلت به، فإنه لا مجال للقياس فيه، فالظاهر أنه فعله توقيفًا.

فهذا النص من الشافعي يدل على أنه يقول بقول الصحابي في بعض المواضع وإن لم يكن ذلك عين المسألة التي نحن فيها، وإنه إنما يرده إذا دل دليل على خلافه والأصوليون ذكروا هذا النص من تفاريع الشافعي في «القديم»، وعندي في ذلك أن اختلاف الحديث من كتبه الجديدة، وقد رويناه من طريق المصريين عنه. وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: قول الصحابي إذا انتشر حجة مقطوع بها وهل يسمى إجماعًا؟ فيه وجهان، وإن لم ينتشر فليس بحجة في الجديد وهو حجة في

«القديم»، فعلى «القديم» في تخصص العموم به وجهان ويقدم القياس الجلي عليه.

وفي القياس الخفي وهو الشبه وجهان، أحدهما: يقدم على قول الصحابي. والثاني: يقدم قول الصحابي عليه، وهو قول أبي حنيفة، ومن لا خبرة له من أصحابه يقول: إنه يقدم على القياس الجلي، وأما على «الجديد» فلا يخص به العموم قطعًا، وفي ترجيح أحد القياسين المتعارضين به وجهان، الثاني: أن هذا القول إذا لم يكن وحده حجة فالقياس الذي عضده من الفرق بين الحيوان وغيره إن لم يكن حجة أيضًا لم تثبت الدلالة باجتماعهما وإن كان الفرق المذكور كافيًا في القياس وتقدم الحجة، فالحجة فيه لا في القول المذكور.

والجواب: أن القياس القوي يقتضي أن لا يبرأ مطلقًا أو يبرأ مطلقًا كما قال الشافعي، وقد أشار الشافعي بقوله: وأنه أصح في القياس، يشير بذلك إلى أن هذا قياس أصح، وأن ما ذكره من المعنى بين الحيوان وغيره قياس صحيح فلو انفرد هذان القياسان لقلنا بالقياس الأصح لكن لما جاء قضاء عثمان ﷺ قوي هو والقياس الصحيح على القياس الأصح. ولا يمنع إذا لم يكن قول الصحابي حجة أن لا يقوى به لاسيما عثمان وقضاؤه في هذا.

الأمر الثالث: أنه إذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعي تقليدًا؟ وقبول قول الصحابي على القديم أو إذا اعتضد بما ذكرتم على «الجديد» حجة وقبول الحجة لا يسمى تقليدًا لقبول الخبر.

والجواب: أن الواجب اتباعه، وقيام الحجة به وهو مجموع ما حصل من قول عثمان مع القياس الفارق والموصوف بالتقليد هو قول عثمان ﷺ وحده، وإطلاق التقليد عليه وحده صحيح، لأنه لا يجب قبوله وحده ولا يدري من أين قاله، وهذان هما حد التقليد، فاجتمع هنا تقليد ودليل، والممتنع عندنا هو التقليد بغير دليل، والروياني قال: إنه ما قصد بهذه العبارة محض التقليد، بل أراد الاستئناس كما قال في الفرائض أنه قلد زيد بن ثابت في الإخوة مع الجد ثم عقبه بالقياس.

الرابع: في قول مالك ﷺ في ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو في هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التي استشكلها إمامنا الشافعي وغيره، ففي «الأم» من كلام الربيع أو من كلام البويطي، الله أعلم، في اختلاف الشافعي ومالك فقلت للشافعي: إن لنا كتابًا قد صرنا إلى اتباعه، وفيه ذكر أن الناس اجتمعوا فيه، والأمر المجتمع عندنا وفيه الأمر عندنا، فقال الشافعي: قد أوضحنا لك ما يدلك على دعوى الإجماع بالمدينة أو في غيرها، وطول الشافعي في البحث في ذلك والإيراد، نحو ثلاث ورقات ثم قال: وما كلمت منكم أحدًا قط فرأيته يعرف معناها، وما

ينبغي لكم أن تجهلوا كيف موضع الأمر عندنا إن كان يوجد فيه ما ترون.

قلت: وقد قال أبو الوليد الباجي المالكي في كتابه الذي ألفه في «أصول الفقه»، وقد روى إسماعيل بن أبي أويس رحمه الله عن مالك بيان قوله: الأمر المجتمع عليه فقال إسماعيل بن أبي أويس: سألت خالي مالكًا عن قوله في «الموطأ» الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا يفسره لي، فقال: أما قولي: الأمر المجتمع عليه عندنا، الأمر الذي لا اختلاف فيه، فهذا ما لا اختلاف فيه قديمًا ولا حديثًا. وأما قولي: المجتمع عليه فهو الذي اجتمع عليه من أرضى من أهل العلم واقتدى به، وإن كان فيه بعض الخلاف.

وأما قولي: الأمر عندنا وما سمعت أهل العلم فهو قول من أرتضيه وأهتدي به، وما اخترته من قول بعضهم، هذا معنى قول مالك دون لفظه قال: وتنزيل مالك لهذه الألفاظ على هذا الوجه وترتيبها مع تقاربها في الألفاظ يدل على تجوزه في العبارة، وأنه يطلق لفظ الإجماع، وإنما يريد به ترجيح ما يميل إليه من الرتبة.

التفريع: وقد ذكره المصنف، إن قلنا الشرط باطل ففي بطلان البيع به وجهان. وقال الإمام: قولان: أظهرهما: عند القاضي حسين والإمام والروياني وابن داود والرافعي، وهو قول ابن سريج على ما حكاه الماوردي، وفي «المجموع» للمحاملي و«التجريد» له، وهو من كلام الشيخ أبي حامد أنه ظاهر المذهب، وقال في «العدة»: إنه ظاهر قول الشافعي، وهو الذي قدمه المصنف هنا أنه لا يبطل لحديث عثمان رضي الله عنه، فإنه صحح البيع لكن هذا الاستدلال فيه نظر لأن الشافعي استدل لصحة الشرط بأثر عثمان، فكيف يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط؟

واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضي الله عنهما باليمين أنه ما علم. نص منه في أن البيع صحيح، وقد يقول القائل بعد ذلك: أنه ليس فيه أن الشرط صحيح، لاحتمال أن يكون عثمان عنده أن الشرط باطل، وأن ظهور العيب موجب للرد على ابن عمر ولو كان غير ذلك من العيوب، أو في غير الحيوان، لقضى فيه بهذا أيضًا، وهذا الاحتمال هو الذي لاحظه صاحب هذا الوجه، والله أعلم.

لكن يشكل عليه قول عثمان: تحلف أنك ما علمت؟ وعندنا وعند صاحب هذا الوجه لأنا لا نعرف خلافًا في هذا ـ المذهب فيه أن من حلف في العيب في غير هذه المسألة يحلف على البت، ولا يحلف على نفي العلم: فإن خالف صاحب هذا الوجه في ذلك لم يستقم له على قاعدة الشافعي، وقد ظهر لك بهذا أن أثر عثمان صحيح في صحة البيع، وفي أحد أمرين بعده، إما في صحة الشرط والفرق بين العلم وغيره، كما قاله الشافعي، وإما في أن من حلف على نفي العيب يحلف على

نفي العلم، فإنه قد يكون مذهب عثمان ذلك وهذا يبين لنا إشكالًا في التمسك به، الظاهر من المذهب والإمام تمسك له بأن الشرط في وضعه ليس مخالفًا لمقتضى العقد، لأن الغرض من العقد النفوذ، فالشرط يتضمن تأكيد اللزوم والظاهر السلامة، واعترض على هذا المعنى بأنه لو صح لوجب الحكم بصحة الشرط من وجهة موافقة مقصود العقد.

وفرق المتولي بين شرط البراءة وسائر الشروط الفاسدة، بأن قضية الامتناع من التزام سبب يفضى إلى رفع العقد، فكان موافقًا موضوع العقد، لكن يرد عليه في هذا الشرط أن المبيع لا ضمانه قبل القبض، والمنقول فيه أن العقد يبطل.

والوجه الثاني: وهو الذي قدمه في «التنبيه». وقال الماوردي: إنه قول جمهور أصحابنا، وقال الروياني وغيره من الأصحاب: إنه القياس، وجزم به الروياني في «الحلية» أنه يبطل العقد كسائر الشروط الفاسدة، ولأنه يختلف ما يقتضيه العقد من الرد بالعيب، ولأنه يفضى إلى جهالة الثمن بالطريقة التي قدرها المصنف وسيأتي أن ابن أبي عصرون اختار هذا أيضًا ومال الغزالي إليه، وفي «المجرد من تعليق أبي حامد» أن الأول ليس بشيء.

وإن قلنا: بصحة الشرط فكذلك في العيوب الموجودة عند العقد، أما الحادث بعده وقبل القبض فيجوز الرد به، فاله الماوردي والمتولي والرافعي وغيرهم، وقال القاضي حسين: إنه لا خلاف على المذهب فيه، نقل صاحب «التتمة» وغيره عن أبي يوسف أنه يجوز، ونقله البغوي عن أبي حنيفة، وقد وهم بعضهم فزعم أن كلام الغزالي فيه إشارة إلى إلحاق الحادث بعد العقد وقبل القبض بالحادث قبلها في البراءة عنه وليس في كلام الغزالي إلحاق ذلك إلا في صحة اشتراط البراءة عنه، فلا تعتبر بذلك، ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة والتي تحدث ففيه طريقان في تعليقة القاضي حسين، إحداهما: القطع بالبطلان، والثانية: على قولين بالكائنة، وقال الرافعي: فيه وجهان أصحهما يذكر.

وقال الأكثرون غيره: أنه فاسد، قال القاضي حسين: ويبطل البيع بهذا الشرط وصاحب «التتمة» قال في هذه الصورة: إنه إذا فسد الشرط فالحكم في بطلان العقد على ما سبق، يعني فيصح العقد على المذهب، فإن أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى. قال الرافعي: ومقتضى ذلك مجيء الخلاف فيه بالترتيب. وقال الإمام: المذهب أن الشرط يبطل بخلاف ما ذكرناه في المسألة الأولى يعني إذا جمع بين الكائنة والتي ستحدث.

وصرح الإمام بثلاثة أوجه، أحدها: صحة البراءة في العيوب الحادثة مطلقًا.

والثاني: الفساد مطلقًا، والثالث: الفرق بين أن يذكر تابعًا أو مقصودًا، وهذا معنى الأولوية التي ذكرها الرافعي، وحيث فرقنا بين الحادث والقديم.

فلو اختلفا في عيب هل هو حادث أو قديم؟ قال الماوردي: ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في اختلاف العلة فيما إذا ادعى البائع في غير هذه الصورة الحدوث، وادعى المشتري القدم، فالقول قول البائع، فمنهم من قال: إن العلة أن الحدوث تعين والتقدم مشكوك فيه، فههنا لا يبرأ منه البائع، ويكون القول قول المشتري ـ ومنهم من قال: العلة أن ما أوجب الإمضاء أولى، فالقول هنا قول البائع، ويمنع المشتري من الفسخ ـ وإن فرعنا على القول الثالث فلا يبرأ مما علمه وكتمه، ولا عما لم يعلمه من العيوب الظاهرة من الحيوان على الأصح، ومنهم من اعتبر نفس العلم كما تقدم، وهما وجهان حكاهما الماوردي، هل المراد ما لم يكن معلومًا لخفائه؟ وإن علمه البائع؟ أو ما لم يعلمه لجهله؟ ومقتضى كلام الروياني نسبة الأول إلى المحصلين من أصحابنا، وأنه الصحيح، ونسبة الثاني إلى حكاية أبي علي في «الإفصاح» والقاضي أبي حامد في «الجامع» وأنه غلط، والروياني قال هذا دفعًا لمن زعم أن الحيوان يأتي فيه التفصيل بين المعلوم، وهو المحكي في «الإفصاح» و«الجامع»، وحيث حكى الوجهين من كلام الماوردي لم يتعرض له، هل يلحق ما مأكوله في جوفه بالجواز؟ قيل: نعم لعسر الوقوف.

وقال الأكثرون، منهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهم: لا وقال المحاملي أنه لا خلاف فيه، وكذلك الروياني قال إنه لا خلاف فيه وجماعة حكوا الخلاف كما تقدم، منهم الجرجاني والرافعي وغيرهما لتبدل حال الحيوان، فإن العيب الذي به قد يزول بنفسه وبأنه لا يمكن معرفة العيب الذي في باطن الحيوان، وهذا يمكن بإدخال عود ونحوه، وبأن الحيوان يغتذي بالصحة والسقم فلا يخلو في الغالب عن عيب بخلاف هذا فعلى هذا قال الشيخ أبو حامد: إن قلنا بطريقة الإصطخري كان فيه قولان، وإن قلنا بالطريقة الأخرى لم يصح الشرط قولًا واحدًا، قلتُ وهذا على الطريقة المشهورة، وتأتي فيه الطرق المتقدمة.

فرع: قد اجتمع في الشرط مع العقد ثلاثة أقوال يصحان ويفسدان، يصح العقد ويفسد الشرط. قال الإمام والقاضي حسين قبله: وهذا كاختلاف الأقوال في شرط نفي خيار المجلس والرؤية إذا جوزنا بيع الغائب، وفيها الأقوال الثلاثة كما وصفناها، وخيار الرد بالعيب خيار شرعي يتضمنه مطلق العقد، كخيار المجلس، وخيار الرؤية، قلتُ: لكن الأصح في نفي خيار المجلس بطلان العقد والأصح هنا صحته عند الإمام والرافعي، فيحتاج إلى الفرق، وأما على ما نسبه الماوردي إلى

الجمهور فلا. قال القاضي حسين: فعلى هذا الترتيب يجتمع في الحيوان أربعة أقوال هذه الثلاثة ورابع وهو التفصيل.

تنبيه: عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط في غير الحيوان وصحته في الحيوان مع التفصيل في البراءة، فإن سقط ذلك في غير الحيوان. قال ابن أبي عصرون: فالشرط والبيع باطلان، وهذا منه كأنه اختيار لقوله: البطلان، إذا قلنا بفساد الشرط أما على القول الذي صححه الرافعي وغيره من أنه إذا فسد الشرط يصح العقد، فينبغي أن يكون كذلك، ولا فرق بين الحيوان وغيره في ذلك إذا قلنا بفساد الشرط بالحيوان، وكذلك أطلق صاحب «التتمة» أن المذهب أن العقد صحيح.

فرع: لو شرط أن لا يرد المبيع بالعيب القديم والحادث في ضمانه قال القاضي حسين يبطل البيع قولًا واحدًا وتبعه المتولي فقال: إذا شرط أن لا يرد عليه إذا وجد به عيبًا فالعقد باطل وعللاه بأنه منع تصرف في حق ثبت له بمقتضى العقد بخلاف شرط البراءة، فإنه بشرط البراءة منع ثبوت الحق وخالف الرافعي ما جرى فيه الخلاف وهو أظهر.

وإن ما ذكره القاضي في شرط البراءة يمكن أن يقال مثله في شرط عدم الرد ولو اختلفا في شرط مبيع البراءة فادعاه البائع وأنكر المشتري، فإن قلنا: البيع صحيح مع شرط البراءة تحالفا على الصحيح وقيل: القول قول المشتري مع يمينه لأن الأصل عدم الشرط، وهو قول القاضي أبي حامد، ولم يذكر الروياني في «البحر» غيره، وقال: فيحلف أنه لم يعلم ولم يرض.

وإن قلنا: فاسد، ففي «التهذيب» أن القول قول البائع بيمينه، وينبغي أن يخرج على الاختلاف في دعوى الصحة والفساد، ومن المعلوم الظاهر أنه إذا باع بشرط البراءة من عيب علمه المشتري ورآه أن البيع صحيح ولا أثر للشرط المذكور في هذه الحالة ومن جملة الإطلاق أن يقول له: هذه هي العيوب وأبرئني منها وإذا قلنا بالصحيح فقال المشتري: علمت هذا العيب وكتمته. وقال البائع: لم أعلم فالقول قول البائع مع يمينه، فيحلف بالله بعته وما علمت به عيبًا كتمته، بدليل حديث عثمان، قاله في «التهذيب».

فرع: شغف بعض الوراقين في هذا الزمان بأن يجعل بدل شرط البراءة: أعلم البائع المشتري أن بالمبيع جميع العيوب ورضي به، وظنوا أن ذلك يجوز منهم عن بطلان البيع، والشرط على بعض الأقوال في شرط البراءة، وهذا جهل لا يجوز فعله ولا يفيد. أما أنه لا يجوز فعله فلأنه كذب، لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب في محل، ومنها ما هو متضاد، وأما أنه لا يفيد، فلما تقدم أن الصحيح عندنا أنه لا

يكفي بالتسمية فيما يمكن معاينته كالزنا والسرقة والإباق، فذكره مجملًا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية، فقياسه أنه لا يفيد فيه أيضًا، فهذا فعل باطل وشهادة باطلة، قصدت التحذير عنها لأن كثيرًا ما يغيرها ولا يجوز للحاكم إلزام المشتري بمقتضى هذا الإقرار للعلم بكذبه وبطلانه، وإذا وقع ذلك يكون حكمه حكم ما لو شرط البراءة، فيفسد العقد على أحد القولين، ويصح على الآخر، ويبرأ من العيب الباطل المجهول في الحيوان دون غيره.

فرع: يختم به الباب، قال النووي في «الروضة»: قال أصحابنا: إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب: خيار المجلس، والشرط، والعيب، وخلف الشرط المقصود، والإقالة والتحالف وهلاك المبيع قبل القبض.

قلت: والتصرية لما كانت ملحقة عند الأكثرين بالعيب، وعند بعضهم بالخلف لم تكن خارجة عن ذلك، ولكن قد بقي عليه رجوع البائع عند إفلاس المشتري، وله أن يلحقه بالعيب، لكن مثل هذا التكلف يقتضي عد العيب والخلف شيئًا واحدًا، فالوجه جعل ذلك قسمًا آخر، وبقي عليه أيضًا الافتراق في الربويات قبل التقابض، وهو راجع إلى هلاك المبيع، وبقي أيضًا تعذر إمضاء العقد كما في اختلاط الثمار، وبيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها مكايلة، كما تقدم على اختلاف فيها.

وأما الخيار الحاصل بسبب الإجبار في المرابحة فهو راجع إلى العيب لأنه كالعيب في المبيع، وقد ذكر المصنف في «التنبيه» مسألة الاختلاف في قدم العيب وحدوثه، وإذا باعه عصيرًا أو سلمه، ولم يذكرهما في «المهذب» في هذا الباب، وذكر المسألة الأولى في باب اختلاف المتبايعين، وسنشرحهما هناك إن شاء الله تعالى بعون الله وتيسيره[1].

باب بيع المرابحة

قال المصنف رحمه الله تعالى: من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه، لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»[2].

---

(١) وهذا آخر ما وُجد من تتمة شرح الإمام السبكي رحمه الله لكتاب المهذب وقد وافته المنية قبل أن يكمل شرح الكتاب ويتمم العمل الذي بدأه الإمام النووي رحمه الله، وقد ارتأينا إتمامًا للنفع أن نكمل الشرح حسب الوسع والطاقة من كلام أهل العلم رحمهم الله في كتبهم وبالأخص الإمام النووي رحمه الله، والله تعالى الموفق والمعين.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٨٧) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٤٩) والترمذي =

ويجوز أن يبيعها مرابحة، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح بأن يقول: ثمنها مائة، وقد بعتكها برأس مالها وربح درهم في كل عشرة، لما روي عن ابن مسعود ﷺ أنه كان لا يرى بأسًا بـ «ده يازده وده دوازده»[1]، ولأنه ثمن معلوم فجاز البيع به، كما لو قال: بعتك بمائة وعشرة، ويجوز أن يبيعها مواضعة بأن يقول: رأس مالها مائة؛ وقد بعتك برأس مالها ووضع درهم من كل عشرة لأنه ثمن معلوم فجاز البيع به، كما لو قال: بعتك بمائة إلا عشرة، ويجوز أن يبيع بعضه مرابحة، فإن كان مما لا تختلف أجزاؤه كالطعام والعبد الواحد قسم الثمن على أجزائه وباع ما يريد بيعه منه بحصته، وإن كان مما يختلف كالثوبين والعبدين قومهما وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ثم باع ما شاء منهما بحصته من الثمن، لأن الثمن ينقسم على المبيعين على قدر قيمتهما. ولهذا لو اشترى سيفًا وشِقْصًا بألف قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، ثم أخذ الشفيع الشقص بما يخصه من الثمن على قدر قيمته.

فصل: ولا يخبر إلا بالثمن الذي لزم به البيع. فإن اشترى بثمن ثم حط البائع عنه بعضه، أو ألحق به زيادة، نظرت فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بالعقد، ولم يحط في بيع المرابحة ما حط عنه، ولا يخبر بالزيادة فيما زاد، لأن البيع استقر بالثمن الأول، فالحط والزيادة تبرع لا يقابله عوض فلم يتغير به الثمن، وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة. وقال أبو علي الطبري: إن قلنا إن المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به لأن المبيع قد ملكه بالثمن الأول فلم يتغير بما بعده، والمذهب الأول لأنه وإن كان قد انتقل المبيع إلا أن البيع لم يستقر، فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به. وإن اشترى ثوبًا بعشرة وقصره بدرهم ورفاه بدرهم وطرزه بدرهم، قال هو عليَّ بثلاثة عشر، أو قام عليَّ بثلاثة عشر وما أشبه ذلك، ولا يقول اشتريته بثلاثة عشر، ولا يقول ثمنه ثلاثة عشر؛ لأن ذلك كذب.

وإن قال: رأس مالي ثلاثة عشر ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز أن يقول لأن رأس المال هو الثمن، والثمن عشرة، والثاني: يجوز لأن رأس المال ما وزن فيه، وقد وزن فيه ثلاثة عشر، وإن عمل فيه ذلك بيده قال: اشتريته بعشرة، وعملت فيه ما يساوي ثلاثة، ولا يقول هو عليَّ بثلاثة عشر، لأن عمله لنفسه لا أجرة له، ولا يتقوَّم عليه.

وإن اشترى عينًا بمائة ووجد بها عيبًا وحدث عنده عيب آخر فرجع بالأرش

= في سننه برقم (١٢٤٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٥٤) وأحمد في المسند (٥/ ٣٢٠) والبيهقي في سننه (٥/ ٢٧٨).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف برقم (٢١٥٨٥) وعبد الرزاق في المصنف برقم (١٥٠١٣).

وهو عشرة دراهم. فقال: هو عليَّ بتسعين أو تقوم عليَّ بتسعين، ولا يجوز أن يقول الثمن مائة لأن الرجوع بالأرش استرجاع جزء من الثمن، فخرج عن أن يكون الثمن مائة، ولا يقول اشتريتها بتسعين، لأنه كذب.

إن كان المبيع عبدًا فجنى ففداه بأرش الجناية لم يضف ما فداه إلى الثمن، لأن الفداء جعل لاستبقاء الملك فلم يضف إلى الثمن كعلف البهيمة، وإن جنى عليه فأخذ الأرش ففيه وجهان.

أحدهما: أنه لا يحط من الثمن قدر الأرش، لأنه كما لا يضيف ما فدي به الجناية إلى الثمن لا يحط ما أخذ عن أرش الجناية عن الثمن، والثاني: أنه يحط لأنه عوض عن جزء تناوله البيع فحط من الثمن كأرش العيب.

وإن حدثت من العين فوائد في ملكه كالولد واللبن والثمرة لم يحط ذلك من الثمن لأن العقد لم يتناوله، وإن أخذ ثمرة كانت موجودة عند العقد أو لبنًا كان موجودًا حال العقد حط من الثمن، لأن العقد تناوله وقابله قسط من الثمن، فأسقط ما قابله، وإن أخذ ولدًا كان موجودًا حال العقد، فإن قلنا: إن الحمل له حكم فهو كاللبن والثمرة، وإن قلنا لا حكم له لم يحط من الثمن شيئًا، وإن ابتاع بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق، لأن الأجل يأخذ جزءًا من الثمن، فإن باعه مرابحة ولم يخبره بالأجل ثم علم المشتري بذلك ثبت له الخيار لأنه دَلس عليه بما يأخذ جزءًا من الثمن، فثبت له الخيار، كما لو باعه شيئًا وبه عيب ولم يعلمه بعيبه.

وإن اشترى شيئًا بعشرة وباعه بخمسة، ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة ولا يضم ما خسر فيه إلى الثمن؛ فإن اشترى بعشرة وباع بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة، ولا يحط ما ربح من الثمن، لأن الثمن ما ابتاع به في العقد الذي هو مالك به، وذلك عشرة، وإن اشترى بعشرة ثم واطأ غلامه فباع منه ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر بما اشتراه من الغلام كره ما فعله، لأنه لو صرح بذلك في العقد فسد العقد، فإذا قصده كره، فإن أخبر بالعشرين في بيع المرابحة جاز لأن بيعه من الغلام كبيعه من الأجنبي في الصحة فجاز أن يخبر بما اشترى به منه، فإن علم بذلك المشتري لم يثبت له الخيار، لأن شراءه بعشرين صحيح.

فصل: إذا قال: رأس المال مائة وقد بعتكه برأس المال وربح درهم في كل عشرة أو بربح ده يازده، فالثمن مائة وعشرة، وإن قال بعتك برأس المال ووضع ده يازده، فالثمن أحد وتسعون درهمًا إلا جزءًا من أحد عشر جزءًا من درهم لأن معناه بعتك بمائة على أن أضع درهمًا من كل أحد عشر درهمًا، فسقط من تسعة وتسعين درهمًا تسعة دراهم، لأنها تسع مرات أحد عشر ويبقى من رأس المال درهم فيسقط منه جزء من أحد عشر جزءًا فيكون الباقي أحدًا وتسعين درهمًا إلا جزءًا من أحد عشر جزءًا من درهم. وإن قال: بعتك على وضع درهم من كل عشرة

ففي الثمن وجهان: أحدهما: أن الثمن أحد وتسعون درهمًا إلا جزءًا من أحد عشر جزءًا من درهم، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رَحِمَهُ اللَّهُ، والثاني: أن الثمن تسعون درهمًا وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري وهو الصحيح لأن المائة عشر مرات عشرة، فإذا وضع من كل عشرة درهمًا بقي تسعون.

فصل: إذا أخبر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم في كل عشرة ثم قال: أخطأت أو قامت البينة أن الثمن كان تسعين فالبيع صحيح. وحكى القاضي أبو حامد وجهًا آخر أن البيع باطل، لأنه بان أن الثمن كان تسعين وأن ربحها تسعة، وهذا كان مجهولًا حال العقد، فكان العقد باطلًا، والمذهب الأول، لأن البيع عقد على ثمن معلوم، وإنما سقط بعضه بالتدليس، وسقوط بعض الثمن لا يفسد البيع كسقوط بعض الثمن بالرجوع بأرش العيب. وأما الثمن الذي يأخذه به ففيه قولان: أحدهما: أنه مائة وعشرة، لأن المسمى في العقد مائة وعشرة، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء، كما لو باعه شيئًا بثمن فوجد به عيبًا. الثاني: أن الثمن تسعة وتسعون، وهو الصحيح، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية، ويخالف العيب، فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد، وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح. وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة.

فإن قلنا: إن الثمن مائة وعشرة فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال. وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار. وإن قلنا: إن الثمن تسعة وتسعون فهل يثبت له الخيار؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: أن له الخيار، لأنه إن كان قد أخطأ في الخبر الأول لم يأمن أن يكون قد أخطأ في الثاني، وأن الثمن غيره، وإن كان قد خان في الأول فلا يأمن أن يكون قد خان في الثاني، فثبت له الخيار، والقول الثاني: وهو الصحيح أنه لا خيار له، لأن الخيار إنما يثبت لنقص وضرر، وهذا زيادة ونفع، لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة وقد رجع إلى تسعة وتسعين، فلا وجه للخيار، ومنهم من قال: إن ثبتت الخيانة بإقرار البائع لزم المشتري تسعة وتسعون ولا خيار له، وإن ثبتت بالبينة فهل له الخيار أم لا؟ فيه قولان، لأنه إذا ثبتت بالإقرار دل على أمانته، فلم يتهم في خيانة أخرى، وإذا ثبتت بالبينة كان متهمًا في خيانة أخرى فثبت له الخيار. قال أصحابنا: القولان إذا كانت العين باقية، فأما إذا تلفت العين فإنه يلزم البيع بتسعة وتسعين قولًا واحدًا، لأنا جوزنا له فسخ البيع مع تلف العين رفعنا الضرر عنه وألحقناه بالبائع، والضرر لا يزال بالضرر، ولهذا لو هلك المبيع عنده ثم علم به عيبًا لم يملك الفسخ، فإن قلنا: لا خيار له، أو قلنا: له الخيار فاختار البيع فهل يثبت للبائع الخيار؟ فيه وجهان أحدهما: يثبت له الخيار، لأنه لم يرض إلا بالثمن المسمى وهو مائة وعشرة، ولم يسلم له ذلك.

والثاني: لا خيار له لأنه رضي برأس المال وربحه وقد حصل له ذلك.

فصل: وإن أخبر أن الثمن مائة وربحه عشرة، ثم قال: أخطأت والثمن مائة وعشرة لم يقبل قوله، لأنه رجوع عن إقرار متعلق به حق آدمي فلم يقبل، كما لو أقر له بدين. وإن قال: لي بينة على ذلك لم تسمع، لأنه كذب بالإقرار السابق ببينته فلم تقبل.

فإن قال: أحلفوا لي المشتري أنه لا يعلم أن الثمن مائة وعشرة، ففيه طريقان: أحدهما: أنه إذا قال ابتعته بنفسي لم يحلف المشتري لأن إقراره يكذبه، وإن قال ابتاعه وكيل لي فظننت أنه ابتاع بمائة وقد بان لي أنه ابتاع بمائة وعشرة حلف لأنه الآن لا يكذبه إقراره. والثاني: أنه يبني على القولين في يمين المدعي مع نكول عليه، فإن قلنا إنه كالبينة لم يعرض اليمين، لأنه إذا نكل حصلنا على بينة والبينة لا تسمع، وإن قلنا: إنه كالإقرار عرضنا اليمين لأنه إذا نكل حصلنا على الإقرار، وإقراره مقبول.

الشرح: قوله: «لا يرى بأسًا بده يازده وده دوازده» ده: عشرة بالفارسية، ويازده: أحد عشر، ودوازده: اثنا عشر، أي لا يرى بأسًا أن يبيع ما اشتراه بعشرة بأحد عشرة أو باثني عشر، قوله: «ووضع درهم» أي حط درهم، وقوله: (وشقصًا) الشقص: القطعة من الأرض والطائفة من الشيء، وأصله الجزء والنصيب، وقوله: «واطأ غلامه» أي وافقه، يقال: واطأته على الأمر مواطأة إذا وافقته من الوفاق، قوله: «كالشفعة والتولية» التولية: بيع برأس المال، وهو من الموالاة والمتابعة، وقوله: «نكل» أي جبن وامتنع، مأخوذ من النكل وهو القيد، لأنه يمنع المحبوس من التصرف.

أما الأحكام: فبيع المرابحة جائز من غير كراهة، وهو عقد يبنى الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة، بأن يشتري شيئًا بمئة، ثم يقول لغيره: بعتك هذا بما اشتريته وربح ده يازده، أو بربح درهم لكل عشرة، أو في كل عشرة، ويجوز أن يضم إلى رأس المال شيئًا ثم يبيعه مرابحة، مثل أن يقول: اشتريته بمئة، وقد بعتكه بمئتين وربح ده يازده، وكأنه قال: بعت بمئتين وعشرين. وكما يجوز البيع مرابحة، يجوز مُحاطَّة مثل أن يقول: بعت بما اشتريت به وحطّ ده يازده. وفي القدر المحطوط، وجهان: أحدهما: من كل عشرة واحد، كما زيد في المرابحة على كل عشرة واحد. وأصحهما: يحط من كل أحد عشر واحد، لأن الربح في المرابحة جزءٌ من أحد عشر، فكذا الحط، وليس في حط واحد من عشرة رعاية للنسبة. فإذا كان قد اشترى بمئة، فالثمن على الوجه الأول: تسعون. وعلى الثاني: تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم. ولو اشترى بمئة وعشرة، فالثمن على

الوجه الأول، تسعة وتسعون. وعلى الثاني، مئة. وطرد كثير من العراقيين وغيرهم الوجهين. فمن قال: بعت بما اشتريت، بحط درهم من كل عشرة، قال إمام الحرمين: هذا غلط، فإن في هذه الصيغة تصريحًا بحط واحد من كل عشرة، فلا وجه للخلاف فيه. وهذا الذي قاله الإمام بيِّن. وذكر الماوردي وغيره: أنه إذا قال: بحط درهم من كل عشرة، فالمحطوط درهم من كل عشرة. وإن قال: بحط درهم لكل عشرة، فالمحطوط واحد من أحد عشر.

فصل: لبيع المرابحة عبارات. أكثرها دَوَرَانًا على الألسنة ثلاث:

إحداهن: بعت بما اشتريت، أو بما بذلت من الثمن وربح كذا.

الثانية: بعت بما قام عليَّ وربح كذا. ويختلف حكم العبارتين فيما يدخل تحتهما، وفيما يجب الاخبار عنه، كما سنفصله إن شاء الله تعالى. فإذا قال: بعت بما أشتريت، لم يدخل فيه سوى الثمن. فإذا قال: بما قام عليَّ، دخل فيه مع الثمن أجرة الكيَّال والدلال والحمال والحارس والقصار والرفَّاء والصباغ، وقيمة الصبغ، وأجرة الختان، وتطيين الدار، وسائر المؤن التي تُلتَزَم للاسترباح، وأُلحق بها كراء البيت الذي فيه المتاع. وأما المؤن التي يقصد بها استبقاء الملك، دون الاسترباح، كنفقة العبد وكسوته، وعلف الدابة، فلا تدخل على الصحيح. ويقع ذلك في مقابلة الفوائد المستوفاة من المبيع، لكن العلف الزائد على المعتاد للتسمين، يدخل. وأجرة الطبيب إن اشتراه مريضًا، كأجرة القصار. فإن حدث المرض عنده، فكالنفقة. وفي مؤنة السائس، تردد عند الإمام. والأصح: أنها كالعلف. ولو قصر الثوب بنفسه، أو كال، أو حمل، أو طين الدار بنفسه، لم تدخل الأجرة فيه، لأن السلعة إنما تعدُّ قائمة عليه بما بذل، وكذا لو كان البيت ملكه، أو تبرع أجنبي بالعمل، أو بإعارة البيت، فإن أراد استدراك ذلك، فطريقه أن يقول: اشتريت، أو قام عليَّ بكذا، وعملت فيه ما أجرته كذا، وقد بعتكه بهما وربح كذا.

العبارة الثالثة: بعتك برأس المال وربح كذا، فالصحيح: أنه كقوله: بما اشتريت، وقال القاضي أبو الطيب: هو كقوله: بما قام عليَّ، واختاره ابن الصباغ.

فرع: قال في «التتمة»: المكس الذي يأخذه السلطان، يدخل في لفظ القيام. قال: وفي دخول فداء العبد إذا جنى ففداه، وجهان: وقطع الجمهور بأن الفداء لا يدخل، ولا ما أعطاه لمن رد المغصوب في شيء من الألفاظ.

فرع: العبارات الثلاث، تجري في المحاطَّة جريانها في المرابحة.

فصل: ينبغي أن يكون رأس المال، أو ما قامت به السلعة، معلومًا عند المتبايعين مرابحة. فإن جهله أحدهما، لم يصح العقد على الأصح كغير المرابحة.

فعلى هذا، لو زالت الجهالة في المجلس، لم ينقلب صحيحًا على الصحيح. والثاني من الوجهين الأولين: يصح، لأن الثمن الثاني مبني على الأول، ومعرفته سهلة، فصار كالشفيع يطلب الشفعة قبل معرفة الثمن لسهولتها. فعلى هذا، في اشتراط زوال الجهالة في المجلس، وجهان: ومهما كان الثمن دراهم معيَّنة غير معلومة الوزن. ففي جواز بيعه مرابحة، الخلاف المذكور، الأصح: البطلان.

فصل: بيع المرابحة مبني على الأمانة، فعلى البائع الصدق في الإخبار عما اشترى به، وعما قام به عليه إن باع بلفظ القيام. ولو اشترى بمئة، وخرج عن ملكه، ثم اشتراه بخمسين، فرأس ماله خمسون، ولا يجوز ضم الثمن الأول إليه. ولو اشتراه بمئة، وباعه بخمسين، ثم اشتراه ثانيًا بمئة، فرأس ماله مئة، ولا يجوز أن يضم إليه خسرانه أولًا، فيخبر بمئة وخمسين. ولو اشتراه بمئة، وباعه بمئة وخمسين، ثم اشتراه بمئة، فإن باعه مرابحة بلفظ رأس المال، أو بلفظ «ما اشتريت»، أخبر بمئة. وإن باعه بلفظ «قام عليَّ»، فوجهان: أصحهما: يخبر بمئة. والثاني: بخمسين.

فرع: يكره أن يواطىء صاحبه فيبيعه بما اشتراه، ثم يشتريه منه بأكثر، ليخبر به في المرابحة. فإن فعل ذلك، قال ابن الصباغ: ثبت للمشتري الخيار، وخالفه غيره.

فرع: لو اشترى سلعة، ثم قبل لزوم العقد، ألحقا بالثمن زيادة أو نقصًا، وصححناه، فالثمن ما استقر عليه العقد. وإن حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وباع بلفظ «ما اشتريت»، لم يلزمه حط المحطوط عنه، وإن باع بلفظ «قام عليَّ»، لم يخبر إلا بالباقي. فإن حط الكل، لم يجز بيعه مرابحة بهذا اللفظ، ولو حط عنه بعض الثمن بعد جريان المرابحة، لم يلحق الحط المشترى منه على الصحيح. وفي وجه: يلحق كما في التولية والإشراك.

فرع: لو اشترى شيئًا بعرض، وباعه مرابحة بلفظ الشراء، أو بلفظ القيام، ذكر أنه اشتراه بعرضٍ قيمته كذا، ولا يقتصر على ذكر القيمة. وإن اشتراه بدين على البائع، فإن كان مليئًا غير مماطل، لم يجب الإخبار به. وإن كان مماطلًا، وجب.

فرع: يجوز أن يبيع مرابحة بعض ما اشتراه، ويذكر قسطه من الثمن. وكذا لو اشترى قفيزي حنطة ونحوها، وباع أحدهما مرابحة. ولو اشترى عبدين أو ثوبين، وأراد بيع أحدهما مرابحة، فطريقه أن يعرف قيمة كل واحد منهما يوم الشراء، ويوزع الثمن على القيمتين، ثم يبيعه بحصته من الثمن.

فرع: يجب الإخبار بالعيوب الحادثة في يده، سواء حدث العيب بآفة

سماوية، أو بجنايته، أو بجناية غيره، سواء نقص العين، أو القيمة. ولو اطلع على عيب قديم، فرضي به، ذكره في المرابحة. ولو تعذر رده بعيب حادث وأخذ الأرش، فإن باعه بلفظ «قام عليَّ»، حط الأرش، وإن باع بلفظ «ما اشتريت»، ذكر ما جرى به العقد والعيب، وأخذ الأرش. ولو أخذ أرش جنايته، ثم باعه، فإن باع بلفظ «ما اشتريت»، ذكر الثمن والجناية. وإن باع بلفظ «قام عليَّ» فوجهان: أحدهما: أنه كالكسب والزيادات، والمبيع قائم عليه بتمام الثمن. وأصحهما: يحط الأرش من الثمن، كأرش العيب. والمراد من الأرش هنا: قدر النقص، لا المأخوذ بتمامه. فإذا قطعت يد العبد، وقيمته مئة فنقص ثلاثين، أخذ خمسين من الجاني، وحط من الثمن ثلاثين، لا خمسين، هذا هو الصحيح. وفي وجه: يحط جميع المأخوذ من الثمن، وهو شاذ. ولو نقص من القيمة أكثر من الأرش المقدر، حط ما أخذ من الثمن، وأخبر عن قيامه عليه بالباقي، وأنه نقص من قيمته كذا.

فرع: لو اشتراه بغبن، لزم الإخبار به على الأصح عند الأكثرين. واختار الإمام والغزالي: أنه لا يلزم. ولو اشترى من ابنه الطفل، وجب الإخبار به، لأن الغالب في مثله الزيادة، نظرًا للطفل، ودفعًا للتهمة. ولو اشترى من أبيه أو ابنه الرشيد، لم يجب الإخبار به على الأصح باتفاقهم، كالشراء من زوجته ومكاتبه. وفي «الشامل» ما يقتضي ترددًا في المكاتب.

فرع: لو اشتراه بثمن مؤجل، وجب الإخبار به على الصحيح.

فرع: لا يجب الإخبار بوطء الثيب، ولا مهرها الذي أخذه، ولا الزيادات المنفصلة، كالولد، واللبن، والصوف، والثمرة. ولو كانت حاملًا يوم الشراء، أو كان في ضرعها لبن، أو على ظهرها صوف، أو على النخلة طلع، فاستوفاها، حط بقسطها من الثمن. وهذا في الحمل بناءً على أنه يأخذ قسطًا من الثمن.

فصل: لو قال: اشتريت بمئة، وباعه مرابحة، ثم بان أنه اشتراه بتسعين بإقراره أو ببينة، فالبيع صحيح على الصحيح. فعلى هذا، كذبه ضربان، خيانة، وغلط. وفي الضربين، قولان. أظهرهما: يحكم بسقوط الزيادة وحصتها من الربح. والثاني: لا تسقط. فإن قلنا بالسقوط، ففي ثبوت الخيار للمشتري طريقان. أصحهما: على قولين. أظهرهما: لا خيار. والثاني: يثبت. والطريق الثاني: إن بان كذبه بالبينة، فله الخيار. وإن بان بالإقرار، فلا، لأنه إذا ظهر بالبينة، لا يؤمن خيانة أخرى، والإقرار يشعر بالأمانة. فإن قلنا: لا خيار، أو قلنا به، فأمسك بما بقي بعد الحط، فهل للبائع خيار؟ وجهان: وقيل: قولان. أصحهما: لا. وقيل الوجهان في صورة الخيانة.

وأما في صورة الغلط، فله الخيار قطعًا. وإن قلنا بعدم السقوط، فللمشتري الخيار، إلا أن يكون عالمًا بكذب البائع، فيكون كمن اشترى معيبًا وهو يعلمه. وإذا ثبت الخيار، فقال البائع: لا تفسخ، فإني أحط عنك الزيادة، ففي سقوط خياره، وجهان: وجميع ما ذكرناه، إذا كان المبيع باقيًا. فأما إذا ظهر الحال بعد هلاك المبيع، فقطع الماوردي بسقوط الزيادة وربحها. والأصح: طرد القولين.

فإن قلنا بالسقوط، فلا خيار للمشتري. وأما البائع، فإن لم يثبت له الخيار عند بقاء السلعة، فكذا هنا، وإلا، فيثبت هنا، وإن قلنا بعدم السقوط، فهل للمشتري الفسخ؟ وجهان: أصحهما: لا، كما لو علم العيب بعد تلف المبيع، لكن يرجع بقدر التفاوت وحصته من الربح، كما يرجع بأرش العيب. ولو اشتراه بمؤجل فلم يبين الأجل، لم يثبت في حق المشتري الثاني، ولكن له الخيار، وكذا إذا ترك شيئًا آخر مما يجب ذكره. قال الغزالي: إذا لم يخبر عن العيب، ففي استحقاق حط قدر التفاوت القولان في الكذب ـ ولم أر لغيره تعرضًا لذلك ـ فإن ثبت الخلاف، فالطريق على قول الحط النظر إلى القيمة وتقسيط الثمن عليها.

فرع: إذا كذب بالنقصان فقال: كان الثمن، أو رأس المال، أو ما قامت به السلعة مئة، وباع مرابحة، ثم قال: غلطت، إنما هو مئة وعشرة، فينظر، إن صدقه المشتري، فوجهان: أحدهما: يصح البيع، كما لو غلط بالزيادة، وبه قطع الماوردي، والغزالي في «الوجيز»، وأصحهما عند الإمام والبغوي: لا يصح، لتعذر إمضائه.

والأول: أصح، وبه قطع المحاملي، والجرجاني، والشاشي، وخلائق. والله أعلم.

فإن قلنا بالأول، فالأصح: أن الزيادة لا تثبت، لكن للبائع الخيار. والثاني: أنها تثبت مع ربحها، وللمشتري الخيار. وإن كذبه المشتري، فله حالان: أحدهما: أن لا يبين للغلط وجهًا محتملًا، فلا يقبل قوله، ولو أقام بينة، لم تسمع. فلو زعم أن المشتري عالم بصدقه، وطلب تحليفه أنه لا يعلم، فهل له ذلك؟ وجهان: قلت: أصحهما: له تحليفه، وبه قطع المحاملي في «المقنع» وغيره. والله أعلم. فإن قلنا: يحلفه، فنكل، ففي رد اليمين على المدعي، وجهان: قلت: أصحهما: تردُّ. والله أعلم.

وإذا قلنا: يحلف المشتري، حلف على نفي العلم، فإن حلف، أمضي العقد على ما حلف عليه. وإن نكل، وردنا اليمين، فالبائع يحلف على القطع. وإذا حلف، فللمشتري الخيار بين إمضاء العقد بما حلف عليه، وبين الفسخ، كذا

أطلقوه. ومقتضى قولنا: إن اليمين المردودة مع نكول المدعى عليه كالإقرار، أن يعود فيه ما ذكرنا في حالة التصديق.

الحال الثاني: أن يبيِّن للغلط وجهًا محتملًا، بأن يقول: إنما اشتراه وكيلي وأُخبرت أن الثمن مئة فبان خلافه، أو ورد عليَّ منه كتاب فبان مزوَّرًا، أو كنت راجعت جريدتي، فغلطت من ثمن متاع إلى غيره، فتسمع دعواه للتحليف. وقيل بطرد الخلاف في التحليف. فإن قلنا: لا يحلف، لم تسمع بينته، وإلا، سمعت على الأصح.

فصل: قوله في المرابحة: بعتك بكذا، يقتضي أن يكون الربح من جنس الثمن الأول، ولكن يجوز جعل الربح من غير جنس الأصل. ولو قال: اشتريت بكذا، وبعتك به وربح درهم على كل عشرة، فالربح يكون من نقد البلد، لإطلاقه الدراهم، ويكون الأصل مثل الثمن، سواء كان من نقد البلد أو غيره.

فصل: لو اتهب بغير عوض، لم يجز بيعه مرابحة إلا أن يبين القيمة، ويبيع بها مرابحة. ولو اتهب بشرط الثواب، ذكره وباع به مرابحة، وإذا أجر دارًا بعبد، أو نكحت على عبد، أو خالعها على عبد، أو صالح من دم عليه، لم يجز بيع العبد مرابحة بلفظ الشراء، ويجوز بلفظ «قام عليَّ». ويذكر في الإجارة، أجرة مثل الدار. وفي النكاح والخلع، مهر المثل. وفي الصلح، الدية.

باب النَّجَش البيع على بيع أخيه وبيع الحاضر للبادي وتلقِّي الركبان والتسعير والاحتكار

قال المصنف رحمه الله تعالى: ويحرم النجش وهو أن يزيد في الثمن ليغر غيره والدليل عليه ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ: «نهى عن النجش»[1] ولأنه خديعة ومكر، فإن اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع فالبيع صحيح، لأن النهي لا يعود إلى البيع فلم يمنع صحته، كالبيع في حال النداء، فإن علم المبتاع بذلك نظرت فإن لم يكن للبائع فيه صنع لم يكن للمبتاع الخيار لأنه ليس من جهة البائع تدليس. وإن كان النجش بمواطأة من البائع ففيه قولان: أحدهما: أن له الخيار بين الإمساك والرد، لأنه دلَّس عليه فثبت له الرد، كما لو دلَّس عليه بعيب

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٢٤٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٥١٦) والنسائي في سننه (٧/ ٢٥٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٧٣) وأحمد في المسند (٢/ ١٠٨) ومالك في الموطأ (٢/ ٦٨٣) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٤٣).

والثاني: لا خيار له، لأن المشتري فرط في ترك التأمل وترك التفويض إلى من يعرف ثمن المتاع.

الشرح: يحرم النجش، وهو أن يزيد في ثمن السلعة المعروضة للبيع وهو غير راغب فيها ليغرَّ غيره. فإن اغتر به إنسان فاشتراها، صح البيع، ثم لا خيار له إن لم يكن الذي فعله الناجش بمواطأة من البائع، وإن كان، فلا خيار أيضًا على الأصح. ولو قال البائع: أعطيت بهذه السلعة كذا، فصدقه واشتراه، فبان خلافه، قال ابن الصباغ: في ثبوت الخيار، الوجهان. واعلم أن الشافعي رحمه الله، أطلق القول بتعصية الناجش، وشرط في تعصية البائع على بيع أخيه أن يكون عالمًا بالنهي. قال الأصحاب: السبب فيه أن النجش خديعة، وتحريم الخديعة واضح لكل أحد، معلوم من الألفاظ العامة وإن لم يعلم هذا الحديث، والبيع على بيع أخيه، إنما عرف تحريمه من الخبر الوارد فيه فلا يعرفه من لا يعرف هذا الخبر، قال الرافعي: ولك أن تقول: البيع على بيع أخيه، إضرار أيضًا، وتحريم الإضرار معلوم من الألفاظ العامة، والوجه تخصيص التعصية بمن عرف التحريم بعموم أو خصوص.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ويحرم أن يبيع على بيع أخيه، وهو أن يجيء إلى من اشترى شيئًا في مدة الخيار فيقول: افسخ فإني أبيعك أجود منه بهذا الثمن، أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يبع الرجل على بيع أخيه»[1] ولأن في هذا إفسادًا وإنجاشًا فلم يحل، فإن قبل منه وفسخ البيع واشترى منه صح البيع، لما ذكرناه في النجش.

فصل: ويحرم أن يدخل على سوم أخيه، وهو أن يجيء إلى رجل أنعم لغيره في بيع سلعة بثمن فيزيده ليبيع منه، أو يجيء إلى المشتري فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها أو أجود منها بذلك الثمن، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يسم على سوم أخيه»[2] ولأن في ذلك إفسادًا أيضًا وإنجاشًا فلم يحل، فأما إذا جاء إليه فطلب منه متاعًا فلم ينعم له جاز لغيره أن يطلبه، لأنه لم يدخل على سومه وإن طلبه منه فسكت ولم يظهر منه رد ولا إجابة ففيه قولان أحدهما: يحرم، والثاني: لا يحرم، كالقولين في الخطبة على خطبة أخيه وأما إذا عرضت السلعة في النداء جاز لمن شاء أن يطلبها ويزيد في ثمنها، لما روى أنس رضي الله عنه «عن رجل من الأنصار أنه أصابه جهد شديد هو وأهل بيته، فأتى رسول الله ﷺ وذكر ذلك له فقال: «ما عندي شيء اذهب فأتني بما كان عندك» فذهب فجاءه بحلس وقدح، فقال: يا

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

رسول الله هذا الحلس والقدح فقال: «من يشتري هذا الحلس والقدح؟» فقال رجل: أنا آخذهما بدرهم، فقال: «من يزيد على درهم؟» فسكت القوم قال: «من يزيد على درهم؟» فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين. قال: «هما لك»، ثم قال: «إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة: لذي دم موجع، أو فقر مدقع، أو غرم مفظع»[(١)]؛ ولأن في النداء لا يقصد رجلًا بعينه، فلا يؤدي إلى النجش والإفساد.

الشرح: قوله: «على خطبة أخيه» يقال: خطب المرأة خطبة بالكسر إذا طلب نكاحها، وقوله: «أصابه جهد» أي حاجة وفقر وشدة، وقوله: «حلس وقدح» الحلس للبعير كساء رقيق يكون تحت البرذعة، وأحلاس البيوت ما يبسط تحت الثياب، وقوله: «فقر مدقع» أي شديد، وقوله: «غرم مفظع» أي عظيم.

أما الأحكام: فيحرم بيع الإنسان على بيع أخيه لنهي النبي ﷺ عن ذلك، قال الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: قال ﷺ: «لا يبع بعضكم على بيع بعض» معناه أن يتواجبا السلعة فيكون المشتري مغتبطًا أو غير نادم، فيأتيه رجل قبل أن يفترقا، فيعرض عليه مثل سلعته أو خيرًا منها بأقل من الثمن فيفسخ بيع صاحبه، بأن له الخيار قبل التفرق فيكون هذا إفسادًا، وقد عصى الله إذا كان بالحديث عالمًا، والبيع فيه لازمًا.

ويحرم أيضًا سوم الإنسان على سوم أخيه. وهو أن يأخذ شيئًا ليشتريه، فيجيء إليه غيره ويقول: ردَّه حتى أبيعك خيرًا منه بهذا الثمن، أو يقول لمالكه: استردَّه لأشتريه منك بأكثر. وإنما يحرم بعد استقرار الثمن. فأما ما يطاف به فيمن يزيد وطلبه طالب، فلغيره الدخول عليه والزيادة فيه. وإنما يحرم، إذا حصل التراضي صريحًا. فإن لم يصرِّح، ولكن جرى ما يدل على الرضى، ففي التحريم وجهان: أصحهما: لا يحرم. فإن لم يجر شيء، بل سكت، فالمذهب: أنه لا يحرم، كما لو صرح بالرد. وقيل: هو على الوجهين. ويحرم أن يبيع على بيع أخيه، وأن يشتري على شراء أخيه. فالبيع على بيع أخيه، أن يقول لمن اشترى سلعة في زمن خيار المجلس أو الشرط: افسخ لأبيعك خيرًا منه، أو أرخص. والشراء على شرائه أن يقول للبائع: افسخ لأشتريه منك بأكثر. وشرط القاضي ابن كج في البيع على البيع، أن لا يكون المشتري مغبونًا غبنًا مفرطًا. فإن كان، فله أن يعرفه ويبيع على بيعه، لأنه ضرب من النصيحة.

وهذا الشرط انفرد به ابن كج، وهو خلاف ظاهر إطلاق الحديث، والمختار: أنه ليس بشرط. والله أعلم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (١٦٤١) والترمذي في سننه برقم (١٢١٨) والنسائي في سننه (٧/ ٢٥٩) وأحمد في المسند (٣/ ١١٤).

ولو أذن البائع في بيعه، ارتفع التحريم على الصحيح.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ويحرم أن يبيع حاضر لباد، وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس إليه في البلد؛ فإذا باع اتسع؛ وإذا لم يبع ضاق، فيجيء إليه سمسار فيقول: «لا تبع حتى أبيع لك قليلًا قليلًا، وأزيد في ثمنها» لما روى ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يبتع حاضر لباد. قلت: ما لا يبع حاضر لباد. قال: لا يكون سمسارًا»[(١)]. وروى جابر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يبع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[(٢)] فإن خالف وباع له صح البيع، لما ذكرناه في النجش، فإن كان البلد كبيرًا لا يضيق على أهله بترك البيع ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز للخبر والثاني: يجوز لأن المنع لخوف الإضرار بالناس، ولا ضرر ها هنا.

الشرح: قوله: «حاضر لباد» الحاضر: الذي يسكن بالمدينة، والبادي الذي يسكن بالبادية، وقوله: «سمسارًا» السمسرة البيع والشراء، ويقال للمتوسط بين البائع والمشتري: سمسار.

أما الأحكام: فيحرم أن يبيع حاضر لبادٍ، وهو أن يقدم إلى البلد بدوي أو قروي بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت، ليرجع إلى وطنه، فيأتيه بلدي فيقول: ضع متاعك عندي لأبيعه لك على التدريج بأغلى من هذا السعر. ولتحريمه، شروط. أحدها: أن يكون عالمًا بالنهي فيه. وهذا شرط يعم جميع المناهي. والثاني: أن يكون المتاع المجلوب مما تعم الحاجة إليه، كالأطعمة ونحوها. فأما ما لا يحتاج إليه إلا نادرًا، فلا يدخل في النهي. والثالث: أن يظهر ببيع ذلك المتاع سعة في البلد، فإن لم يظهر لكبر البلد، أو قلَّة ما معه، أو لعموم وجوده ورخص السعر، فوجهان أوفقهما للحديث التحريم. والرابع: أن يعرض الحضري، ذلك على البدوي ويدعوه إليه. أما إذا التمس البدوي منه بيعه تدريجًا، أو قصد الإقامة في البلد ليبيعه كذلك، فسأل البلدي تفويضه إليه، فلا بأس، لأنه لم يضر بالناس، ولا سبيل إلى منع المالك منه، ولو أن البلدي استشار البلدي فيما فيه حظه، فهل يرشده إلى

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٦١) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٢١) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٣٩) والنسائي في سننه (٧/ ٢٥٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٧٧) وأحمد في المسند (١/ ٣٦٨).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٢٢) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٤٢) والترمذي في سننه برقم (١٢٢٣) والنسائي في سننه (٧/ ٢٥٦) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٧٦) وأحمد في المسند (٣/ ٣٠٧).

الادخار والبيع على التدريج؟ وجهان: حكى القاضي ابن كج عن أبي الطيب بن سلمة، وأبي إسحاق المروزي: أنه يجب عليه إرشاده إليه، أداءً للنصيحة. وعن أبي حفص بن الوكيل: أنه لا يرشده إليه توسيعًا على الناس. ثم لو باع البلدي للبدوي عند اجتماع شروط التحريم، أثم وصح البيع.

وقال القفال: الإثم على البلدي دون البدوي، ولا خيار للمشتري. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ويحرم تلقي الركبان، وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ: «نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق»[(١)] ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل، فإن خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه في النجش، فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق»[(٢)] ولأنه غرهم ودلس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعيب.

وإن بان لهم أنه لم يغبنهم ففيه وجهان، أحدهما: أن لهم الخيار للخبر والثاني: لا خيار لهم لأنه ما غر ولا دلس، وإن خرج إلى خارج البلد لحاجة غير التلقي فرأى القافلة فهل يجوز أن يبتاع منهم؟ فيه وجهان. أحدهما: يجوز، لأنه لم يقصد التلقي. والثاني: لا يجوز، لأن المنع من التلقي للبيع، وهذا المعنى موجود وإن لم يقصد التلقي فلم يجز.

فصل: ولا يحل للسلطان التسعير، لما روي عن أنس رضي الله عنه قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس: يا رسول الله سعِّر لنا، فقال عليه السلام: «إن الله هو القابض والباسط والرازق والمسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطالبني بمظلمة في نفس ولا مال»[(٣)].

فصل: ويحرم الاحتكار في الأقوات؛ وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه، ومن أصحابنا من قال: يكره ولا يحرم، وليس بشيء، لما روى

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٦٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٥١٧) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٣٦) والنسائي في سننه (٧/ ٢٥٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٧٩) وأحمد في المسند (٢/ ٢٠).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥١٩) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٣٧) والترمذي في سننه برقم (١٢٢١) والنسائي في سننه (٧/ ٢٥٧) وأحمد في المسند (٢/ ٤٨٧).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٤٥١) والترمذي في سننه برقم (١٣١٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٠٠) وأحمد في المسند (٣/ ١٥٦) والبيهقي في سننه (٦/ ٢٩).

عمر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»[١] وروى معمر العذري قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطىء»[٢] فدل على أنه حرام. فأما إذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه إذا غلا فلا يحرم ذلك لأنه في معنى الجالب، وقد روى عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» وروى أبو الزناد قال: قلت لسعيد بن المسيب: «بلغني عنك أنك قلت: إن رسول الله ﷺ قال: لا يحتكر بالمدينة إلا خاطىء، وأنت تحتكر؟ قال: ليس هذا الذي قال رسول الله ﷺ إنما قال رسول الله ﷺ: أن يأتي الرجل السلعة عند غلائها فيغالي بها، فأما أن يأتي الشيء وقد اتضع فيشتريه، ثم يضعه فإن احتاج الناس إليه أخرجه، فذلك خير» وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره، لما روى أبو أمامة ﷺ قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يحتكر الطعام» فدل على أن غيره يجوز، ولأنه لا ضرر في احتكار غير الأقوات فلم يمنع منه.

الشرح: قوله: «لا تلقوا الجلب» يعني لا يستقبلوهم فتبتاعوا منهم قبل أن يعرفوا الأسعار، والجلب والأجلاب الذين يجتلبون الإبل والغنم والعبيد للبيع، وقوله: «والمحتكر» حكر الطعام جمعه وحبسه يتربص به الغلاء، وقوله: «القافلة» هم المسافرون الذين قفلوا أي رجعوا، وقوله: «من ضيعته» الضيعة العقار والجمع ضياع وهي المزارع والأرضون، وقوله: «اتضع» أي كسد، وقوله: «الأقوات» جمع قوت وهو ما يقوم به بدن الإنسان من الطعام.

أما الأحكام: فيحرم تلقي الركبان، وهو أن يتلقى طائفةً يحملون طعامًا إلى البلد، فيشريه منهم قبل قدومهم البلد ومعرفة سعره. وشرط تحريمه، أن يعلم النهي ويقصد التلقي. فلو خالف فتلقى واشترى، أثم، وصح البيع، ولا خيار لهم قبل أن يقدموا ويعلموا السعر، وبعده يثبت لهم الخيار إن كان الشراء بأرخص من سعر البلد، سواء أخبر كاذبًا أو لم يخبر. وإن كان الشراء بسعر البلد أو أكثر، فوجهان: الأصح: لا خيار لهم. ولو ابتدأ القادمون فالتمسوا منه الشراء وهم عالمون بسعر البلد أو غير عالمين، فعلى الوجهين. ولو لم يقصد التلقي، بل خرج لشغل من اصطياد وغيره، فرآهم فاشترى منهم، فوجهان: أحدهما: لا يعصي، لعدم التلقي،

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢١٥٣) والدارمي في سننه (٢/ ٢٤٩) والبيهقي في سننه (٦/ ٣٠).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٠٥) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٤٧) وأبو داود في سننه برقم (١٢٦٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٥٤) وأحمد في المسند (٣/ ٤٥٣) والبيهقي في سننه (٦/ ٢٩).

وأصحهما: عند الأكثرين: يعصي، لشمول المعنى. فعلى الأول: لا خيار لهم، وإن كانوا مغبونين. وقيل: إن أخبر بالسعر كاذبًا، فلهم الخيار. وحيث أثبتنا الخيار في هذه الصور، فهو على الفور على الأصح. والثاني: يمتد ثلاثة أيام. ولو تلقى الركبان وباعهم ما يقصدون شراءه من البلد، فهل هو كالمتلقي للشراء؟ وجهان.

ويحرم التسعير أيضًا وهو أن يأمر السلطان أو نوابه أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا فيمنع الزيادة عليه أو النقصان إلا لمصلحة، ويحرم أيضًا الاحتكار في الأقوات خاصة، والأقوات جمع قوت وهو ما يقوم به بدن الإنسان من الطعام، فلا يجوز أن يشتري الإنسان الطعام ويحبسه ليرتفع سعره، أما غير الأقوات فلا يحرم لأن النبي ﷺ نهى عن احتكار الطعام فقط، فدل على أن احتكار غيره جائز، والله أعلم.

باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن، ولم تكن بينة تحالفا، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «لو أن الناس أُعطوا بدعاويهم لادَّعى ناسٌ من الناس دماءَ ناس وأموالهم، لكن اليمين على المدَّعى عليه»[1] فجعل اليمين على المدعى عليه والبائع مدعى عليه بيع بألف والمشتري مدعى عليه بيع بألفين، فوجب أن يكون على كل واحد منهما اليمين لأن كل واحد منهما مدعى عليه ولا بينة فتحالفا، كما لو ادعى رجل دينارًا وادعى الآخر على المدعي درهمًا.

فصل: قال الشافعي رحمه الله في البيوع: يبدأ بيمين البائع. وقال في الصداق: إذا اختلف الزوجان يبدأ بيمين الزوج. والزوج كالمشتري. وقال في الدعوى والبينات: إن بدأ بالبائع خُيِّر المشتري، وإن بدأ بالمشتري خُيِّر البائع، وهذا يدل على أنه مخيَّر بين أن يبدأ بالبائع وبين أن يبدأ بالمشتري، فمن أصحابنا من قال: فيها ثلاثة أقوال: أحدها: يبدأ بالمشتري؛ لأن جَنَبَته أقوى، لأن المبيع على ملكه فكان بالبداية أولى. والثاني: يبدأ بمن شاء منهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر في الدعوى فتساويا، كما لو تداعيا شيئًا في يديهما. والثالث: أنه يبدأ بالبائع وهو الصحيح، لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع، والمبتاع بالخيار»[2] فبدأ بالبائع

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣/ ٢١٣) ومسلم في صحيحه برقم (٥/ ١٢٨).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٢٧٠) وأحمد في المسند (١/ ٤٦٦) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٣٢).

ثم خير المبتاع، ولأن جنبته أقوى لأنه إذا تحالفا رجع المبيع إليه فكانت البداية به أولى ومن أصحابنا من قال: هي على قول واحد أنه يبدأ بالبائع ويخالف الزوج في الصداق لأن جنبته أقوى من جنبة الزوجة، لأن البضع بعد التحالف على ملك الزوج فكان بالتقديم أولى، وها هنا جنبة البائع أقوى لأن المبيع بعد التحالف على ملك البائع فكان البائع بالتقديم أولى، والذي قال في الدعوى والبينات ليس بمذهب له، وإنما حكى ما يفعله الحاكم باجتهاده لأنه موضع اجتهاد فقال: إن حَلَّف الحاكمُ البائع باجتهاده خَيّر المشتري، وإن حَلّف المشتري خيّر البائع.

فصل: ويجب أن يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والإثبات لأنه يدعي عقدًا وينكر عقدًا، فيجب أن يحلف عليهما، ويجب أن يقدم النفي على الإثبات. وقال أبو سعيد الإصطخري: يقدم الإثبات على النفي كما قدمنا الإثبات على النفي في اللعان، والمذهب الأول؛ لأن الأصل في اليمين أن يبدأ بالنفي، وهي يمين المدعى عليه، فوجب أن يبدأ ههنا أيضًا بالنفي، ويخالف اللعان فإنه لا أصل له في البداية بالنفي، وهل يجمع بين النفي والإثبات بيمين واحدة أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجمع بينهما بيمين واحدة، وهو المنصوص في «الأم»، لأنه أقرب إلى فصل القضاء، فعلى هذا يحلف البائع أنه لم يبع بألف ولقد باع بألفين. ويحلف المشتري أنه ما اشترى بألفين ولقد اشترى بألف، فإن نكل المشتري قضي للبائع وإن حلف فقط تحالفا.

والثاني: أنه يفرد النفي بيمين والإثبات بيمين؛ لأنه دعوى عقد وإنكار فافتقر إلى يمينين؛ ولأنا إذا جمعنا بينهما بيمين واحدة حلَّفنا البائع على الإثبات قبل نكول المشتري عن يمين النفي، وذلك لا يجوز، فعلى هذا يحلف البائع أنه ما باع بألف، ثم يحلف المشتري أنه ما ابتاع بألفين، فإن نكل المشتري حلف البائع أنه ما باع بألفين وقضي له، فإن حلف المشتري حلف البائع أنه باع بألفين ثم يحلف المشتري أنه ابتاع بألف، فإن نكل قضي للبائع، وإن حلف فقد تحالفا.

فصل: وإذا تحالفا وجب فسخ البيع لأنه لا يمكن إمضاء العقد مع التحالف وهل ينفسخ بنفس التحالف أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه ينفسخ بنفس التحالف كما ينفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف، لأن بالتحالف صار الثمن مجهولًا والبيع لا يثبت مع جهالة العوض فوجب أن ينفسخ، والثاني: أنه لا ينفسخ إلا بالفسخ بعد التحالف وهو المنصوص لأن العقد في الباطن صحيح لأنه وقع على ثمن معلوم فلا ينفسخ بتحالفهما، ولأن البينة أقوى من اليمين، ثم لو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه لم ينفسخ البيع، فَلأَن لا ينفسخ

باليمين أولى. وفي الذي يفسخه وجهان: أحدهما: أنه يفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب، والثاني: أنه ينفسخ بالمتعاقدين لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فصح من المتبايعين كالرد بالعيب.

فصل: وإذا فسخ أو انفسخ فهل ينفسخ ظاهرًا وباطنًا أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: ينفسخ ظاهرًا وباطنًا لأنه فسخ بالتحالف فوقع ظاهرًا وباطنًا كفسخ النكاح باللعان، ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة فصح ظاهرًا وباطنًا كالرد بالعيب. والثاني: أنه ينفسخ في الظاهر دون الباطن، لأن سبب الفسخ هو الجهل بالثمن، والثمن معلوم في الباطن مجهول في الظاهر، فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اختص البطلان بالظاهر دون الباطن. والثالث: أنه إن كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن، لأنه يمكنه أن يصدق المشتري، ويأخذ منه الثمن، ويسلم إليه المبيع، فإذا لم يفعل كان ممتنعًا من تسليم المبيع بظلم، فلم ينفسخ البيع، وإن كان البائع مظلومًا انفسخ ظاهرًا وباطنًا، لأنه تعذر عليه أخذ الثمن، ووجد عين ماله فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله، كما لو أفلس المشتري ووجد عين ماله. فإن قلنا: إن الفسخ يقع في الظاهر والباطن عاد المبيع إلى ملك البائع وإلى تصرفه. وإن قلنا: إن الفسخ في الظاهر دون الباطن نظرت، فإن كان البائع هو الظالم لم يجز له قبض المبيع والتصرف فيه، بل يلزمه أن يأخذ ما أقر به المشتري من الثمن ويسلم المبيع إليه، وإن كان مظلومًا لم يجز له التصرف في المبيع بالوطء والهبة، لأنه على ملك المشتري. ولكن يستحق البائع الثمن في ذمة المشتري، ولا يقدر على أخذه منه فيبيع من المبيع بقدر حقه، كما تقول فيمن له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ووجد شيئًا من ماله.

فصل: وإن اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة في يد المشتري، تحالفا وفسخ البيع بينهما، لأن التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة، فوجب أن يثبت التحالف، فإذا تحالفا رجع بقيمته ومتى تعتبر قيمته؟ فيه وجهان: أحدهما: تجب قيمته يوم التلف. والثاني: تجب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، وقد ذكرنا دليل الوجهين في هلاك السلعة في البيع الفاسد، فإن زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك، وحكي عن أبي علي بن خيران أنه قال: ما زاد على الثمن لا يجب، لأن البائع لا يدعيه فلم يجب، كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه والمذهب الأول: لأنه بالفسخ سقط اعتبار السلعة؛ فالقول قول المشتري لأنه غارم. فكان القول قوله كالغاصب، فإن تقابلا أو وجد بالمبيع عيبًا فرده واختلفا في الثمن، فقال البائع: الثمن ألف، وقال المشتري: الثمن ألفان، فالقول قول البائع، لأن البيع قد انفسخ، والمشتري مدع، والبائع منكر، فكان القول قوله.

فصل: وإن مات المتبايعان فاختلف ورثتهما تحالفوا لأنه يمين في المال،

فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في دعوى المال، وإن كان البيع بين وكيلين واختلفا في الثمن، ففيه وجهان: أحدهما: يتحالفان لأنهما عاقدان فتحالفا كالمالكين. والثاني: لا يتحالفان لأن اليمين تعرض حتى يخاف الظالم منهما فيرجع، والوكيل إذا أقر ثم رجع لم يقبل رجوعه فلا تثبت اليمين في حقه.

فصل: وإن اختلف المتبايعان في قدر المبيع تحالفا لما ذكرنا في الثمن. وإن اختلفا في عين المبيع بأن قال البائع: «بعتك هذا العبد بألف. وقال المشتري: بل اشتريت هذه الجارية بألف» ففيه وجهان: أحدهما: يتحالفان لأن كل واحد منهما يدعي عقدًا ينكره الآخر، فأشبه إذا اختلفا في قدر المبيع. والثاني: أنهما لا يتحالفان، بل يحلف البائع أنه ما باعه الجارية ويحلف المشتري أنه ما اشترى العبد، وهو اختيار أبي حامد الإسفراييني رحمه الله، لأنهما اختلفا في أصل العقد في العبد والجارية، فكان القول فيه قول من ينكر، كما لو ادعى أحدهما على الآخر عبدًا والآخر جارية من غير عقد، فإن أقام البائع بينة أنه باعه العبد وجب على المشتري الثمن، فإن كان العبد في يده أقر في يده، وإن كان في يد البائع ففيه وجهان: أحدهما: يجبر المشتري على قبضه، لأن البينة قد شهدت له بالملك. والثاني: لا يجبر لأن البينة شهدت له بما لا يدعيه، فلم يسلم إليه، فعلى هذا يسلم إلى الحاكم ليحفظه.

فصل: وإن اختلفا في شرط الخيار أو الأجل أو الرهن أو في قدرها تحالفا لما ذكرناه في الثمن، فإن اختلفا في شرط يفسد البيع ففيه وجهان، بناء على القولين في شرط الخيار في الكفالة: أحدهما: أن القول قول من يدعي الصحة، لأن الأصل عدم ما يفسد. والثاني: أن القول قول من يدعي الفساد، لأن الأصل عدم العقد فكان القول قول من يدعي ذلك؛ فإن اختلفا في الصرف بعد التفرق. فقال أحدهما: تفرقنا قبل القبض وقال الآخر: تفرقنا بعد القبض، ففيه وجهان: أحدهما: أن القول قول من يدعي التفرق قبل القبض، لأن الأصل عدم القبض والثاني: أن القول قول من يدعي التفرق بعد القبض، لأن الأصل صحة العقد.

وإن اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما: تفرقنا عن تراض، وقال الآخر: تفرقنا عن فسخ البيع ففيه وجهان: أحدهما: أن القول قول من يدعي التراضي؛ لأن الأصل عدم الفسخ وبقاء العقد. والثاني: أن القول قول من يدعي الفسخ لأن الأصل عدم اللزوم ومنع المشتري من التصرف، فأما إذا اختلفا في عيب المبيع ومثله يجوز أن يحدث فقال البائع: عندك حدث العيب، وقال المشتري: بل حدث عندك، فالقول قول البائع. لأن الأصل عدم العيب. فإن اختلفا في المردود بالعيب فقال المشتري هو المبيع، وقال البائع: الذي بعتك غير هذا، فالقول قول البائع لأن الأصل سلامة المبيع، وبقاء العقد، فكان القول قوله، فإن اشترى

عبدين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيبًا فرده وقلنا: إنه يجوز أن يرد أحدهما واختلفا في قيمة التالف ففيه قولان: أحدهما: وهو الصحيح أن القول قول البائع. لأنه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه إلا عن القدر الذي يقر به كالمشتري والشفيع إذا اختلفا في الثمن. فإن القول قول المشتري، لأنه ملك الشقص فلا يزال إلا بما يقر به والثاني: أن القول قول المشتري لأنه كالغارم فكان القول قوله. فإن باعه عشرة أقفزة من صبرة وسلمها بالكيل فادعى المشتري أنها دون حقه ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قول المشتري، لأن الأصل أنه لم يقبض جميعه.

والثاني: أن القول قول البائع، لأن العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفي جميعه فجعل القول قول البائع.

فصل: إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري، لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع؛ فقد اختلف أصحابنا فيه، من قال: فيه ثلاثة أقوال: أحدهما: يجبر البائع على إحضار المبيع، والمشتري على إحضار الثمن، ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة، لأن التسليم واجب على كل واحد منهما، فإذا امتنعا أجبرا كما لو كان لأحدهما على الآخر دراهم، وللآخر عليه دنانير. والثاني: لا يجبر واحد منهما، بل يقال من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه، لأن على كل منهما حقًا في مقابلة حق له، فإذا تحالفا لم يجبر واحد منهما، كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعي فنكل. والثالث: أنه يجبر البائع على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري وهو الصحيح، لأن حق المشتري متعلق بعين، وحق البائع في الذمة، فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون، ولأن البائع يتصرف في الثمن في الذمة، فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع، ومن أصحابنا من قال: المسألة على قول واحد، وهو أن يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه، وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي عن غيره، ولم يختره، فعلى هذا ينظر فيه فإن كان المشتري موسرًا نظرت، فإن كان ماله حاضرًا أجبر على تسليمه في الحال وإن كان في داره أو دكانه حُجِرَ عليه في المبيع، وفي سائر أمواله، إلى أن يدفع الثمن لأنه إذا لم نحجر عليه لم نأمن أن يتصرف فيه، فيضر بالبائع.

وإن كان غائبًا منه على مسافة يقصر فيها الصلاة فللبائع أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله، لأن عليه ضررًا في تأخير الثمن، فجاز له الرجوع إلى عين ماله، كما لو أفلس المشتري، وإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان: أحدهما: ليس له أن يختار عين ماله لأنه في حكم الحاضر. والثاني: له أن يختار عين ماله لأنه يخاف عليه الهلاك فيما قرب كما يخاف عليه فيما بعد،

وإن كان المشتري معسرًا ففيه وجهان: أحدهما: تباع السلعة ويقضي دينه من ثمنها، والمنصوص أنه يرجع إلى عين ماله لأنه تعذر الثمن بالإعسار. فثبت الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس بالثمن وإن كان معينًا ففيه قولان: أحدهما: يجبران، والثاني: لا يجبر واحد منهما ويسقط القول الثالث أنه يجبر البائع لأن الثمن كالمبيع في تعلق الحق بالعين والمنع من التصرف فيه قبل القبض.

فصل: وإن باع من رجل عينًا فأحضر المشتري نصف الثمن ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجبر البائع على تسليم شيء من المبيع، لأنه محبوس بدين، فلا يسلم شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن، والثاني: أنه يجبر على تسليم نصف المبيع لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر، وكل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن. فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما في مقابلته، ويخالف الرهن في الدين فإن الرهن ليس بعوض من الدين، وإنما هو وثيقة به فجاز له حبسه إلى أن يستوفي جميع الدين، وإن باع من اثنين عبدًا بثمن فأحضر أحدهما نصف الثمن وجب تسليم حصته إليه لأنه أحضر جميع ما عليه من الثمن. فوجب تسليم ما في مقابلته من المبيع، كما لو اشترى عينًا وأحضر ثمنها. والله أعلم.

فصل: إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم لم يخل إما أن يكون ثمرة أو غيرها، فإن كان غير الثمرة نظرت ـ فإن كان تلفه بآفة سماوية ـ انفسخ البيع، لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع، كما لو اصطرفا وتفرقا قبل القبض فإن كان المبيع عبدًا فذهبت يده بآكلة فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك فإن اختار الرد رجع بجميع الثمن، وإن اختار الإمساك أمسك بجميع الثمن، لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء فلم يسقط بتلفها شيء من الثمن، وإن أتلفه أجنبي ففيه قولان:

أحدهما: أنه ينفسخ البيع لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع، كما لو تلف بآفة سماوية، والثاني: أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن، وبين أن يقر البيع ويرجع على الأجنبي بالقيمة، لأن القيمة عوض عن المبيع فقامت مقامه في القبض، فإن كان عبدًا فقطع الأجنبي يده فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن، وبين أن يجيزه ويرجع على الجاني بنصف قيمته.

فإن أتلفه البائع ففيه طريقان: قال أبو العباس: فيه قولان كالأجنبي، وقال أكثر أصحابنا ينفسخ البيع قولًا واحدًا لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة لأن المبيع مضمون عليه بالثمن فلا يجوز أن يكون مضمونًا عليه بالقيمة بخلاف الأجنبي، فإن المبيع غير مضمون عليه بالثمن فجاز أن يضمنه بالقيمة. فإن كان عبدًا فقطع البائع يده ففيه وجهان:

قال أبو العباس: المبتاع بالخيار إن شاء فسخ البيع ورجع بالثمن وإن شاء أجازه ورجع على البائع بنصف القيمة، وقال أكثر أصحابنا: هو بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه ولا شيء له لأنه جزء من المبيع فلا يضمنه البائع بالقيمة قبل القبض، كما لو ذهب بآكلة. فإن أتلفه المشتري استقر عليه بالثمن لأن الإتلاف كالقبض، ولهذا لو أعتقه جعل إعتاقه كالقبض فكذلك إذا أتلفه، فإن كان عبدًا فقطع يده لم يجز له أن يفسخ لأنه نقص بفعله، فإن اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على المشتري بأرش النقص فيقوّم مع اليد ويقوّم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ولا يرجع بما نقص من القيمة لأن المبيع مضمون على المشتري بالثمن فلا يجوز أن يرجع عليه بما نقص من القيمة وإن كان المبيع ثمرة فإن كان على الأرض فهو كغير الثمرة وقد بيناه. وإن كانت على الشجر نظرت فإن تلفت قبل التخلية فهي كغير الثمرة إذا هلك قبل أن يقبض وقد بيناه، فإن تلفت بعد التخلية ففيه قولان:

أحدهما: أنها تتلف من ضمان المشتري، لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف فدخل في ضمانه كالنقل فيما ينقل، والثاني: أنها تتلف من ضمان البائع، لما روى جابر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «إن بعت من أخيك تمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[1] وروى جابر أيضًا أن النبي ﷺ «أمر بوضع الجوائح»[2] فإن قلنا بهذا فاختلفا في الهالك فقال البائع: الثلث، وقال المشتري النصف، فالقول قول البائع، لأن الأصل عدم الهلاك، وإن بلغت الثمار وقت الجذاد فلم ينقل حتى هلكت كان هلاكها من ضمان المشتري، لأنه وجب عليه النقل فلم يلزم البائع ضمانها، والله أعلم.

الشرح: قوله: «لأن جنبته أقوى» الجنبة: الجانب، وقوله: «نكل» أي تأخر، وقوله: «عشرة أقفزة» القفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك مكيال للوزن، وقوله: «بآفة سماوية» الآفة: العاهة، وقوله: «جائحة» الجائحة الاستئصال، ومنه الجائحة وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو آفة أو فتنة.

أما الأحكام: فإذا اختلف المتبايعين في قدر الثمن، أو جنسه، أو صفته، أو شرط الخيار أو الأجل، أو قدرهما، أو في شرط الرهن أو الكفيل مع الاتفاق على عقد صحيح، فإن كان لأحدهما بيِّنة، قضي بها. فإن أقاما بيِّنتين وقلنا بالتساقط، فكأنه لا بيِّنة، وإلا، توقَّفنا إلى ظهور الحال. وإن لم تكن بيِّنة، تحالفا، سواء كانت

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٥٤) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٧٠) والنسائي في سننه (٧/ ٢٦٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢١٩) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٠٦).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٥٤) والنسائي في سننه (٧/ ٢٦٥) وأحمد في المسند (٣/ ٣٠٩).

السلعة باقية أو تالفة، وسواء اختلف المتبايعان أو ورثتهما، وكذا لو اختلفا في قدر المبيع، فقال البائع: بعتك العبد بألف، فقال: بعْتَنِيه مع الجارية بألفين، تحالفا. فلو قال البائع: بعتك العبد، فقال: بل الجارية، واتفقا على الثمن، فإن كان الثمن معينًا، تحالفا. وإن كان في الذمة، فوجهان: أحدهما: يتحالفان، قاله ابن الحداد، واختاره القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ. والثاني: لا، قاله الشيخ أبو حامد، واختاره الإمام، وصاحب «التهذيب». فإن قلنا: لا تحالف، حلف كل واحد على نفي ما ادُّعي عليه فقط، ولا يتعلق بيمينيهما فسخ ولا انفساخ. ولو كانت بحالها وأقام كل واحد بيِّنةٌ توافقه، سلِّمت الجارية للمشتري. وأما العبد، فقد أقرَّ البائع ببيعه، وقامت البيِّنة عليه. فإن كان في يد المشتري، أقرَّ عنده. وإن كان في يد البائع، فوجهان: أحدهما: يسلَّم إلى المشتري ويجبر على قبوله. والثاني: لا يجبر، بل يقبضه الحاكم وينفق عليه من كسبه. فإن لم يكن له كسب، ورأى الحظ في بيعه وحفظ ثمنه، فعل.

فرع: يجري التحالف في جميع عقود المعاوضات، كالسّلَم، والإجارة، والقراض، والمساقاة، والجعالة، والصلح عن الدم، والكتابة. ثم في البيع ونحوه، يُفسخ العقد بعد التحالف، أو ينفسخ ويترادَّان، كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ. وفي الصلح عن الدم، لا يعود استحقاقه، بل أثر التحالف الرجوع إلى الدِّية، وكذا لا يرجع البُضع، بل في النكاح ترجع المرأة إلى مهر المثل. وفي الخلع يرجع إليه الزوج.

قال الإمام: إن قيل: أيُّ معنى للتحالف في القراض، مع أن لكل واحد فسخه بكل حال، وقد منع القاضي حسين التحالف في البيع في زمن الخيار، لإمكان الفسخ بالخيار؟

فالجواب: أن التحالف ما وُضع للفسخ، بل عُرضت الأيمان رجاء أن ينكل الكاذب، فيقرر العقد بيمين الصادق. فإن لم يتفق ذلك، وأصرا، فُسخ العقد للضرورة، ونازع القاضي فيما ذكره، ثم مال إلى موافقته، ورأى في القراض أن يفصَّل فيقال: التحالف قبل الشروع في العمل لا معنى له، وبعده يؤول النزاع إلى مقصود من ربح أو أجرة مثل، فيتحالفان، والجعالة كالقراض.

فرع: لو قال: بعتك هذا بألف، فقال: بل وهبتنيه، فلا تحالف إذا لم يتفقا على عقد، بل يحلف كل واحد على نفي ما يدَّعى عليه. فإذا حلفا، لزم مُدَّعي الهبة ردُّه بزوائده على المشهور. وفي قول: القول قول مُدعي الهبة. وشذ صاحب «التتمة» فحكى وجهًا: أنهما يتحالفان، وزعم أنه الصحيح. ولو قال: بعتكه بألف،

فقال: وهبتنيه، حلف كل واحد على نفي ما ادُّعي عليه، وردَّ الألف، واستردَّ العين. ولو قال: وهبتكه بألف استقرضتُه، فقال: بل بعتنيه، فالقول قول المالك مع يمينه، ويردُّ الألف، ولا يمين على الآخر، ولا يكون رهنًا، لأنه لا يدَّعيه.

فصل: وإن اختلفا من غير اتفاق على عقد صحيح، بأن يدَّعي أحدهما صحة العقد، والآخر فساده. مثل أن يقول: بعتك بألف، فقال: بل بألف وزقِّ خمر، أو قال: شرطنا شرطًا مفسدًا، فأنكر، فلا تحالف. والأصح عند الأكثرين: أن القول قول من يدَّعي الصحة، وهو ظاهر نصه. كما لو قال: هذا الذي بعتنيه حرُّ الأصل، فقال: بل هو مملوك، فإن القول قول البائع. والثاني: القول قول الآخر. ولو قال: بعتك بألف، فقال: بل بخمر، فعلى الوجهين. وقيل: يُقطع بالفساد، فإذا قلنا: القول قول من يدَّعي الصحة، فقال: بعتك بألف، فقال: بل بخمسمئة وزقِّ خمر، وحلف البائع على نفي سبب الفساد، صدِّق، وبقي النزاع في قدر الثمن، فيتحالفان.

فصل: لو اشترى شيئًا، فقبضه، ثم جاء بمعيب ليرده بالعيب، فقال البائع: ليس هذا هو الذي سلمته إليك، فالقول قول البائع، لأن الأصل السلامة. فلو كان ذلك في السّلم، فقال: ليس هذا على الوصف الذي سلمتُ إليك، فوجهان: أحدهما: القول قول المسلَم إليه، كما أن القول قول البائع. وأصحهما: القول قول المسلم، لأن اشتغال الذمة بمال السلَم معلوم، والبراءة غير معلومة، ويخالف البيع، لأنهما اتفقا على قبض ما ورد عليه الشراء، وتنازعا في سبب الفسخ، والأصل بقاء العقد. ويجري الوجهان في الثمن في الذمة، أن القول قول الدافع، أم القابض؟ وعن ابن سريج وجه ثالث، يفرَّق بين ما يمنع صحة القبض، وما لا يمنع. فإن كان الثمن دراهم في الذمة، وكان ما أراد البائع رده زيوفًا، فالقول قول البائع، لإنكاره أصل القبض الصحيح. وإن كانت ورِقًا رديئة النوع، لخشونة، أو اضطراب سكة، فالقول قول المشتري. ولا يخفى مثل هذا التفصيل في المسلَم فيه. ولو كان الثمن معيَّنًا، فهو كالمبيع، فإذا وقع فيه هذا الخلاف، فالقول قول المشتري مع يمينه. قال في «التهذيب»: لكن لو كان المعيّن نحاسًا لا قيمة له، فالقول قول الرادّ. وينبغي أن يكون هذا على الخلاف فيما إذا ادَّعى أحدهما صحة العقد، والآخر فساده.

فرع: اشترى طعامًا كيلًا، وقبضه بالكيل، أو وزنًا، وقبضه بالوزن، أو أسلم فيه وقبضه، ثم جاء وادعى نقصًا، فإن كان قدرًا ينفع مثله في الكيل والوزن، قُبِل، وإلا، فلا على الأظهر.

فرع: اختلفا في القبض، فالقول قول المشتري.

فرع: باع عصيرًا وأقبضه، ووجد خمرًا، فقال البائع: تخمَّر في يدك، فقال: بل سلَّمتَه خمرًا فيكون القبض فاسدًا، وأمكن صدقهما، فأيهما يصدَّق؟ قولان. أظهرهما: تصديق البائع. والله أعلم.

ولو قال أحدهما: كان خمرًا عند البيع، فهذا يدَّعي فساد العقد، والآخر يدَّعي صحته، وقد سبق حكمه. وعلى هذا يقاس ما لو اشترى لَبَنًا، فأخذه المشتري في ظرف، ثم وُجدت فيه فأرة ميتة، وتنازعا في نجاسته عند البيع، أو عند القبض.

فرع: قال: بعتنيه بشرط أنه كاتب، وأنكر البائع الشرط، فوجهان: أصحهما: يتحالفان، كاختلافهما في الأجل. والثاني: القول قول البائع، كاختلافهما في العيب. ولو كان الثمن مؤجلًا، فاختلفا في انقضاء الأجل، فالأصل بقاؤه.

فصل: في كيفية التحالف: قاعدته: أن يحلف كل واحد على إثبات قوله، ونفي قول صاحبه. وفيمن يُبدأ بيمينه؟ طريقان. أحدهما: البائع. وأصحهما: أنه على ثلاثة أقوال: أظهرها: البائع. والثاني: المشتري. والثالث: يتساويان. وعلى هذا، وجهان: أصحهما: يتخيّر الحاكم فيبدأ بمن اتفق. والثاني: يقرع بينهما. ولو تحالف الزوجان في الصداق، فعلى الطريق الأول، يبدأ بالزوج. وعلى الثاني: إن قدَّمنا البائع، فوجهان: أصحهما: وأقربهما إلى النص: يبدأ بالزوج. والثاني: بالمرأة. وإن قدَّمنا المشتري، فالقياس انعكاس الوجهين. ولا يخفى من ينزل منزلة البائع في سائر العقود. ثم جميع ما ذكرناه في الاستحباب دون الاشتراط، نص عليه الشيخ أبو حامد، وصاحبا «التتمة» و«التهذيب». وتقديم أحد الجانبين، مخصوص بما إذا باع عرضًا بثمن في الذمة. فأما إذا تبادلا عرضًا بعرض، فلا يتجه إلا التسوية، قاله الإمام. وينبغي أن يخرَّج على أن الثمن ماذا؟

فرع: المذهب، وظاهر النص: الاكتفاء بيمين واحدة ـ من كل واحد ـ تجمع النفي والإثبات، فيقول البائع: ما بعت بخمسمئة، وإنما بعت بألف. ويقول المشتري: ما اشتريت بألف، وإنما اشتريت بخمسمئة، وفيه قول ضعيف مخرَّج: أنه يحلف أولًا على مجرد النفي. فإن اكتفينا بيمين تجمع النفي والإثبات، فحلف أحدهما، ونكل الآخر، قضي للحالف، سواء نكل عن النفي والإثبات معًا، أو عن أحدهما. وينبغي أن يقدَّم النفي على الإثبات، لأن النفي هو الأصل. وقال الإصطخري: يقدَّم الإثبات، لأنه المقصود. والصحيح: الأول. وهذا الخلاف في الاستحباب على الأصح. وقيل: في الاستحقاق. فإذا قلنا بالمخرَّج: إنه يحلف أولًا على مجرد النفي، فأضاف إليه الإثبات، كان لغوًا. فإذا حلف من ابتدىء به،

عرضنا اليمين على الآخر. فإن نكل، حلف الأول يمينًا ثانية على الإثبات، وقضي له، وإن نكل عن الإثبات، لم يقض له. قال الشيخ أبو محمد: ويكون كما لو تحالفا، لأن نكول المردود عليه عن يمين الرد، نازل في الدعاوى منزلة حلف الناكل أولًا. ولو نكل الأول عن يمين النفي أولًا، حلف الآخر على النفي والإثبات، وقضي له. ولو حلفا على النفي، فوجهان: أصحهما: وبه قال الشيخ أبو محمد: يكفي ذلك، ولا حاجة بعده إلى يمين الإثبات، لأن المحوج إلى الفسخ جهالة الثمن وقد حصلت. والثاني: تُعرض يمين الإثبات عليهما. فإن حلفا، تم التحالف. وإن نكل أحدهما، قضي للحالف. والكلام على هذا القول المخرَّج في تقديم النفي أو الإثبات كما ذكرنا، على المذهب. فلو نكلا جميعًا، فوجهان: أحدهما: أنه كتحالفهما. والثاني: يوقف الأمر وكأنهما تركا الخصومة.

فصل: إذا تحالفا، فالصحيح المنصوص: أنه لا ينفسخ العقد بمجرد التحالف. وفي وجه: ينفسخ، حكي ذلك عن أبي بكر الفارسي، فإن قلنا: ينفسخ، فتصادقا بعده، لم يعد البيع، بل لا بد من تجديد عقد. وهل ينفسخ في الحال، أم نتبين ارتفاعه من أصله؟ وجهان: أصحهما: الأول، لنفوذ تصرفات المشتري قبل الاختلاف. وإن قلنا: لا ينفسخ، دعاهما الحاكم بعد التحالف إلى الموافقة، فإن دفع المشتري ما طلبه البائع، أُجبر عليه البائع، وإلا، فإن قنع بما قاله المشتري، فذاك، وإلا، فيفسخ العقد. وفي مَنْ يفسخ وجهان: أحدهما: الحاكم. وأصحهما للعاقدين أيضًا أن يفسخا، ولأحدهما أن ينفرد به كالفسخ بالعيب. قال الإمام: وإذا قلنا: الحاكم هو الذي يفسخ، فذاك إذا استمرا على النزاع ولم يفسخا، أو التمسا الفسخ. أما إذا أعرضا عن الخصومة، ولم يتفقا على شيء، ولا فسخا، ففيه تردُّد. ثم إذا فسخ العقد، ارتفع في الظاهر.

وفي ارتفاعه في الباطن، ثلاثة أوجه: ثالثها: إن كان البائع صادقًا، ارتفع، لتعذر وصوله إلى حقه. كما لو فسخ بإفلاسه. وإن كان كاذبًا، فلا، لتمكنه بالصدق من حقه. وهل يجري مثل هذا الخلاف إذا قلنا: ينفسخ بمجرد التحالف، أم يقطع بالارتفاع باطنًا؟ وجهان: فإذا قلنا: يرتفع باطنًا، ترادَّا، وتصرف كل واحد فيما عاد إليه. وإن منعناه، لم يجز لهما التصرف، لكن إن كان البائع صادقًا، فقد ظفر بمال مَن ظلمه، وهو المبيع الذي استرده، فله بيعه بالحاكم على وجه، وبنفسه على الأصح، ويستوفي حقه من ثمنه. وقال الإمام: إن صدر الفسخ من المحقِّ، فالوجه تنفيذه باطنًا. وإن صدر من المبطل، فالوجه منعه. وإن صدر منهما، فلا شك في الانفساخ باطنًا، وليس ذلك موضع الخلاف، ويكون كما لو تقابلا. وإذا صدر من المبطل، ولم ينفذه باطنًا، فطريق الصادق إنشاء الفسخ إن أراد الملك فيما عاد إليه.

وإن صدر من القاضي، فالظاهر: الانفساخ باطنًا ليتنفع به المحق.

فرع: إذا انفسخ البيع بالتحالف، أو فسخ، لزم المشتري رد المبيع إن كان باقيًا بحاله، ويبقى له الولد والثمرة والكسب والمهر. وإن كان تالفًا، لزمه قيمته، سواء كانت أكثر من الثمن الذي يدعيه البائع، أم لا.

وفي القيمة المعتبرة، أوجه: وقال الإمام: أقوال: أصحها: قيمة يوم التلف. والثاني: يوم القبض. والثالث: أقلُّها. والرابع: أكثر القيم من القبض إلى التلف. ولو اشترى عبدين، فتلف أحدهما، ثم اختلفا وتحالف، فهل يرد العبد الباقي؟ فيه الخلاف المذكور في مثله إذا وجد الباقي معيبًا. إن قلنا: يرد، فيضم قيمة التالف إليه. وفي القيمة المعتبرة هذه الأوجه. ولو كان المبيع باقيًا، لكن حدث به عيب، رده مع الأرش، وهو قدر ما نقص من القيمة، لأن الكل مضمون عليه بجميع القيمة، فبعضه ببعضها، بخلاف ما لو تعيب المبيع في يد البائع، واقتضى الحال الأرش، يجب جزءٌ من الثمن، لأن الكل مضمون على البائع بجميع الثمن، فبعضه ببعضه. قال الشيخ أبو علي: هذا أصل مطرد في المسائل: أن ما ضمن كله بالقيمة، فبعضه ببعضها كالمغصوب وغيره، إلا في صورة، وهي لو عجل زكاة ماله، فتلف قبل الحول، وكان ما عجله تالفًا، يغرم القابض القيمة. ولو كان معيبًا، ففي الأرش وجهان: وقد ذكرنا هذه المسألة في الزكاة، وميل الشيخ إلى طرد الأصل فيها.

ثم التلف قد يكون حكميًا، بأن وقف المبيع، أو أعتقه، أو باعه، أو وهبه وأقبضه، فتجب القيمة، وهذه التصرفات ماضية على الصحة. وقال أبو بكر الفارسي: نتبين بالتحالف فسادها، وتردّ العين، والصحيح، الأول. والتعيب أيضًا، قد يكون حقيقيًا، وقد يكون حكميًا، بأن زوج الأمة، فعليه ما بين قيمتها مزوجة وخلية، وتعود إلى البائع، والنكاح صحيح. وعن الفارسي: أنه يبطل النكاح. ومهما اختلفا في القيمة أو الأرش، فالقول قول المشتري. ولو كان العبد المبيع قد أبق من يد المشتري حين تحالفا، لم يمتنع الفسخ، فإن الإباق لا يزيد على التلف، ويغرم المشتري قيمته، لتعذر حصوله. وكذا لو كاتبه كتابة صحيحة. وإن رهنه، فالبائع بالخيار، إن شاء صبر إلى فكاكه، وإن شاء أخذ القيمة. وإن آجره، بني على جواز بيع المستأجر. إن منعناه، فهو كما لو رهنه، وإن جوَّزناه، فللبائع أخذه، لكنه يترَك عند المستأجر إلى انقضاء المدة، والأجرة المسماة للمشتري، وعليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية. وإن كان آجره للبائع، فله أخذه قطعًا.

وفي انفساخ الإجارة، وجهان: كما لو باع الدار لمستأجرها. إن قلنا: لا

تنفسخ، فعلى البائع الأجرة المسماة للمشتري، وعلى المشتري أجرة مثل المدة الباقية للبائع. وإذا غرم القيمة في هذه الصور، ثم ارتفع السبب الحائل، وأمكن الرد، فهل يرد العين ويسترد القيمة؟ يبنى ذلك على أنه قبل ارتفاع الحائل ملكٌ لمن؟ أما الآبق، ففيه وجهان: أحدهما: أنه ملك للمشتري، ولا يَرِد عليه الفسخ، كما لا يباع، وإنما هو وارد على القيمة، وأصحهما: أنه في إباقه ملك البائع، والفسخ وارد عليه. وإنما وجبت القيمة للحيلولة. وأما المرهون والمكاتب، ففيهما طريقان. أحدهما: طرد الوجهين. وأصحهما: القطع ببقاء الملك للمشتري، وبه قال الشيخ أبو محمد، كما إذا أفلس والمبيع آبق، يجوز للبائع الفسخ والرجوع إليه. ولو كان مكاتبًا أو مرهونًا، لم يكن له ذلك. وأما المستأجَر، فإن منعنا بيعه، فهل هو كالمرهون، أم كالآبق؟ فيه احتمالان للإمام. فإن قلنا ببقاء الملك للمشتري، فالفسخ وارد على القيمة كما لو تلف، فلا رد ولا استرداد. وإن قلنا بانقلابه إلى البائع، ثبت الرد والاسترداد عند زوال الحيلولة.

فصل: لو اختلفا، ثم حلف كل واحد منهما بعد التحالف أو قبله بحرية العبد، إن لم يكن الأمر كما قال، لم يعتق في الحال، لأنه ملك المشتري وهو صادق بزعمه، فإن عاد العبد إلى البائع بالفسخ أو بغيره، عتق عليه، لأن المشتري كاذب بزعمه، فهو كمن أقر بحريته ثم اشتراه. ولا يعتق في الباطن إن كان البائع كاذبًا، ويعتق على المشتري إن كان صادقًا. وولاء هذا العبد موقوف لا يدعيه البائع ولا المشتري. ولو صدَّق المشتري البائعَ، حكم بعتقه عليه، ويُرَدُّ الفسخ إن تفاسخا. كما لو رد العبد بعيب ثم قال: كنت أعتقته، يُرَدُّ الفسخ، ويحكم بعتقه. فلو صدَّق البائع المشتري، نظر، إن حلف البائع بالحرية أولًا، ثم المشتري، فإذا صدقه البائع بعد يمينه، ثم عاد إليه، لم يعتق، لأنه لم يكذب المشتري بعدما حلف بالحرية حتى يجعل مقرًا بعتقه. وأن حلف المشتري بحريته أولًا، ثم حلف البائع، وصدَّقه، عتق إذا عاد إليه، لأن حلفه بعد حلف المشتري، تكذيب له، واعتراف بالحرية عليه. ولو كانت المسألة بحالها، لكن المبيع بعض العبد، فإذا عاد إلى ملك البائع، عتق ذلك القدر عليه، ولم يقوَّم عليه الباقي، لأنه لم يقع العتق بمباشرته.

فصل: لو جرى العقد بين وكيلين، ففي تحالفهما وجهان: لأن فائدة اليمين الإقرار، وإقرار الوكيل لا يُقبل.

وينبغي أن يكون الأصح: التحالف. وفائدته الفسخ، أو أن ينكل أحدهما، فيحلف الآخر، ويقضى له إذا قلنا: حلفه مع النكول كالبينة. والله أعلم.

فصل: لو كان المبيع جارية، فوطئها المشتري، ثم اختلفا وتحالف، فإن

كانت ثيبًا، فلا شيء عليه مع ردها. وإن كانت بكرًا، ردها مع أرش البكارة، لأنه نقصان جزءٍ. ولو ترافع المتنازعان إلى مجلس الحكم، ولم يتحالفا بعدُ، فهل للمشتري وطء المبيعة؟ وجهان: أصحهما: نعم، لبقاء ملكه. وفي جوازه بعد التحالف وقبل الفسخ، وجهان مرتبان، وأولى بالتحريم.

فصل: لو تقايلا، أو رد المشتري المبيع بعد قبض البائع الثمن، واختلفا في قدر الثمن، فالقول قول البائع مع يمينه، لأنه غارم.

ولو قال البائع: بعتك الشجرة بعد التأبير، فالثمرة لي، فقال المشتري: بل قبله، فلي، فالقول قول البائع، لأن الأصل بقاء ملكه. ولو اشترى عبدين، فتلف أحدهما، ووجد بالآخر عيبًا فرده، وقلنا: يجوز رد أحدهما، فاختلفا في قيمة التالف، فالقول قول البائع على الأظهر، لأنه ملك الثمن، فلا يزال ملكه إلا عما يقرُّ به، والثاني: قول المشتري، كالغارم. وذكر في «التتمة» وجهًا: أنهما إذا اختلفا في صفة البيع، لا يتحالفان، بل القول قول البائع، لأن الصفة المشروطة تلحقه بالعيب، فصار كدعواه عيبًا. ولو اختلفا في وقت وجود العيب، كان القول قول البائع. والصحيح: أنهما يتحالفان كما سبق، وبه قطع الأصحاب.

قال في «التتمة»: ولو اختلفا في انقضاء الأجل، حكي عن نصه: أن القول قول البائع. قال أصحابنا: صورة المسألة في السلَم، لأن الأجل في السلم حق البائع، فإذا ادعى المسلم انقضاءه، فقد ادعى استحقاق مطالبة، والبائع المسلَم إليه ينكرها، فالقول قوله، ولأن اختلافهما في انقضاء فالأجل مع اتفاقهما على قدره، اختلاف في تاريخ العقد، فكان المسلم يدَّعي وقوعه في شهر، والمسلَم إليه ينكره. فلو اختلفا في أصل العقد، كان القول قول منكره، فكذا هنا. وأما في باب الشراء، الأجل حق المشتري، فالقول قوله، لما ذكرنا من العلتين. فلو باع شيئًا ومات، فظهر أن المبيع كان لابن الميت، فقال المشتري: باعه عليك أبوك في صغرك لحاجة، وصدَّقه الابن أن الأب باعه في صغره، لكن قال: لم يبعه عليَّ، بل باعه لنفسه متعديًا، قال الغزالي في الفتاوى: القول قول المشتري، لأن الأب نائب الشرع، فلا يُتَّهم إلا بحجة، كما لو قال: اشتريت من وكيلك، فقال: هو وكيلي، ولكن باع لنفسه، فالقول قول المشتري. والله أعلم.

باب السلم

قال المصنف رحمه الله تعالى: السلم جائز لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] **قال ابن عباس: أشهد أن السلف**

المضمون إلى أجل قد أجله الله في كتابه وأذن فيه فقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾.

الشرح: يقال السلم والسلف، والسلم من أسلمت وهو تسليم رأس المال، والسلف كل ما قدمه الإنسان قبله، ومنه السلف الذين تقدموا من الآباء وغيرهم وذكروا في تفسير السلم عبارات متقاربة، منها: أنه عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلًا، وقيل: إسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة، وقيل: إسلاف عاجل في عوض لا يجب تعجيله.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ولا يصح السلم إلا من مطلق التصرف في المال لأنه عقد على مال فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع؛ قال الشافعي رحمه الله: ويصح السلم من الأعمى. قال المزني رحمه الله: أعلم من نطقه أنه أراد الأعمى الذي عرف الصفات قبل أن يعمى. قال أبو العباس: هذا الذي قاله المزني حسن، فأما الأكمه الذي لا يعرف الصفات فلا يصح سلمه لأنه يعقد على مجهول وبيع المجهول لا يصح، وقال أبو إسحاق: يصح السلم من الأعمى وإن كان أكمه لأنه يعرف الصفات بالسماع.

فصل: وينعقد بلفظ السلف والسلم، وفي لفظ البيع وجهان من أصحابنا من قال: لا ينعقد السلم بلفظ البيع، فإذا عقد بلفظ البيع كان بيعًا لا يشترط فيه قبض العوض في المجلس، لأن السلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه، ومنهم من قال ينعقد لأنه نوع بيع يقتضي القبض في المجلس فانعقد بلفظ البيع كالصرف.

فصل: ويثبت فيه خيار المجلس لقوله ﷺ: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا»[1] ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه، ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض، فلو أثبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه.

فصل: ويجوز مؤجلًا للآية ويجوز حالًا لأنه إذا جاز مؤجلًا فلأن يجوز حالًا وهو من الغرر أبعد أولى ويجوز في المعدوم إذا كان موجودًا عند المحل، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: «قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمرة السنتين والثلاث فقال: أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[2] فلو لم يجز السلم في المعدوم لنهاهم عن السلم في الثمار السنتين والثلاث ويجوز

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٤٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٠٤) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٦٤) والترمذي في سننه برقم (١٣١١) والنسائي في سننه (٧/ ٢٩٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٨٠) وأحمد في المسند (١/ ٢٨٢).

السلم في الموجود لأنه إذا جاز السلم في المعدوم فلأن يجوز في الموجود أولى لأنه أبعد من الغرر.

فصل: ويجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته كالأثمان والحبوب والثمار والثياب والدواب والعبيد والجواري والأصواف والأشعار والأخشاب والأحجار والطين والفخار والحديد والرصاص والبلّور والزجاج وغير ذلك من الأموال التي تباع وتضبط بالصفات والدليل عليه حديث ابن عباس في الثمار، وروى عبد الله بن أبي أوفى قال: «كنا نسلف ورسول الله ﷺ فينا في الزيت والحنطة»[١] وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمره أن يجهز جيشًا، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعير إلى إبل الصدقة»[٢]. وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في السلم في الكرابيس: «إذا كان ذرعًا معلومًا إلى أجل معلوم فلا بأس»[٣] وعن أبي النضر قال: «سئل ابن عمر رضي الله عنه عن السلم في السُّرَق قال: لا بأس»[٤] والسرق الحرير. فثبت جواز السلم فيما رويناه بالأخبار وثبت فيما سواه مما يباع ويضبط بالصفات بالقياس على ما ثبت بالأخبار لأنه في معناه.

فصل: وأما ما لا يضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه لأنه يقع البيع فيه على مجهول وبيع المجهول لا يجوز، قال الشافعي رحمه الله: ولا يجوز السلم في النبل لأن دقته وغلظه مقصود وذلك لا يضبط ولا يجوز في الجواهر كاللؤلؤ والعقيق والياقوت والفيروزج والمرجان لأن صفاءها مقصود، وعلى قدر صفائها يكون ثمنها وذلك لا يضبط بالوصف ولا يجوز السلم في الجلود لأن جلد الأوراك غليظ وجلد البطن رقيق ولا يضبط قدر رقته وغلظه ولأنه مجهول المقدار لأنه لا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه ولا يجوز في الرق لأنه لا يضبط رقته وغلظه ويجوز في الورق لأنه معلوم القدر معلوم الصفة.

فصل: ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالخبز والشواء، لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط؛ واختلف أصحابنا في اللبأ المطبوخ، فقال الشيخ أبي حامد الإسفراييني، رحمه الله: لا يجوز لأن النار تعقد أجزاءه فلا يضبط، وقال القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله: يجوز لأن ناره لينة.

فصل: ولا يجوز فيما يجمع أجناسًا مقصودة لا تتميز كالغالية والنّد

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٤٢) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٦٤) والنسائي في سننه (٧/ ٢٨٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٨٢) وأحمد في المسند (٤/ ٣٥٤).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٥٧) وأحمد في المسند (٢/ ١٧١) والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٦) والبيهقي في سننه (٥/ ٢٨٧).

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٢٦) وابن أبي شيبة في المصنف برقم (٢١٤١١).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف برقم (٢٢٩٢١).

والمعجون والقوس والخف والحنطة التي فيها الشعير لأنه لا يعرف قدر كل جنس منه، ولا يجوز فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء والحنطة التي فيها الزوان لأن ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد، ويجوز فيما خالطه غيره للحاجة. كخل التمر وفيه الماء والجبن وفيه الإنفحة والسمك المملوح وفيه الملح، لأن ذلك من مصلحته فلم يمنع جواز العقد ويجوز في الأدهان المطيبة، لأن الطيب لا يخالطه وإنما تعبق به رائحته ولا يجوز في ثوب نسج ثم صبغ لأنه سلم في ثوب وصبغ مجهول، ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل، ولا يجوز في ثوب عمل فيه من غير غزله كالقرقوبي لأن ذلك لا يضبط. واختلف أصحابنا في الثوب المعمول من غزلين، فمنهم من قال: لا يجوز لأنهما جنسان مقصودان لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبه الغالية، ومنهم من قال: يجوز لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما، وفي السلم في الرؤوس قولان: أحدهما: يجوز لأنه لحم وعظم فهو كسائر اللحوم. الثاني: لا يجوز لأنه يجمع أجناسًا مقصودة لا تضبط بالوصف، ولأن معظمه العظم وهو غير مقصود.

فصل: ولا يجوز السلم في الطير لأنه لا يضبط بالسن ولا يعرف قدره بالذرع ولا يجوز السلم في جارية وولدها ولا في جارية وأختها لأنه يتعذر وجود جارية وولدها أو جارية وأختها على ما وصف، وفي الجارية الحامل طريقان: أحدهما: لا يجوز السلم فيها لأن الحمل مجهول، والثاني: يجوز لأن الجهل بالحمل لا حكم له مع الأم كما نقول في بيع الجارية الحامل وفي السلم في شاة لبون قولان: أحدهما: لا يجوز لأنه سلم في شاة ولبن مجهول، والثاني: يجوز لأن الجهل باللبن لا حكم له مع الشاة كما نقول في بيع شاة لبون.

فصل: وفي السلم في الأواني المختلفة الأعلى والأسفل كالإبريق والمنارة والكراز وجهان: أحدهما: لا يجوز لأنها مختلفة الأجزاء فلم يجز السلم فيها كالجلود، والثاني يجوز لأنها يمكن وصفها فجاز السلم فيها كالأسطال المربعة والصحاف الواسعة، واختلف أصحابنا في السلم في الدقيق فمنهم من قال: لا يجوز وهو قول أبي القاسم الداركي رحمه الله لأنه لا يضبط، والثاني: يجوز لأنه يذكر النوع والنعومة والجودة فيصير معلومًا ولا يجوز السلم في العقار لأن المكان فيه مقصود والثمن يختلف باختلافه فلا بد من تعيينه والعين لا تثبت في الذمة.

فصل: ولا يجوز السلم إلا في شيء عام الوجود مأمون الانقطاع في المحل فإن أسلم فيما لا يعم كالصيد في موضع لا يكثر فيه أو ثمرة ضيعة بعينها أو جعل المحل وقتًا لا يأمن انقطاعه فيه لم يصح لما روى عبد الله بن سلام رضي الله عنه أن زيد بن سعنة قال لرسول الله ﷺ: يا محمد هل لك أن تبيعني تمرًا معلومًا إلى أجل معلوم من حائط بني فلان؟ فقال: لا يا يهودي ولكن أبيعك تمرًا

معلومًا إلى كذا وكذا من الأجل»[١] ولأنه لا يؤمن أن يتعذر المسلم فيه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد.

فصل: ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم لما روى ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال: «أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[٢]. فإن كان في مكيل ذكر كيلًا معروفًا، وإن كان في موزون ذكر وزنًا معروفًا؛ وإن كان مذروع ذكر ذرعًا معروفًا، فإن علق العقد على كيل غير معروف كملء زبيل لا يعرف ما يسع أو ملء جرة لا يعرف ما تسع أو زنة صخرة لا يعرف وزنها أو ذراع رجل بعينه لم يجز لأن المعقود عليه غير معلوم في الحال لأنه لا يؤمن أن يهلك ما علق عليه العقد فلا يعرف قدر المسلم فيه، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد، كما لو علقه على ثمرة حائط بعينه، وإن أسلم فيما يكال بالوزن وفيما يوزن بالكيل جاز لأن القصد أن يكون معلومًا والعلم يحصل بذلك، وإن أسلم فيما لا يكال ولا يوزن كالجوز والبيض والقثاء والبطيخ والبقل والرؤوس إذا جوزنا السلم فيها أسلم فيها بالوزن، وقال أبو إسحاق يجوز أن يسلم في الجوز كيلًا لأنه لا يتجافى في المكيال والمنصوص هو الأول.

فصل: ولا يجوز حتى يصف المسلم فيه بالصفات التي تختلف بها الأثمان كالصغر والكبر، والطول والعرض؛ والدور والسمك، والنعومة والخشونة، واللين والصلابة، والرقة والصفاقة، والذكورية والأنوثية، والثيوبة والبكارة، والبياض والحمرة، والسواد والسمرة، والرطوبة واليبوسة، والجودة والرداءة، وغير ذلك من الصفات التي تختلف بها الأثمان، ويرجع فيما لا يعلم من ذلك إلى نفسين من أهل الخبرة، وإن شرط الأجود لم يصح العقد، لأنه ما من جيد إلا ويجوز أن يكون فوقه ما هو أجود منه، فيطالب به فلا يقدر عليه، وإن شرط الأردأ ففيه قولان: أحدهما: لا يصح لأنه ما من رديء إلا ويجوز أن يكون دونه ما هو أردأ منه فيصير كالأجود، والثاني: أنه يصح لأنه إن كان ما يحضره هو الأردأ فهو الذي أسلم فيه، وإن كان دونه أردأ منه فقد تبرع بما أحضره فوجب قبوله فلا يتعذر التسليم.

وإن أسلم في ثوب بالصفات التي يختلف بها الثمن، وشرط أن يكون وزنه قدرًا معلومًا ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني لأنه لا يتفق ثوب على هذه الصفات مع الوزن المشروط إلا نادرًا فيصير كالسلم في جارية وولدها وكالسلم فيما لا يعم وجوده، والثاني: أنه يجوز، لأن الشافعي رحمه الله، نص على أنه إذا أسلم في آنية وشرط وزنًا معلومًا جاز فكذلك ههنا.

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٢٤) والحاكم في المستدرك (٣/ ٦٠٤).

(٢) تقدم.

فصل: فإن أسلم في مؤجل وجب بيان أجل معلوم لحديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[1] ولأن الثمن يختلف باختلافه فوجب بيانه كالكيل والوزن وسائر الصفات والأجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب وشهور الفرس وشهور الروم وأعياد المسلمين والنيروز والمهرجان؛ فإن أسلم إلى الحصاد أو إلى العطاء أو إلى عيد اليهود والنصارى لم يصح لأن ذلك غير معلوم لأنه يتقدم ويتأخر، وإن جعله إلى شهر ربيع أو جمادى صح وحمل على الأول منهما، ومن أصحابنا من قال لا يصح حتى يبين؛ والمذهب الأول لأنه نص على أنه إذا جعل إلى النفر حمل على النفر الأول، فإن قال إلى يوم كذا كان المحل إذا طلع الفجر. فإن قال إلى شهر كذا كان المحل إذا غربت الشمس ومن الليلة التي يرى فيها الهلال، فإن قال محله في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا فيه وجهان: قال أبو علي ابن أبي هريرة: يجوز ويحمل على أوله، كما لو قال لامرأته أنت طالق في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا فإن الطلاق يقع في أولها، والثاني: لا يجوز وهو الصحيح لأن ذلك يقع على جميع أجزاء اليوم والشهر والسنة؛ فإذا لم يبين كان مجهولًا ويخالف الطلاق فإنه يجوز إلى أجل مجهول وإذا صح تعلق بأوله بخلاف السلم، فإن ذكر شهورًا مطلقة حمل على شهور الأهلة لأن الشهور في عرف الشرع شهور الأهلة فحمل العقد عليها فإن كان العقد في الليلة التي رؤي فيها الهلال اعتبر الجميع بالأهلة وإن كان العقد في أثناء الشهر اعتبر شهرًا بالعدد وجعل الباقي بالأهلة فإن أسلم في حال وشرط أنه حال صح العقد وإن أطلق ففيه وجهان.

أحدهما: لا يصح لأنه أحد محلي السلم فوجب بيانه كالمؤجل، والثاني: أنه يصح ويكون حالًا لأن ما جاز حالًا ومؤجلًا حمل إطلاقه على الحال كالثمن في المبيع وإن عقد السلم حالًا ثم جعله مؤجلًا أو مؤجلًا فجعله حالًا أو زاد في أجله أو نقص نظرت فإن كان ذلك بعد التفرق لم يلحق بالعقد لأن العقد استقر فلا يتغير وإن كان قبل التفرق لحق بالعقد، وقال أبو علي الطبري: إن قلنا إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يلحق به والصحيح هو الأول وقد ذكرناه في الزيادة في الثمن.

فصل: وإن أسلم في جنسين إلى أجل أو في جنس إلى أجلين، ففيه قولان: أحدهما: أنه لا يصح لأن ما يقابل أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر، وما يقابل أحدهما أجلًا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز، والثاني: أنه يصح وهو الصحيح لأن كل بيع جاز في جنس واحد وأجل واحد جاز في جنسين وفي أجلين كبيع الأعيان، ودليل القول الأول يبطل ببيع الأعيان فإنه يجوز إلى أجلين وفي جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما.

---

(١) تقدم.

فصل: وأما بيان موضع التسليم فإنه إن كان العقد في موضع لا يصلح للتسليم كالصحراء وجب بيانه، وإن كان في موضع يصلح للتسليم ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يجب بيانه لأنه يختلف الغرض باختلافه فوجب بيانه كالصفات.

والثاني: لا يجب بل يحمل على موضع العقد كما نقول في بيع الأعيان.

والثالث: أنه إن كان لحمه مؤنة وجب بيانه لأنه يختلف الثمن باختلافه فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها، فإن لم يكن لحمله مؤنة لم يجب بيانه لأنه لا يختلف الثمن باختلافها فلم يجب بيانه كالصفات التي لا يختلف الثمن باختلافها.

فصل: ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس لقوله ﷺ: «أسلفوا في كيل معلوم» والإسلاف هو التقديم، ولأنه إنما سمي سلمًا لما فيه من تسليم رأس المال فإذا تأخر لم يكن سلمًا فلم يصح، ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس ويسلمه، ويجوز أن يكون معينًا، فإن كان في الذمة نظرت، فإن كان من الأثمان حمل على نقد البلد، وإن كان في البلد نقود حمل على الغالب منها، وإن لم يكن في البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم. وإن كان رأس المال عرضًا وجب بيان الصفات التي تختلف بها الأثمان لأنه عوض في الذمة غير معلوم بالعرف فوجب بيان صفاته كالمسلم فيه، وإن كان رأس المال معينًا ففيه قولان: أحدهما: يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه لا يؤمن أن ينفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه، فإذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يرده، والثاني: لا يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه عوض في عقد لا يقتضي رد المثل فوجب أن تغني المشاهدة عن ذكر صفاته ومقداره كالمهر والثمن في البيع، وإن كان رأس المال مما لا يضبط بالصفة كالجواهر وغيرها، فعلى القولين إن قلنا يجب ذكر صفاته لم يجز أن يجعل ذلك رأس المال لأنه لا يمكن ذكر صفاته وإن قلنا لا يجب جاز أن يجعل ذلك رأس المال، لأنه معلوم بالمشاهدة والله أعلم.

باب تسليم المسلم فيه

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا حل دين السَّلَم وجب على المُسلَم إليه تسليم المُسلَم فيه على ما اقتضاه العقد، فإن كان المُسلَمُ فيه تمرًا لزمه ما يقع عليه اسم التمر على الإطلاق، فإن أحضر حشفًا أو رطبًا لم يقبل منه، فإن كان رطبًا لزمه ما يقع عليه اسم الرطب على الإطلاق ولا يقبل منه بسر ولا منصَّف ولا مذنب ولا مشدخ، وإن كان طعامًا لزمه ما نقي من التبن؛ فإن كان فيه قليل تراب نظرت، فإن كان أسلم فيه كيلًا قبل منه لأن القليل من التراب لا يظهر في الكيل، وإن كان أسلم فيه وزنًا لم يقبل منه لأنه يظهر في الوزن فيكون المأخوذ

من الطعام دون حقه، وإن كان عسلًا لزمه ما صفي من الشمع، فإن أسلم إليه في ثوب فأحضر ثوبًا أجود منه لزمه قبوله، لأنه أحضر المسلم فيه وفيه زيادة صفة لا تتميز فلزمه قبوله، فإن جاءه بالأجود وطلب عن الزيادة عوضًا لم يجز لأنه بيع صفة والصفة لا تفرد بالبيع؛ فإن أتاه بثوب رديء لم يجبر على قبوله لأنه دون حقه، فإن قال: خذه وأعطيك للجودة درهمًا لم يجز لأنه بيع صفة ولأنه بيع جزء من المسلم فيه قبل قبضه فإن أسلم في نوع من جنس فجاءه بنوع آخر من ذلك الجنس كالمعقلي عن البرني والهروي عن المروي ففيه وجهان. قال أبو إسحاق: لا يجوز لأنه غير الصنف الذي أسلم فيه فلم يجز أخذه عنه كالزبيب عن التمر. وقال أبو علي ابن أبي هريرة: يجوز لأن النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد. ولهذا يحرم التفاضل في بيع أحدهما بالآخر، ويضم أحدهما إلى الآخر في إكمال النصاب في الزكاة. فإن اتفق أن يكون رأس المال على صفة المسلم فيه فأحضره ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز قبوله لأنه يصير الثمن هو المثمن، والعقد يقتضي أن يكون الثمن غير المثمن. والثاني: أنه يجوز لأن الثمن هو الذي سلم إليه والمثمن هو الموصوف.

وإن كان أسلم إلى مَحل فأحضر المسلم فيه قبله أو شرط أن يُسَلِم إليه في مكان فأحضر المسلم فيه في غير ذلك المكان فامتنع المسلم من أخذه، نظرت فإن كان له غرض صحيح في الامتناعة من أخذه بأن يلزمه في حفظه مؤن أو عليه في حملة مشقة أو يخاف عليه أن يهلك أو يؤخذ لم يلزمه أخذه، وإن لم يكن له غرض صحيح في الامتناع لزمه أخذه، فإن لم يأخذه رفع إلى الحاكم ليأخذه عنه، والدليل عليه ما روي «أن أنسًا ﷺ كاتب عبدًا له على مال إلى أجل فجاءه بمال قبل الأجل فأبى أن يأخذه فأتى عمر ﷺ فأخذه منه وقال له: اذهب فقد عُتِقْتَ»[1] ولأنه زاده بالتقديم خيرًا فلزمه قبوله، وإن سأله المسلم أن يقدمه قبل المحل فقال: أنقصني من الدَّين حتى أقدمه ففعل لم يجز لأنه بيع أجل والأجل لا يفرد بالبيع، ولأن هذا في معنى ربا الجاهلية، فإن كان في الجاهلية يقول مَن عليه الدَّين: زدني في الأجل أزدك في الدين.

فصل: وإن أسلم إليه في طعام بالكيل أو اشترى منه طعامًا بالكيل فدفع إليه الطعام من غير كيل لم يصح القبض، لأن المستحق قبض بالكيل فلا يصح قبض بغير الكيل، فإن كان المقبوض باقيًا رده على البائع ليكيله له، وإن تلف في يده قبل الكيل تلف من ضمانه، لأنه قبض عن حقه، وإن ادعى أنه كان دون حقه فالقول قوله، لأن الأصل أنه لم يقبض إلا ما ثبت بإقراره، فإن باع الجميع قبل الكيل لم يصح، لأنه لا يتحقق أن الجميع له، وإن باع منه القدر الذي يتحقق أنه

(١) أخرجه بنحوه البيهقي في سننه (١٠/ ٣٣٤).

له ففيه وجهان: أحدهما: يصح، وهو قول أبي إسحاق، لأنه دخل في ضمانه فنفذ بيعه فيه كما لو قبضه بالكيل، والثاني: لا يصح، وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة، وهو المنصوص في الصرف، لأنه باعه قبل وجود القبض المستحق بالعقد؛ فلم يصح بيعه كما لو باعه قبل أن يقبضه، فإن دفع إليه بالكيل ثم ادعى أنه دون حقه فإن كان ما يدعيه قليلًا قبل منه، وإن كان كثيرًا لم يقبل لأن القليل يبخس به، والأصل عدم القبض والكثير لا يبخس به فكان دعواه مخالفًا للظاهر فلم يقبل.

فصل: فإن أحاله على رجل له عليه طعام لم يصح لأن الحوالة بيع، وقد بينا في كتاب البيوع أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض، وإن قال: لي عند رجل طعام فاحضر معي حتى أكتاله لك فحضر واكتاله له لم يجز، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع وصاع المشتري»[1] وهذا لم يجر فيه الصاعان، وهل يصح قبض المسلم إليه لنفسه؟ فيه وجهان بناء على القولين فيمن باع دين المكاتب فقبض منه المشتري فإن قبض المشتري لنفسه لا يصح وهل يصح القبض للسيد؟ فيه قولان:

أحدهما: يصح لأنه قبضه بإذنه فصار كما لو قبضه وكيله.

والثاني: لا يصح لأنه لم يأذن له في قبضه له، وإنما أذن له في قبضه لنفسه فلا يصير القبض له، ويخالف الوكيل فإنه قبضه لموكله، فإن قلنا: إن قبضه لا يصح اكتال لنفسه مرة أخرى ثم يكيله للمسلم، وإن قلنا: إن قبضه يصح كاله للمسلم؛ فإن قال: احضر معي حتى أكتاله لنفسي وتأخذه ففعل ذلك صح القبض للمسلم إليه لأنه قبضه لنفسه قبضًا صحيحًا، ولا يصح للمسلم لأنه دفعه إليه من غير كيل، وإن اكتاله لنفسه وسلم إلى المسلم وهو في المكيال ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان»[2] وهذا يقتضي كيلًا بعد كيل، وذلك لم يوجد. والثاني: أنه يصح لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه، ولو ابتدأ بكيله جاز فكذلك إذا استدامه.

فصل: وإن دفع المسلم إليه إلى المسلم دراهم وقال: اشتر لي بها مثل ما لك علي واقبضه لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه، وهل يصح للمسلم إليه على الوجهين المبنيين على القولين في دين المكاتب، فإن قال: اشتر لي

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٢٢٨) والدارقطني في سننه (٣/٨) والبيهقي في سننه (٥/٣١٦).

(٢) تقدم.

واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء والقبض المسلم إليه ولا يصح قبضه لنفسه لأنه لا يجوز أن يكون وكيلًا لغيره في قبض حق نفسه.

فصل: إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيبًا أن يرده لأن إطلاق العقد يقتضي مبيعًا سليمًا فلا يلزمه قبول المعيب فإن رد ثبت له المطالبة بالسليم لأنه أخذ المعيب عما في الذمة فإذا رده رجع إلى ماله في الذمة وإن حدث عنده عيب رجع بالأرش لأنه لا يمكنه رده ناقصًا عما أخذ ولا يمكن إجباره على أخذه مع العيب فوجب الأرش.

فصل: فإن أسلم في ثمرة فانقطعت في محلها أو غاب المسلم إليه فلم يظهر حتى نفدت الثمرة ففيه قولان: أحدهما: أن العقد ينفسخ لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام، وقد هلكت فانفسخ العقد كما لو اشترى قفيزًا من صبرة فهلكت الصبرة، والثاني: أنه لا ينفسخ لكنه بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن توجد الثمرة فيأخذ لأن المعقود عليه ما في الذمة لا ثمرة هذا العام، والدليل عليه أنه لو أسلم إليه في ثمرة عامين، فقدم في العام الأول ما يجب له في العام الثاني جاز، وما في الذمة لم يتلف وإنما تأخر فثبت له الخيار كما لو اشترى عبدًا فأبق.

فصل: يجوز فسخ عقد السلم بالإقالة لأن الحق لهما، فجاز لهما الرضا بإسقاطه، فإذا فسخا أو انفسخ بانقطاع الثمرة في أحد القولين أو بالفسخ في القول الآخر رجع المسلم إلى رأس المال، فإن كان باقيًا وجب رده، وإن كان تالفًا ثبت بدله في ذمة المسلم إليه، فإن أراد أن يسلمه في شيء آخر لم يجز لأنه بيع دين بدين، وإن أراد أن يشتري به عينًا نظرت، فإن كان تجمعهما علة واحدة في الربا كالدراهم بالدنانير، والحنطة بالشعير لم يجز أن يتفرقا قبل القبض، كما لو أراد أن يبيع أحدهما بالآخر عينًا بعين، وإن لم تجمعهما علة واحدة في الربا كالدراهم بالحنطة والثوب بالثوب. ففيه وجهان: أحدهما: يجوز أن يتفرقا من غير قبض كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عينًا بعين أن يتفرقا من غير مقبض والثاني: لا يجوز، لأن المبيع في الذمة فلا يجوز أن يتفرقا قبل عوضه كالمسلم فيه والله تعالى أعلم.

الشرح: قوله: «الأكمه» الذي يولد أعمى، وقوله: «الفخار» الخزف الذي يعمل منه الآنية، وقوله: «والأصواف والأشعار» الصوف من الضأن والشعر من المعز، وقوله: «السلم في السرق» وهي شقق الحرير، وقوله: «كالغاية» طيب مجموع من المسك والكافور والعنبر، وقوله: «الأنفحة» هي كرش الحمل والجدي ما لم يأكل، فإذا أكل فهو كرش، وقوله: «الحشف» هو رديء التمر، وقوله: «يبخس به» البخس النقصان.

أما الأحكام: فالسلم يختص بشروط: الشرط الأول: تسليم رأس المال في

مجلس العقد. فلو تفرقا قبل قبضه، بطل العقد. ولو تفرقا قبل قبض بعضه، بطل فيما لم يقبض، وسقط بقسطه من المسلَم فيه. والحكم في المقبوض، كمن اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض. ولا يشترط تعيين رأس المال عند العقد، بل لو قال: أسلمت إليك دينارًا في ذمتي في كذا، ثم عين وسلم في المجلس، جاز، وكذلك في الصرف لو باع دينارًا بدينار، أو بدراهم في الذمة، عين وسلم في المجلس، ولو باع طعامًا بطعام في الذمة، ثم عين وسلم في المجلس، فوجهان: أصحهما عند الأصحاب: الجواز. والثاني: المنع، لأن الوصف فيه يطول بخلاف الصرف. فلو قبض رأس المال ثم أودعه عند المسلم قبل التفرق، جاز. ولو رده إليه عن دين، قال أبو العباس الروياني: لا يصح، لأنه تصرف قبل انبرام ملكه. فإذا تفرقا، فعن بعض الأصحاب أنه يصح السلم لحصول القبض وانبرام الملك، ويستأنف إقباضه للدين. ولو كان له في ذمة رجل دراهم، فقال: أسلمت إليك الدراهم التي لي في ذمتك في كذا، فإن أسلم مؤجلًا أو حالاً ولم يقبض المسلَم فيه قبل التفرق، فهو باطل، وكذا إن أحضره و سلمه في المجلس على الأصح. وأطلق صاحب «التتمة» الوجهين في أن تسليم المسلم فيه في المجلس وهو حالّ، هل يغني عن تسليم رأس المال؟ والأصح: المنع.

فرع: لا يجوز أن يحيل المسلم برأس المال على رجل، وإن قبضه المسلَم إليه من الرجل في المجلس. فلو قال للمحال عليه: سلِّمه إليه، ففعل، لم يكف لصحة السَّلَم، لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلًا لغيره، لكن يصير المسلم إليه وكيلًا عن المسلم في قبض ذلك. ثم السَّلم يقتضي قبضًا آخر، ولا يصح قبضه من نفسه. ولو أحال المسلم إليه برأس المال على المسلم، فتفرقا قبل التسليم، بطل العقد وإن جعلنا الحوالة قبضًا، لأن المعتبر في السلم القبض الحقيقي. ولو أحضر رأس المال، فقال المسلم إليه: سلمه إليه، ففعل، صح، ويكون المحتال وكيلًا عن المسلم إليه في القبض.

فرع: لو كان رأس المال دراهم في الذمة، فصالح عنها على المال، لم يصح وإن قبض ما صالح عليه. ولو كان عبدًا فأعتقه المسلم إليه قبل القبض، لم يصح إن لم يصحح إعتاق المشتري قبل القبض، وإلا فوجهان: والفرق أنه لو نفذ، لكان قبضًا حكمًا، ولا يكفي ذلك في السلم، فإن صححنا متفرقًا قبل قبضه، بطل العقد. وإلا فيصح. وفي نفوذ العتق وجهان:

فرع: متى فسخ السلم بسبب يقتضيه، وكان رأس المال معينًا في ابتداء العقد وهو باقٍ، رجع المشتري بعينه. وإن كان تالفًا، رجع الى بدله، وهو المثل في

المثلي، والقيمة في غيره. وإن كان موصوفًا في الذمة، وعين في المجلس وهو باقٍ، فهل له المطالبة بعينه، أم للمسلم إليه الإبدال؟ وجهان: أصحهما الأول.

فرع: لو وجدنا رأس المال في يد المسلم إليه، فقال المسلم: أقبضتكه بعد التفرق، وقال: بل قبله، وأقام كل واحد بينة على قوله، فبينة المسلم اليه أولى. حكي ذلك عن ابن سريج.

فرع: إذا كان رأس المال في الذمة، اشترط معرفة قدره، وذكر صفته أيضًا إن كان عوضًا. فإن كان معينًا وهو مثلي، فهل تكفي معاينته، أم لا بد من ذكر صفته وقدره، كيلًا في المكيل، ووزنًا في الموزون، وذرعًا في المذروع؟ قولان: أظهرهما الأول. وقيل: إن كان حالًّا، كفت قطعًا. والمذهب: طرد القولين فيهما. وإن كان متقومًا و ضبطت صفاته بالمعاينة، ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان. قطع الأكثرون بعدم الاشتراط، وهو المذهب. وقيل: بطرد القولين، ولا فرق على القولين بين السلم الحال والمؤجل على المذهب. وقيل: القولان في المؤجل، فأما الحالُّ، فتكفي فيه المعاينة قطعًا، كما في البيع. ثم موضع القولين، إذا تفرقا قبل العلم بالقدر، والقيمة. فلو علما، ثم تفرقا، صح بلا خلاف. وبنى كثير من الأصحاب على هذين القولين، أنه هل يجوز أن يجعل رأس المال ما لا يجوز السلم فيه، كالجوهرة؟ إن قلنا بالأظهر، جاز، وإلا فلا. قال الإمام: وليس هو على هذا الإطلاق، بل الجوهرة المثمنة إذا عرفا قيمتها وبالغا في وصفها، وجب أن يجوز جعلها رأس مال، لأن منع السلم فيه سببه عزَّة الموجود، ولا معنى لاشتراط عموم الوجود في رأس المال. وإذا جوزنا السلم، ورأس المال جزاف، واتفق فسخ، وتنازعا في قدره، فالقول قول المسلم إليه لأنه غارم.

الشرط الثاني: كون المسلم فيه دينًا، فلو استعمل لفظ السلم في العين فقال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد، فليس هذا سلمًا. وفي انعقاده بيعًا قولان: أظهرهما: لا لاختلال لفظه. ولو قال: بعتكه بلا ثمن، أو لا ثمن لي عليك، فقال: اشتريت، وقبضه، فهل يكون هبة؟ فيه مثل هذين القولين، وهل يكون المقبُول مضمونًا؟ وجهان: ولو قال: بعتك هذا ولم يتعرض للثمن أصلًا، لم يكن تمليكًا على المذهب، والمقبوض مضمُون. وقيل: فيه الوجهان، ولو أسلم بلفظ الشراء، فقال: اشتريت طعامًا أو ثوبًا صفته كذا بهذه الدراهم، فقال: بعتك، انعقد. وهل هو سلم اعتبارًا بالمعنى، أم بيع اعتبارًا بلفظه؟ وجهان: أصحهما الثاني. فعلى هذا، لا يجب تسليم الدراهم في المجلس، ويثبت فيه خيار الشرط. وفي جواز الاعتياض عن الثوب قولان، كما في الثمن. ومنهم من قطع بالمنع. وإن قلنا:

الاعتبار بالمعنى، وجب تسليم الدراهم في المجلس، ولم يثبت فيه خيار الشرط، ولم يجز الاعتياض عن الثوب. ولو قال: اشتريت ثوبًا صفته كذا في ذمتك بعشرة دراهم في ذمتي، فإن جعلناه سلمًا، وجب تعيين الدراهم وتسليمها في المجلس. وإن قلنا: بيع، لم يجب.

فصل: يصح السلم الحالُّ، كالمؤجل. فإن صرح بحلول أو تأجيل، فذاك، وإن أطلق، فوجهان: وقيل: قولان، أصحهما عند الجمهور: يصح ويكون حالًا. والثاني: لا ينعقد. ولو أطلقا العقد ثم ألحقا به أجلًا في المجلس، فالنص لحوقه، وهو المذهب، ويجيء فيه الخلاف السابق في سائر الإلحاقات. ولو صرحا بالأجل في نفس العقد، ثم أسقطاه في المجلس، سقط وصار العقد حالًّا.

فرع: الشرط المفسد للعقد، إذا حذفاه في المجلس، هل ينحذف وينقلب العقد صحيحًا؟ وجهان: الصحيح الذي عليه الجمهور: لا. وفي وجه: لو حذفا الأجل المجهول في المجلس، انقلب العقد صحيحًا. واختلفوا في جريان هذا الوجه في سائر المفسدات، كالخيار والرهن الفاسدين وغيرهما. قال الإمام: الأصح تخصيصه بالأجل. واختلفوا في أن زمن الخيار المشروط، هل يلحق بالمجلس في حذف الأجل المجهول تفريعًا على هذا الوجه الضعيف؟ والأصح: أنه لا يلحق به.

فصل: إذا أسلم مؤجلًا، اشترط كونه معلومًا، فلا يجوز توقيته بما يختلف، كالحصاد، وقدوم الحاج. ولو قال: إلى العطاء، لم يصح، إن أراد وصوله، فإن أراد وقت خروجه وقد عين السلطان له وقتًا، جاز، بخلاف ما إذا قال: إلى وقت الحصاد، إذ ليس له وقت معين. ولو قال: إلى الشتاء، أو الصيف، لم يجز إلا أن يريد الوقت. ولنا وجه شاذ قاله ابن خزيمة من أصحابنا: أنه يجوز التوقيت باليسار.

فرع: التوقيت بشهور الفرس والروم جائز كشهور العرب، لأنها معلومة، وكذا التوقيت بالنيروز، والمهرجان جائز على الصحيح. وفي وجه: لا يصح. قال الإمام: لأنهما يطلقان على الوقتين اللَّذين تنتهي الشمس فيهما إلى أوائل برجي الحمل والميزان، وقد يتفق ذلك ليلًا، ثم ينحبس مسير الشمس كل سنة قدر ربع يوم وليلة. ولو وقت بفصح النصارى، نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا يصح، فقال بعض أصحابه بظاهره اجتنابًا لمواقيت الكفار. وقال جمهور الأصحاب: إن اختص بمعرفته الكفار، لم يصح، لأنه لا اعتماد على قولهم، وإن عرفه المسلمون، جاز كالنيروز. ثم اعتبر جماعة فيهما معرفة المتعاقدين. وقال أكثر الأصحاب: يكفي معرفة الناس. وسواء اعتبرنا معرفتهما، أم لا. فلو عرفا، كفى على الصحيح. وفي

وجه: يشترط معرفة عدلين من المسلمين سواهما، لأنهما قد يختلفان، فلا بد من مرجع. وفي معنى الفصح سائر أعياد أهل الملل، كفطير اليهود ونحوه..

فرع: لو وقتا بنفر الحجيج وقيدا بالأول أو الثاني، جاز. وإن أطلقا، فوجهان: أحدهما: لا يصح. والأصح المنصوص: صحته، ويحمل على النفر الأول لتحقق الاسم به، ويجري الخلاف في التوقيت بشهور ربيع، أو جمادى، أو العيد، ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الأول. وفي «الحاوي» وجه: أن التوقيت بالنفر الأول، أو الثاني، لا يجوز لغير أهل مكة، لأن أهل مكة يعرفونه دون غيرهم. وذكر وجهين في التوقيت بيوم القرِّ لأهل مكة، لأنه لا يعرفه إلا خواصهم. وهذا الذي قاله ضعيف، لأنا إن اعتبرنا علم العاقدين، فلا فرق، وإلا فهي مشهورة في كل ناحية عند الفقهاء وغيرهم.

فرع: لو أجَّلا إلى سنة أو سنين مطلقة، حمل على الهلالية. فإن قيد بالرومية، أو الفارسية، أو الشمسية، أو العددية. وهي ثلاثمئة وستون يومًا، تقيد. وكذا مطلق الأشهر محمول على الأشهر الهلالية. ثم إن جرى العقد في أول الشهر، اعتبر الجميع بالأهلة، تامة كانت أو ناقصة. وإن جرى بعد مضي بعض الشهر، عدَّ باقيه بالأيام، واعتبرت الشهور بعده بالأهلة، ثم يتمم المنكسر بثلاثين. وفيه وجه: أنه إذا انكسر شهرًا، اعتبر جميع الشهور بالعدد. وضرب الإمام مثلًا للتأجيل بثلاثة أشهر مع الانكسار فقال: عقدا وقد بقي من صفر لحظة، ونقص الربيعان وجمادى، فيحسب الربيعان بالأهلة، ويضم جمادى إلى اللحظة من صفر، ويكمل جمادى الآخرة بيوم إلا لحظة. ثم قال الإمام: كنت أوَدُّ أن يكتفي في هذه الصورة بالأشهرالثلاثة، فإنها جرت عربية كوامل. وما تمناه الإمام، هو الذي نقله صاحب «التتمة» وغيره، وقطعوا بحلول الأجل بانسلاخ جمادى الأولى. قالوا: وإنما يراعى العدد، إذا عقد في غير اليوم الأخير، وهذا هو الصواب.

فرع: لو قال: إلى يوم الجمعة، أو إلى رمضان، حل بأول جزءٍ منه، لتحقق الاسم. وربما يقال: بانتهاء ليلة الجمعة، وبانتهاء شعبان، وهما بمعنى، ولو قال محله: في الجمعة، أو في رمضان، فوجهان: أصحهما: لا يصح العقد، لأنه جعل اليوم ظرفًا، فكأنه قال: في وقت من أوقاته. والثاني: يصح ويحمل على الأول.

الشرط الثالث: القدرة على التسليم، وهذا الشرط ليس من خواص السلم، بل يعم كل بيع كما سبق، وإنما تعتبر القدرة على التسليم عند وجوبه. وذلك في البيع والسلم الحالِّ في الحال، وفي السلم المؤجل عند المحلِّ. فلو أسلم في منقطع لدى المحل، كالرطب في الشتاء، أو فيما يعز وجوده كالصيد حيث يعز، لم يصح. فلو

غلب على الظن وجوده، لكن لا يحصِّله إلا بمشقة عظيمة، كالقدر الكثير في الباكورة، فوجهان: أقربهما إلى كلام الأكثرين: البطلان. ولو أسلم في شيء لا يوجد ببلده ويوجد في غيره، قال الإمام: إن كان قريبًا منه، صح، وإلا فلا، قال: ولا تعتبر فيه مسافة القصر، وإنما التقريب فيه أن يقال: إن كان يعتاد نقله اليه في غرض المعاملة، لا للتحف والمصادرات، صح السلم، وإلا فلا. ولو كان المسلم فيه عام الوجود عند المحل، فلا بأس بانقطاعه قبله وبعده. وإن أسلم فيما يعم، ثم انقطع عند المحل لجائحة، فقولان: أحدهما: ينفسخ العقد. وأظهرهما: لا، بل يتخير المسلم، فإن شاء فسخ، وإن شاء صبر الى وجوده. ولا فرق في جريان القولين بين أن لا يوجد عند المحل أصلًا، أو وجد فسوَّف المسلم إليه حتى انقطع. وقيل: القولان في الحالة الأولى. أما الثانية، فلا ينفسخ فيها قطعًا بحال، فإن أجاز ثم بدا له، مُكِّن من الفسخ كزوجة المولى إذا رضيت ثم أرادت المطالبة، كان لها ذلك.

وهذا هو الصحيح، وذكر صاحب «التتمة» في باب التفليس وجهين في أن هذا الخيار على الفور، أم لا؟ كالوجهين في خيار من ثبت له الرجوع في المبيع بالإفلاس. والله أعلم.

ولو صرح بإسقاط حق الفسخ، لم يسقط على الأصح. ولو قال المسلم إليه: لا تصبر وخذ رأس مالك، لم يلزمه على الصحيح. ولو حل الأجل بموت المسلم إليه في أثناء المدة، والمسلم فيه معدوم، جرى القولان. وكذا لو كان موجودًا عند المحل وتأخر التسليم لغيبة أحد المتعاقدين، ثم حضر وقد انقطع. ولو انقطع بعض المسلم فيه، فقد ذكرنا حكمه في باب تفريق الصفقة. ولو أسلم فيما يعم عند المحل، فعرضت آفة علم بها انقطاع الجنس عن المحل، فهل يتنجز حكم الانقطاع في الحال، أم يتأخر إلى المحل؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

فرع: فيما يحصل به الانقطاع، فإذا لم يوجد المسلم فيه أصلًا، بأن كان ذلك الشيء ينشأ بتلك البلدة، فأصابه جائحة مستأصلة، فهذا انقطاع حقيقي. ولو وجد في غير ذلك البلد، لكن يفسد بنقله، أو لم يوجد إلا عند قوم امتنعوا من بيعه، فهو انقطاع. ولو كانوا يبيعونه بثمن غال، فليس بانقطاع، بل يجب تحصيله. ولو أمكن نقله، وجب إن كان قريبًا. وفيما يضبط به القرب خلاف، نقل فيه صاحب «التهذيب» في آخرين وجهين: أصحهما: يجب نقله مما دون مسافة القصر. والثاني: من مسافة لو خرج إليها بكرة أمكنه الرجوع الى أهله ليلًا. وقال الإمام: لا اعتبار لمسافة القصر. فإن أمكن النقل على عسر، فالأصح أنه لا ينفسخ قطعًا. وقيل: على القولين.

الشرط الرابع: بيان محل التسليم. في اشتراط بيان مكان تسليم المسلم فيه المؤجل اختلاف نص وطرق للأصحاب. أحدها: فيه قولان مطلقًا. والثاني: إن عقدا في موضع يصلح للتسليم، لم يشترط التعيين، وإلا، اشترط. والثالث: إن كان لحمله مؤنة، اشترط، وإلا، فلا. والرابع: إن لم يصلح الموضع، اشترط، وإلا، فقولان: والخامس: إن لم يكن لحمله مؤنة، لم يشترط، وإلا، فقولان: والسادس: إن كان له مؤنة، اشترط. وإلا فقولان: قال الإمام: هذا أصح الطرق، وهو اختيار القفال. والمذهب الذي يفتى به من هذا كله: وجوب التعيين إن لم يكن الموضع صالحًا، أو كان لحمله مؤنة، وإلا، فلا، ومتى شرطنا التعيين، فتركاه، بطل العقد. وإن لم نشرطه فعين، تعين. وعند الطلاق يحمل على مكان العقد على الصحيح. وفي «التتمة»: إذا لم يكن لحمله مؤنة، سلمه في أي موضع صالح شاء. وحكى وجهًا: أنه إذا لم يكن الموضع صالحًا للتسليم، حمل على أقرب موضع صالح. ولو عين موضعًا فخرب، وخرج عن صلاحية التسليم، فأوجه: أحدها: يتعين ذلك الموضع. والثاني: لا، وللمسلم الخيار. والثالث: يتعين أقرب موضع صالح.

وأما السلم الحالُّ، فلا يشترط فيه التعيين، كالبيع. ويتعين موضع العقد للتسليم، لكن لو عينا غيره، جاز، بخلاف البيع، لأن السلم يقبل التأجيل، فقبل شرطًا يتضمن تأخير التسليم. والأيمان لا تحتمل التأجيل، فلا تحتمل ما يتضمن تأخير التسليم. قال في «التهذيب»: ولا نعني بمكان العقد ذلك الموضع بعينه، بل تلك الناحية. وحكم الثمن في الذمة، حكم المسلم فيه. وإن كان معينًا، فهو كالمبيع.

قال في «التتمة»: الثمن في الذمة والأجرة إذا كانت دينًا، وكذا الصداق، وعوض الخلع، والكتابة ومال الصلح عن دم العمد، وكل عوض ملتزم في الذمة، له حكم السلم في الحال، إن عين للتسليم مكان، جاز، وإلا تعين موضع العقد، لأن كل الأعواض الملتزمة في الذمة تقبل التأجيل كالمسلم فيه. والله أعلم.

الشرط الخامس: العلم بالمقدار، والعلم يكون بالكيل، أو الوزن، أو الذرع، أو العد. ويجوز السلم في المكيل وزنًا، وفي الموزون كيلًا إذا تأتى كيله. وفي وجه ضعيف: لا يجوز في الموزون كيلًا، وحمل إمام الحرمين إطلاق الأصحاب جواز كيل الموزون على ما يعد الكيل في مثله ضابطًا، حتى لو أسلم في فتات المسك والعنبر ونحوهما كيلًا، لم يصح. وأما البطيخ، والقثاء، والبقول، والسفرجل، والرمان، والباذنجان، والرانج، والبيض، فالمعتبر فيها الوزن. ويجوز

السلم في الجوز واللوز وزنًا إذا لم تختلف قشوره غالبًا، ويجوز كيلًا على الأصح، وكذا الفستق والبندق.

فصل: لا يجوز السلم في البطيخة، والسفرجلة، ولا في عدد منها، لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها، وذلك يورث عزة الوجود. وكذا لو أسلم في ثوب وصفه، وقال: وزنه كذا، أو في مئة صاع حنطة على أن وزنها كذا، لا يصح لما ذكرنا. ولو ذكر وزن الخشب مع صفاته المشروطة، جاز، لأنه إن زاد، أمكن نحته. وأما اللَّبِن، فيجمع فيه بين العدد والوزن. فيقول: كذا لبنة، وزن كل واحدة كذا، لأنه باختياره، فلا يعز، ثم الأمر فيها على التقريب.

هكذا قال أصحابنا الخراسانيون يشترط في اللَّبِن الجمع بين العدد والوزن، ولم يعتبر العراقيون أو معظمهم الوزن. ونص الشافعي رحمه الله في آخر كتاب السلم من «الأم» على أن الوزن فيه مستحب، لو تركه فلا بأس، لكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخانته، وأنه من طين معروف. والله أعلم.

فرع: لو عين للكيل ما لا يعتاد الكيل به، كالكوز، بطل السَّلمَ. ولو قال في البيع: بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة، جاز على الأصح، لعدم الغرر. ولو عين في البيع أو السلم مكيالًا معتادًا، لم يفسد العقد على الأصح، بل يلغو تعيينه كسائر الشروط التي لا غرض فيها. وهل السلم الحالُّ كالمؤجل، أم كالبيع؟ وجهان: قطع الشيخ أبو حامد، بأنه كالمؤجل، لأن الشافعي رحمه الله قال: لو أصدقها ملء هذه الجرة خلًّا، لم يصح، لأنها قد تنكسر، فلا يمكن التسليم، فكذا هنا. ولو قال: أسلمت إليك في ثوب كهذا الثوب، أو مئة صاع حنطة كهذه الحنطة، قال العراقيون: لا يصح كمسألة الكوز، لأن هذه الحنطة والثوب قد يتلفان. وقال في «التهذيب»: يصح ويقوم مقام الوصف. ولو أسلم في ثوب وصفه، ثم أسلم في ثوب آخر بتلك الصِّفة، جاز إن كانا ذاكرين لتلك الأوصاف.

فرع: لو أسلم في حنطة قرية صغيرة بعينها، أو ثمرة بستان بعينه، لم يصح. وإن أسلم في ثمرة ناحية، أو قرية كبيرة، نظر، إن أفاد تنويعًا كمعقلي البصرة، جاز، لأنه مع معقلي بغداد صنف واحد، لكن يختلفان في الأوصاف، فله غرض في ذلك. وإن لم يفد تنويعًا، فوجهان: أحدهما: أنه كتعيين المكيال لعدم الفائدة. وأصحهما: الصحة، لأنه لا ينقطع غالبًا.

الشرط السادس: معرفة الأوصاف. فذكر أوصاف المسلم فيه في العقد، شرط، فلا يصح السلم فيما لا تنضبط أوصافه، أو كانت تنضبط، فتركا بعض ما يجب ذكره. ثم من الأصحاب من يشترط التعرض للأوصاف التي يختلف بها

الغرض، ومنهم من يعتبر الأوصاف التي تختلف بها القيمة، ومنهم من يجمع بينهما، وليس شيء منها على إطلاقه، فإن كون العبد قويًا في العمل، أو ضعيفًا، أو كاتبًا، أو أُميًا، وما أشبه ذلك، أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة، ولا يجب التعرض لها. ولتعذر الضبط أسباب، منها: الاختلاط، والمختلطات أربعة أنواع.

الأول: المختلطات المقصودة الأركان، ولا ينضبط أقدار أخلاطها، وأوصافها، كالهريسة، ومعظم المرق، والحلوى، والمعجونات، والغالية المركبة من المسك، والعود، والعنبر، والكافور، والقسي، فلا يصح السلم فيها، ولا يجوز في الخفاف، والنعال على الصحيح. والترياق المخلوط كالغالية. فإن كان نباتًا واحدًا، أو حجرًا، جاز السلم فيه. والنيل بعد الخرط، والعمل عليه لا يجوز السلم فيه، وقبلهما، يجوز، والمغازل كالنبال.

الثاني: المختلطات المقصودة الأركان، التي تنضبط أقدارها وصفاتها، كثوب العتابي، والخز المركب من الإبريسم، والوبر، ويجوز السلم فيها على الصحيح المنصوص لسهولة ضبطها. ويجري الوجهان في الثوب المعمول عليه بالإبرة بعد النسج من غير جنس الأصل، كالإبريسم على القطن، والكتان، فإن كان تركيبها بحيث لا تنضبط أركانها، فهي كالمعجونات.

الثالث: المختلطات التي لا يقصد منها إلا الخليط الواحد، كالخبز فيه الملح، لكنه غير مقصود في نفسه. وفي السلم فيه وجهان: أصحهما: عند الجمهور: لا يصح، وأصحهما: عند الإمام والغزالي: الصحة. ويجوز السلم في الجبن، والأقط، وخل التمر، والزبيب، والسمك الذي عليه شيء من الملح على الأصح في الجميع، لحقارة أخلاطها. وأما الأدهان المطيبة، كدهن البنفسج، والبان، والورد، فإن خالطها شيء من جرم الطيب، لم يجز السلم فيها، وإن تروح السمسم بها واعتصر، جاز. ولا يجوز في المخيض الذي يخالطه الماء، نص عليه. وفي «التتمة»: أن المصل كالمخيض، لأنه يخالطه الدقيق.

الرابع: المختلطات خلقة، كالشهد، والأصح: صحة السلم فيه، والشمع فيه كنوى التمر. ويجوز في العسل والشمع.

فرع: سبق أن ما يندر وجوده لا يجوز السلم فيه، والشيء قد يندر من حيث جنسه، كلحم الصيد في غير موضعه، وقد يندر باستقصاء الأوصاف لندور اجتماعها، فلا يجوز السلم في اللآلىء الكبار، واليواقيت، والزبرجد، والمرجان، ويجوز في اللآلىء الصغار إذا عم وجودها كيلًا ووزنًا.

فرع: لو أسلم في الجارية وولدها، أو أختها، أو عمتها، أو شاة وسخلتها،

لم يصح لندور اجتماعهما بالصفات، هكذا أطلقه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ والأصحاب. وقال الإمام: لا يمتنع ذلك في الزنجية التي لا تكثر صفاتها، وتمتنع فيمن تكثر. ولو أسلم في عبد وجارية، وشرط كونه كاتبًا وهي ماشطة، جاز. ولو أسلم في الجارية، وشرط كونها حاملًا، بطل السلم في المذهب. وقيل: قولان بناءً على أن الحمل، هل له حكم، أم لا؟ إن قلنا: نعم، جاز، وإلا، فلا. لو أسلم في شاة لبون، ففي صحته قولان. أظهرهما: المنع، وبه أجاب البغوي.

فصل: يجوز السلم في الحيوان، وهو أنواع. منها، الرقيق، فإذا أسلم فيه، وجب التعرض لأمور: أحدها: النوع، فيذكر أنه تركي أو رومي، فإن اختلف صنف النوع، وجب ذكره على الأظهر. الثاني: اللون، فيذكر أنه أبيض أو أسود، ويصف البياض بالسمرة أو الشقرة، والسواد بالصفاء أو الكدرة، هذا إن اختلف لون الصنف، فإن لم يختلف، لم يجب ذكر اللون. الثالث: الذكورة والأنوثة. الرابع: السن، فيقول: محتلم، أو ابن ست، أو سبع، والأمر في السن على التقريب، حتى لو شرط كونه ابن سبع سنين مثلًا بلا زيادة ولا نقصان، لم يجز لندوره. والرجوع في الاحتلام، الى قول العبد. وفي السن، يعتمد قوله إن كان بالغًا، وقول سيده إن ولد في الإسلام، وإلا، فالرجوع الى النخَّاسين، فتعتبر ظنونهم. الخامس: القدُّ، فيبين أنه طويل، أو قصير، أو رَبْع، ونقل الإمام عن العراقيين، أنه لا يجب ذكر القد. والموجود في كتب العراقيين، القطع بوجوبه، ولا يشترط وصف كل عضو على حياله بأوصافه المقصودة، وإن تفاوت به الغرض والقيمة، لأن ذلك يورث غرّة. وفي ذكر الأوصاف التي يعتبرها أهل الخبرة ويرغب في الأرقاء، كالكَحَل، والدَّعَج، وتكلثم الوجه، وسمن الجارية وما أشبهها، وجهان: أحدهما: يجب، قاله الشيخ أبو محمد، وأصحهما: لا. والأصح: أنه لا يشترط ذكر الملاحة. ويستحب أن يذكر كونه مفلَّج الأسنان أو غيره، وجعد الشعر أو سبطه. ويجب ذكر الثيابة، والبكارة، على الأصح.

فرع: لو شرط كون العبد يهوديًا أو نصرانيًا، جاز. قال الصيمري: ولو شرط أنه ذو زوجة، أو أنها ذات زوج، جاز، وزعم أنه لا يندر. قال: ولو شرط كونه زانيًا، أو قاذفًا، أو سارقًا، جاز، بخلاف ما لو شرط كون الجارية مغنية، أو قوَّادة، لا يصح.

فرع: لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة، فوجهان: قال أبو إسحاق: لا يجوز، لأنها قد تكبر وهي بالصفة المشروطة، فيسلمها بعد أن يطأها، فيكون في معنى اقتراض الجواري. والصحيح: الجواز، كإسلام صغار الإبل في كبارها. وهل يمكَّن

من تسليمها عما عليه؟ وجهان: فإن قلنا: يمكَّن، فلا مبالاة بالوطء كوطء الثيب، وردها بالعيب. ومنها الإبل، ويجب فيها ذكر الأنوثة، والذكورة، والسن، واللون، والنوع، فيقول: من نَعم بني فلان ونتاجهم، هذا إذا كثر عددهم وعرف لهم النتاج، كبني تميم. فأما النسبة الى طائفة يسيرة، فكتعيين ثمرة بستان. ولو اختلف نَعم بني فلان، فالأظهر: أنه يشترط التعيين. ومنها الخيل، فيجب ذكر ما يجب في الإبل. ولو ذكر معها الشيات كالأغر، والمحجل، واللطيم، كان أولى. فإن تركه، جاز. وهكذا القول في البقر، والغنم، والبغال، والحمير. وما لا يبين نوعه بالإضافة الى قوم، يبين بالإضافة الى بلد وغيره. ويجوز السلم في الطيور على الصحيح، وبه قطع الجماهير. وفي «المهذب»: لا يجوز. فإن جوزناه، وصف منها النوع، والصغر، والكبر من حيث الجثة، ولا يكاد يعرف سنها. فإن عرف، وصف به. ويجوز السلم في السمك والجراد حيًا وميتا عند عموم الوجود، ويوصف كل جنس من الحيوان بما يليق به.

فصل: السلم في اللحم جائز، ويجب فيه بيان أُمور: أحدها: الجنس، كلحم بقر أو غنم. الثاني: النوع. فيقول: لحم بقر عراب أو جواميس، وضأن أو معز. الثالث: ذكر أو أُنثى، خصي أو فحل. الرابع: السن، فيقول: لحم صغير أو كبير، ومن الصغير، رضيع أو فطيم. ومن الكبير، جذع أو ثني. الخامس: يبين أنه من راعية أو معلوفة. قال الإمام: ولا أكتفي بالعلف بالمرة والمرات، حتى ينتهي إلى مبلغ يؤثر في اللحم. السادس: يبين أنه من الفخد، أو الكتف أو الجنب. وفي كتب العراقيين، أمر سابع، وهو بيان السمن والهزال. ولا يجوز شرط الأعجف، لأنه عيب، وشرطه مفسد للعقد. ويجوز في اللحم المملَّح، والقديد إذا لم يكن عليه غير المملَّح. فإن كان، فقد سبق الخلاف في جوازه في نظيره. ثم إذا أطلق السلم في اللحم، وجب قبول ما فيه من العظم على العادة. وإن شرط نزعه، جاز ولم يجب قبوله.

فرع: يجوز السلم في الشحم، والألية، والكبد، والطحال، والكلية، والرئة.

فرع: إذا أسلم في لحم صيد، ذكر ما يجب في سائر اللحوم. لكن الصيد لا يكون خصيًا، ولا معلوفًا، فلا يجب ذكر هذين الأمرين. قال الشيخ أبو حامد والمقتدون به: يبين أنه صيد بأحبولة، أو بسهم، أو بجارحة، وأنها كلب، أو فهد، لأن صيد الكلب أطيب.

فرع: في لحم الطير والسمك يبين الجنس، والنوع، والصغر، والكبر من حيث الجثة. ولا يشترط ذكر الذكورة والأنوثة، إلا إذا أمكن التمييز، وتعلق به

غرض. ويبين موضع اللحم إذا كان الطير والسمك كبيرين. ولا يلزمه قبول الرأس والرجل من الطير، والذنب من السمك.

فصل: لا يجوز السلم في اللحم المطبوخ والمشوي، ولا في الخبز على الأصح كما سبق. وفي الدبس، والعسل المصفَّى بالنار، والسكر، والفانيذ، واللبأ، وجهان: واستبعد الإمام المنع فيها كلها. قلت: وممن اختار الصحة في هذه الأشياء الغزالي وصاحب «التتمة». والله أعلم. وتردد صاحب «التقريب» في السلم في الماء، ورد لاختلاف تأثير النار فيما يتصعَّد ويقطر، ولا عبرة بتأثير الشمس، فيجوز السلم في العسل المصفَّى بالشمس

فرع: لا يجوز السلم في رؤوس الحيوان على الأظهر، والأكارع كالرؤوس.

فإذا جوَّزناه في الأكارع، فَمِن شرطه أن يقول: من الأيدي والأرجل. والله أعلم.

فإن جوزنا، فله ثلاثة شروط. أن تكون نيئةً، وأن تكون منقَّاة من الشعر والصوف، ويسلم فيها وزنًا، فإن فقد شرط، لم يجز قطعًا.

فصل: يذكر في التمر النوع، فيقول: معقلي أو برني، والبلد، فيقول: بغدادي، واللون، وصغر الحبات، وكبرها، وكونه جديدًا، أو عتيقًا. والحنطة، وسائر الحبوب، كالتمر. وفي الرطب، يذكر جميع ذلك، إلا الجديد والعتيق. قال في «الوسيط»: يجب ذكر ذلك في الرطب دون الحنطة والحبوب، وهو خلاف ما عليه الأصحاب. وفي العسل، يذكر أنه جبلي، أو بلدي، صيفي أو خريفي، أو أصفر أو أبيض، ولا يشترط ذكر الجديد والعتيق، ويقبل ما رقَّ بسبب الحر، ولا يقبل ما رقَّ رقة عيب.

فصل: يجوز السلم في اللبن، ويبين فيه ما يبين في اللحم، سوى الأمر الثالث والسادس، ويبين نوع العلف، لاختلاف الغرض به، ولا حاجة الى ذكر اللون والحلاوة، لأن المطلق ينصرف الى الحلو، بل لو أسلم في اللبن الحامض، لم يجز، لأن الحموضة عيب. وإذا أسلم في لبن يومين أو ثلاثة، فإنما يجوز إذا بقي حلوًا في تلك المدة. وإذا أسلم في السمن، يبين ما يبين في اللبن، ويذكر أنه أبيض، أو أصفر. وهل يحتاج الى ذكر العتيق والجديد؟ وجهان: قال الشيخ أبو حامد: لا بل العتيق معيب لا يصح السلم فيه. وقال القاضي أبو الطيب: العتيق المتغير هو المعيب، لا كل عتيق، فيجب بيانه. وفي الزبد يذكر ما يذكر في السمن، وأنه زبد يومه أو أمسه. ويجوز في اللبن كيلًا ووزنًا، لكن لا يكال حتى تسكن رغوته، ويوزن قبل سكونها. والسمن يكال ويوزن، إلا إذا كان جامدًا يتجافى في

المكيال، فيتعين الوزن، وليس في الزبد الا الوزن، وكذا اللبأ المجفف، وقبل الجفاف، هو كاللبن. وإذا جوزنا السلم في الجبن، وجب بيان نوعه وبلده، وأنه رطب أو يابس. وأما المخيض الذي فيه ماء، فلا يجوز السلم فيه، نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ. وإن لم يكن فيه ماء، جاز، وحينئذ لا يضر وصف الحموضة، لأنها مقصودة فيه.

فصل: إذا أسلم في الصوف، قال: صوف بلد كذا، وذكر لونه وطوله وقصره، وأنه خريفي أو ربيعي، من ذكور أو إناث، لأن صوف الإناث أشد نعومة. واستغنوا بذلك عن ذكر اللين والخشونة، ولا يقبل إلا خالصًا من الشوك والبعر، فإن شرط كونه مغسولًا، جاز، إلا أن يعيبه الغسل. والشعر والوبر، كالصوف، ويضبط الجميع وزنًا.

فصل: يبين في القطن بلده، ولونه، وكثرة لحمه، وقلته، والخشونة، والنعومة، وكونه عتيقًا أو جديدًا إن اختلف الغرض به، والمطلق يحمل على الجاف وعلى ما فيه الحب. ويجوز في الحليج، وفي حب القطن، ولا يجوز في القطن في الجوزق قبل التشقق. وأما بعده، ففي «التهذيب»: أنه يجوز. وقال في «التتمة»: ظاهر المذهب: أنه لا يجوز، لاستتار المقصود بما لا مصلحة فيه، وهذا هو الذي أطلق العراقيون حكايته عن النص.

فصل: يبين في الإبريسم لونه، وبلده، ودقته، وغلظه، ولا يشترط ذكر الخشونة والنعومة، ولا يجوز السلم في القزّ وفيه الدود، لا حيًا ولا ميتًا، لأنه يمنع معرفة وزن القزّ. وبعد خروج الدود، يجوز.

فصل: وإذا أسلم في الغزل، ذكر ما يذكر في القطن، ويذكر الدِّقة والغلظ. ويجوز السلم في غزل الكتان، ويجوز شرط كونه مصبوغًا، ويشترط بيان الصبغ.

فصل: إذا أسلم في الثياب، ذكر جنسها من إبريسم، أو قطن، أو كتان، والنوع، والبلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض، وقد يغني ذكر النوع عنه، وعن الجنس أيضًا، ويبين الطول، والعرض، والغلظ، والدقة، والنعومة، والخشونة، ويجوز في المقصود، والمطلق محمول على الخام. ولا يجوز في الملبوس، لأنه لا ينضبط. ويجوز فيما صبغ غزله قبل النسج، كالبرود. والمعروف في كتب الأصحاب: أنه لا يجوز المصبوغ بعد النسج. وفيه وجه: أنه يجوز، قاله طائفة، منهم الشيخ أبو محمد، وصاحب «الحاوي»، وهو القياس. قال الصيمري: يجوز السلم في القمص، والسراويلات، إذا ضبطت طولًا وعرضًا، وسعة وضيقًا.

فصل: الخشب أنواع. منها الحطب، فيذكر نوعه، وغلظه، ودقته، وأنه من

نفس الشجر، أو من أغصانه، ووزنه، ولا يجب التعرض للرطوبة، والجفاف، والمطلق محمول على الجفاف، ويجب قبول المعوج، والمستقيم. ومنها ما يطلب للبناء، كالجذوع، فيذكر النوع، والطول، والغلظ، والدقة، ولا يشترط الوزن على الصحيح، وشرطه الشيخ أبو محمد، ولو ذكر، جاز، بخلاف الثياب. ولا يجوز في المخروط، لاختلاف أعلاه وأسفله. ومنها ما يطلب ليغرس، فيذكر العدد، والنوع، والطول، والغلظ. ومنها ما يطلب ليتخذ منه القسي والسهام، فيذكر فيه النوع، والدقة، والغلظ، وزاد بعضهم كونه سهليًا، أو جبليًا، لأن الجبلي أصلح. ومنهم من شرط الوزن فيه، وفي خشب البناء.

فصل: إذا أسلم في الحديد، ذكر نوعه، وأنه ذكر أو أُنثى، ولونه، وخشونته، ولينه. وفي الرصاص يذكر نوعه من قلع وغيره. وفي الصفر، من شبه وغيره، ولونهما، وخشونتهما، ولينهما، ولا بد من الوزن في جميع ذلك.

فرع: كل شيء لا يتأتَّى وزنه بالقبان لكبره، يوزن بالعرض على الماء.

فصل: في مسائل منثورة تتعلق بما سبق، إحداها: السلم في المنافع، كتعليم القرآن وغيره، جائز، ذكره الروياني.

الثانية: السلم في الدراهم والدنانير، جائز على الأصح، بشرط أن يكون رأس المال غيرهما. قلت: اتفق أصحابنا على أنه لا يجوز إسلام الدراهم في الدنانير، ولا عكسه سلمًا مؤجلًا. وفي الحالِّ وجهان محكيان في «البيان» وغيره. الأصح المنصوص في «الأم» في مواضع: أنه لا يصح. والثاني: يصح بشرط قبضهما في المجلس، قاله القاضي أبو الطيب. والله أعلم.

الثالثة: يجوز السلم في أنواع العطر العامة الوجود، كالمسك، والعنبر، والكافور، فيذكر وزنها ونوعها فيقول: عنبر أشهب.

الرابعة: يجوز السلم في الزجاج، والطين، والجص، والنورة، وحجارة الأرحية، والأبنية، والأواني، فيذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها، ولا يشترط الوزن.

الخامسة: لا يجوز السلم في الحباب، والكيزان، والطسوت، والقماقم، والطناجير والمنائر، والبرام المعمولة، لندور اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة. ويجوز السلم فيما يصب منها في القالب، لعدم اختلافه، وفي الأسطال المربعة.

السادسة: يجوز السلم في الكاغد عددًا، ويبين نوعه وطوله. ويجوز في الآجر على الأصح. وفي وجه: لا يصح لتأثير النار. ولا يجوز السلم في العقار، ولا في الأرز، والعلس، لاستتارهما بالكمام، ويجوز في الدقيق على الصحيح.

فصل: هل يشترط ذكر الجودة والرداءة في المسلَم فيه؟ وجهان: قال العراقيون: يشترط، وهو ظاهر النص، لاختلاف الغرض به. وقال غيرهم: لا يشترط، ويحمل المطلق على الجيد، وهو الأصح.

وسواء قلنا بالاشتراط، أو شرطًا، ينزل على أقل الدرجات. ولو شرط الأجود، لم يصح العقد على المذهب. وقيل: فيه قولان كالأردأ. ولو شرطا الرداءة، فإن كانت رداءة العيب، لم يصح العقد. وإن كانت رداءة النوع، فقال كثيرون: يصح. وأطلق الغزالي في «الوجيز» البطلان.

وقد قال بالبطلان أيضًا إمام الحرمين. والأصح: الصحة، وبه قطع العراقيون. ونص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم» نصًا صريحًا في مواضع. والله أعلم.

وإن شرط الاردأ، جاز على الأظهر. وقيل: الأصح.

فرع: ينزل الوصف في كل شيء على أقل درجاته. فإذا أتى بما يقع على اسم الوصف المشروط، كفى، ووجب قبوله، لأن الرتب لا نهاية لها، وهي كمن باع بشرط أنه كاتب أو خباز.

باب القرض

قال المصنف رحمه الله تعالى: القرض قربة مندوب إليه لما روى أبو هريرة، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أن النبي ﷺ قال: «من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»[(١)]. وعن أبي الدرداء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «لأن أقرض دينارين ثم يردا ثم أقرضهما أحب إليّ من أن أتصدق بهما»[(٢)] وعن ابن مسعود وابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنهما قالا: «قرض مرتين خير من صدقة مرة»[(٣)].

فصل: ولا يصح إلا من جائز التصرف لأنه عقد على المال فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع، ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول لأنه تمليك آدمي فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة؛ ويصح بلفظ القرض والسلف لأن الشرع ورد بهما، ويصح بما يؤدي معناه، وهو أن يقول ملكتك هذا على أن ترد عليّ بدله. فإن قال ملكتك ولم يذكر البدل كان هبة، فإن اختلفا فيه فالقول قول

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٦٩٩) والترمذي في سننه برقم (١٩٣٠) وأبو داود في سننه برقم (٤٩٤٦) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٥) وأحمد في المسند (٢/ ٢٠٢).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٥/ ٣٥٣).

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٥/ ٣٥٣).

الموهوب له لأن الظاهر معه؛ فإن التمليك من غير ذكر عوض هبة في الظاهر، وإن قالوا: أقرضتك ألفًا وقبل وتفرقا ثم دفع إليه ألفًا، فإن لم يطل الفصل جاز لأن الظاهر أنه قصد الإيجاب، وإن طال الفصل لم يجز حتى يعيد لفظ القرض لأنه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل.

فصل: وإن كتب إليه وهو غائب أقرضتك هذا، أو كتب إليه بالبيع ففيه وجهان: أحدهما: ينعقد لأن الحاجة مع الغيبة داعية إلى الكتابة. والثاني: لا ينعقد لأنه قادر على النطق فلا ينعقد عقده بالكتابة، كما لو كتب وهو حاضر، وقول القائل الأول إن الحاجة داعية إلى الكتابة لا يصح لأنه يمكنه أن يوكل من يعقد العقد الأول بالقول.

فصل: ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط، لأن الخيار يراد للفسخ وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط ولا يجوز شرط الأجل فيه لأن الأجل يقتضي جزءًا من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه فلا يجوز شرط الأجل فيه ويجوز شرط الرهن فيه، لأن النبي ﷺ «رهن درعه على شعير أخذه لأهله»[(١)] ويجوز أخذ الضمين فيه لأنه وثيقة فجاز في القرض كالرهن.

فصل: وفي الوقت الذي يملك فيه وجهان: أحدهما: أنه يملكه بالقبض لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك فيه على القبض كالهبة فعلى هذا إذا كان القرض حيوانًا فنفقته بعد القبض على المستقرض فإن اقترض أباه وقبضه عتق عليه. والثاني: أنه لا يملكه إلا بالتصرف بالبيع والهبة والإتلاف لأنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه، فعلى هذا تكون نفقته على المقرض فإن اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه. واختلف أصحابنا فيمن قدم طعامًا إلى رجل ليأكله على أربعة أوجه: أحدها: أنه يملكه بالأخذ، والثاني: أنه يملكه بتركه في الفم، والثالث: أنه يملكه بالبلع والرابع: أنه لا يملكه بل يأكله على ملك صاحب الطعام.

فصل: ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع ويضبط بالوصف لأنه عقد تمليك يثبت العوض فيه في الذمة فجاز فيما يملك ويضبط بالوصف كالسلم، فأما ما لا يضبط بالوصف كالجواهر وغيرها، ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأن القرض يقتضي رد المثل وما لا يضبط بالوصف لا مثل له، والثاني: يجوز لأن ما لا مثل له يضمنه المستقرض بالقيمة، والجواهر كغيرها في القيمة ولا يجوز إلا في مال معلوم القدر، فإن أقرضه دراهم لا يعرف وزنها، أو طعامًا لا يعرف

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٠٦٩) والنسائي في سننه (٧/ ٢٨٨) وابن ماجه في سننه برقم (١٢١٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٣٧) وأحمد في المسند (٣/ ١٣٣).

كيله لم يجز لأن القرض يقتضي رد المثل، فإذا لم يعلم القدر لم يمكن القضاء.

فصل: ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها ولا يجوز لمن يملك وطأها، وقال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: يجوز لأنه عقد يملك به المال، فجاز أن يملك به من يحل له وطؤها كالبيع والهبة والمنصوص هو الأول لأنه عقد إرفاق جائز من الطرفين فلا يستباح به الوطء كالعارية ويخالف البيع والهبة، فإن الملك فيها تام لأنه لو أراد كل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ لم يملك والملك في القرض غير تام لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ فلو جوزنا فيمن يحل له وطؤها أدى إلى الوطء في ملك غير تام وذلك لا يجوز، وإن أسلم جارية في جارية ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: لا يجوز لأنا لا نأمن أن يطأها ثم يردها عن التي تستحق عليه، فيصير كمن اقترض جارية فوطئها ثم ردها، ومن أصحابنا من قال: يجوز وهو المذهب، لأن كل عقد صح في العبد بالعبد صح في الجارية بالجارية كالبيع.

فصل: ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفًا على أن يبيعه داره أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه أو على أن يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق، والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ: «نهى عن سلف وبيع»[1]، والسلف هو القرض في لغة أهل الحجاز، ويروى عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ «أنهم نهوا عن قرض جر منفعة، ولأنه عقد إرفاق فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه، فإن شرط أن يرد عليه دون ما أقرضه ففيه وجهان.

أحدهما: لا يجوز، لأن مقتضى القرض رد المثل، فإذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يجز كما لو شرط الزيادة. والثاني: يجوز، لأن القرض جعل رفقًا بالمستقرض وشرط الزيادة يخرج به عن موضوعه فلم يجز، وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه فجاز، فإن بدأ المستقرض فزاده أو رد عليه ما هو أجود منه أو كتب له سفتجة أو باع منه داره جاز لما روى أبو رافع رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «استسلف رسول الله ﷺ من رجل بكرًا فجاءته إبل الصدقة فأمرني أن أقضي الرجل بكرًا، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملًا خيارًا رباعيًا، فقال النبي ﷺ: أعطه، فإن خياركم أحسنكم قضاء»[2].

وروى جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «كان لي على رسول الله ﷺ حق فقضاني

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٠٤) والترمذي في سننه برقم (١٢٣٤) والنسائي في سننه (٧/ ٢٨٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٨٨) وأحمد في المسند (٢/ ١٧٨).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٠٠) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٤٦) والترمذي في سننه برقم (١٣١٨) والنسائي في سننه (٧/ ٢٩١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٨٥) وأحمد في المسند (٦/ ٣٩) ومالك في الموطأ (٢/ ٦٨).

وزادني»[١] فإن عرف لرجل عادة أنه إذا استقرض زاد في العوض، ففي إقراضه وجهان:

أحدهما: لا يجوز إقراضه إلا أن يشترط رد المثل لأن المتعارف كالمشروط ولو شرط لزيادة لم يجز فكذلك إذا عرف بالعادة. والثاني: أنه يجوز وهو المذهب لأن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد، فإن شرط في العقد شرطًا فاسدًا بطل الشرط. وفي القرض وجهان: أحدهما: أنه يبطل لما روي أن النبي ﷺ قال: «كل قرض جر منفعة فهو ربا»[٢] ولأنه إنما أقرضه بشرط ولم يسلم الشرط، فوجب ألا يسلم القرض. والثاني: أنه يصح، لأن القصد منه الإرفاق، فإذا زال الشرط بقي الإرفاق.

فصل: ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل، لأن مقتضى القرض رد المثل، ولهذا يقال: الدنيا قروض ومكافأة فوجب أن يرد المثل، وفيما لا مثل له وجهان:

أحدهما: يجب عليه القيمة، لأن ما ضمن بالمثل إذا كان له مثل ضمن بالقيمة إذا لم يكن له مثل كالمتلفات.

والثاني: يجب عليه مثله في الخلقة والصورة؛ لحديث أبي رافع أن النبي ﷺ «أمره أن يقضي البكر بالبكر» ولأن ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض قياسًا على ما له مثل، ويخالف المتلفات، فإن المتلف متعد فلم يقبل منه إلا القيمة لأنها أحصر، وهذا عقد أجيز للحاجة فقبل فيه مثل ما قبض كما قبل في السلم مثل ما وصف، فإن اقترض الخبز وقلنا يجوز إقراض ما لا يضبط بالوصف ففي الذي يرد وجهان: أحدهما: مثل الخبز، والثاني: ترك القيمة، فعلى هذا إذا أقرضه الخبز وشرط أن يرد عليه الخبز ففيه وجهان: أحدهما: يجوز لأن مبناه على الرفق، فلو منعناه من رد الخبز شق وضاق، والثاني: لا يجوز لأنه إذا شرط صار بيع خبز بخبز وذلك لا يجوز.

فصل: إذا أقرضه دراهم بمصر ثم لقيه بمكة فطالبه بها لزمه دفعها إليه، فإن طالبه المستقرض بأن يأخذها وجب عليه أخذها لأنه لا ضرر عليه في أخذها، فوجب أخذها، فإن أقرضه طعامًا بمصر فلقيه بمكة فطالبه به لم يجبر على دفعه إليه، لأن الطعام بمكة أغلى، فإن طالبه المستقرض بالأخذ لم يجبر على أخذه لأن عليه مؤنة في حمله فإن تراضيا جاز، لأن المنع لحقهما وقد رضيا

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٤٣) ومسلم في صحيحه برقم (٧١٥) (١١٥) وأحمد في المسند (٣/ ٢٢٩) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٤٧) والنسائي في سننه (٧/ ٢٨٣).

(٢) أخرجه البغوي في حديث العلاء بن مسلم (ق ١٠/ ٢) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٣٩٨).

جميعًا، فإن طالبه بقيمة الطعام بمكة أجبر على دفعها لأنه بمكة كالمعدوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته ويجب قيمته بمصر لأنه يستحقه بمصر، فإن أراد أن يأخذ عن بدل القرض عوضًا جاز لأن ملكه عليه مستقر فجاز أخذ العوض عنه كالأعيان المستقرة وحكمه في اعتبار القبض في المجلس حكم ما يأخذه بدلًا عن رأس مال السلم بعد الفسخ، وقد بيناه والله أعلم.

الشرح: قوله: «نفّس» أي أمهل وفرّج، وقوله: «قربة» هو ما يتقرب به إلى الله تعالى من العمل الصالح، والكربة بالضم: الغم الذي يأخذ بالنفس، وقوله: «سفتجة» كلمة فارسية وهي رقعة يكتبها المقرض إلى من يقبض عنه عوض القرض في المكان الذي اشترطه، والبكر: الثني من الإبل، والخيار من الإبل هو الذي ألقى رباعيته وهي السن التي بين الثنية والناب.

أما الاحكام: فالقرض: دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله، وأركانه أربعة: العاقدان، والصيغة، والشيء المقرض، فلا يصح إلا من أهل التبرع. وأما الصيغة، فالإيجاب لا بد منه، وهو أن يقول: أقرضتك، أو أسلفتك، أو خذ هذا بمثله، أو خذه واصرفه في حوائجك وردَّ بدله، أو ملَّكتك على أن تردَّ بدله، فلو اقتصر على «ملَّكتكه» فهو هبة، فإن اختلفا في ذكر البدل، فالقول قول الآخذ.

وحكي وجه: أن القول قول الدافع، وهو متجه. وفي «التتمة» وجه: أن الإقتصار على «ملَّكتكه» قرض. والله أعلم.

وأما القبول، فشرط على الأصح، وبه قطع الجمهور. وادعى إمام الحرمين أن عدم الاشتراط أصح.

وقطع صاحب «التتمة» بأنه لا يشترط الإيجاب، ولا القبول، بل إذا قال لرجل: أقرضني كذا، أو أرسل إليه رسولًا، فبعث إليه المال، صح القرض. وكذا قال رب المال: أقرضتك هذه الدراهم، وسلمها إليه، ثبت القرض. والله أعلم.

وأما الشيء المقرض، فالمال ضربان:

أحدهما: يجوز السلم فيه، فيجوز إقراضه حيوانًا كان، أو غيره. لكن إن كان جارية، نظر، إن كانت محرَّمًا للمستقرض، بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة، جاز إقراضها قطعًا. وإن كانت حلالًا، لم يجز على الأظهر المنصوص قديمًا وجديدًا.

وهذا الذي جزم به من جواز إقراض المحرَّم، هو الذي قطع به الجماهير. وقال في «الحاوي»: إن كانت ممن لا يستبيحها المستقرض، بأن اقترضها محرم، أو امرأة، فوجهان: قال البغداديون: يجوز. وقال البصريون: لا يجوز ويصِرْنَ جنسًا لا يجوز قرضه. والله أعلم.

الضرب الثاني: ما لا يجوز السلم فيه، فجواز إقراضه يبنى على أن الواجب في المتقوّمات رد المثل أو القيمة، إن قلنا بالأول، لم يجز. وبالثاني، جاز. وفي إقراض الخبز، وجهان: كالسلم فيه. أصحهما: في «التهذيب»: لا يجوز. واختار صاحب «الشامِل» وغيره: الجواز. وأشار في «البيان» إلى ترتيب الخلاف، إن جوزنا السلم، جاز هنا، وإلا فوجهان: قال: فإن جوزناه، رد مثله وزنًا إن أوجبنا في المتقومات المثل. وإن أوجبنا القيمة، وجبت هنا. فإن شرط المثل فوجهان:

وقطع صاحب «التتمة» والمستظهري، بجواز قرضه وزنًا. واحتج صاحبا «الشامل» و«التتمة» بإجماع أهل الامصار على فعله في الأعصار بلا إنكار، وهو مذهب أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ، وأبي يوسف، ومحمد، وذكر صاحب «التتمة» وجهين في إقراض الخمير الحامض. أحدهما: الجواز، لاطراد العادة.

وفي فتاوى القاضي حسين: لا يجوز إقراض الروبة، لأنها تختلف بالحموضة. قال: ولا يجوز إقراض المنافع، لأنه لا يجوز السلم فيها، ولا إقراض ماء القناة، لأنه مجهول. والله أعلم.

فرع: يشترط أن يكون المقرَض معلوم القدر، ويجوز إقراض المكيل وزنًا وعكسه كالسلم. وقال القفَّال: لا يجوز إقراض المكيل وزنًا، بخلاف السلم، فإنه لا يشترط فيه استواء العوضين. وزاد فقال: لو أتلف مئة رطل حنطة، ضمنها بالكيل. ولو باع شقصًا بمئة رطل حنطة، أخذ الشفيع بمثلها كيلًا. والأصح في الجميع: الجواز.

فصل: يحرم كل قرض جر منفعة، كشرط رد الصحيح عن المكسر، أو الجيد عن الرديء، وكشرط رده ببلد آخر، فإن شرط زيادة في القدر، حرم إن كان المال ربويًا، وكذا إن كان غير ربوي على الصحيح. وحكى الإمام أنه يصح الشرط الجارُّ للمنفعة في غير الربوي، وهو شاذ غلط. فإن جرى القرض بشرط من هذه، فسد القرض على الصحيح، فلا يجوز التصرف فيه. وقيل: لا يفسد، لأنه عقد مسامحة. ولو أقرضه بلا شرط، فردَّ أجود أو أكثر أو ببلد آخر، جاز، ولا فرق بين الربوي وغيره، ولا بين الرجل المشهور برد الزيادة أو غيره على الصحيح.

قال في «التتمة»: لو قصد إقراض المشهور بالزيادة للزيادة، ففي كراهته وجهان: والله أعلم.

ولو شرط ردَّ الأردأ أو المكسر، لغا الشرط، ولا يفسد العقد على الأصح، وأشار بعضهم الى خلاف في صحة الشرط. ولا يجوز شرط الأجل فيه، ولا يلزم بحال. فلو شرط أجلا، نظر، إن لم يكن للمقرض غرض فيه، فهو كشرط رد

المكسر عن الصحيح. وإن كان، بأن كان زمن نهب والمستقرض مليء، فهو كالتأجيل بلا غرض، أم كشرط رد الصحيح عن المكسر؟ وجهان: أصحهما: الثاني، ويجوز فيه شرط الرهن والكفيل، وشرط أن يشهد عليه أو يُقِرَّ به عند الحاكم. فإن شرط رهنًا بدين آخر، فهو كشرط زيادة الصفة. ولو شرط أن يقرضه مالًا آخر، صح على الصحيح، ولم يلزمه ما شرط، بل هو وعد، كما لو وهبه ثوبًا بشرط أن يهبه غيره.

فصل: فيما يملك به المقرض قولان منتزعان من كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ. أظهرهما: بالقبض. والثاني: بالتصرف. فإن قلنا: بالقبض، فهل للمقرض أن يلزمه رده بعينه ما دام باقيًا، أم للمستقرض ردُّ بدله مع وجوده؟ وجهان: أصحهما عند الأكثرين: الأول.

ولو رده المستقرض بعينه لزم المقرض قبوله قطعًا. وإن قلنا: يملك بالتصرف، فمعناه: إذا تصرف، تبين ثبوت ملكه. ثم في ذلك التصرف، أوجه: أصحها: أنه كل تصرف يزيل الملك. والثاني: كل تصرف يتعلق بالرقبة. والثالث: كل تصرف يستدعي الملك. فعلى الأوجه: يكفي البيع، والهبة، والاعتاق، والاتلاف. ولا يكفي الرهن، والتزويج، والإجارة، وطحن الحنطة، وخبز الدقيق، وذبح الشاة، على الوجه الأول. قلت: فتكون هذه العقود باطلة والله أعلم.

ويكفي ما سوى الإجارة على الثاني، وما سوى الرهن، على الثالث، لأنه يجوز أن يستعير الرهن، فيرهنه. وحكي عن الشيخ أبي حامد: أنه كل تصرف يمنع رجوع الواهب والبائع عند إفلاس المشتري. فإن قلنا بالأول، فهل يكفي البيع بشرط الخيار؟ إن قلنا: لا يزيل الملك، فلا، وإلا، فوجهان: لأنه لا يزيله بصفة اللزوم.

فرع: اقترض حيوانًا، إن قلنا: يملك بالقبض، فنفقته على المقترض، وإلا، فعلى المقرض إلى أن يتصرف المستقرض. ولو اقترض من يعتق عليه، عتق إذا قبضه إن قلنا: يملك به، ولا يعتق إن قلنا: بالتصرف. قال في «التهذيب»: ويجوز أن يقال: يعتق ويحكم بالملك قُبَيله. قلت: جزم صاحب «التتمة» بهذا الاحتمال، ولكن المعروف: أن لا يعتق. والله أعلم.

فصل: أداء القرض في الصفة والمكان والزمان، كالمسلم فيه. ولو ظفر بالمستقرض في غير مكان الإقراض، فليس له مطالبته بالمثل، وله مطالبته بالقيمة. فلو عاد إلى مكان الإقراض، فهل له رد القيمة والمطالبة بالمثل؟ وهل للمقرض مطالبته بردِّ القيمة؟ وجهان: قلت: أصحهما: لا. والله أعلم.

والقيمة التي يطالب بها، قيمة بلد القرض يوم المطالبة. وكذا في السلَم

يطالب بقيمة بلد العقد إذا جوَّزنا أخذ قيمته. قلت: المعتبر في السلم، قيمة الموضع الذي يستحق فيه التسليم. والله أعلم.

فرع: إذا اقترض مثليًا، رد مثليًا، وإن رد متقوِّمًا، فالأصح عند الأكثرين: أنه يردُّ مثله من حيث الصورة. والثاني: يردُّ القيمة يوم القبض إن قلنا: يملك به. وإن قلنا: بالتصرف، فوجهان: أحدهما: كذلك. والثاني: تجب قيمته أكثر ما كانت من القبض الى التصرف. وإذا اختلفا في قدر القيمة، أو صفة المثل، فالقول قول المستقرض. قلت: قال في «المهذب» لو قال: أقرضتك ألفًا وقبل وتفرَّقا، ثم دفع إليه ألفًا، فإن لم يطل الفصل، جاز، وإلا، فلا، لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل. وإذا جَوَّزنا إقراض الخبز، فهل يردُّ المثل أو القيمة؟ فيه الوجهان. فإن قلنا: القيمة، فشرط الخبز، فوجهان: أحدهما: يصح الشرط، لأن مبناه على المساهلة والرفق. قال الشاشي: قال القاضي أبو حامد: إذا أهدى المستقرض للمقرض هدية، جاز قبولها بلا كراهة، هذا مذهبنا ومذهب ابن عباس، وكرهها ابن مسعود. قال المحاملي وغيره من أصحابنا: يستحب للمستقرض أن يردُّ أجود مما أخذ، للحديث الصحيح في ذلك، ولا يكره للمقرض أخذ ذلك. ولو أقرضه نقدًا، فأبطل السلطان المعاملة به، فليس له إلا النقد الذي أقرضه، نص عليه الشافعي رحمه الله، ونقله عنه أيضًا ابن المنذر، وقد سبق نظيره في البيع. وفي فتاوى القاضي حسين: أنه لو قال: أقرضني عشرة، فقال: خذها من فلان، فأخذها منه، لا يكون قرضًا، بل هذا توكيل بقبض الدَّين، فبعد القبض لا بدَّ من قرض جديد. ولو كانت العشرة في يد فلان معينة، وديعة أو غيرها، صح. والله أعلم.

كتاب الرهن

قال المصنف رحمه الله تعالى: ويجوز الرهن على الدين في السفر لقوله عز وجل: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ويجوز في الحضر لما روى أنس رضي الله عنه «أن النبي ﷺ رهن درعًا عند يهودي بالمدينة وأخذ منه شعيرًا لأهله»(١).

فصل: ولا يصح الرهن إلا من جائز التصرف في المال لأنه عقد على المال فلم يصح إلا من جائز التصرف في المال كالبيع.

فصل: ويجوز أخذ الرهن على دين السلم وعوض القرض للآية والخبر، ويجوز على الثمن والأجرة والصداق وعوض الخلع ومال الصلح وأرش الجناية وغرامة المتلف، لأنه دين لازم فجاز أخذ الرهن عليه كدين السلم وبدل القرض، ولا يجوز أخذه على دين الكتابة لأن الرهن إنما جعل ليحفظ عوض ما زال عنه ملكه من مال ومنفعة وعضو، والمعوض في الكتابة هو الرقبة، وهي باقية على ملكه لا يزول ملكها عنه إلا بالأداء فلا حاجة به إلى الرهن، ولأن الرهن إنما يعقد لتوثيق الدَّين حتى لا يبطل، والكاتب يملك أن يبطل الدَّين بالفسخ إذا شاء فلا يصح توثيقه، فأما مال الجعالة قبل العمل ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز أخذ الرهن به لأنه مال شرط في عقد لا يلزم فلا يجوز أخذ الرهن به كمال الكتابة. والثاني: يجوز لأنه دين يؤول إلى اللزوم فجاز أخذ الرهن به كالثمن في مدة الخيار. وأما مال السبق والرمي ففيه قولان، أحدهما: أنه كالإجارة فيجوز أخذ الرهن به. والثاني: أنه كالجعالة فيكون على الوجهين. وأما العمل في الإجارة فإنه إن كانت الإجارة على عمل الأجير فلا يجوز أخذ الرهن به، لأن القصد بالرهن استيفاء الحق منه عند التعذر، وعمله لا يمكن استيفاؤه من غيره، وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة جاز أخذ الرهن به، لأنه يمكن استيفاؤه من الرهن بأن يباع ويستأجر بثمنه من يعمل.

فصل: ويجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين، وهو أن يرهن بالثمن بعد البيع، ويعوض القرض بعد القرض، ويجوز عقده مع العقد على الدين، وهو أن يشترط الرهن في عقد البيع وعقد القرض، لأن الحاجة تدعو إلى شرطه بعد ثبوته

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٠٦٩) والنسائي في سننه (٧/ ٢٨٨) والترمذي في سننه برقم (١٢١٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٣٧) وأحمد في المسند (٣/ ١٣٣).

وحال ثبوته، فأما شرطه قبل العقد فلا يصح لأن الرهن تابع للدين فلا يجوز شرطه قبله.

فصل: ولا يجوز أخذ الرهن على الأعيان كالمغصوب والمسروق والعارية والمأخوذ على وجه السوم، لأنه إن رهن على قيمتها إذا تلفت لم يصح، لأنه رهن على دين قبل ثبوته، وإن رهن على عينها لم يصح، لأنه لا يمكن استيفاء العين من الرهن.

فصل: ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن، لأن العقد لحظّه، لاحظ فيه للراهن، فجاز له فسخه إذا شاء، فأما من جهة الراهن فلا يلزم إلا بقبض، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فوصف الرهن بالقبض، فدل على أنه لا يلزم إلا به، ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول والقبض فلم يلزم من غير قبض كالهبة، فإن كان المرهون في يد الراهن لم يجز المرتهن قبضه إلا بإذن الراهن. لأن للراهن أن يفسخه قبل القبض فلا يملك المرتهن إسقاط حقه من غير إذنه، فإن كان في يد المرتهن فقد قال في الرهن: إنه لا يصير مقبوضًا بحكم الرهن إلا بإذن الراهن؛ وقال في الإقرار والمواهب إذا وهب له عينًا في يده صارت مقبوضة من غير إذن، فمن أصحابنا من نقل جوابه في الرهن إلى الهبة وجوابه في الهبة إلى الرهن فجعلهما على قولين:

أحدهما: لا يفتقر واحد منهما إلى الإذن في القبض لأنه لما لم يفتقر إلى نقل مستأنف لم يفتقر إلى إذن مستأنف. والثاني: أنه يفتقر وهو الصحيح لأنه عقد يفتقر لزومه إلى القبض فافتقر القبض إلى الإذن، كما لو لم تكن العين في يده، وقولهم: إنه لا يحتاج إلى نقل مستأنف لا يصح، لأن النقل يراد ليصير في يده وذلك موجود، والإذن يراد لتمييز قبض الهبة والرهن عن قبض الوديعة والغصب، وذلك لا يحصل إلا بإذن، ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما، فقال في الهبة: لا تفتقر إلى الإذن، وفي الرهن يفتقر، لأن الهبة عقد يزيل الملك فلم يفتقر إلى الإذن لقوته، والرهن لا يزيل الملك فافتقر إلى إذن لضعفه، والصحيح هو الطريق الأول، لأن هذا الفرق يبطل به إذا لم تكن العين في يده فإنه يفتقر إلى الإذن في الرهن والهبة مع ضعف أحدهما وقوة الآخر. فإن عقد على عين رهنًا وإجارة وأذن له في القبض عن الرهن والإجارة صار مقبوضًا عنهما، فإن أذن له في القبض عن الإجارة دون الرهن لم يصر مقبوضًا عن الرهن، لأنه لم يأذن له في قبض الرهن، فإن أذن له في القبض عن الرهن دون الإجارة صار مقبوضًا عنهما لأنه أذن له في قبض الرهن، وقبض الإجارة لا يفتقر إلى الإذن لأنه مستحق عليه.

الشرح: الرهن: جعل عين مالية وثيقة بدين، ليستوفي منها أو من ثمنها إذا تعذر الوفاء، وأركانه أربعة:

الركن الأول: المرهون، وله شروط: الشرط الأول: كونه عينًا، فلا يصح رهن المنفعة، بأن يرهنه سكنى الدار مدة، سواء كان الدين المرهون به حالاً أو مؤجلًا. ولا يصح رهن الدَّين على الأصح، ويصح رهن المشاع، سواء رهنه عند شريكه أو غيره، قَبِل القسمة أم لم يقبلها. قلت: سواء كان الباقي من المشاع للراهن أم لغيره. والله أعلم.

ولو رهن نصيبه من بيت من دار بإذن شريكه، صح، وبغير إذنه، وجهان: أصحهما: عند الإمام: صحته كما يصح بيعه. وأصحهما: عند البغوي: فساده، وادعى طرد الخلاف في البيع. قلت: وممن وافق الإمام في تصحيح صحته الغزالي في «البسيط»، وصاحب «التتمة»، وغيرهما. وأما طرد الخلاف في البيع، فشاذ، فقد قطع الأصحاب بصحته. والله أعلم.

فإن قسمت الدار، فوقع هذا البيت في نصيب شريكه، فهل هو كتلف المرهون بآفة سماوية، أم يغرم الراهن قيمته ويكون رهنًا لكونه حصل له بدله؟ فيه احتمالان للإمام. أصحهما: الثاني. وقال الإمام محمد بن يحيى: إن كان مختارًا في القسمة، غرم، وإن كان مجبرًا، فلا.

وهذا المذكور تفريع على الصحيح الذي قطع به جماهير الأصحاب: أن هذه الدار تقسم قسمة واحدة. وشذ صاحب «التتمة» فقال: لا تقسم قسمة واحدة، بل يقسم البيت وحده، ويسلَّم نصيب الراهن للمرتهن، ثم يقسم الباقي، كما لو باع نصيبه من ذلك البيت. وقد أشار صاحب «المهذب» ومن تابعه، إلى أنهما إذا اقتسما فخرج البيت في نصيب شريكه، يبقى مرهونًا، وهذا ضعيف. والمتحصَّل من هذا الخلاف: أن المختار جواز قسمتهما جملة، وأن لا يبقى مرهونًا، بل يغرم. والله أعلم.

فرع: إذا رهن المشاع، فقبضه بتسليم له، فإذا قبض، جرت المهايأة بين المرتهن والشريك جريانها بين الشريكين. ولا بأس بتبعُّض اليد بحكم الشرع، كما لا بأس به لاستيفاء الراهن المنافع.

وقال أصحابنا: إن كان المرهون مما لا ينقل، خلَّى الراهن بين المرتهن وبينه، سواء حضر الشريك أم لا. وإن كان مما ينقل، لم يحصل قبضه إلا بالنقل، ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك. فإن أذن، قبض، وإن امتنع، فإن رضي المرتهن بكونها في يد الشريك، جاز، وناب عنه في القبض، وإن تنازعا، نصب الحاكم عدلًا يكون في يده لهما، فإن كان له منفعة آجره. والله أعلم.

الشرط الثاني: مختلف فيه، وهو صلاحية المرتهن، لثبوت اليد عليه. فإن رهن عبدًا مسلمًا أو مصحفًا عند كافر، أو السلاح عند حربي، أو جارية حسناء عند

أجنبي، صح على المذهب في جميعها، فيجعل العبد والمصحف في يد عدل.

وإذا صححنا رهن العبد والمصحف عند الكافر، ففي «تهذيب» الشيخ نصر المقدسي الزاهد وغيره: أن العقد حرام. وفي «التهذيب» للبغوي: أنه مكروه، ذكره في كتاب الجزية. والله أعلم.

ثم إن كانت الجارية صغيرة لا تشتهى، فهي كالعبد، وإلا، فإن رهنت عند محرم أو امرأة، فذاك. وإن رهنت عند أجنبي ثقة وعنده زوجته، أو جاريته، أو نسوة يؤمن معهم الإلمام بها، فلا بأس، وإلا، فلتوضع عند محرم لها أو امرأة ثقة، أو رجل عدل بالصفة المذكورة في المرتهن. فإن شرط وضعها عند غير مَن ذكرنا، فهو شرط فاسد. وألحق الإمام بالصغيرة، الخسيسة مع دمامة الصورة، لكن الفرق ظاهر. ولو كان المرهون خنثى، فكالجارية، إلا أنه لا يوضع عند امرأة.

الشرط الثالث: كون العين قابلة للبيع عند حلول الدَّين، فلا يصح رهن أم الولد، والمكاتب، والوقف، وسائر ما لا يصح بيعه. وسواد العراق وقف على المسلمين على المذهب، فلا يجوز رهنه. وأبنيته، وأشجاره، إن كانت من تربته وغراسه الذي كان قبل الوقف، فهي كالأرض. وإن أحدثت فيها من غيرها، جاز رهنها. فإن رهنت مع الأرض، فهي من صور تفريق الصفقة، وكذا رهن الأرض مطلقًا إن قلنا: إن البناء والغراس يدخلان فيه. وإذا صح الرهن في البناء، فلا خراج على المرتهن، وإنما هو على الراهن. فإن أدَّاه المرتهن بغير إذنه، فهو متبرع، وإن أداه بإذنه بشرط الرجوع، رجع. وإن لم يشرط الرجوع، فوجهان يجريان في أداء دين الغير بإذنه مطلقًا، وظاهر النص: الرجوع.

فصل: التفريق بين الأم وولدها الصغير، حرام، وفي إفساده البيع قولان سبقا. ويصح رهن أحدهما دون الآخر. وإذا أريد البيع، ففيه وجهان: أحدهما: يباع المرهون وحده، ويحتمل التفريق للضرورة. وأصحهما: يباعان جميعًا، ويوزع الثمن على قيمتهما. وفي كيفيته كلام يحتاج إلى مقدمة، وهي رجل رهن أرضًا بيضاء، فنبت فيها نخل، فله حالان:

أحدهما: أن يرهن الأرض ثم يدفن النوى فيها، أو يحمله السيل أو الطير، فهي للراهن، ولا يجبر في الحال على قلعها، فلعله يؤدّي الدَّين من موضع آخر. فإن دعت الحاجة إلى بيع الأرض، نظر، إن وفَّى ثمن الأرض إذا بيعت وحدها بالدين، بيعت وحدها ولم يقلع النخل. وكذا لو لم يف به، إلا أن قيمة الأرض وفيها الأشجار كقيمتها بيضاء. ولو لم يف به وقيمتها تنقص بالأشجار، فللمرتهن قلعها لبيع الأرض بيضاء، إلا أن يأذن الراهن في بيعها مع الأرض، فتباعان ويوزَّع

الثمن عليها. هذا إذا لم يكن الراهن محجورًا عليه بالإفلاس. فإن كان، فلا قلع بحال، لتعلق حق الغرماء به، بل يباعان ويوزع الثمن عليهما، فما قابل الأرض، اختص به المرتهن، وما قابل الأشجار، قسم بين الغرماء. فإن نقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار، حسب النقص على الشجر، لأن حق المرتهن في الأرض فارغة.

الحال الثاني: أن يكون النوى مدفونًا في الأرض يوم الرهن، ثم ينبت. فإن كان المرتهن جاهلًا بالحال، فله الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن. فإن فسخ، وإلا فهو كما لو كان عالمًا، وإن كان عالمًا فلا خيار. وإذا بيعت الأرض مع النخل، وزِّع الثمن عليهما. والمعتبر في الحال الأول، قيمة الأرض فارغة. وفي الحال الثاني، قيمة أرض مشغولة، لأنها كانت مشغولة يوم الرهن. وفي كيفية اعتبار الشجر وجهان نقلهما الإمام في الحالين. أصحهما: تقوَّم الأرض وحدها. فإذا قيل: هي مئة، قوِّمت مع الأشجار، فإذا قيل: هي مئة وعشرون، فالزيادة بسبب الأشجار سدس، فيراعي في الثمن نسبة الأسداس. والثاني: تقوَّم الأشجار وحدها. فإذا قيل: هي خمسون، كانت النسبة بالثلث، ثم في المثال المذكور لإيضاح الوجهين تكون قيمة الأرض ناقصة بسبب الاجتماع، لأنا فرضنا قيمتها وحدها مئة، وقيمة الأشجار وحدها ثابتة خمسين، وقيمة المجموع مئة وعشرين. عدنا الى مسألة الأم والولد، فإذا بيعا معًا، وأردنا التوزيع، ففيه طريقان:

أحدهما: أن التوزيع عليهما كالتوزيع على الأرض والشجر، فتعتبر قيمة الأم وحدها. وفي الولد الوجهان.

والطريق الثاني: أن الأم لا تقوَّم وحدها، بل تقوَّم مع الولد وهي خاصَّته، لأنها رهنت وهي ذات ولد، والأرض بلا أشجار. وبهذا الوجه قطع الأكثرون. فلو حدث الولد بعد الرهن والتسليم من نكاح أو زنىً، وبيعا معًا، فللمرتهن قيمة جارية لا ولد لها.

وذكر الإمام الرافعي في مسألة الغراس والأرض الفرق بين علم المرتهن وجهله في ثبوت الخيار، ولم يذكره هنا، فكأنه أراد أنه مثله. وقد صرح صاحب «الشامل» بذلك فقال: إن كان عالمًا بالولد حال الارتهان، فلا خيار، وإلا، فله الخيار في فسخ البيع المشروط فيه الرهن. وقال صاحب «الحاوي»: إن علم، فلا خيار، وإلا، فإن قلنا: تباع الأم دون الولد، فلا خيار، وإن قلنا: يباعان، ففي الخيار وجهان: وجه المنع: أنه لا يتحقق نقصها، بل قد تزيد. فإن قيل: ما فائدة الخلاف في التوزيع، والراهن يجب عليه قضاء الدين بكل حال؟ قلنا: تظهر فائدته عند ازدحام غرماء الميت والمفلس، وفي تصرف الراهن في الثمن قبل قضاء الدين،

فينفذ في حصة الولد دون الأم، ذكره الإمام، والغزالي في «البسيط». والله أعلم.

فصل: إذا رهن ما يتسارع إليه الفساد، فإن أمكن تجفيفه كالرطب والعنب، صح رهنه وجفف. وإن لم يمكن كالثمرة التي لا تجفف، والريحان، والجَمَد، فإن رهنه بدين حالٍّ، صح، ثم إن بيع في الدَّين، أو قضي الدَّين من موضع آخر، فذاك، وإلا بيع وجعل الثمن رهنًا، فلو تركه المرتهن حتى فسد، قال في «التهذيب»: إن كان الراهن أذن له في بيعه، ضمن، وإلا، فلا. ويجوز أن يقال: عليه الرفع إلى القاضي ليبيعه.

وهذا الاحتمال الذي قاله الإمام الرافعي رحمه الله، قوي أو متعين. وقد قال صاحب «التتمة» في هذه الصورة: إن سكتا حتى فسد، أو طلب المرتهن بيعه، فامتنع الراهن، فهو من ضمان الراهن. وإن طلب الراهن بيعه، فامتنع المرتهن، فمن ضمان المرتهن. والله أعلم.

وإن رهنه بدين مؤجل، فله ثلاثة أحوال: أحدها: أن يعلم حلول الأجل قبل فساده، فهو كرهنه بالحالِّ. الثاني: أن يعلم عكسه. فإن شرط في الرهن بيعه عند الإشراف على الفساد، وجعل ثمنه رهنًا، صح ولزم الوفاء بالشرط. فلو شرط أن لا يباع بحال عند حلول الأجل، بطل الرهن لمناقضته مقصود الرهن. وإن لم يشرط ذا ولا ذاك، فهل هو كشرط البيع أم كشرط عدم البيع؟ قولان، أظهرهما عند العراقيين: الثاني، وميل غيرهم الى الأول.

وقال الإمام الرافعي في «المحرر» أظهرهما: لا يصح الرهن. والله أعلم.

الثالث: أن لا يعلم واحد من الأمرين وهما محتملان، فالمذهب: الصحة. ولو رهن ما لا يسرع اليه الفساد، فحدث ما عرَّضه للفساد قبل الأجل، بأن ابتلَّت الحنطة، وتعذر تجفيفها، لم ينفسخ بحال. ولو طرأ ذلك قبل قبض المرهون، ففي الانفساخ وجهان: كما في حدوث الموت والجنون. وإذا لم ينفسخ، بيع وجعل الثمن رهنًا مكانه.

والأرجح: أنه لا ينفسخ، وهذا الذي قطع به، من أنه إذا لم ينفسخ يباع، وهو المذهب. ونقل الإمام: أن الأئمة قطعوا بأنه يستحق بيعه. ونقل صاحب «الحاوي» فيه قولين: أحدهما: يجبر الراهن على بيعه حفظًا للوثيقة، كما يجبر على نفقته. والثاني: لا، لأن حق المرتهن في حبسه فقط، وهذا ضعيف. والله أعلم.

فصل: رهن العبد المحارب، كبيعه. ورهن المرتد صحيح على المذهب كبيعه. فإن علم المرتهن ردَّته، فلا خيار له في فسخ البيع المشروط فيه الرهن. وإن جهل، يخيَّر، فإن قتل قبل قبضه، فله فسخ البيع. وإن قتل بعده، فمن ضمان من؟

فيه وجهان سبقا في البيع. فإن قلنا: من ضمان البائع، فللمرتهن فسخ البيع، وإلا فلا فسخ ولا أرش، كما لو مات في يده.

ولو رهنه عبدًا مريضًا، لم يعلم بمرضه المرتهن حتى مات في يده، فلا خيار له، قاله في المعاياة، قال: لأن الموت بألم حادث، بخلاف قتل المرتد. والله أعلم.

فرع: الجاني إن لم نصحح بيعه، فرهنه أولى، وإلا، فقولان: لأن الجناية الطارئة، يقدم صاحبها على حق المرتهن، فالمتقدمة أولى. فإن لم نصحح رهنه، ففداه السيد، أو أسقط المجني عليه حقه، فلا بد من استئناف رهن. وإن صححناه، فقال المسعودي والإمام: يكون مختارًا للفداء كما لو باعه، وقال ابن الصباغ: لا يلزمه الفداء، بخلاف البيع، لأن محل الجناية باقٍ هنا، والجناية لا تنافي الرهن.

وقال البغوي أيضًا: يكون ملتزمًا للفداء. ولكن الأكثرون قالوا كقول ابن الصباغ، منهم الشيخ أبو حامد، والماوردي، وصاحب «العدة» وغيرهم. قالوا: هو مخيَّر بين فدائه وتسليمه للبيع في الجناية. فإن فداه، بقي الرهن، وإلا بيع في الجناية، وبطل الرهن إن استغرقه الأرش، وإلا بيع بقدره، واستقر الرهن في الباقي. وإذا قلنا: لا يصح رهن الجاني، فسواء كان الأرش درهمًا، والعبد يساوي الوفاء، أم غير ذلك، نص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ والأصحاب.

وأما إثبات الخيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه رهنه، ففيه تفصيل في «الحاوي» وغيره. إن كان عالمًا بالجناية، فلا خيار في الحال. فإن اقتص منه في طرفه، بقي رهنًا، ولا خيار للمرتهن في البيع، لعلمه بالعيب. وإن قتل قصاصًا، فإن قلنا: إنه من ضمان البائع، فله الخيار كما لو بان مستحقًا، وإن قلنا: من ضمان المشتري، فلا خيار، لأنه معيب علم به، وإن عفا مستحق القصاص على ماله، فإن فداه، بقي رهنًا، ولا خيار للمرتهن، وإن بيع للجناية، بطل الرهن.

وفي الخيار وجهان: وإن عفا عن القصاص، سقط أثر الجناية. أما إذا كان جاهلًا بالجناية، فإن علم قبل استقرار حكمها، يخيَّر. فإن فسخ، وإلا فيصير عالمًا، وحكمه ما سبق. وإن لم يعلم إلا بعد استقرار حكمها على قصاص طرف، لم يبطل الرهن بالقصاص، لكن للمرتهن الخيار. وإن كان قصاص نفس، بطل الرهن. وفي الخيار الوجهان. وإن استقر حكمها على مال، فإن فداه، كان كالعفو على مال. وإن بيع، بطل الرهن. وفي الخيار الوجهان. وإن عفا بلا مال، سقط أثر الجناية، ثم إن لم يتب العبد من الجناية وكان مصرًّا، فهذا عيب، فللمرتهن الخيار. وإن تاب، فهل ذلك عيب في الحال؟ وجهان: فإن قلنا: عيب، فله الخيار، وإلا،

فوجهان: أحدهما: يعتبر الابتداء فيثبته. والآخر: ينظر في الحال، هذا كلام صاحب «الحاوي» وفيه نفائس. والله أعلم.

وإذا قلنا: يصح رهن الجاني جناية توجب القصاص، ولا يصح إذا أوجبت مالًا، فرهن والواجب القصاص، فعفا على مال، فهل يبطل الرهن من أصله، أم يكون كجناية تصدر من المرهون حتى يبقى الرهن لو لم يبع في الجناية؟ وجهان: اختار الشيخ أبو محمد أولهما. فعلى هذا لو كان العبد حفر بئرًا في محل عدوان، فمات فيها بعدما رهن إنسانٌ، ففي تبين الفساد، وجهان: والفرق أنه رهن في الصورة الأولى وهو جانٍ.

فرع: رهن المدبَّر باطل على المذهب، وهو نصه، ورجحه الجمهور. فعلى هذا، التدبير باقٍ على صحته. وإن صححنا رهنه، بطل التدبير بناءً على أنه وصية، فقد رجع عنها. وقيل: لا يبطل فيكون مدبَّرًا مرهونًا. فعلى هذا، إن قضى الدَّين من غيره، فذاك، وإن رجع في التدبير وباعه في الدَّين، بطل التدبير. وإن امتنع من الرجوع ومن بيعه، فإن كان له مال آخر، أجبر على قضائه منه، وإلا فوجهان: أصحهما: يباع في الدَّين. والثاني: يحكم بفساد الرهن.

وهذا الذي ذكر حكم المذهب، ولا يغترَّ بقوله في «الوسيط»: ذهب أكثر الأصحاب الى صحة رهنه، وإن كان قويًا في الدليل. والله أعلم.

فرع: رهن المعلق عتقه بصفة، له صور:

إحداها: رهنه بدين حالٍّ أو مؤجل تيقن حلوله قبل وجود الصِّفة، فيصح ويباع في الدَّين. فإن لم يتفق بيعه حتى وجدت الصفة، بني على القولين في أن الاعتبار بالعتق المعلق بحالة التعليق، أم بحال وجود الصفة؟ إن قلنا بالأول، عتق، وللمرتهن فسخ البيع المشروط فيه الرهن إن كان جاهلًا.

وهذا الذي جزم به من ثبوت الفسخ للمرتهن على هذا القول، هو الذي جزم به صاحب «التهذيب» وجزم صاحب «التتمة» بأنه لا خيار له، وقد سقط حقه، لأن الرهن سلِّم له ثم بطل فصار كموته، والأول: أصح، وأقيس. والله أعلم.

وإن قلنا بالثاني، فهو كإعتاق المرهون، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

الثانية: رهنه بدين مؤجل تيقن وجود الصفة قبل حلوله، فالمذهب: بطلان الرهن. وقيل: قولان، وهو ضعيف. فعلى الصحة: يباع إذا قرب أوان الصفة. ويجعل ثمنه رهنًا.

الثالثة: أن لا يتيقن تقدم الصفة على الحلول وعكسه، فالأظهر: بطلانه. وقيل: باطل قطعًا.

فرع: رهن الثمر على الشجر له حالان:

أحدهما: أن يرهنه مع الشجر. فإن كان الثمر مما يمكن تجفيفه، صح، سواء بدا فيها الصلاح. أم لا، وسواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً، وإن لم يمكن ولم نصحح رهن ما يسرع الفساد، فالمذهب: بطلان رهن الثمر. وفي الشجر قولا تفريق الصفقة. وقيل: يصح فيهما قطعًا.

الثاني: رهن الثمر وحده. فإن لم يمكن تجفيفه، فهو كرهن ما يسرع فساده، وإلا، فهو ضربان: أحدهما: يرهن قبل بدو الصلاح. فإن رهن بدين حالٍّ وشرط قطعها وبيعها بشرط القطع، جاز. وإن أطلق، جاز أيضًا على الأظهر. وإن رهن بمؤجل، نظر، إن كان يحل قبل بلوغ الثمر وقت الإدراك أو بعده، فهو كالحال. وإن كان يحل قبل بلوغه وقت الإدراك، فإن رهنها مطلقًا، لم يصح على الأظهر. وقيل: لا يصح قطعًا كالبيع. وإن شرط القطع، فقيل: يصح قطعًا. وقيل: على القولين، وجه المنع: التشبيه بمن باع بشرط القطع بعد مدة. قلت: المذهب الصحة فيما إذا شرط القطع، وبه قطع جماعة. والله أعلم.

الضرب الثاني: أن يرهن بعد بدوِّ الصلاح، فيجوز بشرط القطع ومطلقًا. إن رهن بحالٍّ أو مؤجل، هو في معناه. وإن رهنه بمؤجل يحل قبل بلوغها وقت الإدراك، فعلى ما سبق في الضرب الأول. ومتى صح رهن الثمار على الأشجار، فمؤنة السقي والجداد والتجفيف على الراهن. فإن لم يكن له شيء، باع الحاكم جزءًا منها وأنفقه عليها. ولو توافق الراهن والمرتهن على ترك السقي، جاز على الصحيح. وقيل: يجبر عليه كما يجبر على علف الحيوان. وادعى الروياني أنه لا يصح. ولو أراد أحدهما قطع الثمرة قبل وقت الجداد، فللآخر الامتناع، وليس له الامتناع بعد وقت الجداد، بل يباع في الدَّين إن حل، وإلا، أمسكه رهنًا.

فرع: الشجرة التي تثمر في السنة مرتين، يجوز رهن ثمرها الحاصل بدين حالٍّ. وبمؤجل يحل قبل اختلاط الثمرة الثانية بالأولى، وإلا، فإن شرط أن لا يقطع عند خروج الثانية، لم يصح. وإن شرط قطعه، صح. وإن أطلق، فقولان: فإن صححنا، أو رهن بشرط القطع، فلم يقطع حتى اختلط، ففي بطلان الرهن قولان كالقولين في البيع إذا عرضت هذه الحالة قبل القبض. والرهن بعد القبض، كالبيع قبله، فإن قلنا: يبطل الرهن، فذاك. وإن قلنا: لا يبطل، فلو اتفقا قبل القبض، بطل على الصحيح. وإذا لم يبطل، فإن رضي الراهن، يكون الجميع رهنًا أو توافقا على كون النصف ـ من الجملة مثلًا ـ رهنًا، فذاك، وإن اختلفا في قدر المرهون، هل هو نصف المختلط، أو ثلثه، أو نحو ذلك؟ فالقول قول الراهن مع يمينه. وقال المزني: قول المرتهن.

فرع: رهن زرعًا بعد اشتداد حبه، فكبيعه، إن كان تُرى حباتُه في سنبله، صح، وإلا فلا، على الأظهر. وإن رهنه وهو بقل، فكرهن الثمرة قبل بدوِّ الصلاح. وقال صاحب «التلخيص»: لا يجوز قطعًا إن كان الدين مؤجلًا، وإن صرح بشرط القطع عند المحل، لأن الزرع لا يجوز بيعه مسنبلًا. وقد يقع الحلول في تلك الحالة، ولأن زيادة الزرع يطوله، فهو كثمرة تحدث وتختلط.

فصل: لا يشترط كون المرهون ملك الراهن على المذهب، فلو استعاد عبدًا ليرهنه بدين، فرهنه، جاز. وهل سبيله سبيل الضمان، أم العارية؟ قولان. أظهرهما: الأول. ومعناه: أنه ضمن الدين في رقبة عبده. قال الإمام: هذا العقد أخذ شبهًا من ذا، وشبهًا من ذاك، وليس القولان في تمحضه عارية أو ضمانًا، وإنما هما في أن المغلَّب أيهما؟ وقال ابن سريج: إذا جعلناه عارية، لم يصح هذا التصرف، لأن الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض، والعارية لا تلزم. فعلى هذا يشترط في المرهون كونه ملك الراهن. والصواب، ما سبق، وعليه التفريع. والعارية قد تلزم، كالإعارة للدفن، ونظائره. ويتفرع على المذهب فروع:

أحدها: لو أذن في رهن عبده، ثم رجع قبل أن يقبض المرتهن، جاز، وبعد قبضه: لا رجوع على قول الضمان قطعًا، ولا على قول العارية على الأصح، وإلا، فلا فائدة في هذا العقد ولا وثوق به. وقال صاحب «التقريب»: إن كان الدين حالاً، رجع. وإن كان مؤجلًا، ففي جواز رجوعه قبل الأجل، وجهان: كما لو أعار للغراس مدة. ومتى جوزناه فرجع، وكان الرهن مشروطًا في بيع، فللمرتهن فسخ البيع إن جهل الحال.

الثاني: لو أراد المالك إجبار الراهن على فكه، فله ذلك بكل حال، إلا إذا كان الدين مؤجلًا، وقلنا: إنه ضمان، وإذا حل الأجل وأمهل المرتهن الراهن، فللمالك أن يقول للمرتهن: إما أن ترد إليَّ، وإما أن تطالبه بالدين ليؤدي فينفك الرهن، كما إذا ضمن دينًا مؤجلًا ومات الأصيل، فللضامن أن يقول: إما أن تطالب بحقك، وإما أن تبرئني.

الثالث: إذا حل المؤجل، أو كان حالاً، قال الإمام: إن قلنا: إنه ضمان، لم يبع في حق المرتهن، إن قدر الراهن على إداء الدين إلا بإذن جديد، وإن كان معسرًا، بيع وإن سخط المالك. وإن قلنا: عاريَّة، لم يُبع إلا بإذن جديد، سواء كان الراهن موسرًا، أو معسرًا. ولك أن تقول: الرهن وإن صدر من المالك، لا يسلط على البيع إلا بإذن جديد، فإن لم يأذن، بيع عليه، فالمراجعة لا بد منها. ثم إذا لم يأذن في البيع، فقياس المذهب أن يقال: إن قلنا: عاريَّة، عاد الوجهان في جواز

رجوعه، وإن قلنا: ضمان، ولم يؤد الراهن الدين، لم يمكَّن من الانتفاع، ويباع عليه معسرًا كان الراهن أو موسرًا، كما لو ضمن في ذمته، يطالب موسرًا كان الأصيل، أو معسرًا، ثم إذا بيع في الدين بقيمته، رجع بها المالك على الراهن. وإن بيع بأقل، بقدر يتغابن الناس بمثله، فإن قلنا: ضمان، رجع بما بيع به. وإن قلنا: عارية، رجع بقيمته، وإن بيع بأكثر من قيمته رجع بما بيع به إن قلنا: ضمان. وإن قلنا: عارية، فقال الأكثرون: لا يرجع إلا بالقيمة، لأن العارية بها يضمن. وقال القاضي أبو الطيب: يرجع بما بيع به كله، لأنه ثمن ملكه وقد صرف إلى دين الراهن، وهذا أحسن، واختاره الإمام، وابن الصباغ، والروياني. قلت: هذا الذي قاله القاضي، هو الصواب، واختاره أيضًا الشاشي وغيره. والله أعلم.

الرابع: لو تلف في يد المرتهن، فإن قلنا: عاريَّة، لزم الراهن الضمان. وإن قلنا: ضمان، فلا شيء عليه ولا شيء على المرتهن بحال، لأنه مرتهن لا مستعير. ولو تلف في يد الراهن، قال الشيخ أبو حامد: هو على القولين، كما لو تلف في يد المرتهن، وأطلق الغزالي، أنه يضمن، لأنه مستعير. قلت: المذهب: الضمان. والله أعلم.

الخامس: لو جنى في يد المرتهن، فبيع في الجناية، فإن قلنا: عارية، لزم الراهن القيمة. قال الإمام: هذا إذا قلنا: العارية تضمن ضمان المغصوب، وإلا، فلا شيء عليه.

السادس: إذا قلنا: ضمان، وجب بيان جنس الدين وقدره وصفته في الحلول والتأجيل وغيرهما، وحكي قول قديم غريب ضعيف: أن الحلول والتأجيل لا يشترط ذكرهما، والأصح: أنه يشترط بيان من يرهن عنده، ولا خلاف أنه إذا عين شيئًا من ذلك، لم يجز مخالفته، لكن لو عين قدرًا فرهن بما دونه، جاز، ولو زاد عليه، فقيل: يبطل في الزائد، وفي المأذون قولا تفريق الصفة والمذهب: القطع بالبطلان في الجميع للمخالفة. وكما لو باع الوكيل بغبن فاحش، لا يصح في شيء. ولو قال: أعرني لأرهنه بألف، أو عند فلان، كان ذلك كتقييد المعير على الأصح.

وإذا قلنا: عارية، فله أن يرهن عند الإطلاق بأي جنس شاء، وبالحالّ والمؤجل. قال في «التتمة» لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته، لأن فيه ضررًا. فإنه لا يمكنه فكه إلا بقضاء جميع الدين. ولو أذن في حال فرهنه بمؤجل، لم يصح كعكسه، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده الى أجل. والله أعلم.

السابع: لو أعتقه المالك، إن قلنا: ضمان، فقد حكى الإمام عن القاضي: أنه ينفذ ويوقف فيه. وفي «التهذيب» أنه كإعتاق المرهون، وإن قلنا: عارية، قال

القاضي: فكإعتاق المرهون، وهذا تفريع على لزوم هذا الرهن على قول العارية. وفي «التهذيب» أنه يصح ويكون رجوعًا، وهو تفريع على عدم اللزوم.

الثامن: لو قال مالك العبد: ضمنت ما لفلان عليك في رقبة عبدي هذا، قال القاضي: صح ذلك على قول الضمان، ويكون كالإعارة للرهن. قال الإمام: وفيه تردد من جهة أن المضمون له لم يقبل، ويجوز أن يعتبر القبول في الضمان المتعلق بالأعيان، تقريبًا له من المرهون، وإن لم يعتبر ذلك في الضمان المطلق في الذمة.

التاسع: لو قضى المعير الدين بمال نفسه، انفك الرهن، ثم رجوعه على الراهن يتعلق بكون القضاء بإذن الراهن أم بغيره، وسنوضحه في باب الضمان إن شاء الله تعالى. فلو اختلفا في الإذن، فالقول قول الراهن، ولو شهد المرتهن للمعير، قبلت شهادته لعدم التهمة. ولو رهن عبده بدين غيره دون إذنه، جاز، وإذا بيع فيه، فلا رجوع. الركن الثاني: المرهون به، وله ثلاثة شروط:

أحدهما: كونه دَينًا، فلا يصح بالأعيان المضمونة بحكم العقد، كالمبيع، أو بحكم اليد كالمغصوب، والمستعار، والمأخوذ على جهة السوم، وفي وجه ضعيف: يجوز كل ذلك.

الشرط الثاني: كونه ثابتًا، فلا يصح بما لم يثبت، بأن رهنه بما يستقرضه، أو بثمن ما سيشتريه. وفي وجه شاذ: يصح إن عين ما يستقرضه. وفي وجه: لو تراهنا بالثمن، ثم لم يتفرقا حتى تبايعا، صح الرهن إلحاقًا للحاصل في المجلس بالمقارن، والصحيح: الأول. فعلى الصحيح: لو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه، كان مأخوذًا على جهة سوم الرهن. فإذا استقرض أو اشترى منه، لم يصر دينًا إلا برهن جديد. وفي وجه ضعيف: يصير. ولو امتزج الرهن وسبب ثبوت الدين، بأن قال: بعتك هذا بألف، وارتهنت هذا الثوب به، فقال: اشتريت ورهنت، أو قال: أقرضتك هذه الدراهم، وارتهنت بها عبدك، فقال: استقرضتها ورهنته، صح الرهن على الأصح، وهو ظاهر النص. ولو قال البائع: ارتهنت وبعت، وقال المشتري: اشتريت ورهنت، لم يصح لتقدم أحد شقي الرهن على أحد شقي البيع. وكذا لو قال: ارتهنت وبعت، وقال المشتري: رهنت واشتريت، لتقدم شقي الرهن على شقي البيع، فالشرط أن يقع أحد شقي الرهن بين شقي البيع، والآخر بعد شقي البيع. ولو قال: بعني عبدك بكذا ورهنت به هذا الثوب، فقال: بعت وارتهنت، بني على الخلاف في مسألة الإيجاب والاستيجاب. ولو قال: بعني بكذا على أن ترهنني دارك، فقال: اشتريت ورهنت، فوجهان: أحدهما، يتم العقد بما جرى. قال في «التتمة»: هو ظاهر النص. والثاني، قاله القاضي: لا يتم بل يشترط أن يقول بعده: ارتهنت أو قبلت، لأن الذي وجد منه

شرط إيجاب الرهن لا استيجابه، كما لو قال: افعل كذا لتبيعني، لا يكون مستوجبًا للبيع، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب» والأولى أن يفرّق، فإنه لم يصرح في المقيس عليه بالتماس، وإنما أخبر عن السبب الداعي له إلى ذلك الفعل، وهنا باع وشرط الرهن، وهو يشتمل الالتماس، أو أبلغ منه.

الشرط الثالث: كونه لازمًا. والديون الثابتة ضربان: أحدهما: ما لا يصير لازمًا بحال، كنجوم الكتابة، فلا يصح الرهن به، والآخر غيره. وهو نوعان: لازم في حال الرهن، وغير لازم. فالأول يصح الرهن به، سواء كان مسبوقًا بحالة الجواز، أم لا، وسواء كان مستقرًا، كالقرض وأرش الجناية، وثمن المبيع المقترض، أو غير مستقر، كالثمن قبل قبض المبيع، والأجرة قبل استيفاء المنفعة والصداق قبل الدخول. وأما الثاني: فينظر، إن كان الأصل في وضعه اللزوم، كالثمن في مدة الخيار، صح الرهن به أيضًا، لقربه من اللزوم، قال الإمام: وهذا مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع، فأما إذا جعلناه مانعًا، فالظاهر منع الرهن، لوقوعه قبل ثبوت الدين، ولا شك أنه لا يباع المرهون في الثمن ما لم يمض مدة الخيار. أما ما كان أصل وضعه على الجواز، كالجعل في الجعالة بعد الشروع في العمل، وقبل تمامه، فلا يصح الرهن به على الأصح. وإن كان بعد الفراغ من العمل، صح قطعًا، للزومه. وإن كان قبل الشروع، لم يصح قطعًا، لعدم ثبوته، وعدم تعين المستحق.

وهذا الذي جزم به الإمام الرافعي هو الصواب، لكن ظاهر كلام كثيرين من الأصحاب، أو أكثرهم، إجراء الوجهين قبل الشروع في العمل، لا سيما عبارة «الوسيط» وتعليله. والله أعلم.

أما المسابقة، فإن جعلناها كالأجارة، أو كالجعالة، فلها حكمها.

فرع: يصح الرهن بالمنافع المستحقة بالإجارة إن وردت على الذمة، ويباع المرهون عند الحاجة، وتحصل المنفعة من ثمنه، وإن كانت إجارة عين، لم يصح لفوات الشرط الأول.

فرع: لا يصح رهن الملاك بالزكاة، والعاقلة بالدية قبل تمام الحول، لفوات الشرط الثاني، ويجوز بعده.

فرع: التوثق بالرهن والضمان شديد التقارب، فما جاز الرهن به، جاز ضمانه، وكذا عكسه إلا أن ضمان العهدة جائز. ولا يجوز الرهن به. هذا هو المذهب وحكي وجه: أنه لا يصح ضمان العهدة. ووجه عن القفال: أنه يصح الرهن بها.

وكذا قال الشيخ أبو حامد في «التعليق» والغزالي في «الوسيط» ما صح ضمانه، صح الرهن به إلا في مسألة العهدة ويستثنى أيضًا، أن ضمان رد الأعيان المضمونة، صحيح على المذهب بها، باطل على الصحيح، وممن استثناها الغزالي في «البسيط». والله أعلم.

فصل: يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهنًا بعد رهن، ثم هو كما لو رهنهما معًا. ولو كان الشيء مرهونًا بعشرة، وأقرضه عشرة أُخرى على أن يكون مرهونًا بها أيضًا، لم يصح على الجديد الأظهر. فإن أراد ذلك، فطريقه أن يفسخ المرتهن الرهن الأول، ثم يرهنه بالجميع. ولو جنى المرهون، ففداه المرتهن بإذن الراهن ليكون مرهونًا، بالدين والفداء، صح على المذهب وهو نصه، لأنه من مصالح الرهن، فإنه يتضمن إبقاءه. وقيل: فيه القولان. ولو اعترف الراهن أنه مرهون بعشرين، ثم ادعى أنه رهنه أولًا بعشرة ثم بعشرة، وقلنا: لا يجوز، ونازعه المرتهن، فالقول قول المرتهن مع يمينه، لأن اعتراف الراهن، يقوي جانبه، ولو قال المرتهن في جوابه: فسخنا الرهن الأول، واستأنفنا بالعشرين رهنًا، فهل القول قول المرتهن لاعتضاده بقول الراهن، رهن بعشرين أم قول الراهن لأن الأصل عدم الفسخ؟ وجهان: ميل الصيدلاني إلى أولهما، وصحح صاحب «التهذيب» الثاني، ورتب عليه فقال: لو شهد شاهدان أنه رهنه بألف، ثم بألفين، لم يحكم بأنه رهن بألفين، ما لم يصرحا بأن الثاني كان بعد فسخ الأول.

فرع: رهن بعشرة ثم استقرض عشرة ليكون رهنًا بهما، وأشهد شاهدين أنه رهن بالعشرين، فإن لم يعلم الشاهدان الحال ونقلا ما سمعا، فهل يحكم بكونه رهنًا بالعشرين، إذا كان الحاكم يعتقد القول الجديد، وجهان: وإن عرفا الحال، فإن كانا يعتقدان جواز الإلحاق، فهل لهما أن يشهدا بأنه رهن بالعشرين، أم عليهما بيان الحال؟ وجهان: أصحهما: لا يجوز، لأن الاجتهاد إلى الحاكم، لا إليهما. والله أعلم.

وإن كانا يعتقدان منع الإلحاق، لم يشهدا إلا بما جرى باطنًا على الصحيح. وهذا التفصيل، فيما إذا شهدا بنفس الرهن، وفيه صوَّر الجمهور: فإن شهدا على إقرار الراهن، فالوجه تجويزه مطلقًا.

كذا أطلق الجمهور هذا التفصيل، وقال صاحب «الحاوي»: إن كان الشاهدان مجتهدين، ففيه التفصيل، وإن كانا غير مجتهدين، لم يجز مطلقًا، ولزمهما شرح الحال. ولو مات وعليه دين مستغرق، فرهن الوارث التركة عند صاحب الدين على شيء آخر أيضًا، ففي صحته الوجهان بناءً على القولين. والله أعلم.

الركن الثالث: الصيغة، فيعتبر الايجاب والقبول، اعتبارهما في البيع، والخلاف في المعاطاة والاستيجاب والإيجاب عائد كله هنا.

فرع: الرهن قسمان: أحدهما: مشروط في عقد، كمن باع، أو أجر، أو أسلم، أو زوج بشرط الرهن بالثمن، أو الأجرة، أو المسلم فيه، أو الصداق. والقسم الثاني: ما لم يشرط، ويسمى: رهن التبرع، والرهن المبتدأ. فالأول، كبعتك داري بكذا على أن ترهنني به عبدك، فقال: اشتريت ورهنت، وقد ذكرنا خلافًا في أنه يتم الرهن بهذا، أم لا بد من قوله بعده: ارتهنت. فعلى الأول يقوم الشرط مقام القبول، كما يقوم الاستيجاب مقامه، وحكي وجه: أنهما إذا شرطا الرهن في نفس البيع، صار مرهونًا من غير استئناف رهن، ويقام التشارط مقام الإيجاب والقبول.

فرع: الشرط في الرهن ضربان: أحدهما: شرط يقتضيه، فلا يضر ذكره في رهن التبرع، ولا في الرهن المشروط في عقد، كقوله: رهنتك على أن تباع في دينك، أو لا تباع إلا بإذنك، أو يتقدم به على الغرماء. والثاني: ما لا يقتضيه، وهو إما متعلق بمصلحة العقد، كالإشهاد، وإما لا غرض فيه، كقوله: بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة، وحكمهما كما سبق في كتاب البيع. وأما غيرهما، وهو نوعان:

أحدهما: تنفع المرتهن ويضر الراهن، كشرط المنافع أو الزوائد للمرتهن، فالشرط باطل، فإن كان رهن تبرع، بطل الرهن أيضًا على الأظهر، وإن كان مشروطًا في بيع، نظر، إن لم يجرَّ جهالة الثمن، بأن شرط في البيع رهنًا على أنه يبقى بعد قضاء الدين محبوسًا شهرًا، فسد الرهن على الأظهر. وفي فساد البيع القولان فيما إذا شرط عقدًا فاسدًا في بيع، فإن صححنا البيع، فللبائع الخيار، صح الرهن أم فسد، لأنه وإن صح، لم يسلم له الشرط، وإن جرّ جهالة، بأن شرط في البيع رهنًا تكون منافعه للمرتهن، فالبيع باطل على المذهب. وقيل: هو الذي لا يجر جهالة، ثم البطلان فيما إذا أطلق المنفعة. فلو قيدها فقال: ويكون منفعتها لي سنة مثلًا، فهذا جمع بين بيع وإجارة في صفقة، وفيه خلاف سبق.

النوع الثاني: ينفع الراهن ويضر المرتهن، كرهنتك بشرط أن لا يباع في الدين، أو لا يباع إلا بعد المحل بشهر أو بأكثر من ثمن المثل، أو برضاي، فالرهن باطل، كذا قطع به الأصحاب. وعن ابن خيران: أنه قال: يجيء في فساده القولان، وهو غريب. والصواب الأول، فلو كان مشروطًا في بيع، عاد القولان في فساده بفساد الرهن، فإن لم يفسد، فللبائع الخيار.

فرع: زوائد المرهون غير مرهونة، فلو رهن شجرة أو شاة بشرط أن تحدث

الثمرة أو الولد مرهونًا، لم يصح الشرط على الأظهر. وقيل: قطعًا، لأنه مجهول معدوم، فإن صححنا، ففي إكساب العبد إذا شرط كونها مرهونة وجهان: أصحهما: المنع، لأنها ليست من أجزاء الأصل. وإن أفسدنا، ففي صحة الرهن قولان. فإن كان شرطًا في بيع، وصححنا الشرط، أو أبطلناه وصححنا الرهن، صح البيع، وللبائع الخيار، وإلا ففي صحة البيع قولان. وإذا اختصرت. قلت: فيه أربعة أقوال:

أحدها: بطلان الجميع. والثاني: صحة الجميع. والثالث: صحة البيع فقط. والرابع: صحته مع الرهن دون الشرط. قلت: هذا الرابع، هو المنصوص، كذا قاله في «الشامل». والله أعلم.

فرع: أقرضه بشرط أن يرهن به شيئًا يكون منافعه للمقرض، فالقرض باطل. فلو شرط كون المنافع مرهونة، فالشرط باطل، والقرض صحيح، لأنه لا يجر نفعًا وفي صحة الرهن القولان.

فرع: لو قال: أقرضتك هذا الألف بشرط أن ترهن به، وبالألف الذي لي عليك كذا أو بذلك الألف وحده، فالقرض فاسد. ولو قال المستقرض: أقرضني ألفًا على أن أرهن به، وبالألف القديم، أو بالقديم فقط كذا، فالأصح فساد القرض. ولو باع بشرط أن يرهن بالثمن والدين، أو بالدين رهنًا، بطل البيع كما سبق. فلو رهن المستقرض، أو المشتري كما شرط، فإن علم فساد الشرط، نظر، إن رهن بالألف القديم، صح، وإن رهن بهما، لم يصح بالألف الذي فسد قرضه، لأنه لم يملكه، وإنما هو مضمون في يده، والأعيان لا يرهن بها. وفي صحته في الألف القديم قولًا تفريق الصفقة. فإن صح، لم يوزع، بل كله مرهون بالألف القديم، لأن وضع الرهن على وثيق كل بعض من أبعاض الدين بجميع المرهون. فلو تلف الألف الذي فسد قبضه في يده، صار دينًا في ذمته، وصح الرهن بالألفين حينئذ. وإن ظن صحته، فإن رهن بالقديم، فوجهان: قال القاضي: لا يصح، وقال الشيخ أبو محمد وغيره: يصح.

ولو رهن بالألفين وقلنا: الصفقة تفرق، فصحته بالألف القديم على هذا الخلاف. وكذا لو باع بشرط بيع آخر، فأنشأه ظانًا صحة العقد، وقد سبقت هذه الصورة في بابها.

فصل: سبق ذكر الخلاف في دخول الأبنية والأشجار في الرهن تحت اسم الأرض، وفي دخول المغرس تحت رهن الشجرة، والأسّ تحت الجدار، خلاف مرتب على البيع، والرهن أولى بالمنع لضعفه. ولا تدخل الثمرة المؤبَّرة تحت رهن الشجرة قطعًا، ولا غير المؤبرة على الأظهر. وقيل: قطعًا. ولا يدخل البناء بين الأشجار تحت رهن الأشجار، وإن كان بحيث يمكن إفراده بالانتفاع. وإن لم ينتفع

به إلا بتبعية الأشجار فكذلك على المذهب. وقيل: فيه الوجهان كالمغرس. ويدخل في الأشجار، الأغصان، والأوراق، لكن الذي يفصل غالبًا، كأغصان الخلاف، وورق الآس، والفرصاد، فيه القولان في الثمرة غير المؤبرة، وفي اندراج الجنين تحت رهن الحيوان خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى. واللبن في الضرع لا يدخل على المذهب، ولا يدخل الصوف على الظهر. وقيل: يدخل قطعًا. وقيل: إن كان قد بلغ أوان الجز لم يدخل، وإلا دخل.

فصل: قال: رهنتك هذه الخريطة بما فيها، أو هذا الحق بما فيه، فإن كان ما فيهما معلومًا مرئيًا، صح الرهن في الظرف والمظروف، وإلا، لم يصح في المظروف. وفي الخريطة والحق قولا الصفقة. وأما نصه في «المختصر» على الصحة في الحق، وعدمها في الخريطة، فسببه أنه فرض المسألة في حق له قيمة تقصد بالرهن، وفي خريطة ليست لها قيمة تقصد بالرهن، وحينئذ يكون المقصود ما فيها. ولو كان اللفظ مضافًا إلى ما فيهما جميعًا، وكان ما فيهما بحيث لا يصح الرهن فيه، بطل فيهما جميعًا، وفي وجه: يصح فيها وإن كانت قليلة القيمة اعتبارًا باللفظ. ولو عكست التصوير في الحق والخريطة، كان الحكم يعكس، كما نص عليه بلا فرق. ولو قال: رهنتك الظرف دون ما فيه، صح الرهن فيه مهما كان له قيمة. فإن قلت: لأنه إذا أفرده فقد وجه الرهن نحوه، وجعله المقصود. وإن رهن الظرف ولم يتعرض لما فيه نفيًا ولا إثباتًا. فإن كان بحيث يقصد بالرهن وحده، فهو المرهون لا غير، وإن كان لا يقصد منفردًا لكنه متمول، فهل المرهون الظرف فقط؟ أو مع المظروف؟ وجهان: أصحهما: أولهما. ويجيء على قياسه وجهان إذا لم يكن متمولًا، لأن الرهن ينزل على المظروف أم يلغى.

الركن الرابع: العاقدان، فيعتبر فيهما التكليف، لكن الرهن تبرع. فإن صدر من أهل التبرع فيما له، فذاك، وإلا فالشرط وقوعه على وفق المصلحة والاحتياط، فرهن الولي مال الصبي، والمجنون، والمحجور عليه لسفه، وارتهانه لهم، مشروطان بالمصلحة والاحتياط، فمن صور الرهن للمصلحة، أن يشتري للطفل ما يساوي مئتين بمئة نسيئة، ويرهن به ما يساوي مئة من ماله، فيجوز لأنه إن لم يعرض تلف، ففيه غبطة ظاهرة. وإن تلف المرهون، كان في المشترى ما يجبره. ولو امتنع البائع إلا برهن ما يزيد على مئة، ترك هذا الشراء، لأنه ربما تلف المرهون. فإن كان مما لا يتلف في العادة كالعقار، فالمذهب أنه لا يجوز. وعن الشيخ أبي محمد ميل إلى جوازه. ومنها إذا وقع نهب أو حريق، وخاف الولي على ماله، فله أن يشتري عقارًا، ويرهن بالثمن شيئًا من ماله إذا لم يمكن أداؤه في الحال، ولم يبع

صاحب العقار عقاره إلا بشرط الرهن. ولو اقترض له والحالة هذه، ورهن به، لم يجز، قاله الصيدلاني، لأنه يخاف التلف على ما يقرضه خوفه على ما يرهنه. ولك أن تقول: إن لم يجد من يستودعه، ووجد من يرتهنه، والمرهون أكثر قيمة من القرض، وجب أن يجوز رهنه. ومنها أن يقترض له لحاجته إلى النفقة، أو الكسوة، أو لتوفية ما لزمه، أو لإصلاح ضياعه أو مرمتها ارتقابًا لغلَّتها، أو لانتظار حلول دين له مؤجل، أو نفاق متاعه الكاسد فإن لم يرتقب شيئًا من ذلك، فبيع ما يريد رهنه أولى من الاستقراض. وحكي وجه شاذ: أنه لا يجوز رهن مال الصبي بحال، وليس بشيء. وأما الارتهان، فمن صور المصلحة فيه، أن يتعذر على الولي استيفاء دين الصبي، فيرتهن به إلى تيسيره. ومنها أن يكون دينه مؤجلًا بأن ورثه كذلك. ومنها أن يبيع الولي ماله مؤجلًا بغبطة، فلا يكتفى بيسار المشتري، بل لا بد من الارتهان بالثمن. وفي «النهاية» إشارة إلى خلاف ذلك، أخذًا من جواز إبضاع ماله. وإذا ارتهن جاز أن يرتهن بجميع الثمن على الصحيح. وفي وجه: يشترط أن يستوفي ما يساوي المبيع نقدًا،وإنما يرتهن ويؤجل بالنسيئة للفاضل.

وهذا الوجه حكاه بعض العراقيين عن الإصطخري. وقول الغزالي: إنه مذهب العراقيين، ليس بجيد، ولا ذكر لهذا الوجه في معظم كتب العراقيين. وإنما اشتهر الخلاف عندهم، فيما إذا باع ما يساوي مئة نقدًا، ومئة وعشرين نسيئة بمئة وعشرين نسيئة، وأخذ بالجميع رهنًا، ففيه عندهم وجهان: الصحيح وظاهر النص، وقول أكثرهم: إنه صحيح. قال صاحب «الحاوي»، وشيخه الصيمري، وصاحب «البيان» وآخرون من العراقيين: فإذا جوزنا البيع نسيئة، فشرطه كون المشتري ثقة موسرًا، ويكون الأجل قصيرًا: قال واختلفوا في حدّ الأجل التي لا تجوز الزيادة عليه، فقيل: سنة. وقال الجمهور: لا يتقدر بالسنة، بل يعتبر عرف الناس. ويشترط كون الرهن وافيًا بالثمن، فإن فقد شرط من هذه، بطل البيع، ويلزمه أن يشهد عليه، فإن ترك الإشهاد، ففي بطلان البيع وجهان: والله أعلم.

ومنها أن يقرض ماله أو يبيعه لضرورة نهب، ويرتهن به، قال الصيدلاني: والأولى أن لا يرتهن إذا خيف تلف المرهون، لأنه قد يتلف ويرفعه إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف الرهن، وحيث جاز الرهن، فشرطه أن يرهن عند أمين يجوز إيداعه. وسواء في ذلك كان الولي أبًا، أو جدًا، أو وصيًا، أو حاكمًا، أو أمينه. لكن حيث جاز الرهن أو الارتهان، جاز للأب والجد أن يعاملا به أنفسهما، ويتوليا الطرفين، وليس لغيرهما ذلك، وإذا تولى الأب الطرفين، فقبضه وإقباضه سنذكرهما قريبًا في رهن الوديعة عند المودع إن شاء الله تعالى.

فصل: رهن المكاتب وارتهانه، جائزان بشرط المصلحة والاحتياط، كما ذكرنا في الصبي. وتفصيل صور الارتهان، كما سبق في الصبي. وقيل: لا يجوز أن يستقل بالرهن، وبإذن السيد قولان، تنزيلًا لرهنه منزلة تبرعه. وقيل: لا يجوز استقلاله بالبيع نسيئة بحال، وبإذن السيد القولان.

فصل: المأذون إذا دفع إليه سيده مالًا ليتجر فيه، فهو كالمكاتب إلا في شيئين. أحدهما: أن رهنه أولى بالمنع، لكون الرهن ليس من عقد التجارة. والثاني: له البيع نسيئة بإذن سيده بلا خلاف. فإن قال له: اتجر بجاهك، ولم يدفع إليه مالًا، فله البيع والشراء في الذمة حالًا ومؤجلًا، وكذا الرهن والارتهان، إذ لا ضرر على سيده. فإن فضل في يده مال، كان كما لو دفع إليه مالًا.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وإن أذن له في قبض ما عنده لم يصر مقبوضًا حتى يمضي زمان يتأتى فيه القبض، وقال في حرملة: لا يحتاج إلى ذلك كما لا يحتاج إلى نقل، والمذهب الأول، لأن القبض إنما يحصل بالاستيفاء أو التمكين من الاستيفاء، ولهذا لو استأجر دارًا لم يحصل له القبض في منافعها إلا بالاستيفاء، أو بمضي زمان يتأتى فيه الاستيفاء، فكذلك ههنا، فعلى هذا إن كان المرهون حاضرًا فبأن يمضي زمان لو أراد أن ينقله أمكنه ذلك، وإن كان غائبًا، فبأن يمضي هو أو وكيله ويشاهده ثم يمضي من الزمان ما يتمكن فيه من القبض، وقال أبو إسحاق: إن كان مما ينتقل كالحيوان لم يصر مقبوضًا إلا بأن يمضي إليه لأنه يجوز أن يكون قد انتقل من المكان الذي كان فيه فلا يمكنه أن يقدر الزمان الذي يمكن المضي فيه إليه من موضع الإذن إلى موضع القبض، فأما ما لا ينتقل فإنه لا يحتاج إلى المضي إليه بل يكفي أن يمضي زمان لو أراد أن يمضي ويقبض أمكنه، ومن أصحابنا من قال: إن أخبره ثقة أنه باق على صفته ومضى زمان يتأتى فيه القبض صار مقبوضًا، كما لو رآه وكيله ومضى زمان يتأتى فيه القبض، والمنصوص هو الأول وما قال أبو إسحاق لا يصح لأنه كما يجوز أن ينتقل الحيوان من مكان إلى مكان فلا يتحقق زمان الإمكان، ففي غير الحيوان يجوز أن يكون قد أخذ أو هلك، وما قال القائل الآخر من خبر الثقة لا يصح، لأنه يجوز أن يكون بعد رؤية الثقة حدث عليه حادث فلا يتحقق إمكان القبض ويخالف الوكيل، فإنه قائم مقامه فقام حضوره مقام حضوره، والثقة بخلافه.

فصل: وإن أذن له في القبض ثم رجع لم يجز أن يقبض لأن الإذن قد زال فعاد كما لو لم يأذن له، وإن أذن له ثم جن أو أغمي عليه لم يجز أن يقبضه لأنه خرج عن أن يكون من أهل الإذن ويكون الإذن في القبض إلى من ينظر في ماله، فإن رهن شيئًا ثم تصرف فيه قبل أن يقبضه نظرت، فإن باعه أو جعله مهرًا في نكاح أو أجرة في إجارة أو وهبه وأقبضه أو رهنه وأقبضه أو كان عبدًا فكاتبه أو

أعتقه انفسخ الرهن، لأن هذه التصرفات تمنع الرهن فانفسخ بها الرهن، فإن دبره فالمنصوص في «الأم» أنه رجوع. وقال الربيع: فيه قول آخر أنه لا يكون رجوعًا. وهذا من تخريجه، ووجهه أنه يمكن الرجوع في التدبير، فإذا دبره أمكنه أن يرجع فيقبضه في الرهن ويبيعه في الدين. والصحيح هو الأول، لأن المقصود بالتدبير هو العتق، وذلك ينافي الرهن، فجعل رجوعًا كالبيع والكتابة، فإن رهن ولم يقبض، أو وهب ولم يقبض كان ذلك رجوعًا على المنصوص، لأن المقصود منه ينافي الرهن. وعلى تخريج الربيع لا يكون رجوعًا لأنه يمكنه الرجوع فيه. وإن كان المرهون جارية فزوجها لم يكن ذلك رجوعًا لأن التزويج لا يمنع الرهن فلا يكون رجوعًا في الرهن، وإن كان دارًا فأجرها ـ نظرت ـ فإن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي قبل محل الدين لم يكن رجوعًا لأنها لا تمنع البيع عند المحل، فلم ينفسخ بها كالتزويج، وإن كانت إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها، فإن قلنا: إن المستأجر يجوز بيعه لم يكن رجوعًا لأنه لا يمنع البيع عند المحل، وإن قلنا: لا يجوز بيعه كان رجوعًا لأنه تصرف ينافي متقضى الرهن فجعل رجوعًا كالبيع.

فصل: وإن مات أحد المتراهنين فقد قال في الرهن: إذا مات المرتهن لم ينفسخ، وقال في التفليس: إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن، فمن أصحابنا من جعل ما قال في التفليس قولًا آخر إن الرهن ينفسخ بموت الراهن، ونقل جوابه فيه إلى المرتهن وجوابه في المرتهن إليه، وجعلهما على قولين: أحدهما: ينفسخ بموتهما لأنه عقد لا يلزم بحال، فانفسخ بموت العاقد، كالوكالة والشركة. والثاني: لا ينفسخ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار. ومنهم من قال: يبطل بموت الراهن، ولا يبطل بموت المرتهن، لأن بموت الراهن يحل الدين ويتعلق بالتركة، فلا حاجة إلى بقاء الرهن، وبموت المرتهن لا يحل الدين، فالحاجة باقية إلى بقاء الرهن.

ومنهم من قال: لا يبطل بموت واحد منهما قولًا واحدًا، لأنه إذا لم يبطل بموت المرتهن على ما نص عليه والعقد غير لازم في حقه بحال، فلأن لا يبطل بموت الراهن والعقد لازم له بعد القبض أولى، وما قال في التفليس لا حجة فيه لأنه لم يرد أن الرهن ينفسخ، وإنما أراد أنه إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن من غير إذن الورثة.

فصل: إذا امتنع الراهن من تسليم الرهن، أو انفسخ العقد قبل القبض نظرت، فإن كان الرهن غير مشروط في العقد على البيع، بقي الدين بغير رهن، وإن كان الرهن مشروطًا في البيع ثبت للبائع الخيار، بين أن يمضي البيع من غير رهن أو يفسخه، لأنه دخل في البيع بشرط أن يكون له بالثمن وثيقة، ولم تسلم له، فثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء.

فصل: إذا أقبض الراهن الرهن لزم العقد من جهته، ولا يملك فسخه لأنه

عقد وثيقة، فإذا تم لم يجز فسخه من غير رضا من له الحق كالضمان، ولأنا لو جوزنا له الفسخ من غير رضا المرتهن بطلت الوثيقة، وسقط فائدة الرهن.

فصل: ولا ينفك من الرهن شيء حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لأنه وثيقة محضة، فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه، كالشهادة والضمان، فإن رهن اثنان عند رجل عينًا بينهما بدين له عليهما فبرىء أحدهما، أو رهن رجل عند اثنين عينًا بدين عليه لهما فبرىء من دين أحدهما انفك نصف العين من الرهن، لأن الصفقة إذا حصل في أحد شطريها عاقدان فهما عقدان، فلا يقف الفكاك في أحدهما على الفكاك في الآخر، كما لو فرق بين العقدين، وإن أراد الراهنان في المسألة الأولى أن يقتسما أو الراهن في المسألة الثانية أن يقاسم المرتهن الذي لم يبرأ من دينه نظرت، فإن كان مما لا ينقص قيمتها بالقسمة كالحبوب جاز ذلك من غير رضا المرتهن، وإن كان مما ينقص قيمته ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز من غير رضا المرتهن، لأنه يدخل عليه بالقسمة ضرر فلم يجز من غير رضاه، والثاني: يجوز لأن المرهون عنده نصف العين فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه.

فصل: وإذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيبًا كان قبل القبض نظرت فإن كان في رهن عقد بعد عقد البيع لم يثبت له الخيار في فسخ البيع، وإن كان في رهن شرط في البيع فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه، لأنه دخل في البيع بشرط أن يسلم له الرهن، فإذا لم يسلم له ثبت له الخيار، فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عيب عنده لم يملك الفسخ، لأنه لا يمكنه رد العين على الصفة التي أخذ، فسقط حقه من الفسخ كما قلنا في المبيع إذا هلك عند المشتري أو حدث به عيب عنده، ولا يثبت له الأرش، لأن الأرش بدل على الجزء الفائت، ولو فات الرهن بالهلاك لم يجب بدله، فإذا فات بعضه لم يجب بدله، والله أعلم.

الشرح: القبض ركن في لزوم الرهن. ولو رهن ولم يقبض، فله ذلك. فإن كان شرط في بيع، فللبائع الخيار. ثم مَن صح ارتهانه، صح قبضه. وتجري النيابة في القبض جريانها في العقد، لكن لا يصح أن يستنيب الراهن، ولا عبده ومدبَّره، وأم ولده قطعًا، ولا عبده المأذون على أصح الأوجه. وفي الثالث: إن ركبته ديون، صحت استنابته، لانقطاع سلطة السيد عما في يده كالمكاتب، وإلا، فلا، وتصح استنابة المكاتب، لاستقلاله باليد والتصرف.

فصل: صفة القبض هنا في العقار والمنقول، كما سبق في البيع، ويطرد الخلاف في كون التخلية في المنقول قبضًا، وعن القاضي: القطع بأنها لا تكفي هنا، لأن القبض مستحق هناك.

فرع: أودع عند رجل مالًا، ثم رهنه عنده، فظاهر نصه: أنه لا بد من إذن جديد في القبض، ولو وهبه له، فظاهر نصه: حصول القبض بلا إذن في القبض، وللأصحاب طرق. أصحها: فيهما قولان، أظهرهما: اشتراط الإذن فيهما. والطريق الثاني: تقرير النصين، لأن الرهن توثيق، وهو حاصل بغير القبض، والهبة تمليك، ومقصوده الانتفاع، ولا يتم ذلك إلا بالقبض، فكانت الهبة لمن في يده رضًا بالقبض. والثالث باعتبار الأذن فيهما، قاله ابن خيران. وسواء شرط الإذن الجديد، أم لا، فلا يلزم العقد ما لم يمض زمان يتأتى فيه صورة القبض. لكن إذا شرط الإذن، فهذا الزمان يعتبر من وقت الإذن. وإن لم يشترطه، فمن وقت العقد. وقال حرملة: لا حاجة إلى مضي هذا الزمان، ويلزم العقد بنفسه، والصحيح الأول.

قال الإمام النوري رحمه الله: قوله: قال حرملة معناه: قال حرملة مذهبًا لنفسه، لا نقلًا عن الشافعي رحمه الله، كذا صرح به الشيخ أبو حامد وآخرون. وإنما نبهت على هذا، لئلا يغتر بعبارة صاحب «المهذب» فإنها صريحة، أو كالصريحة، في أن حرملة نقله عن الشافعي رحمه الله، فحصل أن المسألة ذات وجهين: لا قولين. والله أعلم.

فعلى الصحيح، إن كان المرهون منقولًا غائبًا، اعتبر زمان يمكن المصير فيه إليه ونقله. وهل يشترط مع ذلك نفس المصير ومشاهدته؟ فيه أوجه: أصحهما: لا. والثاني: نعم. والثالث: إن كان مما يشك في بقائه، كالحيوان، فإنه معرض للآفات، اشترط. وإن تيقن بقاؤه، فلا، فإن شرطنا الحضور والمشاهدة، فالمذهب أنه لا يشترط مع ذلك نقله، فإن شرطنا النقل، أو المشاهدة، فهل يصح التوكيل فيه؟ فيه وجهان: أصحهما: الصحة، كابتداء القبض. والثاني: لا، لأن ابتداء القبض له، فليتمَّه.

فرع: لو ذهب ليقبضه، فوجده قد ذهب من يده، نظر، إن أذن له في القبض بعد العقد، فله أخذه حيث وجده، وإلا، لم يأخذه حتى يقبضه الراهن، سواء شرطنا الإذن الجديد، أم لا، كذا قاله ابن عبدان، وكأنه صوَّره فيما إذا علم خروجه من يده قبل العقد. أما إذا خرج بعده ولم يشترط الإذن الجديد، فقد جعلنا الرهن ممن هو في يده إذنًا في القبض، فليكن كما لو استأنف إذنًا.

فرع: إذا رهن الأب مال الطفل عند نفسه، أو ماله عند الطفل، ففي اشتراط مضي زمان يمكن فيه القبض، وجهان: فإن شرطناه، فهو كرهن الوديعة عند المودع، فيعود الخلاف المذكور. وقصد الأب قبضًا وإقباضًا، كالإذن الجديد هناك.

فرع: إذا باع المالك الوديعة، أو العاريَّة ممن في يده، فهل يعتبر زمان إمكان

القبض لجواز التصرف وانتقال الضمان؟ وجهان: أصحهما: نعم. ثم اشتراط المشاهدة والنقل، كما سبق في الرهن والهبة، فعلى هذا، هل يحتاج الى إذن في القبض؟ نظر، إن كان الثمن حالًّا ولم يوفه، لم يحصل على القبض إلا بإذن البائع، فإن وفاه أو كان مؤجلًا، فالمذهب: أنه لا يحتاج إليه، وبهذا قطع الجمهور. وقيل: هو كالرهن، والفرق على المذهب: أن القبض مستحق في البيع، فكفى دوامه.

فرع: إذا رهن المالك ماله عند الغاصب، أو المستعير، أو المستام، أو الوكيل، صح. والقول في افتقار لزومه إلى مضي زمان يتأتَّى فيه القبض، وإلى إذن جديد في القبض، على ما ذكرناه في رهن الوديعة عند المودع. وقيل: لا بد في الغصب من إذن قطعًا، لعدم الإذن في أول اليد. وإذا رهن عند الغاصب، لا يبرأ من الضمان، فإن أراد البراءة، رده الى الراهن، ثم له الاسترداد بحكم الارتهان. فإن امتنع الراهن من قبضه، فله إجباره. ولو أراد الراهن إجبار المرتهن على رده إليه، ثم يرده هو عليه، لم يكن له ذلك على الأصح، وبه قال القاضي، إذ لا غرض له في براءة ذمة المرتهن. وإن أودعه عند الغاصب، برىء على الأصح، لأن مقصود الإيداع، الائتمان، والضمان والأمانة لا يجتمعان، فإنه لو تعدى في الوديعة، لم يبق أمينًا، بخلاف الرهن، فإنه يجتمع هو والضمان، فإنه لو تعدى في الرهن، صار ضامنًا وبقي الرهن. والإجارة، والتوكيل، والقراض على المال المغصوب، وتزويجه للجارية التي غصبها لا يفيد البراءة على المذهب. ولو صرح بإبراء الغاصب من ضمان الغصب، والمال باقٍ في يده، ففي براءته ومصير يده يد أمانة، وجهان أصحهما: لا يبرأ. قلت: قطع صاحب «الحاوي» بأنه يبرأ، وصححه البغوي، قال صاحبا «الشامل» و«المهذب»: هو ظاهر النص. والله أعلم.

فرع: لو رهن العاريَّة عند المستعير، أو المقبوض بالسوم، أو بشراء فاسد عند قابضه، لم يبرأ على الأصح. قلت: قال صاحب «الشامل»: إذا رهن العاريَّة عند المستعير، لم يزل ضمانها، وكان له الانتفاع بها. فإن منعه الانتفاع، ففي زوال الضمان وجهان: وقال في «الحاوي»: في بطلان العاريَّة وجهان: أحدهما: لا تبطل، وله الانتفاع. فعلى هذا، يبقى الضمان. والثاني: تبطل العارية، وليس له الانتفاع، ويسقط الضمان. والله أعلم.

فصل: في الطوارىء المؤثرة في العقد قبل القبض، وهي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما ينشئه الراهن من التصرفات، فكل مزيل للملك، كالبيع، والإعتاق، والإصداق، وجعله أجرة، والرهن، والهبة مع القبض والكتابة، والوطء

مع الإحبال، يكون رجوعًا عن الرهن إذا وُجد قبل القبض. والتزويج، والوطء بلا إحبال، ليس برجوع، بل رهن المزوجة ابتداءً جائز. وأما الإجارة، فإن جوَّزنا رهن المستأجَر وبيعه، فليس برجوع، وإلا، فرجوع على الأصح. والتدبير، رجوع على الصحيح المنصوص.

قال أصحابنا العراقيون وصاحب «التتمة»: إن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي قبل محِل الدين، لم يكن رجوعًا قطعًا، وإلا فعلى الخلاف والبناء المذكور. والأصح على الجملة: أنها ليست رجوعًا مطلقًا، ونص عليه في «الأم» وقطع به الشيخ أبو حامد والبغوي. والله أعلم.

النوع الثاني: ما يعرض للمتعاقدَين، فإن مات أحدهما قبل القبض، فنص: أنه يبطل بموت الراهن دون المرتهن، وفيهما طرق. أصحها: . فيهما قولان. أظهرهما: لا يبطل فيهما، لأن مصيره الى اللزوم، فلا يبطل بموتهما كالبيع. والثاني: يبطل، لأنه جائز، فبطل كالوكالة. والطريق الثاني: تقرير النصين، لأن المرهون بعد موت الراهن، ملك لوارثه. وفي إبقاء الرهن ضرر عليهم، وفي موت المرتهن يبقى الدين والوارث محتاج الى الوثيقة حاجة ميته. والثالث: القطع بعدم البطلان فيهما. فإذا قلنا بالقولين، فقيل: هما مختصان برهن التبرع. فأما المشروط في بيع، فلا يبطل قطعًا لتأكده. والمذهب: طردهما في النوعين، وبه قال الجمهور. فإذا أبقينا الرهن، قام وارث الراهن مقامه في الإقباض، ووارث المرتهن في القبض، وسواء أبطلناه أم لا، ولم يتحقق الوفاء بالرهن المشروط، ثبت الخيار في فسخ البيع. ولو جنَّ أحدهما، أو أغمي عليه قبل القبض، فإن قلنا: لا يبطل بالموت، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: فإن لم نبطله، فجن المرتهن، قبض من ينظر في ماله. فإن لم يسلمه الراهن وكان مشروطًا في بيع، فعل ما فيه المصلحة من الفسخ والإجازة. وإن جن الراهن، فإن كان مشروطًا في بيع، وخاف الناظر فسخ المرتهن إن لم يسلمه، والحظ في الإمضاء، سلمه. وإن لم يخف، أو كان الحظ في الفسخ، أو كان رهن تبرع، لم يسلمه، كذا أطلقوه، ومرادهم: إذا لم يكن ضرورة ولا غبطة، لأنهما تجوِّزان رهن مال المجنون ابتداءً، فالاستدامة أولى. ولو طرأ على أحدهما حجر سفه، أو فلس، لم يبطل على المذهب.

النوع الثالث: ما يعرض في المرهون. فلو رهن عصيرًا و أقبضه، فانقلب في يد المرتهن خمرًا، بطل الرهن على الصحيح، وبه قطع الجمهور، لخروجه عن الماليَّة. وقيل: إن عاد خلاًّ، بان أن الرهن لم يبطل، وإلا، بان بطلانه، فإن أبطلنا، فلا خيار للمرتهن إن كان مشروطًا في بيع لأنه حدث في يده، فإن عاد خلاًّ، عاد الرهن على

المشهور، كما يعود الملك. ومرادهم ببطلانه أولًا: ارتفاع حكمه ما دام خمرًا، ولم يريدوا اضمحلال أثره بالكلية. ولو رهن شاة فماتت في يد المرتهن، فدبغ جلدها، لم يعد رهنًا على الأصح، واختاره الأكثرون، لأن ماليته حدثت بالمعالجة، بخلاف الخمر، ولأن العائد غير ذلك الملك. ولو انقلب خمرًا قبل القبض، ففي بطلانه البطلان الكلي، وجهان: أحدهما: نعم، لاختلاله في حال ضعف الرهن، وعدم لزومه. والثاني: لا، كما بعد القبض. ومقتضى كلامهم، ترجيح هذا.

وقد قطع صاحبا «الشامل» و«البيان» بالأول، ولكن الثاني أصح، وصححه في «المحرر». والله أعلم.

قال في «التهذيب» وعلى الوجهين لو كان مشروطًا في بيع، ثبت الخيار للمرتهن، لأن الخلَّ دون العصير. ولا يصح الإقباض في حال الخمرية، فلو فعل وعاد خلاً، فعلى الوجه الثاني: لا بد من استئناف قبض، وعلى الأول: لا بد من استئناف عقد، ثم القبض فيه على ما ذكرنا فيما إذا رهنه ما هو في يده.

فرع: لو انقلب المبيع خمرًا قبل القبض، فالكلام في انقطاع البيع وعَوده إذا عاد خلاً على ما ذكرناه في انقلاب العصير المرهون خمرًا بعد القبض.

وهذا هو المذهب، وبه قال الأكثرون، وقطع جماعة من العراقيين، منهم صاحب «الشامل» بأنه يبطل البيع، وفرَّقوا بينه وبين الرهن بعد القبض، بأن الرهن عاد تبعًا لملك الراهن، وهنا يعود ملك البائع لعدم البيع، ولا يصح أن يبيع ملك المشتري. والله أعلم.

ولو جنى المرهون قبل القبض، وتعلَّق برقبته أرش، وقلنا: رهن الجاني ابتداءً فاسد، ففي بطلان الرهن وجهان: كتخمر العصير، وهنا أولى بعدم البطلان، لدوام الملك في الجاني. قال الإمام: وإباق المرهون قبل القبض يخرَّج على وجهين: لأنه انتهى الى حالة تمنع ابتداء الرهن.

وأصحهما: لا يبطل، وصححه في «المحرر». والله أعلم.

باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز

قال المصنف رحمه الله تعالى: ما لا يجوز بيعه كالوقف وأم الولد، والكلب والخنزير لا يجوز رهنه، لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفي الحق منه، وهذا لا يوجد فيما لا يجوز بيعه فلم يصح رهنه.

فصل: وما يسرع إليه الفساد من الأطعمة والفواكه الرطبة التي لا يمكن استصلاحها، يجوز رهنه بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل فساده لأنه يمكن

بيعه واستيفاء الحق من ثمنه، فأما ما رهنه بدين مؤجل إلى وقت يفسد قبل محله فإنه ينظر فيه، فإن شرط أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد جاز رهنه، وإن أطلق ففيه قولان:

أحدهما: لا يصح وهو الصحيح، لأنه لا يمكن بيعه بالدَّين في محله فلم يجز رهنه كأم الولد. والثاني: يصح، وإذا خيف عليه أجبر على بيعه ويجعل ثمنه رهنًا، لأن مطلق العقد يحمل على المتعارف ويصير كالمشروط، والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فساده، فيصير كما لو شرط ذلك، ولو شرط ذلك جاز رهنه، فكذلك إذا أطلق، فإن رهن ثمرة يسرع إليها الفساد مع الشجر ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان، كما لو أفرده بالعقد، ومنهم من قال: يصح قولًا واحدًا لأنه تابع للشجر، فإذا هلكت الثمرة بقيت الشجرة».

فصل: وإن علق عتق عبد على صفة توجد قبل محل الدين لم يجز رهنه، لأنه لا يمكن بيعه في الدين. وقال أبو علي الطبري رحمه الله: إذا قلنا يجوز رهن ما يسرع إليه الفساد جاز رهنه، وإن علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين ويجوز أن لا توجد، ففيه قولان، أحدهما: يصح لأن الأصل بقاء العقد ومكان البيع؛ ووقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه، فلا يمنع صحة الرهن كجواز الموت في الحيوان المرهون والثاني: لا يصح لأنه قد توجد الصفة قبل محل الدين فلا يمكن بيعه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة الرهن.

فصل: واختلف أصحابنا في المدبر فمنهم من قال: لا يجوز رهنه قولًا واحدًا، لأنه قد يموت المولى فجأة فيعتق فلا يمكن بيعه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة الرهن، ومنهم من قال: يجوز قولًا واحدًا لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعبد القن، ومنهم من قال: فيه قولان؛ بناء على القولين في أن التدبير وصية أو عتق بصفة، فإن قلنا: إنه وصية جاز رهنه، لأنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول، فجعل الرهن رجوعًا، وإن قلنا: إنه عتق بصفة لم يجز رهنه، لأنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول، وإنما يجوز الرجوع فيه بتصرف يزيل الملك، والرهن لا يزيل الملك. قال أبو إسحاق: إذا قلنا: إنه يصح رهنه فحل الحق وقضى سقط حكم الرهن وبقي العبد على تدبيره، وإن لم يقض قيل له: أترجع في التدبير؟ فإن اختار الرجوع بيع العبد في الرهن، وإن لم يختر فإن كان له مال غيره قضي منه الدين، ويبقى العبد على التدبير، وإن لم يكن له مال غيره ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يحكم بفساد الرهن، لأنه إنما صححنا الرهن لأنا قلنا لعله يقضي الدين من غيره أو يرجع في التدبير، فإذا لم يفعل حكمنا بفساد الرهن، والثاني: أنه يباع في الدين وهو الصحيح، لأنا حكمنا بصحة الرهن، ومن حكم الرهن أن يباع في الدين وما سوى ذلك من الأموال كالعقار والحيوان وسائر ما يباع يجوز رهنه، لأنه يحصل به مقصود الرهن وما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعًا، لأن المشاع كالمقسوم في جواز البيع فكان كالمقسوم في جواز

الرهن، فإن كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه ففيه وجهان: أحدهما: يصح كما يصح بيعه، والثاني: لا يصح لأن فيه إضرارًا بالشريك بأن يقتسما فيقع هذا البيت في حصته فيكون بعضه رهنًا.

فصل: ولا يجوز رهن مال الغير بغير إذنه، لأنه لا يقدر على تسليمه ولا على بيعه في الدين، فلم يجز رهنه، كالطير الطائر والعبد الآبق، فإن كان في يده مال لمن يرثه وهو يظن أنه حي فباعه أو رهنه، ثم بان أنه قد مات قبل العقد، فالمنصوص أن العقد باطل لأنه عقد، وهو لاعب فلا يصح. ومن أصحابنا من قال يصح لأنه صادف ملكه فأشبه إذا عقد وهو يعلم أنه ميت.

فصل: وإن رهن مبيعًا لم يقبضه نظرت، فإن رهنه قبل أن ينقد ثمنه لم يصح الرهن لأنه محبوس بالثمن فلا يملك رهنه كالمرهون، فإن رهنه بعد نقد الثمن ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح، لأنه عقد يفتقر إلى القبض، فلم يصح في المبيع قبل القبض كالبيع. والثاني: يصح، وهو المذهب، لأن الرهن لا يقتضي الضمان فجاز فيما لم يدخل في ضمانه بخلاف البيع.

فصل: في رهن الدين وجهان: أحدهما: يجوز، لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعين. والثاني: لا يجوز لأنه لا يدري هل يعطيه أم لا، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد.

فصل: ولا يجوز رهن المرهون من غير إذن المرتهن، لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق، كبيع ما باعه وإجارة ما أجره، وهل يجوز رهنه بدين آخر عند المرتهن؟ فيه قولان، قال في «القديم»: يجوز: وهو اختيار المزني، لأنه إذا جاز أن يكون مرهونًا بألف ثم يصير مرهونًا بخمسمائة جاز أن يكون مرهونًا بخمسمائة، ثم يصير مرهونًا بألف. وقال في «الجديد»: لا يجوز لأنه رهن مستحق بدين، فلا يجوز رهنه بغيره، كما لو رهنه عند غير المرتهن، فإن جنى العبد المرهون ففداه المرتهن، وشرط على الراهن أن يكون رهنًا بالدين والأرش، ففيه طريقان، من أصحابنا من قال هو على القولين؛ ومنهم من قال يصح ذلك قولًا واحدًا، والفرق بين الأرش وبين سائر الديون أن الأرش متعلق بالرقبة، فإذا رهنه به فقد علق بالرقبة ما كان متعلقًا بها، وغيره لم يكن متعلقًا بالرقبة فلم يجز رهنه به، ولأن في الرهن بالأرش مصلحة للراهن في حفظ ماله، وللمرتهن في حفظ وثيقته، وليس في رهنه بدين آخر مصلحة، ويجوز للمصلحة ما لا يجوز لغيرها، والدليل عليه أنه يجوز أن يفتدي العبد بقيمته في الجناية ليبقى عليه، وإن كان لا يجوز أن يشتري ماله بماله.

فصل: وفي رهن العبد الجاني قولان. واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاث طرق، فمنهم من قال القولان في العمد، فأما في جناية الخطأ فلا يجوز قولًا واحدًا. ومنهم من قال: القولان في الجميع، وقد بينا وجوههما في البيع.

فصل: ولا يجوز رهن ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر لأنه لا يمكن تسليمه ولا بيعه في الدين فلم يصح رهنه.

فصل: وما لا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه، لأن الصفات مقصودة في الرهن للوفاء بالدين كما أنها مقصودة في البيع للوفاء بالثمن، فإذا لم يجز بيع المجهول وجب أن لا يجوز رهن المجهول.

فصل: وفي رهن الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع قولان:

أحدهما: لا يصح لأنه عقد لا يصح فيما لا يقدر على تسليمه فلم يجز في الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع. والثاني: أنه يصح لأنه إن كان بدين حال فمقتضاه أن تؤخذ فتباع فيأمن أن تهلك بالعاهة، وإن كان بدين مؤجل فتلفت الثمرة لم يسقط دينه وإنما تبطل وثيقته والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل فجاز بخلاف البيع، فإن العادة فيه أن يترك إلى أوان الجذاذ فلا يأمن أن يهلك بعاهة فيذهب الثمن ولا يحصل المبيع فيعظم الضرر فلم يجز من غير شرط القطع.

فصل: وإن كان له أصول تحمل في السنة مرة بعد أخرى كالتين والقثاء فرهن المحل الظاهر، فإن كان بدين يستحق فيه بيع الرهن قبل أن يحدث الحمل الثاني ويختلط به جاز لأنه يأمن الغرر بالاختلاط، وإن كان بدين لا يستحق البيع فيه إلا بعد حدوث الحمل الثاني واختلاطه به نظرت فإن شرط أنه إذا خيف الاختلاط قطعه جاز لأنه منع الغرر بشرط القطع. وإن لم يشترط القطع ففيه قولان، أحدهما: أن العقد باطل لأنه يختلط بالمرهون غيره فلا يمكن إمضاء العقد على مقتضاه، والثاني: أنه صحيح لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك ثمرته للمرتهن أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه ويأخذ ما زاد فإذا أمكن إمضاء العقد لم يحكم ببطلانه.

فصل: ويجوز أن يرهن الجارية دون ولدها لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يؤدي إلى التفريق بينهما. فإن حل الدين ولم يقضه بيعت الأم والولد ويقسم الثمن عليهما فما قابل الأم تعلق به حق المرتهن في قضاء دينه، وما قابل الولد يكون للراهن لا يتعلق به حق المرتهن.

فصل: وفي جواز رهن المصحف وكتب الأحاديث والعبد المسلم عند الكافر طريقان. قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد: فيه قولان كالبيع، أحدهما: يبطل. والثاني: يصح ويجبر على تركه في يد مسلم. وقال أبو علي الطبري في «الإفصاح» يصح الرهن قولًا واحدًا ويجبر على تركه في يد مسلم؛ ويفارق البيع بأن البيع ينتقل الملك فيه إلى الكافر وفي الرهن المرهون باق على ملك المسلم.

فصل: فإن شرط في الرهن شرطًا ينافي مقتضاه مثل أن يقول: رهنتك

على أن لا أسلمه أو على ألا يباع في الدين أو على أن منفعته لك، أو على أن ولده لك، فالشرط باطل لقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، ولو كان مائة شرط»[(١)] وهل يبطل الرهن؟ ينظر فيه، فإن كان الشرط نقصانًا في حق المرتهن كالشرطين الأولين، فالعقد باطل لأنه يمنع المقصود فأبطله، وإن كان زيادة في حق المرتهن كالشرطين الآخرين ففيه قولان. أحدهما: يبطل الرهن وهو الصحيح. لأنه شرط فاسد قارن العقد فأبطله، كما لو شرط نقصانًا في حق المرتهن، والثاني: أنه لا يبطل لأنه شرط جميع أحكامه وزاد فبطلت الزيادة وبقي العقد بأحكامه، فإذا قلنا إن الرهن يبطل؛ فإن كان الرهن مشروطًا في بيع فهل يبطل البيع؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه لا يبطل لأنه يجوز شرطه بعد البيع، وما جاز شرطه بعد تمام العقد لم يبطل العقد بفساده كالصداق في النكاح. والثاني: أنه يبطل وهو الصحيح، لأن الرهن يترك لأجله جزء من الثمن، فإذا بطل الرهن وجب أن يضم إلى الثمن الجزء الذي ترك لأجله وذلك مجهول، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولًا، فيصير الثمن مجهولًا. والجهل بالثمن يفسد البيع.

فصل: ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن، ويجوز أن يجعل في يد عدل لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك، فإن كان المرهون أمة لم توضع إلا عند امرأة أو عند محرم لها، أو عند من له زوجة لقوله ﷺ: «لا يخلونَّ أحدكم بامرأة ليست له بمحرم، فإن ثالثهما الشيطان»[(٢)] فإن جعل الرهن على يد عدل ثم أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يكن له ذلك، لأنه حصل عند العدل برضاهما، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقله، فإن اتفقا على النقل إلى غيره جاز لأن الحق لهما، وقد رضيا، فإن مات العدل أو اختل فاختلف الراهن والمرتهن فيمن يكون عنده أو مات المرتهن أو اختل والرهن عنده فاختلف الراهن، ومن ينظر في مال المرتهن فيمن يكون الرهن عنده رفع الأمر إلى الحاكم فيجعله عند عدل، فإن جعلا الرهن على يد عدلين، فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع في يد الآخر ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن ما جعل إلى اثنين لم يجز أن ينفرد به أحدهما

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٦٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٠٤) وأبو داود في سننه برقم (٣٩٢٩) والترمذي في سننه برقم (٢١٢٤) والنسائي في سننه (٦/ ١٦٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٢١) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٨٠) وأحمد في المسند (٦/ ٨١).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢/ ٦٤) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢/ ٢٨٤) وأحمد في المسند (١/ ١٧٧) وأبو يعلى في مسنده (١/ ١٣١) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في السلسلة الصحيحة برقم (٤٣٠).

كالوصية. والثاني: يجوز لأن في اجتماع الاثنين على حفظه مشقة، فعلى هذا إن اتفقا على أن يكون في يد أحدهما جاز. وإن تشاحا نظرت ـ فإن كان مما لا ينقسم ـ جعل في حرز لهما، وإن كان مما ينقسم جاز أن يقتسما فيكون عند كل واحد منهما نصفه، فإن اقتسما ثم سلم أحدهما حصته إلى الآخر ففيه وجهان: أحدهما: يجوز لأنه لو سلم إليه قبل القسمة جاز، فكذلك بعد القسمة، والثاني: لا يجوز لأنهما لما اقتسما صار كل واحد منهما منفردًا بحصته فلا يجوز أن يسلم ذلك إلى غيره كما لو جعل في يد كل واحد منهما نصفه والله أعلم.

باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل وما يملكه الراهن وما لا يملكه

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ما يحدث من عين الرهن من النماء المتميز، كالشجر والثمر واللبن والولد والصوف والشعر، لا يدخل في الرهن لما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يُغْلِقُ الرَّهْنُ الرَّهْنَ من راهنه الذي رهنه له غُنْمُهُ وعليه غُرْمُهُ»[1] والنماء من الغنم فوجب أن يكون له. وعن ابن عمر وأبي هريرة مرفوعًا: «الرهن محلوب ومركوب»[2] ومعلوم أنه لم يرد أنه محلوب ومركوب للمرتهن، فدل على أنه أراد به محلوب ومركوب للراهن، ولأنه عقد لا يزيل الملك فلم يسر إلى النماء المتميز كالإجارة، فإن رهن نخلًا على أن ما يتميز داخل في الرهن، أو ماشية على أن ما تنتج داخل في الرهن، فالمنصوص في «الأم» أن الشرط باطل.

وقال في «الأمالي القديمة»: لو قال قائل: إن الثمرة والنتاج يكون رهنًا كان مذهبًا، ووجهه أنه تابع للأصل فجاز أن يتبعه كأساس الدار، والمذهب الأول وهذا مرجوع عنه لأنه رهن مجهول ومعدوم فلم يصح، بخلاف أساس الدار فإنه موجود، ولكنه شق رؤيته فعفي عن الجهل به، وأما النماء الموجود في حال العقد ينظر فيه، فإن كان شجرًا فقد قال في الرهن: لا يدخل فيه، وقال في البيع يدخل، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق وقد بيناها في «البيوع»، وإن كان ثمرًا نظرت ـ فإن كان ظاهرًا كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار ـ لم يدخل في الرهن، لأنه إذا لم يدخل ذلك في البيع وهو يزيل الملك فَلأَن لا يدخل في الرهن وهو لا يزيل الملك أولى، وإن كان ثمرًا غير ظاهر كالطلع الذي لم يؤبر

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه برقم (١١٢٣ موارد) والحاكم في المستدرك (٢/ ٥١) والدارقطني في سننه (٣/ ٣٢) والبيهقي في سننه (٦/ ٣٩).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٣٤) والبيهقي في سننه (٦/ ٣٨).

وما أشبهه من الثمار ففيه طريقان: من أصحابنا من قال فيه قولان، أحدهما: يدخل فيه قياسًا على البيع، والثاني: لا يدخل فيه وهو الصحيح، لأنه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد لم يدخل الموجود حال العقد؛ ومنهم من قال لا يدخل فيه قولًا واحدًا. ويخالف البيع، فإن في البيع ما يحدث بعد العقد ملك للمشتري، والحادث بعد العقد لا حق للمرتهن فيه، ولأن البيع يزيل الملك فيدخل فيه النماء، والرهن لا يزيل الملك فلم يدخل فيه.

واختلف أصحابنا في ورق التوت والآس وأغصان الخلاف، فمنهم من قال: هو كالورق والأغصان من سائر الأشجار فيدخل في الرهن، ومنهم من قال: إنها كالثمار من سائر الأشجار فيكون حكمها حكم الثمار. وإن كان النماء صوفًا أو لبنًا فالمنصوص أنه لا يدخل في العقد. وقال الربيع: في الصوف قول آخر أنه يدخل. فمن أصحابنا من قال: فيه قولان، ومنهم من قال: لا يدخل قولًا واحدًا، وما قاله الربيع من تخريجه.

فصل: ويملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن، كخدمة العبد وسكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض. لقوله ﷺ: «الرهن محلوب ومركوب»[1] ولأنه لم يدخل في العقد ولا يضر بالمعقود له، فبقي على ملكه وتصرفه كخدمة الأمة المزوجة، ووطء الأمة المستأجرة، وله أن يستوفي ذلك بالإجارة والإعارة، وهل له أن يستوفي ذلك بنفسه؟ قال في «الأم»: له ذلك. وقال في الرهن الصغير: لا يجوز، فمن أصحابنا من قال فيه قولان، أحدهما: لا يجوز لأنه لا يأمن أن يجحد فيبطل حق المرتهن، والثاني: يجوز وهو الصحيح، لأن كل منفعة جاز أن يستوفيها بغيره جاز أن يستوفيها بنفسه كمنفعة غير المرهون، ودليل القول الأول يبطل به إذا أكره من غيره فإنه لا يؤمن أن يجحد ثم يجوز ومنهم من قال: إن كان الراهن ثقة جاز، لأنه يؤمن أن يجحد، وإن كان غير ثقة لم يجز، لأنه لا يؤمن أن يجحد، وحمل القولين على هذين الحالين.

فصل: وأما ما فيه ضرر بالمرتهن فإنه لا يملك لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[2] فإن كان المرهون مما ينقل فأراد أن ينتفع به في السفر، أو يكريه ممن يسافر به لم يجز، لأن أمن السفر لا يوثق به فلا يؤمن أن يؤخذ فيه، فيدخل على المرتهن الضرر، وإن كان ثوبًا لم يملك لبسه لأنه ينقص قيمته وإن كان أمة لم يملك تزويجها، لأنه ينقص قيمتها، وهل يجوز وطؤها ينظر فإن كانت ممن

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٣٤٠) وأحمد في المسند (٥/ ٣٢٦) والبيهقي في سننه (١٠/ ١٢٣).

تحبل لم يجز وطؤها، لأنه لا يؤمن أن تحبل فتنقص قيمتها وتبطل الوثيقة باستيلادها. وإن كانت ممن لا تحبل لصغر أو كبر ففيه وجهان، قال أبو إسحاق يجوز وطؤها لأنا قد أمنا الضرر بالإحبال. وقال أبو علي ابن أبي هريرة: لا يجوز، لأن السن الذي لا تحبل فيه لا يتميز عن السن الذي تحبل فيه مع اختلاف الطباع. فمنع الجميع كما قلنا في شرب الخمر لما لم يتميز ما يسكر مما لا يسكر مع اختلاف الطباع في السكر حرم الجميع، فإذا منعنا من الوطء منعنا من الاستخدام لأنه لا يؤمن أن يطأها، وإذا لم يمنع من الوطء جاز الاستخدام فإن كان أرضًا فأراد أن يغرس فيها أو يبني لم يجز، لأنه يراد للبقاء وينقص به قيمة الأرض عند القضاء، فإذا خالف وغرس أو بنى ـ والدين مؤجل ـ لم يقلع في الحال لأنه يجوز أن يقضي الدين من غير الأرض، وربما لم تنقص قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن الدين، فلا يجوز الإضرار بالراهن في الحال، لضرر متوهم بالمرتهن في ثاني الحال، فإن حل الدين ولم يقض وعجزت قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن قدر الدين قلع، فإن أراد أن يزرع ما يضر بالأرض لم يجز، وإن لم يضر بالأرض نظرت، فإن كان يحصد قبل محل الدين جاز، وإن كان لا يحصد إلا بعد محل الدين ففيه قولان.

أحدهما: لا يجوز لأنه ينقص قيمة الأرض فيستضر به المرتهن.

والثاني: يجوز لأنه ربما قضاه الدين من غير الأرض، وربما وقت قيمة الأرض مع الزرع بالدين فلا يمنع منه في الحال، وإن أراد أن يؤجر إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها لم يجز له لأنه ينقص قيمة الأرض.

وقال أبو علي الطبري رحمه الله: فيها قولان كزراعة ما لا يحصد قبل محل الدين. وإن كان فحلاً وأراد أن ينزيه على الإناث جاز، لأنه انتفاع لا ضرر فيه على المرتهن فلم يمنع منه كالركوب، فإن كان أنثى أراد أن ينزي عليها الفحل نظرت فإن كانت تلد قبل محل الدين جاز، لأنه لا ضرر على المرتهن، وإن كان الدين يحل قبل ولادتها وقبل ظهور الحمل بها جاز، لأنه يمكن بيعها؛ وإن كان يحل بعد ظهور الحمل ـ فإن قلنا إن الحمل لا حكم له ـ جاز لأنه يباع معها، وإن قلنا له حكم لم يجز لأنه خارج من الرهن، فلا يمكن بيعه مع الأم، ولا يمكن بيع الأم دونه فلم يجز.

فصل: ويملك الراهن التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كودج الدابة وتبزيغها، وفصد العبد وحجامته، لأنه إصلاح مال من غير إضرار بالمرتهن، وإن أراد أن يختن العبد، فإن كان كبيرًا لم يجز، لأنه يخاف منه عليه وإن كان صغيرًا نظرت، فإن كان في وقت يندمل الجرح فيه قبل حلول الدين جاز، وإن كان في وقت يحل الدين قبل اندمال جرحه لم يجز لأنه ينقص ثمنه وإن كانت به آكلة يخاف من تركها ولا يخاف من قطعها جاز أن يقطع وإن كان يخاف من تركها ويخاف من قطعها لم يجز قطعها، لأنه جرح يخاف عليه منه

فلم يجز، كما لو أراد أن يجرحه من غير آكلة، وإن كانت ماشية فأراد أن يخرج بها في طلب لكلأ ـ فإن كان الموضع مخصبًا ـ لم يجز له ذلك، لأنه يغرر به من غير حاجة، وإن كان الموضع مجدبًا جاز له، لأنه موضع ضرورة، وإن اختلفا في موضع لنجعة فاختار الراهن جهة واختار المرتهن أخرى، قدم اختيار الراهن، لأنه يملك العين والمنفعة وليس للمرتهن إلا حق الوثيقة، فكان تقديم اختياره أولى، وإن كان الرهن عبدًا فأراد تدبيره جاز، لأنه يمكن بيعه في الدين، فإن دبره وحل الدين فإن كان له مال غيره لم يكلف بيع المدبر، وإن لم يكن له مال غيره بيع منه بقدر الدين وبقي الباقي على التدبير، وإن استغرق الدين جميعه بيع الجميع.

فصل: ولا يملك التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[1] فإن باعه أو وهبه أو جعله مهرًا في نكاح أو أجرة في إجارة أو كان عبدًا فكاتبه لم يصح، لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ، وإن أعتقه ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يصح لأنه عقد لا يزيل الملك فلم يمنع صحة العتق، كالإجارة.

والثاني: أنه لا يصح، لأنه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن، فلم يصح من الراهن بنفسه كالبيع، والثالث: وهو الصحيح أنه إذا كان موسرًا صح؛ وإن كان معسرًا لم يصح لأنه عتق في ملكه يبطل به حق غيره، فاختلف فيه الموسر والمعسر كالعتق في العبد المشترك بينه غيره، فإن قلنا: إن العتق يصح، فإن كان موسرًا أخذت منه القيمة وجعلت رهنًا مكانه لأنه أتلف رقه فلزمه ضمانه كما لو قتله، وتعتبر قيمته وقت الإعتاق لأنه حالة الإتلاف، ويعتق بنفس اللفظ، ومن أصحابنا من قال: في وقت العتق ثلاثة أقوال:

أحدها: بنفس اللفظ، والثاني: بدفع القيمة، والثالث: موقوف: فإن دفع القيمة حكمنا أنه عتق من حين الإعتاق، وإن لم يدفع حكمنا أنه لم يعتق في حال الإعتاق، كما قلنا فيمن أعتق شركًا له في عبد أنه يسري، وفي وقت السراية ثلاثة أقوال ـ وهذا خطأ ـ لأنه لو كان كالعتق في العبد المشترك لوجب أن لا يصح العتق من المعسر، كما لا يسري العتق بإعتاق المعسر في العبد المشترك، وإن كان معسرًا وجبت عليه القيمة في ذمته، فإن أيسر قبل محل الدين طولب بها لتكون رهنًا مكانه، وإن أيسر في محل الدين طولب بقضاء الدين، وإن قلنا: إن العتق لا يصح ففكه أو بيع في الدين ثم ملكه، لم يعتق عليه. ومن أصحابنا من قال: يعتق في الحال لحق المرتهن، وقد زال حق المرتهن فنفذ العتق، كما

(١) تقدم.

لو أحبلها ثم فكها أو بيعت ثم ملكها والمذهب الأول لأنه عتق لم ينفذ في الحال فلم ينفذ بعد ذلك، كما لو أعتق المحجور عليه ثم فك عنه الحجر، ويخالف الإحبال فإنه فعل، وحكم الفعل أقوى من حكم القول، ولهذا لو أحبل المجنون جاريته نفذ إحباله وثبت لها حق الحرية، ولو أعتقها لم يصح، وإن قلنا: إنه يصح العتق إن كان موسرًا ولا يصح إذا كان معسرًا؛ فقد بينا حكم الموسر والمعسر.

وإن كان المرهون جارية فأحبلها فهل ينفذ إحباله أم لا؟ على الأقوال الثلاثة، وقد بينا وجوهها في العتق، فإن قلنا إنه ينفذ فالحكم فيه كالحكم في العتق، وإن قلنا: إنه ينفذ إحباله صارت أم ولد في حق الراهن لأنها علقت بحرٍّ في ملكه، وإنما لم ينفذ لحق المرتهن، فإن حل الدين وهي حامل لم يجز بيعها لأنها حامل بحر، وإن ماتت من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته، وفي القيمة التي تجب ثلاثة أوجه، أحدها: تجب قيمتها وقت الوطء، لأنه وقت سبب التلف، فاعتبرت القيمة فيه، كما لو جرحها وبقيت ضنيئة إلى أن ماتت.

والثاني: تجب قيمتها أكثر ما كانت من حين الوطء إلى حين التلف، كما قلنا فيمن غصب جارية وأقامت في يده ثم ماتت.

والثالث: أنه تجب قيمتها وقت الموت لأن التلف حصل بالموت والمذهب الأول، وما قال الثاني لا يصح، لأن الغصب موجود من حين الأخذ إلى حين التلف، والوطء غير موجود من حين الوطء إلى حين التلف، وما قال الثالث يبطل به إذا جرحها ثم ماتت فإن التلف حصل بالموت ثم تجب القيمة وقت الجراحة، وإن ولدت نظرت، فإن نقصت بالولادة وجب عليه أرش ما نقص، وإن حل الدين ولم يقضه فإن أمكن أن يقضي الدين بثمن بعضها بيع منها بقدر ما يقضي به الدين وإن فكها من الرهن أو بيعت وعادت إليه ببيع أو غيره صارت أم ولد له، وقال المزني: لا تصير كما لا تعتق إذا أعتقها ثم فكها أو ملكها، وقد بينا الفرق بين الإعتاق والإحبال فأغنى عن الإعادة.

فصل: وإن وقف المرهون ففيه وجهان: أحدهما: أنه كالعتق لأنه حق لله تعالى لا يصح إسقاطه بعد ثبوته فصار كالعتق، والثاني: أنه لا يصح لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير فلا يصح كالبيع والهبة.

فصل: وما منع منه الراهن لحق المرتهن كالوطء، والتزويج وغيرهما إذا أذن فيه جاز له فعله، لأن المنع لحقه فزال بإذنه، وما يبطل لحقه كالبيع والعتق وغيرهما إذا فعله بإذنه صح، لأن بطلانه لحقه فصح بإذنه، فإن أذن في البيع أو العتق ثم رجع قبل أن يبيع، أو قبل أن يعتق لم يجز البيع والعتق لأنه بالرجوع سقط الإذن فصار كما لو لم يأذن، فإن لم يعلم بالرجوع فباع أو أعتق ففيه وجهان.

أحدهما: أنه يسقط الإذن ويصير كما إذا باع أو أعتق بغير الإذن.

والثاني: أنه لا يسقط الإِذن بناء على القولين في الوكيل إذا عزله الموكل ولم يعلم حتى تصرف.

فصل: وإن أذن له في العتق فأعتق أو في الهبة فوهب وأقبض بطل الرهن لأنه تصرف ينافي مقتضى الوثيقة فعله بإذنه فبطلت به الوثيقة، فإن كان له في البيع لم يخل إما أن يكون في دين حالّ أو في دين مؤجل، فإن كان في دين حالّ تعلق حق المرتهن بالثمن، ووجب قضاء الدين منه، لأن مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه، وإن كان في دين مؤجل نظرت، فإن كان الإِذن مطلقًا فباع بطل الرهن وسقط حقه من الوثيقة، لأنه تصرف في عين الرهن لا يستحقه المرتهن، فعله بإذنه فبطل الرهن، كما لو أعتقه بإذنه، وإن أذن له في البيع بشرط أن يكون الثمن رهنًا ففيه قولان.

قال في «الإملاء»: يصح؛ ووجهه أنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهنًا إلى أن يوفيه جاز.

وقال في «الأم»: لا يصح، لأن ما يباع به من الثمن مجهول، ورهن المجهول لا يصح، فإذا بطل الشرط بطل البيع، لأنه إنما أذن في البيع بهذا الشرط ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع، وإن أذن له في البيع بشرط أن يعجل الدين فباع لم يصح البيع.

وقال المزني: يبطل الشرط ويصح العقد، لأنه شرط فاسد سبق البيع، فلم يمنع صحته كما لو قال لرجل: بع هذه السلعة ولك عُشر ثمنها. وهذا خطأ، لأنه إنما أذن له بشرط أن يعجل الدين وتعجيل الدين لم يسلم له. فإذا لم يسلم له الشرط بطل الإِذن فيصير البيع بغير إذن، ويخالف مسألة الوكيل، فإن هناك لم يجعل العوض في مقابلة الإِذن، وإنما جعله في مقابلة البيع وهٰهنا جعل تعجيل الدين في مقابلة الإِذن، فإذا بطل التعجيل بطل الإِذن، والبيع بغير إذن المرتهن باطل. وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: في هذه المسألة قول آخر أنه يصح البيع ويكون ثمنه رهنًا، كما لو أذن له في البيع بشرط أن يكون ثمنه رهنًا.

فصل: وما يحتاج إليه الرهن من نفقة وكسوة وعلف وغيرها فهو على الراهن لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا وعلى الذي يركب ويشرب نفقته» والذي يركب ويشرب هو الراهن فوجب أن يكون النفقة عليه، ولأن الرقبة والمنفعة على ملكه فكانت النفقة عليه وإن احتاج إلى شرب دواء أو فتح عرق فامتنع لم يجبر عليه لأن الشفاء بيد الله تعالى، وقد يجيء من غير قصد ولا دواء ويخالف النفقة فإنه لا يبقى دونها فلزمه القيام بها.

فصل: فإن جنى العبد المرهون بإذن المولى نظرت ـ فإن كان بالغًا عاقلًا ـ فحكمه حكم ما لو جنى بغير إذنه في القصاص والأرش ـ على ما بيناه ـ ولا

يلحق السيد بالإذن إلا الإثم، فإنه يأثم لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوبًا بين عينيه آيس من رحمة الله»[1] فإن كان غير بالغ نظرت فإن كان مميزًا يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل كان كالبالغ في جميع ما ذكرناه إلا في القصاص. فإن القصاص لا يجب على الصبي وإن كان صغيرًا لا يميز أو أعجميًا لا يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل لم تتعلق الجناية برقبته بل يتعلق حكم الجناية بالمولى. فإن كان موسرًا أخذ منه الأرش، وإن كان معسرًا فقد قال الشافعي رحمه الله: يباع العبد في أرش الجناية، فمن أصحابنا من حمله على ظاهره وقال: يباع لأنه قد باشر الجناية فبيع فيها ومنهم من قال: لا يباع لأن القاتل في الحقيقة هو المولى، وإنما هو آلة كالسيف وغيره وحمل قول الشافعي رحمه الله على أنه أراد إذا ثبت بالبينة أنه قتله فقال المولى أنا أمرته فقال: يؤخذ منه الأرش إن كان موسرًا بحكم إقراره، وإن كان معسرًا بيع العبد بظاهر البينة والله أعلم.

فصل: وإن جنى على العبد المرهون فالخصم في الجناية هو الراهن، لأنه هو المالك للعبد، ولما يجب من بدله، فإن ادعى على رجل أنه جنى عليه فأنكره ولم تكن بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه. فإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن، فإن نكل فهل ترد اليمين على المرتهن؟ فيه قولان؛ بناء على القولين في المفلس، إذا أردت عليه اليمين فنكل، فهل ترد على الغريم؟ فيه قولان، أحدهما: لا ترد، لأنه غير مدع. والثاني: ترد، لأنه ثبت له حق فيما يثبت باليمين. فهو كالمالك. فإن أقر المدعى عليه أو قامت البينة عليه أو نكل وحلف الراهن أو المرتهن على أحد القولين ـ فإن كانت الجناية موجبة للقود ـ فالراهن بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو. فإن اقتص بطل الرهن. وإن قال: لا أقتص ولا أعفو ففيه وجهان، قال أبو علي ابن أبي هريرة: للمرتهن إجباره على اختيار القصاص أو أخذ المال لأن له حقًا في بدله فجاز له إجباره على تعيينه.

وقال أبو القاسم الداركي: إن قلنا: إن الواجب بقتل العمد هو القود لم يملك إجباره لأنه إذا ملك إسقاط القصاص فلأن يملك تأخيره أولى. وإن قلنا: إن الواجب أحد الأمرين أجبر على التعيين لأن له حقًا هو القصاص وللمرتهن حقًا هو المال فلزمه التعيين وإن عفى على مال أو كانت الجناية خطأ وجب الأرش. وتعلق حق المرتهن به. لأن الأرش بدل عن المرهون. فتعلق به حق المرتهن. وإن أسقط المرتهن حقه من الوثيقة سقط. لأنه لو كان الرهن باقيًا فأسقط حقه منه سقط، فكذلك إذا أسقط من بدله، فإن أبرأ المرتهن الجاني من الأرش لم يصح إبراؤه لأنه لا يملكه فلا ينفذ إبراؤه فيه، كما لو كان الراهن باقيًا فوهبه. وهل يبطل بهذا الإبراء حقه من الوثيقة؟ فيه وجهان، أحدهما:

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٦٢٠) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٢).

يبطل، لأن إبراءه تضمن إبطال حقه من الوثيقة، فإذا سقط الإبراء بقي ما تضمنه من إبطال الوثيقة. والثاني: لا يبطل لأن الذي أبطله هو الإبراء، والإبراء لم يصح، فلم يبطل ما تضمنه، فإن أبرأه الراهن من الأرش لم يصح إبراؤه، لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة من غير رضاه فلم يصح، كما لو كان الرهن باقيًا فأراد أن يهبه فإن أبرأه ثم قضى دين المرتهن أو أبرأه المرتهن منه فهل ينفذ إبراء الراهن للجاني من الأرش؟ فيه وجهان أحدهما: ينفذ، لأن المنع منه لحق المرتهن، وقد زال حق المرتهن فينفذ إبراء الراهن والثاني: أنه لا ينفذ لأنا حكمنا ببطلانه فلا يجوز أن يحكم بصحته بعد الحكم ببطلانه، كما لو وهب مال غيره ثم ملكه.

وإن أراد أن يصالحه عن الأرش على حيوان أو غيره من غير رضا المرتهن لم يجز، لأن حق المرتهن يتعلق بالقيمة، فلا يجوز إسقاطه إلى بدل من غير رضاه، كما لو كان الرهن باقيًا فأراد أن يبيعه من غير رضاه، فإن رضي المرتهن بالصلح فصالح على حيوان تعلق به حق المرتهن، وسلم إلى من كان عنده الرهن ليكون رهنًا مكانه، فإن كان مما له منفعة انفرد الراهن بمنفعته، وإن كان له نماء انفرد بنمائه كما كان ينفرد بمنفعة أصل الرهن ونمائه، فإن كان المرهون جارية فجنى عليها فأسقطت جنينًا ميتًا وجب عليه عشر قيمة الأم ويكون خارجًا من الرهن لأنه بدل عن الولد والولد خارج من الرهن، فكان بدله خارجًا منه. وإن كانت بهيمة فألقت جنينًا ميتًا وجب عليه ما نقص من قيمة الأم ويكون رهنًا، لأنه بدل عن جزء من المرهون، فإن ألقته حيًا ثم مات ففيه قولان: أحدهما: يجب عليه قيمة الولد حيًا لأنه يمكن تقويمه، فيكون للراهن، فإن عفا عنه صح عفوه، والثاني: يجب عليه أكثر الأمرين من قيمته حيًا أو ما نقص من قيمة الأم، فإن كان قيمته حيًا أكثر وجب ذلك للراهن وصح عفوه عنه، وإن كان ما نقص من قيمة الأم أكثر كان رهنًا.

فصل: وإن جنى على العبد المرهون ولم يعرف الجاني فأقر رجل أنه هو الجاني، فإن صدقه الراهن دون المرتهن؛ كان الأرش له ولا حق للمرتهن فيه وإن صدقه المرتهن دون الراهن كان الأرش رهنًا عنده، فإن لم يقضه الراهن الدين استوفى المرتهن حقه من الأرش، فإن قضاه الدين أو أبرأه منه المرتهن رد الأرش إلى المقر.

فصل: فإن كان المرهون عصيرًا فصار في يد المرتهن خمرًا زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن، لأنه صار محرمًا لا يجوز التصرف فيه فزال الملك فيه وبطل الرهن كالحيوان إذا مات، فإن تخللت عاد الملك فيه لأنه عاد مباحًا يجوز التصرف فيه فعاد الملك فيه كجلد الميتة إذا دبغ، ويعود رهنًا لأنه عاد إلى الملك السابق، وقد كان في الملك السابق رهنًا فعاد رهنًا، فإن كان المرهون حيوانًا فمات وأخذ الراهن جلده ودبغه فهل يعود الرهن؟ فيه وجهان. قال أبو

علي بن خيران: يعود رهنًا كما لو رهنه عصيرًا فصار خمرًا ثم صار خلًا. وقال أبو إسحاق: لا يعود الرهن لأنه عاد الملك فيه بمعالجة وأمر أحدثه فلم يعد رهنًا بخلاف الخمر فإنها صارت خلًا بغير معنى من جهته.

فصل: وإن تلف الرهن في يد المرتهن من غير تفريط تلف من ضمان الراهن ولا يسقط من دينه شيء لما روى سعيد بن المسيب ﷺ قال: «قضى رسول الله ﷺ أن لا يغلق الرهن ممن رهنه» ولأنه وثيقة بدين ليس بعوض منه فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن، فإن غصب عينًا ورهنها بدين ولم يعلم المرتهن وهلكت عنده من غير تفريط فهل يجوز للمالك أن يغرمه؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يغرمه لأنه دخل على الأمانة، والثاني: له أن يغرمه لأنه أخذه من يد ضامنه، فإن قلنا: إنه يغرمه فغرمه فهل يرجع بما غرم على الراهن؟ فيه وجهان أحدهما: يرجع لأنه غَرَّهُ والثاني: لا يرجع لأنه حصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه، فإن بدأ وغرم الراهن، فإن قلنا: إن المرتهن إذا غرم رجع على الراهن لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه، وإن قلنا: إن المرتهن إذا غرم لا يرجع على الراهن رجع عليه الراهن بما غرمه، فإن رهن عند رجل عينًا وقال: رهنتك هذا إلى شهر فإن لم أعطك مالك فهو لك بالدين فالرهن باطل لأنه وقته والبيع باطل لأنه علقه على شرط، فإن هلك العين قبل الشهر لم يضمن لأنه مقبوض بحكم الرهن فلم يضمنه كالمقبوض عن رهن صحيح، وإن هلك بعد الشهر ضمنه لأنه مقبوض بحكم البيع فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح.

الشرح: قوله: «النماء المتميز» النماء: الزيادة، والمتميز الذي لا يخلط بغيره، وقوله: «لا يغلق الرهن» فيه ثلاث تأويلات: أحدها: لا يأخذه المرتهن بدينه إذا قضاه من غيره انفك، والثاني: أنه لا يسقط الحق بتلفه، والثالث: أن لا ينغلق حتى لا يكون للراهن فكه عن الرهن بل له فكه بأن يقضي الحق، وقوله: «له غنمه وعليه غرمه» غنمه أي منافعه، وغرمه: ضمان ما يتلف منه.

أما أحكام الباب فقد تقدمت الإشارة إليها بحمد الله تعالى، وسيأتي المزيد بعون الله تعالى.

باب اختلاف المتراهنين

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا اختلف المتراهنان فقال الراهن: ما رهنتك، وقال المرتهن: رهنتني فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الأصل عدم العقد.

فصل: إذا اختلفا في عين الرهن فقال الراهن رهنتك العبد وقال المرتهن بل رهنتني الثوب فالقول قول الراهن أنه لم يرهن الثوب فإذا حلف خرج الثوب

عن أن يكون رهنًا بيمينه وخرج العبد عن أن يكون رهنًا برد المرتهن.

وإذا اختلفا في قدر الرهن فقال الراهن رهنتك هذا العبد وقال: بل رهنتني هذين العبدين فالقول قول الراهن، لأن الأصل عدم الرهن إلا فيما أقر به، ولأن كل من كان القول قوله إذا اختلفا في أصله كان القول قوله إذا اختلفا في قدره كالزوج في الطلاق فإن رهنه أرضًا وأقبضه ووجد فيها نخيل يجوز أن يكون حدث بعد الرهن، ويجوز أن يكون قبله فقال الراهن حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن، وقال المرتهن: بل كان قبل الرهن ورهنتنيه مع الأرض فالقول قول الراهن. وقال المزني: القول قول المرتهن لأنه في يده وهذا خطأ لما ذكرناه في العبدين.

وقوله: (إنه في يده) لا يصح لأن اليد إنما يقدم بها في الملك دون العقد، ولهذا لو اختلفا في أصل العقد كان القول قول الراهن، وإن كانت العين في يد المرتهن، فإن رهن حمل شجرة تحمل حملين وحدث حمل آخر وقلنا: إنه يصح العقد فاختلفا في مقدار الحمل الأول، فالقول قول الراهن. وقال المزني: القول قول المرتهن، لأنه في يده، وهذا لا يصح، لأن الأصل أنه لم يدخل في العقد إلا ما أقر به، وأما اليد فقد بينا أنه لا يرجح بها في العقد.

فصل: وإن اختلفا في قدر الدين فقال الراهن: رهنتك هذا العبد بألف وقال المرتهن: بل رهنتنيه بألفين فالقول قول الراهن، لأن الأصل عدم الألف فإن قال: رهنته بألف وزادني ألفًا آخر على أن يكون رهنًا بالألفين، وقال المرتهن: بل رهنتني بالألفين، وقلنا: لا تجوز الزيادة في الدَّين في رهن واحد ففيه وجهان أحدهما: أن القول قول الراهن لأنهما لو اختلفا في أصل العقد كان القول قوله فكذلك إذا اختلفا في صفته، والثاني: أن القول قول المرتهن، لأنهما اتفقا على صحة الرهن والدين، والراهن يدعي أن ذلك كان في عقد آخر، والأصل عدمه، فكان القول قول المرتهن فإن بعث عبده مع رجل ليرهنه عند رجل بمال ففعل، ثم اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن: أذنت له في الرهن بعشرة، وقال المرتهن: بل بعشرين نظرت، فإن صدق الرسول الراهن حلف الرسول أنه ما رهن إلا بعشرة، ولا يمين على الراهن، لأنه لم يعقد العقد، وإن صدق الرسول المرتهن فالقول قول الراهن مع يمينه، فإذا حلف بقي الرهن على عشرة، وعلى الرسول عشرة، لأنه أقر بقبضها.

فصل: قال في «الأم»: «إذا كان في يد رجل عبد لآخر فقال: رهنتينه بألف، وقال السيد: بعتكه بألف حلف السيد أنه ما رهنه بألف، لأن الأصل عدم الرهن، ويحلف الذي في يده العبد أنه ما اشتراه، لأن الأصل عدم الشراء، ويأخذ السيد عبده، فإن قال السيد: رهنتكه بألف قبضتها منك قرضًا، وقال الذي في يده العبد: بل بعتنيه بألف قبضتها مني ثمنًا، حلف كل واحد منهما على نفي ما ادعى عليه، لأن الأصل عدم العقد، وعلى السيد الألف لأنه مقر بوجوبها، فإن قال الذي

في يده العبد: بعتنيه بألف، وقال السيد: بل رهنتكه بألف حلف السيد أنه ما باعه، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو في يده لأن البيع قد زال والسيد معترف بأنه رهن، والمرتهن ينكر، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن.

فصل: وإن اتفق على رهن عين، ثم وجدت العين في يد المرتهن، فقال الراهن قبضته بغير إذني، وقال المرتهن بل قبضته بإذنك فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم الإذن، ولأنهما لو اختلفا في أصل العقد والعين في يد المرتهن كان القول قول الراهن، فكذلك إذا اختلفا في الإذن، فإن اتفقا على الإذن فقال الراهن رجعت في الإذن قبل القبض، وقال المرتهن: لم يرجع حتى قبضت فالقول قول المرتهن، لأن الأصل بقاء الإذن وإن اتفقا على الإذن واختلفا في القبض فقال الراهن: لم تقبضه، وقال المرتهن: بل قبضت فإن كانت العين في يد الراهن فالقول قوله لأن الأصل عدم القبض، وإن كان في يد المرتهن فالقول قوله لأنه أذن في قبضه والعين في يده، فالظاهر أنه قبضه بحق، فكان القول قوله، وإن قال رهنته وأقبضته ثم رجع، وقال: ما كنت أقبضته حلفوه أنه قبض، فالمنصوص أنه يحلف، وقال أبو إسحاق: إن قال وكيلي أقبضه وبان لي أنه لم يكن أقبضه حلف، وعليه تأول النص، وإن قال: أنا أقبضته ثم رجع لم يحلف لأن إقراره المتقدم يكذبه. وقال أبو علي بن خيران وعامة أصحابنا: إنه يحلف لأنه يمكن صدقه بأن يكون قد وعده بالقبض فأقر به، ولم يكن قبض.

فصل: وإن رهن عصيرًا أو أقبضه، ثم وجده خمرًا في يد المرتهن فقال: أقبضتنيه وهو خمر، فلي الخيار في فسخ البيع، وقال الراهن: بل أقبضتكه وهو عصير فصار في يدك خمرًا، فلا خيار لك، ففيه قولان. أحدهما: أن القول قول المرتهن، وهو اختيار المزني، لأن الراهن يدعي قبضًا صحيحًا، والأصل عدمه، والثاني: أن القول قول الراهن، وهو الصحيح، لأنهما اتفقا على العقد والقبض، واختلفا في صفة يجوز حدوثها فكان القول قول من ينفي الصفة، كما لو اختلف البائع والمشتري في عيب بعد القبض وإن اختلفا في العقد فقال المرتهن: رهنتنيه وهو خمر. وقال الراهن: بل رهنتكه وهو عصير، فصار عندك خمرًا فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أكثرهم: هي على قولين.

وقال أبو علي ابن أبي هريرة: القول قول المرتهن قولًا واحدًا، لأنه ينكر العقد والأصل عدمه فإن رهن عبدًا فأقبضه في مخمل أو ملفوفًا في ثوب ووجد ميتًا، فقال المرتهن: أقبضتنيه وهو ميت، فلي الخيار في فسخ البيع، وقال الراهن: أقبضتكه حيًا ثم مات عندك فلا خيار لك، ففيه طريقان، أحدهما: وهو الصحيح: أنه على القولين كالعصير، والثاني: وهو قول أبي علي الطبري أن القول قول المرتهن، لأن هذا اختلاف في أصل القبض لأن الميت لا يصح قبضه، لأنه لا يقبض إلا ظاهرًا، بخلاف العصير، فإنه يقبض في الظرف، والظاهر منه الصحة.

فصل: وإن كان لرجل عبد، وعليه ألفان لرجلين لكل واحد منهما ألف فادعى كل واحد منهما أنه رهن العبد عنده بدينه، والعبد في يد الراهن أو في يد العدل نظرت، فإن كذبهما فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم الرهن، وإن صدقهما وادعى الجهل بالسابق منهما فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف فسخ الرهن على المنصوص لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل، كما لو زوج امرأة وليان من رجلين، وجهل السابق منهما. ومن أصحابنا من قال: يجعل بينهما نصفين، لأنه يجوز أن يكون مرهونًا عندهما بخلاف الزوجة، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر أو صدقهما وعين السابق منهما، فالرهن للمصدق، وهل يحلف للآخر؟ فيه قولان، أحدهما: يحلف، والثاني: لا يحلف بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد، ثم أقر بها لعمرو، فهل يغرم لعمرو شيئًا أم لا؟ فيه قولان. فإن قلنا: لا يغرم لم يحلف، لأنه إن نكل لم يغرم فلا فائدة في عرض اليمين، وإن قلنا: يغرم حلف لأنه ربما نكل فيغرم الثاني قيمته، فإن قلنا لا يحلف فلا كلام، وإن قلنا يحلف نظرت، فإن حلف انصرف الآخر، وإن نكل عرضت اليمين على الثاني، فإن نكل انصرف، وإن حلف بنينا على القولين في يمين المدعي مع نكول المدعى عليه. فإن قلنا: إنها كالبينة نزع العبد وسلم إلى الثاني، وإن قلنا: إنه كالإقرار، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: إنه ينفسخ لأنه أقر لهما وجهل السابق منهما، والثاني: يجعل بينهما لأنهما استويا، ويجوز أن يكون مرهونًا عندهما فجعل بينهما، والثالث: يقر الرهن في يد المصدق ويغرم للآخر قيمته، ليكون رهنًا عنده، لأنه جعل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن فلزمه ضمانه، وإن كان العبد في يد أحد المرتهنين نظرت، فإن كان في يد المقر له أقر في يده، لأنه اجتمع له اليد والإقرار؟ وهل يحلف للثاني؟ على القولين، فإن كان في يد الذي لم يقر له فقد حصل لأحدهما اليد وللآخر الإقرار، وفيه قولان، أحدهما: يقدم الإقرار لأنه يخبر عن أمر باطن، والثاني: يقدم اليد وهو قول المزني، لأن الظاهر معه، والأول أظهر، لأن اليد إنما تدل على الملك لا على العقد؛ وإن كان في يدهما فللمقر له الإقرار، واليد على النصف، وفي النصف الآخر له الإقرار، وللآخر يد، وفيه قولان، أحدهما: يقدم الإقرار فيصير الجميع رهنًا عند المقر له، والثاني: يقدم اليد فيكون الرهن بينهما نصفين.

فصل: وإن رهن عبدًا وأقبضه ثم أقر أنه جنى قبل الرهن على رجل وصدقه المقر له، وأنكر المرتهن ففيه قولان، أحدهما: أن القول قول المرتهن وهو اختيار المزني لأنه عقد إذا تم منع البيع فمنع الإقرار كالبيع والثاني: أن القول قول الراهن، لأنه أقر في ملكه بما لا يجر نفعًا إلى نفسه فقبل إقراره كما لو لم يكن مرهونًا، ويخالف هذا إذا باعه لأن هناك زال ملكه عن العبد فلم يقبل إقراره عليه وهذا باق على ملكه فقبل إقراره عليه. فإن قلنا: إن القول قول الراهن فهل يحلف؟ فيه قولان أحدهما: لا يحلف لأن اليمين إنما يعرض ليخاف فيرجع إن

كان كاذبًا والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه، فلا معنى لعرض اليمين، ولأنه أقر في ملكه لغيره فلم يحلف عليه كالمريض إذا أقر بدين والثاني: يحلف لأنه يحتمل أن يكون كاذبًا بأن واطأ المقر له ليسقط بالإقرار حق المرتهن فحلف، فإذا ثبت أنه رهنه وهو جان ففي رهن الجاني قولان أحدهما: أنه باطل والثاني: أنه صحيح، وقد بينا ذلك في أول الرهن، فإن قلنا: إنه باطل وجب بيعه في أرش الجناية؛ فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش. وفي الباقي وجهان.

أحدهما: أنه مرهون لأنه إنما حكم ببطلانه لحق المجني عليه، وقد زال، والثاني: أنه لا يكون مرهونًا لأنا حكمنا ببطلان الرهن من أصله فلا يصير مرهونًا من غير عقد، وإن قلنا: إنه صحيح فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش ويكون الباقي مرهونًا، فإن اختار السيد أن يفديه على هذا القول فبكم يفديه؟ فيه قولان أحدهما: يفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية، والثاني: يفديه بأرش الجناية بالغًا ما بلغ أو يسلم المبيع. فإن قلنا: إن القول قول المرتهن لم يقبل قوله من غير يمين، لأنه لو رجع قبل رجوعه فحلف فإذا ثبت أنه غير جان فهل يغرم الراهن أرش الجناية؟ فيه قولان بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو. أحدهما: يغرم لأنه منه بالرهن حق المجني عليه. والثاني: لا يغرم لأنه إن كان كاذبًا فلا حق عليه؛ وإن كان صادقًا وجب تسليم العبد، فإن قلنا: إنه لا يغرم فرجع إليه تعلق الأرش برقبته كما لو أقر على رجل أنه أعتق عبده ثم ملك العبد فإنه يعتق عليه. وإن قلنا يغرم فبكم يغرم؟ فيه طريقان. من أصحابنا من قال: فيه قولان كالقسم قبله. ومنهم من قال: يغرم أقل الأمرين قولًا واحدًا لأن القول الثاني إنما يجيء في الموضع الذي يمكن بيعه فيمتنع. وههنا لا يمكن بيعه فصار كجناية أم الولد، وإن نكل المرتهن عن اليمين فعلى من ترد اليمين؟ فيه طريقان، أحدهما: ترد على الراهن وإن نكل؛ فهل ترد على المجني عليه؟ فيه قولان كما قلنا في غرماء الميت.

ومن أصحابنا من قال: نرد اليمين على المجني عليه أولا، فإن نكل فهل ترد على الراهن؟ على قولين لأن المجني عليه يثبت الحق لنفسه وغرماء الميت يثبتون الحق للميت.

فصل: وإن أعتق الراهن العبد المرهون ثم اختلفا فقال الراهن: أعتقه بإذنك، وأنكر المرتهن الإذن فالقول قوله لأن الأصل عدم الإذن، فإن نكل عن اليمين حلف الراهن وإن نكل الراهن فهل ترد على العبد؟ فيه طريقان.

أحدهما: أنه على قولين بناء على رد اليمين على غرماء الميت. قال في «الجديد»: لا ترد لأنه غير المتراهنين فلا ترد عليه اليمين، وقال في «القديم»:

ترد لأنه يثبت لنفسه حقًا باليمين ومن أصحابنا من قال: ترد اليمين على العبد قولًا واحدًا لأن العبد يثبت باليمين حقًا لنفسه وهو العتق خلاف غرماء الميت.

فصل: وإن كان المرهون جارية فادعى الراهن أنه وطئها بإذن المرتهن، فأتت بولد لمدة الحمل وصدقه المرتهن، ثبت نسب الولد وصارت الجارية أم ولد وإن اختلفا في الإذن أو في الولد أو في مدة الحمل فأنكر المرتهن شيئًا من ذلك فالقول قوله، لأن الأصل في هذه الأشياء العدم.

فصل: فإن كان عليه ألف برهن وألف بغير رهن فدفع إليه ألفًا ثم اختلفا نظرت، فإن اختلفا في اللفظ فادعى المرتهن أنه قال: هي عن الألف التي لا رهن بها. وقال الراهن بل قلت هي عن الألف التي بها الرهن، فالقول قول الراهن لأنه منه ينتقل إلى المرتهن، فكان القول قوله في صفة النقل. وإن اختلفا في النية فقال الراهن: نويت أنها عن الألف التي بها الرهن. وقال المرتهن: بل نويت أنها عن الألف التي لا رهن بها فالقول قول الراهن لما ذكرناه في اللفظ، ولأنه أعرف بنيته، وإن دفع إليه الألف من غير لفظ ولا نية ففيه وجهان. قال أبو إسحاق: يصرفه إلى ما شاء منهما، كما لو طلق إحدى المرأتين. وقال أبو علي ابن أبي هريرة يجعل بينهما نصفين لأنهما استويا في الوجوب فصرف القضاء إليهما.

فصل: وإن أبرأ المرتهن الراهن عن الألف ثم اختلفا نظرت، فإن اختلفا في اللفظ فادعى الراهن أنه قال: أبرأتك عن الألف التي بها الرهن، وقال المرتهن: بل قلت أبرأتك من الألف التي لا رهن بها فالقول قول المرتهن، لأنه هو الذي يبرىء فكان القول في صفة الإبراء قوله؛ فإن اختلفا في النية فقال الراهن: نويت الإبراء عن الألف التي بها الرهن، وقال المرتهن: نويت الإبراء عن الألف التي لا رهن بها، فالقول قول المرتهن، لما ذكرناه في اللفظ، ولأنه أعرف بنيته. فإن أطلق صرفه إلى ما شاء منهما في قول أبي إسحاق، وجعل بينهما في قول أبي علي ابن أبي هريرة.

فصل: وإن ادعى المرتهن هلاك الرهن فالقول قوله مع يمينه، لأنه أمين، فكان القول قوله في الهلاك كالمودع، وإن ادعى الرد لم يقبل قوله، لأنه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر.

فصل: وإن كان الرهن على يد عدل قد وكل في بيعه فاختلفا في النقد الذي يبيع به باعه بنقد البلد، فإن كان في البلد نقدان متساويان باع بما هو أنفع للراهن لأنه ينفع الراهن ولا يضر المرتهن، فوجب به البيع؛ فإن كانا في النفع واحدًا فإن كان أحدهما من جنس الدين باع به، لأنه أقرب إلى المقصود، وهو قضاء الدين، فإن لم يكن واحد منها من جنس الدين باع أيهما شاء، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ثم يصرف الثمن في جنس الدين.

الشرح: التنازع في الرهن يفرض في أمور:

الأمر الأول: أصل العقد. فإذا قال: رهنتني، فأنكر المالك، أو رهنتني ثوبك، فقال: بل عبدي. أو بألفين، فقال: بل بألف. أو رهنتني الأرض بأشجارها، فقال: بل وحدها، فالقول قول المالك مع يمينه. ولو قال: رهنتني الأشجار مع الأرض يوم رهن الأرض، فقال: لم تكن هذه الأشجار أو بعضها يوم رهن الأرض، بل أحدثتها بعدُ، نظر، فإن كانت الأشجار بحيث لا يتصور وجودها يوم الرهن، فالمرتهن كاذب، والقول قول الراهن بلا يمين. وإن كانت بحيث لا يتصور حدوثها بعده، فالراهن كاذب، فإن اعترف في مفاوضتها أنه رهن الأرض بما فيها، كانت الأشجار مرهونة، ولا حاجة إلى يمين المرتهن، وإن زعم رهن الأرض وحدها، أو ما سوى الأشجار المختلف فيها، واقتصر على نفي الوجود، فلا يلزم من كذبه في إنكار الوجود كونها مرهونة، فيطالب بجواب دعوى الرهن، فإن أصر على إنكار الوجود، فقد جعل ناكلًا، وردت اليمين على المرتهن. فإن رجع إلى الاعتراف بالوجود، وأنكر رهنها، قبلنا إنكاره، وحلف لجواز صدقه في نفي الرهن.

وإن كان الشجر بحيث يحتمل الوجود يوم رهن الأرض، والحدوث بعده فالقول قول الراهن. فإذا حلف، فهي كالشجرة الحادثة بعد الرهن في القلع وسائر الأحكام، وقد سبق بيانها. هذا كله تفريع على الاكتفاء منه بإنكار الوجود، وهو الصحيح. وفي وجه: لا بد من إنكار الرهن صريحًا. والحكم بتصديق الراهن في هذه الصورة، مفروض فيما إذا كان اختلافهما في رهن تبرع. فإن اختلفا في رهن مشروط في بيع، تحالفا كسائر صفات البيع إذا اختلف فيها

فصل: لو ادعى رجل على رجلين أنهما رهناه عبدهما بمئة، وأقبضاه، فأنكرا الرهن، أو الرهن والدين جميعًا، فالقول قولهما مع اليمين. وإن صدقه أحدهما، فنصيبه رهن بخمسين، والقول قول المكذب في نصيبه مع يمينه. فلو شهد المصدق للمدعي على شريك المكذب، قبلت شهادته، فإن شهد معه آخر، وحلف المدعي، ثبت رهن الجميع. ولو زعم كل منهما أنه ما رهن نصيبه، وأن شريكه رهن، وشهد عليه، فوجهان: ويقال: قولان: أحدهما: لا تقبل شهادته، لأن كل واحد يزعم أن صاحبه كاذب ظالم بالجحود. وطعن المشهود له في الشاهد، يمنع قبول شهادته له. وأصحهما: تقبل، وبه قال الأكثرون، لأنه ربما نسيا. فإن تعمدا، فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق . ولهذا، لو تخاصم رجلان في شيء، ثم شهدا في حادثة، قبلت شهادتهما وإن كان أحدهما كاذبًا في ذلك التخاصم. فعلى هذا، إذا حلف مع كل واحد، أو أقام شاهدًا آخر، ثبت رهن الجميع. وقال ابن القطان: الذي شهد أولًا يقبل، دون الآخر، لأنه انتهض خصمًا منتقمًا.

فرع: ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما وأقبضهما، فإن صدقهما أو

كذبهما، لم يخف الحكم. وإن صدق أحدهما، فنصف العبد رهن عنده، ويحلف للآخر. وهل تقبل شهادة المصدَّق للمكذَّب؟ قال ابن كج: نعم. وقال الآخرون: لا. وحكى الإمام والغزالي وجهين بناءً على أن الشريكين إذا ادعيا حقًا أو ملكًا بابتياع أو غيره، فصدق أحدهما، هل يستبد بالنصف، أم يشاركه الآخر فيه؟ فيه وجهان: إن قلنا: يستبد، قبلت، وإلا، فلا، لأنه متهم. وقال البغوي: إن لم ينكر إلا الرهن، قبل. وإن أنكر الرهن والدين، فحينئذٍ يفرق بين دعواهما الإرث وغيره. والذي ينبغي أن يفتى به، القبول إن كانت الحال لا تقتضي الشركة، والمنع إن اقتضت، لأنه متهم.

فرع: منصوص عليه، ادعى زيد وعمرو على ابني بكر، أنهما رهنا عندهما عبدهما المشترك بينهما بمئة، فصدقا أحد المدعيين، ثبت ما ادعاه، وكان له على كل واحد منهما ربع المئة، ونصف نصيب كل واحد منهما مرهون به. وإن صدق أحد الابنين زيدًا، والآخر عمرًا، ثبت الرهن في نصف العبد، لكل واحد من المدعيين في ربعه بربع المئة. فلو شهد أحد الاثنين على أخيه، قبلت. ولو شهد أحد المدعيين للآخر، فعلى ما ذكرناه في الصورة الثانية.

فرع: منصوص في المختصر، ادعى رجلان على رجل، فقال كل واحد: رهنتني عبدك هذا وأقبضتنيه، فإن كذبهما، فالقول قوله، ويحلف لكل واحد يمينًا. وإن كذب أحدهما، وصدق الآخر، قضي بالرهن للمصدق. وفي تحليفه للمكذب قولان. أظهرهما: لا. فإن قلنا: يحلف، فنكل، فحلف المكذب يمين الرد، ففيما يستفيد بها وجهان: أحدهما: يقضى له بالرهن وينزع من الأول. وأصحهما: يأخذ القيمة من المالك، ليكون رهنًا عنده. وإن صدقهما جميعًا، نظر، فإن لم يدعيا السبق، أو ادعاه كل منهما، وقال المدعى عليه: لا أعرف السابق، وصدقاه، فوجهان: أحدهما: يقسم بينهما، كما لو تنازعا شيئًا في يد ثالث فاعترف لهما، وأصحهما: يحكم ببطلان العقد، كما لو زوج وليان ولم يعرف السابق. وإن ادعى كل واحد السبق، وأن الراهن عالم بصدقه، فالقول قوله مع يمينه. فإن نكل، ردت اليمين عليهما. فإن حلف أحدهما، قضي له. وإن حلفا، أو نكلا، تعذر معرفة السابق، وعاد الوجهان. وإن صدق أحدهما في السبق، وكذب الآخر، قضي للمصدق. وهل يحلفه المكذب؟ فيه القولان السابقان. وحيث قلنا: مقتضى الصدق، فذلك إذا لم يكن العبد في يد المكذب. فإن كان، فقولان: أحدهما: يقضى لصاحب اليد. وأظهرهما: المصدق يقدم، لأن اليد لا دلالة لها على الرهن. ولو كان العبد من أيديهما، فالمصدق مقدم في النصف الذي في يده، وفي النصف الآخر، القولان. والاعتبار في جميع ما ذكرناه بسبق القبض، لا العقد. حتى لو

صدق هذا في سبق العقد، وهذا في سبق القبض، قدم الثاني.

ولو قال المدعى عليه: رهنته عند أحدكما، ونسيت، حلف على نفي العلم. فإن نكل، ردت عليهما، فإن حلفا، أو نكلا، انفسخ العقد على المذهب الذي قطع به الجماهير في الطرق، ونقله الإمام وغيره عن الأصحاب. وخرج وجه: أنه لا ينفسخ، بل يفسخه الحاكم، وبهذا الوجه قطع صاحب «الوسيط»، وهو شاذ ضعيف. وإن حلف الراهن على نفي العلم، تحالفا على الصحيح، كما لو نكل. وفي وجه: انتهت الخصومة. والله أعلم.

فرع: دفع متاعًا إلى رجل، وأرسله إلى غيره ليستقرض منه للدافع ويرهن المتاع، ففعل، ثم اختلفا، فقال المرسل إليه: استقرض مئة ورهنه بها، وقال المرسل: لم آذن إلا في خمسين، نظر، إن صدق الرسول المرسل، فالمرسل إليه مدَّع على المرسل بالإذن، وعلى الرسول بالأخذ، فالقول قولهما في نفي دعواه. وإن صدق المرسل إليه، فالقول في نفي الزيادة قول المرسل، ولا يرجع المرسل إليه على الرسول بالزيادة إن صدقه في الدفع إلى المرسل، لأنه مظلوم بزعمه. وإن لم يصدقه، رجع عليه. هكذا ذكره، وفيه إشكال، وينبغي أن يرجع على الرسول وإن صدقه في الدفع إلى المرسل.

الأمر الثاني: القبض. فإذا تنازعا في قبض المرهون، فإن كان في وقت النزاع في يد الراهن، فالقول قوله مع يمينه. وإن كان في يد المرتهن وقال: قبضته عن الرهن، وأنكر الراهن، فقال: بل غصبتنيه، فالقول قول الراهن على الصحيح. وقيل: قول المرتهن، وهو شاذ ضعيف. وإن قال الراهن: بل قبضته عن جهة أخرى مأذون فيها، بأن قال: أودعتكه، أو أعرت، أو أكريت، أو أكريته لفلان فأكراكه، فهل القول قول المرتهن، لاتفاقهما على قبض مأذون فيه، أو قول الراهن، لأن الأصل عدم ما ادعاه؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وهو المنصوص. ويجري مثل هذا التفصيل، فيما إذا اختلف البائع والمشتري، حيث كان للبائع حق الحبس، وصادفنا المبيع في يد المشتري، فادعى البائع أنه أعاره، أو أودعه، لكن الأصح هنا حصول القبض، لقوة يده بالملك. وهذا تفريع على أنه لا يبطل حق الحبس بالإعارة والإيداع، وفيه خلاف سبق.

ولو صدقه الراهن في إذنه في القبض على جهة الرهن، ولكن قال: رجعت قبل قبضك، فالقول قول المرتهن في عدم الرجوع، لأن الأصل عدمه. ولو قال الراهن: لم يقبضه بعد، وقال المرتهن: قبضته، فمن كان المرهون في يده منهما، فالقول قوله باتفاق الأصحاب، وعليه حملوا النصين المختلفين في «الأم».

فرع: إقرار الراهن بإقباض المرهون، مقبول ملزم، لكن بشرط الإمكان. حتى لو قال: رهنته اليوم داري بالشام، وأقبضته إياها وهما بمكة، فهو لاغٍ. ولو قامت البينة على إقراره بالإقباض في موضع الإمكان، فقال: لم يكن إقراري عن حقيقة، فحلَّفوه أنه قبض، نظر، إن ذكر لإقراره تأويلًا، بأن قال: كنت أقبضته بالقول، وظننت أنه يكفي قبضًا، أو وقع إليَّ كتاب على لسان وكيلي بأنه أقبض وكان مزوّرًا، أو قال: أشهدت على رسم القبالة قبل حقيقة القبض، فله تحليفه. وإن لم يذكر تأويلًا، فوجهان: أصحهما: عند العراقيين: يحلِّفه، وبه قال: ابن خيران وغيره، وهو ظاهر النص. وأصحهما: عند المراوزة: لا، وبه قال أبو إسحاق. قلت: طريقة العراقيين أفقه وأصح. والله أعلم.

وقد حكى في «الوسيط» وجهًا: أنه لا يحلفه مطلقًا وإن ذكر تأويلًا. وهذا الوجه غريب ضعيف مخالف لما قطع به الأصحاب. ولو لم يقم بينة على إقراره، بل أقر في مجلس القضاء بعد توجه الدعوى عليه، فوجهان: قال القفال: لا يحلِّفه وإن ذكر تأويلًا، لأنه لا يكاد يقر عند القاضي إلا عن تحقيق. وقال غيره: لا فرق، لشمول الإمكان. ولو شهد الشهود على نفس القبض، فليس له التحليف بحال، وكذا لو شهدوا على إقراره، فقال: ما أقررت، لأنه تكذيب للشهود.

فرع: لو كان الرهن مشروطًا في بيع، فقال المشتري: أقبضت، ثم تلف الرهن، فلا خيار لك في البيع، وأقام على إقراره بالقبض حجة، فأراد المرتهن تحليفه، فهو كما ذكرنا في إقرار الرهن وطلب الراهن يمين المرتهن. ويقاس على هذا، ما إذا قامت بينة بإقراره لزيد بألف، فقال: إنما أقررت وأشهدت ليقرضني، ثم لم يقرضني، وكذا سائر نظائرها.

الأمر الثالث: الجناية، وهي ضربان:

الضرب الأول: جني على العبد المرهون، فأقر رجل أنه الجاني، فإن صدقه المتراهنان أو كذباه، لم يخف حكمه. وإن صدقه الراهن فقط، أخذ الأرش وفاز به، فليس للمرتهن التوثق به. وإن صدقه المرتهن فقط، أخذ الأرش وكان مرهونًا. فإن قضى الدين من غيره، أو أبرأه المرتهن، فالأصح: أنه يرد الأرش إلى المقر. والثاني: يجعل في بيت المال، لأنه مال ضائع لا يدَّعيه أحد.

الضرب الثاني: جناية المرهون، والنزاع في جنايته، يقع تارة بعد لزوم الرهن، وتارة قبله.

الحال الأول: بعده، فإذا أقر المرتهن بأنه جنى، ووافقه العبد أم لا، فالقول قول الراهن مع يمينه. وإذا بيع في دين المرتهن، لم يلزمه تسليم الثمن إليه بإقراره

السابق. ولو أقر الراهن بجنايته، وأنكر المرتهن، فالقول قوله. وإذا بيع في الدين، فلا شيء للمقر له على الراهن. وحكى ابن كج وجهًا: أنه يقبل إقرار الراهن، ويباع العبد في الجناية، ويغرم الراهن للمرتهن.

الحال الثاني: تنازعا في جنايته قبل لزوم الرهن، فأقر الراهن بأنه كان أتلف مالًا، أو جنى جناية توجب المال، فإن لم يعين المجني عليه، أو عينه فلم يصدقه، أو لم يدَّع ذلك، فالرهن مستمر بحاله. وإن عينه وادعاه المجني عليه، نظر، إن صدقه المرتهن، بيع في الجناية، والمرتهن بالخيار إن كان الرهن مشروطًا في بيع. وإن كذبه، فقولان: أظهرهما: لا يقبل قول الراهن، صيانة لحق المرتهن. والثاني: يقبل، لأنه مالك. ويجري القولان فيما لو قال: كنت غصبته، أو اشتريته شراءً فاسدًا، أو بعته، أو وهبته وأقبضته وأعتقته. ولا حاجة في صورة العتق إلى تصديق العبد ودعواه، بخلاف المقر له في باقي الصور. وفي الإقرار بالعتق قول ثالث: أنه إن كان موسرًا، نفذ، وإلا، فلا، كالإعتاق. ونقل الإمام هذا القول في جميع هذه الصور. فإن قلنا: لا يقبل إقرار الراهن، فالقول في بقاء الرهن قول المرتهن مع يمينه، ويحلف على نفي العلم بالجناية. وإذا حلف واستمر الرهن، فهل يغرم الراهن للمجني عليه؟ قولان. قال الأئمة. أظهرهما: يغرم كما لو قَبِله، لأنه حال بينه وبين حقه، وهما كالقولين فيمن أقر بالدار لزيد، ثم لعمرو، هل يغرم لعمرو؟ ويعبر عنهما بقولي الغرم للحيلولة، لأنه بإقراره الأول حال بين مَن أقر له ثانيًا وبين حقه. فإن قلنا: يغرم، طولب في الحال إن كان موسرًا. وإن كان معسرًا، فإذا أيسر.

وفيما يغرم للمجني عليه؟ طريقان. أحدهما: على قولين. أظهرهما: الأقل من قيمته وأرش الجناية. وثانيهما: الأرش بالغًا ما بلغ. والطريق الثاني وهو المذهب وبه قال الأكثرون: يغرم الأقل قطعًا، كأم الولد، لامتناع البيع، بخلاف القن. وإذا قلنا: لا يغرم الراهن، فإن بيع في الدين، فلا شيء عليه. لكن لو ملكه، لزمه تسليمه في الجناية، وكذا لو انفك رهنه. هذا كله إذا حلف المرتهن، فإن نكل، فعلى من ترد اليمين؟ قولان. ويقال: وجهان: أحدهما: على الراهن، لأنه مالك العبد، والخصومة تجري بينه وبين المرتهن. وأظهرهما: على المجني عليه، لأن الحق له، والراهن لا يدعي لنفسه شيئًا. فإذا حلف المردود عليه منهما، بيع العبد في الجناية، ولا خيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه، لأن فواته حصل بنكوله. ثم إن كان يستغرق الواجب قيمته، بيع كله، وإلا فبقدر الأرش. وهل يكون الباقي رهنًا؟ وجهان: أصحهما: لا، لأن اليمين المردودة كالبينة، أو كالإقرار بأنه كان جانيًا في الابتداء، فلا يصح رهن شيء منه.

وإذا رددنا على الراهن، فنكل، فهل يرد على المجني عليه؟ قولان. ويقال: وجهان: أحدهما: نعم لأن الحق له. وأصحهما: لا، لأن اليمين لا ترد مرة بعد أُخرى. فعلى هذا، نكول الراهن كحلف المرتهن في تقرير الرهن. وهل يغرم الراهن للمجني عليه؟ فيه القولان. وإن رددناه على المجني عليه فنكل، قال الشيخ أبو محمد: تسقط دعواه، وانتهت الخصومة. وطرد العراقيون في الرد منه على الراهن الخلاف المذكور في عكسه. وإذا لم ترد، لا يغرم له الراهن، قولًا واحدًا، وتحال الحيلولة على نكوله، هذا تمام التفريع على أحد القولين في أصل المسألة، وهو أن الراهن لا يقبل إقراره. فإن قبلناه، فهل يحلف، أم يقبل بلا يمين؟ قولان، أو وجهان: أحدهما: لا يحلف، لأن اليمين للزجر ليرجع الكاذب. وهنا لا يقبل رجوعه. وأصحهما عند الشيخ أبي حامد ومن وافقه: يحلف لحق المرتهن، ويحلف على البت. وسواء حلَّفناه، أم لا، فيباع العبد في الجناية كلُّه أو بعضه على ما سبق، وللمرتهن الخيار في فسخ البيع. وإن نكل، حلف المرتهن، لأنا إنما حلَّفنا الراهن لحقه.

وفي فائدة حلفه قولان حكاهما الصيدلاني وغيره. أظهرهما: أن فائدته: تقدير الرهن في العبد على ما هو قياس الخصومات. والثاني: فائدته: أن يغرم الراهن قيمته، ليكون رهنًا مكانه، ويباع العبد في الجناية بإقرار الراهن. فإن قلنا بالأول، فهل يغرم الراهن للمقرّ له لكونه حال بنكوله بينه وبين حقه؟ فيه القولان السابقان. وإن قلنا بالثاني، فهل للمرتهن الخيار في فسخ البيع؟ وجهان: أصحهما: نعم، لفوات العين المشروطة. والثاني: لا، لحصول الوثيقة بالقيمة. وإن نكل المرتهن، بيع العبد في الجناية، ولا خيار له في فسخ البيع، ولا غرم على الراهن. وجميع ما ذكرناه مبني على أن رهن الجاني لا يصح، فإن صححناه، فقيل: يقبل إقراره قطعًا، فيغرم المجني عليه، ويستمر الرهن. وقال آخرون: بطرد القولين. ووجه المنع: أنه يحل بلزوم الرهن، لأن المجني عليه يبيع المرهون لو عجز عن تغريم الراهن.

فرع: لو أقر السيد عليه بجناية توجب القصاص، لم يقبل إقراره على العبد، فلو قال، ثم عفا على مال، فهو كما لو أقر بما يوجب المال.

فرع: لو أقر بالعتق وقلنا: لا يقبل، فالمذهب والمنصوص: أنه يجعل كإنشاء الإعتاق. وفيه الأقوال، لأن من ملك إنشاء أمر، قبل إقراره به. ونقل الإمام في نفوذه وجهين: مع قولنا: ينفذ الإنشاء.

فرع: رهن الجارية الموطوءة جائز، ولا يمنع من التصرف، لاحتمال الحمل. فإذا رهن جارية، فأتت بولد، فإن كان الانفصال لدون ستة أشهر من الوطء، أو لأكثر من أربع سنين، فالرهن بحاله، والولد مملوك له، لأنه لا يلحق به. وإن كان

لستة أشهر فأكثر إلى أربع سنين، فقال الراهن: هذا الولد مني، وكنت وطئتها قبل لزوم الرهن، فإن صدقه المرتهن، أو قامت بينة، فهي أُم ولد له، والرهن باطل، وللمرتهن فسخ البيع المشروط فيه رهنها. وإن كذبه ولا بينة، ففي قبول إقراره لثبوت الاستيلاد، قولان، كإقراره بالعتق ونظائره، والتفريع كما سبق. وعلى كل حال، فالولد حر ثابت النسب عند الإمكان. ولو لم يصادف ولدًا في الحال، وزعم الراهن أنها ولدت منه قبل الرهن، ففيه التفصيل السابق والخلاف، وحيث قلنا: يحلف المجني عليه، تحلَّف المستولدة، فإنها في مرتبته، وفي العتق يحلف العبد.

ولو أقر بأنه استولدها بعد لزوم الرهن، فإن لم ينفذ استيلاده، لم يقبل إقراره، وإلا، ففيه الوجهان السابقان في إقراره بالعتق، أصحهما: يقبل. والله أعلم.

فرع: لو باع عبدًا، ثم أقر بأنه كان غصبه، أو باعه، أو اشتراه شراءً فاسدًا، لم يقبل قوله، لأنه أقر في ملك الغير، وهو مردود ظاهرًا، ويخالف إقرار الراهن فإنه في ملكه. وقيل بطرد الخلاف، والمذهب: الأول. وعلى هذا، فالقول قول المشتري. فإن نكل فهل الرد على المدعي، أم على المقر البائع؟ قولان. ولو أجَّر عبدًا، ثم قال: كنت بعته، أو أجرته، أو أعتقته، ففيه الخلاف المذكور في الرهن، كبقاء الملك. ولو كاتبه، ثم أقر بما لا يصح معه كتابة، قال ابن كج: فيه الخلاف. وقطع الشيخ أبو حامد بأنه لا يقبل، لأن المكاتب كمن زال ملكه عنه.

الأمر الرابع: ما يفك به الرهن. فإذا أذن المرتهن في بيع الرهن، فباع الراهن، ورجع المرتهن عن الإذن، ثم اختلفا، فقال: رجعت قبل البيع، فلم يصح، وبقي رهنًا كما كان، وقال الراهن: بل رجعت بعده، فالقول قول المرتهن على الأصح عند الأكثرين، وقيل: قول الراهن. وقال في «التهذيب»: إن قال الراهن أولًا: تصرفت بإذنك، ثم قال المرتهن: كنت رجعت قبله، فالقول قول الراهن. وإن قال: رجعت، ثم قال الراهن: كنت بعت قبل رجوعك، فالقول قول المرتهن. ولو أنكر الراهن أصل الرجوع، فالقول قوله مع يمينه.

فصل: عليه دينان، أحدهما حالٌّ، وبه رهن، أو كفيل، أو هو ثمن مبيع محبوس به، فسلم إليه ألفًا، وقال: أعطيتك عنه، وقال القابض: بل عن الدين الآخر، فالقول قول الدافع، سواء اختلفا في نيته أو لفظه. قال الأئمة: فالاعتبار في أداء الدين، بقصد المؤدِّي. حتى لو ظن المستحق أنه يودعه عنده، ونوى مَن عليه الدين أداء الدين برئت ذمته، وصار المدفوع ملكًا للقابض.

فرع: كان عليه دينان، فأدى عن أحدهما بعينه، وقع عنه. وإن ادعى عنهما، قسط عليهما. وإن لم يقصد في الحال شيئًا، فوجهان: أصحهما: يراجع، فيصرفه

إليهما أو إلى ما شاء منهما. والثاني: يقع عنهما. وعلى هذا تردد الصيدلاني في حكايته، أنه يوزع عليهما بالتسوية، أم بالتقسيط؟ وعلى هذا القياس نظائر المسألة، كما إذا تبايع مشركان درهمًا بدرهمين، وسلم الزيادة من التزمها، ثم أسلما، فإن قصد تسليمه عن الزيادة، لزمه الأصل، وإن قصد تسليمه عن الأصل فلا شيء عليه. وإن قصد تسليمه عنهما، وزّع عليهما، وسقط ما بقي من الزيادة. وإن لم يقصد شيئًا، ففيه الوجهان. ولو كان لزيد عليه مئة، ولعمرو مثلها، فوكلا وكيلًا بالاستيفاء، فدفع المديون إلى الوكيل لزيد أو لعمرو، فذاك، وإن أطلق، فعلى الوجهين. ولو قال: خذه وادفعه إلى فلان، أو إليهما، فهذا توكيل منه بالأداء، وله التغيير ما لم يصل إلى المستحق.

وهذا الذي ذكره، اقتصار على الأصح. فقد قال إمام الحرمين: إذا قال مَن عليه الدين لهذا الوكيل: خذ الألف وادفعه إلى فلانٍ، فوجهان: أفقههما أنه بالقبض ينعزل عن وكالة المستحق، وصار وكيلًا للمديون. والثاني: يبقى وكيلًا للأول. فعلى هذا، لو تلف في يد الوكيل بغير تقصير، فمن ضمان صاحب الدين وقد برئ الدافع. وعلى الأول: هو من ضمان الدافع، والدين باقٍ عليه. وإن قصر الوكيل، فعليه الضمان. وأيهما يطالبه؟ فيه الوجهان. قال الإمام: ولا يشترط في جريان الوجهين قبول الوكيل صريحًا بالقول، بل مجرد قوله: ادفع إلى فلان، فيه الوجهان. والله أعلم.

ولو أبرأ مستحق الدينين المديون عن مئة، وكل واحد منهما مئة، فإن قصدهما أو أحدهما، فهو لما قصد. وإن أطلق، فعلى الوجهين. وإن اختلفا فقال المبرئ: أبرأت عن الدين الخالي عن الرهن والكفيل، فقال المديون: بل عن الآخر، فالقول قول المبرئ مع يمينه.

فصل: اختلفا في قِدَم عيب المرهون وحدوثه، فقد سبق بيانه في «كتاب البيع». ولو رهنه عصيرًا، ثم بعد قبضه اختلفا، فقال المرتهن: قبضته وقد تخمر، فلي الخيار في فسخ البيع المشروط، وقال الراهن: بل صار عندك خمرًا، فالأظهر: أن القول قول الراهن، لأن الأصل بقاء لزوم البيع. والثاني: قول المرتهن، لأن الأصل عدم قبض صحيح. ولو زعم المرتهن أنه كان خمرًا يوم العقد، وكان شرطه في البيع شرط رهن فاسد، فقيل بطرد القولين. وقيل: القول قول المرتهن قطعًا. ولو سلم العبد المشروط رهنه ملتفًا بثوب، ثم وجد ميتًا، فقال الراهن: مات عندك، فقال: بل أعطيتنيه ميتًا، فأيهما يقبل؟ فيه القولان. ولو اشترى مائعًا، وجاء بظرف فصبه البائع فيه، فوجدت فيه فأرة ميتة، فقال البائع: كانت في ظرفك، وقال

المشتري: قبضته وفيه الفأرة، ففيمن يصدق؟ القولان. ولو زعم المشتري كونها فيه حال البيع، فهذا اختلاف في جريان العقد صحيحًا، أم فاسدًا؟ وقد سبق بيانه.

فصل: ليس للراهن أن يقول: أحضر المرهون وأنا أقضي دينك من مالي، بل لا يلزمه الإحضار بعد قضائه، وإنما عليه التمكين كالمودع. والإحضار، وما يحتاج إليه من مؤنة على رب المال. ولو احتيج إلى بيعه في الدين، فمؤنة الإحضار على الراهن.

قال صاحب «المعاياة»: إذا رهن شيئًا ولم يشرط جعله في يد عدل، أو المرتهن، فإن كان جارية، صح قطعًا، وكذا غيرها على الصحيح. والفرق أنها لا تكون في يد المرتهن، وغيرها قد يكون، فيتنازعان. قال أصحابنا: لو كان بالمرهون عيب، ولم يعلم به المرتهن حتى مات، أو حدث به عيب في يده، لم يكن له فسخ البيع المشروط فيه، كما لو جرى ذلك في يد المشتري، وليس له أن يطالب بالأرش ليكون مرهونًا، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره. قال القاضي: ولو رهن عبدين، وسلم أحدهما فمات في يد المرتهن، وامتنع الراهن من تسليم الآخر، لم يكن له خيار في فسخ البيع لأنه لم يمكنه رده على حاله. والله أعلم.

باب التفليس

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإذا كان على رجل دين، فإن كان مؤجلًا لم يجز مطالبته، لأنا لو جوزنا مطالبته سقطت فائدة التأجيل. فإن أراد سفرًا قبل محِلِّ الدين، لم يكن للغريم منعه، ومن أصحابنا من قال: إن كان السفر مخوفًا كان له منعه، لأنه لا يأمن أن يموت فيضيع دينه، والصحيح هو الأول، لأنه لا حق له عليه قبل محل الدين، وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه قبل المحل، كما يجوز في الحضر أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب، وإن قال: أقم لي كفيلًا بالمال لم يلزمه، لأنه لم يحل عليه الدين فلم يملك المطالبة بالكفيل، كما لو لم يرد السفر، وإن كان الدين حالًا نظرت، فإن كان معسرًا لم يجز مطالبته لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ولا يملك ملازمته لأن كل دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل، فإن كان يحسن صنعة فطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليكسب ما يعطيه لم يجبر على ذلك لأنه إجبار على التكسب فلم يجز كالإجبار على التجارة، وإن كان موسرًا جازت مطالبته. لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾. فدل على أنه إذا لم يكن ذا عسرة لم يجب إنظاره؛ فإن لم يقضه ألزمه الحاكم، فإن امتنع ـ فإن كان له مال ظاهر ـ باعه عليه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ألا أن

الأسيفع أُسيفع جهنية رضي من دينه أن يقال: سبق الحاج فادَّان معرضًا فأصبح وقدرِيَنَ به، فمن له دين فليحضر، فإنا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه»[1] وإن كان له مال كتمه حبسه وعزره حتى يظهره، فإن ادعى الإعسار نظرت، فإن لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه. لأن الأصل عدم المال. فإن عرف له مال لم يقبل قوله، لأنه معسر إلا ببينة، لأن الأصل بقاء المال، فإن قال: غريمي يعلم أني معسر، أو أن مالي هلك فخلفوه حلف، لأن ما يدعيه محتمل، فإن أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قبل فيه شهادة عدلين.

فإن أراد أن يقيم البينة على الإعسار لم يقبل إلا بشهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله، لأن الهلاك يدركه كل أحد والإعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطنه، فإن أقام البينة على الإعسار وادعى الغريم أن له مالًا باطنًا فطلب اليمين عليه، ففيه قولان، أحدهما: لا يحلف، لأنه أقام البينة على ما ادعاه فلا يحلف، كما لو ادعى ملكًا وأقام عليه البينة، والثاني: يحلف لأن المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين، فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب، كما لو أقام عليه البينة بالدين وادعى أنه أبرأه منه، وإن وجد في يده مال فادعى أنه لغيره نظرت، فإن كذبه المقر له بيعَ في الدين لأن الظاهر أنه له، وإن صدقه سلم إليه. فإن قال الغريم: أحلفوه لي أنه صادق في إقراره ففيه وجهان أحدهما: يحلف لأنه يحتمل أن يكون كاذبًا في إقراره والثاني: لا يحلف وهو الصحيح، لأن اليمين تعرض ليخاف فيرجع عن الإقرار، ولو رجع عن الإقرار لم يقبل رجوعه فلا معنى لعرض اليمين.

الشرح: التفليس في اللغة: النداء على المفلس، وشهره بصفة الإفلاس. وأما في الشرع، فقال الأئمة: المفلس: مَن عليه ديون لا يفي بها ماله. ومثل هذا الشخص يحجر عليه القاضي بالشرائط التي سنذكرها إن شاء الله تعالى. وإذا حجر عليه، ثبت حكمان. أحدهما: تعلق الدين بماله حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضر بالغرماء، ولا تزاحمها الديون الحادثة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. والثاني: أن مَن وَجد عند المفلس عين ماله، كان أحق به من غيره. فلو مات مفلسًا قبل الحجر عليه، تعلقت الديون بتركته كما سبق في الرهن. ولا فرق في ذلك بين المفلس وغيره، ولكن يثبت الحكم الثاني، ويكون موته مفلسًا كالحجر عليه. ولو كان مال الميت وافيًا بديونه، فالصحيح: أنه لا يرجع في عين المبيع، كما في حال الحياة، لتيسر الثمن. وقال الإصطخري: يرجع.

واعلم أن التعلق المانع من التصرف، يفتقر إلى حجر القاضي عليه قطعًا. وكذا

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٧٠).

الرجوع إلى عين المبيع. هذا هو الذي يدل عليه كلام الأصحاب تعريضًا وتصريحًا. وقد يشعر بعض كلامهم بالاستغناء فيه عن حجر القاضي، ولكن المعتمد الأول.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وإن ركبته الديون ورفعه الغرماء إلى الحاكم، وسألوه أن يحجر عليه نظر الحاكم في ماله، فإن كان له مال يفي بالديون لم يحجر عليه لأنه لا حاجة به إلى الحجر، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه، فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه وباع ما له عليه لما روى عبد الرحمٰن بن كعب بن مالك قال: «كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئًا فلم يزل يدَّان حتى أغرق ماله في الدين، فكلم النبي ﷺ غرماءه فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذًا من أجل رسول الله ﷺ فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء»[1] وروى كعب بن مالك: «أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ وباع عليه ماله»[2] وإن كان ماله يفي بالديون إلا أنه ظهرت عليه أمارة التفليس بأن زاد خرجه على دخله ففيه وجهان، أحدهما: لا يحجر عليه لأنه مليء بالدين فلا يحجر عليه كما لو لم يظهر فيه أمارة المفلس والثاني: يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء.

فصل: والمستحب أن يُشهد على الحجر ليعلم الناس حاله فلا يعاملوه إلا على بصيرة، فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف فيه فإن اقترض أو اشترى في ذمته شيئًا صح لأنه لا ضرر على الغرماء فيما يثبت في ذمته ومن باعه أو أقرضه بعد الحجر لم يشارك الغرماء في ماله، لأنه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة، وأن ديون الغرماء متعلقة بماله، وإن لم يعلم فقد فرط حين دخل في معاملته على غير بصيرة فلزمه الصبر إلى أن يفك عنه الحجر، فإن تصرف في المال بالبيع والهبة والعتق ففيه قولان.

أحدهما: أنه صحيح موقوف لأنه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف في المال كالحجر على المريض، والثاني: لا يصح وهو الصحيح لأنه حجر ثبت بالحاكم فمنع من التصرف في المال كالحجر على السفيه، ويخالف حجر المريض لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلا بعد الموت، وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله في الحال فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون. فإن قلنا: يصح تصرفه وقف، فإن وفى ماله بالدين نفذ تصرفه؛ وإن لم يف فسخ، لأنا جوزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال أو يفتح عليه بما يقضي به الدين، فإن عجز فسخ كما نقول في هبة المريض.

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٤٨).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٥٠) والدارقطني في سننه (٤/ ٢٣٠).

قال أصحابنا: وعلى هذا ينقض من تصرفه الأضعف فالأضعف فأضعفها الهبة لأنه لا عوض فيه ثم البيع لأنه يلحقه الفسخ ثم العتق، لأنه أقوى التصرفات، ويحتمل عندي أن يفسخ الآخر فالآخر، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث.

فصل: قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فله إجازة البيع ورده، فمن أصحابنا من حمل هذا على ظاهره، وقال: له أن يفعل ما يشاء، لأن الحجر إنما يؤثر في عقد مستأنف، وهذا عقد سبق الحجر فلم يؤثر الحجر فيه وقال أبو إسحاق: إن كان الحظ في الرد لم يجز، وإن كان في الإجازة لم يرد، لأن الحجر يقتضي طلب الحظ، فإذا طرأ في بيع في بيع الخيار أوجب طلب الحظ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جن، فإن الولي لا يفعل إلا ما فيه الحظ من الرد والإجازة ومن أصحابنا من قال: «إن قلنا إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يجب الرد، وإن كان الحظ في الرد لأن الملك قد انتقل فلا يكلف رده، وحمل قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ على هذا القول. وإن قلنا: إن المبيع لم ينتقل أو موقوف لزمه الرد إن كان الحظ في الرد، لأن المبيع على ملكه فلا يفعل إلا ما فيه الحظ.

فصل: وإن وهب هبة تقتضي الثواب، وقلنا: إن الثواب مقدر بما يرضى به الواهب، ثم أفلس، فله أن يرضى بما شاء، لأنا لو ألزمناه أن يطلب الفضل لألزمناه أن يكتسب، والمفلس لا يكلف الاكتساب.

فصل: وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر لزم الإقرار في حقه، وهل يلزم في حق الغرماء؟ فيه قولان، أحدهما: لا يلزم، لأنه متهم؛ لأنه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ويرد عليه، والثاني: أنه يلزمه وهو الصحيح، لأنه حق يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر فلزم في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة، وإن ادعى عليه رجل مالًا وأنكر، ولم يحلف؛ وحلف المدعي. فإن قلنا: إن يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كالبينة شارك الغرماء في المال؛ وإن قلنا: كالإقرار فعلى القولين في الإقرار، وإن أقر لرجل بعين لزمه الإقرار في حقه، وهل يلزم في حق الغرماء؟ فيه قولان، أحدهما: لا يلزم، والثاني: يلزم، وتسلم العين إلى المقر له، ووجه القولين ما ذكرناه في الإقرار بالدين.

فصل: وإن جنى على رجل جناية توجب المال وجب قضاء الأرش من المال، لأنه حق لزمه بغير رضى من له الحق فوجب قضاؤه من المال، وإن جنى عليه جناية توجب المال تعلق حق الغرماء بالأرش كما يتعلق بسائر أمواله.

فصل: وإن ادعى على رجل مالًا وله شاهد فإن حلف استحق وتعلق به حق الغرماء وإن لم يحلف فهل تحلف الغرماء أم لا؟ قال في التفليس: لا يحلفون وقال في غرماء الميت: إذا لم يحلف الوارث مع الشاهد ففيه قولان، أحدهما: يحلفون، والثاني: لا يحلفون. فمن أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء

الميت إلى غرماء المفلس، فجعل فيهما قولين. أحدهما: يحلفون لأن المال إذا ثبت استحقوه، والثاني: لا يحلفون لأنهم يحلفون لإثبات المال لغيرهم وذلك لا يجوز ومن أصحابنا من قال: لا تحلف غرماء المفلس وفي غرماء الميت قولان، لأن الميت لم يمتنع من اليمين فحلف غرماؤه، والمفلس امتنع من اليمين فلم تحلف غرماؤه، ولأن غرماء الميت أيسوا من يمين الميت فحلفوا، وغرماء المفلس لم ييأسوا من يمين المفلس فلم يحلفوا، وإن حجر عليه وعليه دين مؤجل فهل يحل؟ فيه قولان أحدهما: يحل لأن الدين تعلق بالمال فحل الدين المؤجل كما لو مات. والثاني: لا يحل وهو الصحيح لأنه يملك التصرف في الذمة فلم يحل عليه الدين، كما لو لم يحجر عليه.

فصل: وإن لم يكن له كسب ترك له ما يحتاج إليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه، ويرجع إلى الكسب لقوله ﷺ: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[1] فقدم حق نفسه على حق العيال، وهو دين، فدل على أنه يقدم على كل دين، ويكون الطعام على ما جرت به عادته، ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة من غير إسراف ولا إجحاف، لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى القوت، فإن كان له من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب ترك لهم ما يحتاجون إليه من النفقة والكسوة بالمعروف، لأنهم يجرون مجراه في النفقة والكسوة ولا تترك له دار ولا خادم؛ لأنه يمكنه أن يكتري دارًا يسكنها وخادمًا يخدمه وإن كان له كسب جعلت نفقته في كسبه لأنه لا فائدة في إخراج ماله في نفقته، وهو يكتسب ما ينفق.

فصل: وإذا أراد الحاكم بيع ماله فالمستحب أن يحضره لأنه أعرف بثمن ماله، فإن لم يكن من يتطوع بالنداء استؤجر من ينادي عليه من سهم المصالح، لأن ذلك من المصالح فهو كأجرة الكيال والوزان في الأسواق، فإن لم يكن سهم المصالح اكترى من مال المفلس، لأنه يحتاج إليه لإيفاء ما عليه، فكان عليه، ويقدم على سائر الديون، لأن في ذلك مصلحة له، ويباع كل شيء في سوقه، لأن أهل السوق أعرف بقيمة المتاع، ومن يطلب السلعة في السوق أكثر، ويبدأ بما يسرع إليه الفساد لأنه إذا أخر ذلك هلك، وفي ذلك إضرار، وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[2] ثم بالحيوان لأنه يحتاج إلى علف ويخاف عليه التلف ويتأنى بالعقار لأنه إذا تأنى به كثر من يطلبه، ولا يتأنى به أكثر من ثلاثة أيام، لأن فيما زاد إضرارًا بالغرماء في تأخير حقهم.

فإن كان في المال رهن أو عبد تعلق الأرش برقبته بيع في حق المرتهن والمجني عليه، لأن حقهما يختص بالعين فقدم، وإن بيع له متاع وقبض ثمنه

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

فهلك الثمن واستحق المبيع، رجع المشتري بالعهدة في مال المفلس، وهل يقدم على سائر الغرماء؟ روى المزني أنه يقدم وروى الربيع أنه أسوة الغرماء، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: يقدم، لأن في تقديمه مصلحة فإنه متى لم يقدم تجنب الناس شراء ماله خوفًا من الاستحقاق فإذا قدم رغبوا في شراء ماله.

والثاني: أنه أسوة الغرماء لأن هذا دين تعلق بذمته بغير رضى من له الحق فضرب به مع الغرماء كأرش الجناية ومنهم من قال: إن لم يفك الحجر عنه قدم لأن فيه مصلحة له، وإن فك الحجر عنه كان كسائر الغرماء، وحمل رواية الربيع على هذا.

فصل: وإن كان في الغرماء من باع منه شيئًا قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئًا، ووجد عين ماله على صفته، ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من الغرماء»[1] وهل يفتقر الفسخ إلى إذن الحاكم؟ فيه وجهان.

قال أبو إسحاق: لا يفسخ إلا بإذن الحاكم، لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير إذن الحاكم كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة.

وقال أبو القاسم الداركي: لا يفتقر إلى الحاكم، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد، فإن حكم حاكم بالمنع من الفسخ فقد قال أبو سعيد الإصطخري: ينقض حكمه، لأنه حكم مخالف لنص السنة، ويحتمل ألا ينقض لأنه مختلف فيه فلم ينقض وهل يكون الفسخ على الفور؟ أو على التراخي؟ فيه وجهان.

أحدهما: أنه على التراخي لأنه خيار لا يسقط إلى بدل، فكان على التراخي كخيار الرجوع في الهبة.

والثاني: أنه على الفور لأنه خيار ثبت لنقص في العوض فكان على الفور كخيار الرد بالعيب، وهل يصح الفسخ بالوطء في الجارية؟ فيه وجهان.

أحدهما: كما يصح الفسخ بالوطء في خيار الشرط.

والثاني: أنه لا يصح لأنه ملك مستقر فلا يجوز رفعه بالوطء، وإن قال الغرماء: نحن نعطيك الثمن ولا نفسخ لم يسقط حقه من الفسخ، لأنه ثبت له

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٥٩) وأبو داود في سننه برقم (٣٥١٩) والترمذي في سننه برقم (١٢٦٢) والنسائي في سننه (٧/ ٣١١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٦٠) وأحمد في المسند (٢/ ٢٥٨).

حق الفسخ فلم يسقط ببذل العوض كالمشتري إذا وجد بالسلعة عيبًا وبذل له البائع الأرش.

فصل: وإن كان قد باعه بعد الإفلاس؛ ففيه وجهان، أحدهما: أن له أن يفسخ، لأنه باعه قبل وقت الفسخ، فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة بفقير ثم أعسر بالنفقة. والثاني: أنه ليس له أن يفسخ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته، فسقط خياره، كما لو اشترى سلعة مع العلم بعيبها.

فصل: وإن وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه، رجع بحصة ما بقي من الثمن لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن رجع في بعضه إذا لم يقبض بعض الثمن، وإن كان المبيع عبدين متساويي القيمة وباعهما بمائة، وقبض من الثمن خمسين، ثم مات أحد العبدين، وأفلس المشتري، فالمنصوص في التفليس أنه يأخذ الباقي بما بقي من الثمن، ونصّ في الصداق: إذا أصدقها عبدين فتلف أحدهما ثم طلقها قبل الدخول، على قولين.

أحدهما: أنه يأخذ الموجود بنصف الصداق مثل قوله في التفليس. والثاني: أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف، فمن أصحابنا من نقل هذا القول إلى البيع، وقال: فيه قولان، أحدهما: أنه يأخذ نصف الموجود ويضرب مع الغرماء بنصف ثمن التالف، وهو اختيار المزني رَحِمَهُ اللَّهُ، لأن البائع قبض الخمسين من ثمنهما، وما قبض من ثمنه لا يرجع به والثاني: أنه يأخذ الموجود بما بقي، لأن ما أخذ جميعه لدفع الضرر إذا كان باقيًا أخذ الباقي إذا هلك بعضه كالشقص في الشفعة.

ومن أصحابنا من قال: يأخذ البائع الموجود بما بقي من الثمن قولًا واحدًا، وفي الصداق قولان. والفرق بينهما أن البائع إذا رجع بنصف الموجود ونصف بدل التالف لم يصل إلى كمال حقه لأن غريمه مفلس، والزوج إذا رجع بنصف الموجود ونصف قيمة التالف وصل إلى جميع حقه، لأن الزوجة موسرة فلم يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر.

فصل: وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن لم يرجع به لأن حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك إسقاطه بحقه فإن أمكن أن يقضي حق المرتهن ببيع بعضه، بيع منه بقدر حقه ويرجع البائع بالباقي، لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال.

فصل: وإن كان المبيع شقصًا تثبت فيه الشفعة ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أن الشفيع أحق، لأن حقه ثابت؛ فإنه يثبت بالعقد، وحق البائع ثبت بالحجر؛ فقدم حق الشفيع، والثاني: أن البائع أحق، لأنه إذا أخذ الشفيع الشقص زال الضرر عنه وحده، وإذا أخذه البائع زال الضرر عنهما؛ لأن البائع يرجع إلى عين ماله والشفيع يتخلص من ضرر المشتري فيزول الضرر عنهما، والثالث: أن يدفع الشقص إلى الشفيع ويأخذ منه ثمنه، ويدفع إلى البائع لأن في ذلك جمعًا

بين الحقين، وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما.

فصل: وإن كان المبيع صيدًا والبائع محرم لم يرجع فيه، لأنه تمليك صيد فلم يجز مع الإحرام كشراء الصيد.

فصل: وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل، وقلنا إن الدين المؤجل لا يحل وديون الغرماء حالَّة، فالمنصوص أنه يباع المبيع في الديون الحالة لأنها حقوق حالة فقدمت على الدَّين المؤجل، ومن أصحابنا من قال: لا يباع، بل يوقف إلى أن يحل فيختار البائع الفسخ أو الترك، وإليه أشار في «الإملاء»، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل فلا يباع في الديون الحالة.

فصل: وإن وجد المبيع وقد باعه المشتري ويرجع إليه، ففيه وجهان: أحدهما: أن له أن يرجع فيه، لأنه وجد عين ماله خاليًا من حق غيره، فأشبه إذا لم يبعه. والثاني: لا يرجع، لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه.

فصل: وإن وجد المبيع ناقصًا نظرت، فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن كعبدين، تلف أحدهما أو نخلة مثمرة تلفت ثمرتها، فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع فيما بقي بحصته من الثمن ويضرب مع الغرماء بثمن ما تلف، لأن البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن؛ ثم المشتري إذا وجد أحد العينين في يد البائع والآخر هالكًا كان بالخيار بين أن يترك الباقي ويطالب بجميع الثمن، وبين أن يأخذ الموجود بثمنه ويطالب بثمن التالف، فكذلك البائع؛ وإن كان المبيع نخلًا مع ثمرة مؤبرة فهلكت الثمرة قُوم النخل مع الثمرة، ثم يقوَّم بلا ثمرة، ويرجع بما بينهما من الثمن، وتعتبر القيمة أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض.

فإن كانت قيمته وقت العقد أقل قوم وقت العقد، لأن الزيادة حدثت في ملك المشتري فلا تقوَّم عليه، وإن كانت في وقت القبض أقل قوم في وقت القبض، لأن ما نقص لم يقبضه المشتري، فلم يضمنه، فإن كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن كذهاب يد وتأليف دار، نظرت، فإن لم يجب لها أرش بأن أتلفها المشتري أو ذهبت بآفة سماوية فالبائع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن وبين أن يتركه ويضرب بالثمن مع الغرماء كما نقول فيمن اشترى عبدًا فذهبت يده، أو دارًا فذهب تأليفها في يد البائع؛ فإن المشتري بالخيار بين أن يأخذه بالثمن، وبين أن يتركه ويرجع بالثمن.

فإن وجب لها أرش بأن أتلفها أجنبي فالبائع بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يأخذ ويضرب بما نقص من الثمن لأن الأرش في مقابلة جزء كان البائع يستحقه فاستحق ما يقابله كما نقول فيمن اشترى عبدًا

فقطع الأجنبي يده: إنه بالخيار بين أن يتركه ويرجع بالثمن، وبين أن يأخذه ويطالب الجاني بالأرش غير أن المشتري يرجع على الجاني بقيمة اليد، لأنها تلفت في ملكه فوجب له البدل، والبائع يرجع بحصة اليد من الثمن لأنها تلفت في ملك المفلس فوجب الأرش له، فيرجع البائع عليه بالحصة من الثمن لأن المبيع مضمون على المفلس بالثمن، فإن كان المبيع نخلًا عليه طلع غير مؤبر فهلكت الثمرة ثم أفلس بالثمن فرجع البائع في النخل. ففيه وجهان، أحدهما: يأخذها بجميع الثمن لأن الثمرة تابعة للأصل في البيع فلم يقابلها قسط من الثمن، والثاني: يأخذها بقسطها من الثمن ويضرب بحصة الثمرة مع الغرماء، لأن الثمرة يجوز إفرادها بالبيع فصارت مع النخل بمنزلة العينين.

فصل: وإن وجد المبيع زائدًا نظرت فإن كانت زيادة غير متميزة كالسِّمَن والكبر. واختار البائع الفسخ. رجع في المبيع مع الزيادة، لأنها زيادة لا تتميز فتبعت الأصل في الرد. كما قلنا في الرد بالعيب. وإن كان المبيع حبًا فصار زرعًا أو زرعًا فصار حبًا أو بيضًا فصار فرخًا ففيه وجهان، أحدهما: لا يرجع به لأن الفرخ غير البيض والزرع غير الحب، والثاني: يرجع وهو المنصوص. لأن الفرخ والزرع عين المبيع. وإنما تغيرت صفته فهو كالوَدِيِّ إذا صار نخلًا. والجدي إذا صار شاة. وإن كانت الزيادة متميزة نظرت. فإن كانت ظاهرة كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار، رجع فيه دون الزيادة. لأنه نماء ظاهر متميز حدث في ملك المشتري فلم يتبع الأصل في الرد. كما قلنا في الرد بالعيب. فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعها قطع. وإن اتفقوا على تركها إلى الجداد ترك لأنه ملك أحدهما وحق الآخر وإن دعا أحدهما إلى قطعها والآخر إلى تركها وجب القطع. لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه. فلا يؤخر بغير رضاه. وإن كانت الزيادة غير ظاهرة كطلع غير مؤبر وما أشبهه من الثمار. ففيه قولان، روى الربيع أنه يرجع في النخل دون الطلع، لأن الثمرة ليست عين ماله فلم يرجع بها، وروى المزني أنه يرجع لأنه يتبع الأصل في البيع فتبعه في الفسخ كالسمن والكبر، فإذا قلنا بهذا فأفلس وهو غير مؤبر فلم يرجع حتى أبرّ لم يرجع في الثمرة لأنها أبرت وهي في ملك المفلس فإن اختلف البائع والمفلس فقال البائع: رجعت فيه قبل التأبير فالثمرة لي. فقال المفلس: رجعت بعد التأبير فالثمرة لي، فالقول قول المفلس مع يمينه لأن الأصل بقاء الثمرة على ملكه فإن لم يحلف المفلس فهل يحلف الغرماء؟ فيه قولان، وقد مضى دليلهما فإن كذبوه فحلف واستحق وأراد أن يفرقه على الغرماء ففيه وجهان.

أحدهما: أنه لا يلزمهم قبوله لأنهم أقروا أنه أخذ بغير حق. والثاني: يلزمهم قبوله أو الإبراء من الدين، وعليه نص في المكاتب إذا حمل إلى المولى نجمًا فقال المولى: هو حرام، أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه منه، فإن صدقه بعضهم وكذبه البعض فقد قال الشافعي رحمه الله: يفرق ذلك فيمن صدقه دون من

كذبه. فمن أصحابنا من قال: لا يجوز أن يفرقه إلا على من صدقه، لأنه لا حاجة به إلى دفع ذلك إلى من يكذبه وقال أبو إسحاق: إذا اختار المفلس أن يفرق على الجميع جاز، كما يجوز إذا كذبوه وحمل قول الشافعي رحمه الله إذا اختار أن يفرق فيمن صدقه. وإن قال البائع رجعت قبل التأبير فالثمرة لي فصدقه المفلس وكذبه الغرماء ففيه قولان. أحدهما: يقبل قول المفلس لأنه غير متهم، والثاني: لا يقبل لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يقبل إقراره فيه. فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الغرماء؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال: هي على القولين كما قلنا في القسم قبله، ومنهم من قال: يحلفون قولًا واحدًا، لأن اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداء، وفي القسم قبله توجهت اليمين على المفلس، فلما نكل نقلت إليهم.

فصل: وإن كان المبيع جارية فحبلت في ملك المشتري نظرت فإن أفلس بعد الوضع رجع في الجارية دون الولد كما قلنا في الرد بالعيب ولا يجوز التفريق بين الأم والولد فإما أن يزيد البائع قيمة الولد فيأخذه مع الأم أو تباع الأم والولد فيأخذ البائع ثمن الأم ويأخذ المفلس ثمن الولد. ومن أصحابنا من قال: إما أن يزن قيمة الولد فيأخذه مع الأم وإما أن يسقط حقه من الرجوع والمذهب الأول. لأنه وجد عين ماله خاليًا عن حق غيره فثبت له الرجوع. وإن أفلس قبل الوضع فإن قلنا لا حكم للحمل رجع فيهما لأنه كالسمن وإن قلنا إن الحمل له حكم رجع في الأم دون الحمل لأنه كالحمل المنفصل، فإن باعها وهي حبلى ثم أفلس المشتري ـ نظرت فإن أفلس قبل الوضع ـ رجع فيهما وإن أفلس بعد الوضع ـ فإن قلنا للحمل حكم ـ رجع فيهما لأنهما كعينين باعهما، وإن قلنا: لا حكم للحمل رجع في الأم دون الحمل لأنه نماء تميز من ملك المشتري فلم يرجع فيه البائع ولا يفرق بين الأم والولد على ما ذكرناه.

فصل: وإن كان المبيع طعامًا فطحنه المشتري أو ثوبًا فقصره ثم أفلس نظرت فإن لم تزد قيمته بذلك واختار البائع الرجوع رجع فيه ولا يكون المشتري شريكًا له بقدر عمله، لأن عمله قد استهلك ولم يظهر له أثر. وإن زادت قيمته بأن كانت قيمته عشرة فصارت قيمته خمسة عشر ففيه قولان، أحدهما: أن البائع يرجع فيه ولا يكون المشتري شريكًا له بقدر ما عمل فيه وهو قول المزني لأنه لم يضف إلى المبيع عينًا وإنما فرق بالطحن أجزاء مجتمعة وفي القصارة أظهر بياضًا كان كامنًا في الثوب فلم يصر شريكًا للبائع في العين كما لو كان المبيع جوزًا فكسره ولأنه زيادة لا تتميز فلم يتعلق بها حق المفلس كما لو كان المبيع غلامًا فعلمه أو حيوانًا فسمنه. والثاني: أن المشتري يكون شريكًا للبائع بقدر ما زاد بالعمل ويكون حكم العمل حكم العين وهو الصحيح لأنها زيادة حصلت بفعله فصار بها شريكًا كما لو كان المبيع ثوبًا فصبغه ولأن القصار يملك حبس العين لقبض الأجرة كما يملك البائع حبس المبيع لقبض الثمن فدل على أن العمل كالعين بخلاف كسر الجوز وتعليم الغلام وتسمين الحيوان فإن الأجير في هذه

الأشياء لا يملك حبس العين لقبض الأجرة. فعلى هذا يباع الثوب فيصرف ثلث الثمن إلى الغرماء والثلثان إلى البائع وإن كان قد استأجر المشتري من قصر الثوب وطحن الطعام ولم يدفع إليه الأجرة دفع الأجرة إلى الأجير من ثمن الثوب لأن الزيادة حصلت بفعله فقضى حقه من بدله.

فصل: وإن اشترى من رجل ثوبًا بعشرة ومن آخر صبغًا بخمسة فصبغ به الثوب ثم أفلس نظرت فإن لم تزد ولم تنقص بأن صار قيمة الثوب خمسة عشر فقد وجد كل واحد من البائعين عين ماله فإن اختار الرجوع صار الثوب بينهما لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث. وإن نقص فصار قيمة الثوب اثنى عشر فقد وجد بائع الثوب عين ماله ووجد بائع الصبغ بعض ماله لأن النقص دخل بهلاك بعضه فإن اختار الرجوع كان لبائع الثوب عشرة ولبائع الصبغ درهمان ويضرب بما هلك من ماله وهو ثلاثة مع الغرماء وإن زاد فصار يساوي الثوب عشرين درهمًا بنينا على القولين في أن زيادة القيمة بالعمل كالعين أم لا؟ فإن قلنا: إنها ليست كالعين حصلت الزيادة في مالهما فيقسط بينهما على الثلث والثلثين لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث. وإن قلنا إنها كالعين كانت الزيادة للمفلس فيكون شريكًا للبائعين بالربع.

فصل: وإن كان المبيع أرضًا فبناها أو غرسها، فإن اتفق المفلس والغرماء على قلع البناء والغراس ثبت للبائع الرجوع في الأرض، لأنه وجد عين ماله خاليًا عن حق غيره، فجاز له الرجوع فإن رجع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزم المفلس تسوية الأرض وأرش نقص إن حدث بها من القلع، لأنه نقص حصل لتخليص ماله، ويقدم ذلك على سائر الديون، لأنه يجب لإصلاح ماله فقدم كعلف البهائم وأجرة النقال. وإن امتنعوا من القلع لم يجبروا لقوله ﷺ «ليس لعرق ظالم حق»[1] وهذا غرس وبناء بحق، فإن قال البائع: أنا أعطي قيمة الغراس والبناء وآخذه مع الأرض، أو أقلع وأضمن أرش النقص، ثبت له الرجوع لأنه يرجع في عين ماله من غير إضرار. وإن امتنع المفلس والغرماء من القلع وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص، فقد روى المزني فيه قولين أحدهما: أنه يرجع، والثاني: أنه لا يرجع، فمن أصحابنا من قال: إن قيمة الغراس والبناء أقل من قيمة الأرض فله أن يرجع لأن الغراس والبناء تابع، فلم يمنع الرجوع، وإن كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض لم يرجع لأن الأرض صارت كالتبع للغراس والبناء، وحمل القولين على هذين الحالين وذهب المزني وأبو العباس وأبو إسحاق إلى أنها على قولين، أحدهما: يرجع لأنه وجد عين ماله مشغولًا بملك المفلس، فثبت له الرجوع كما كان المبيع ثوبًا فصبغه

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٠٧٣) والترمذي في سننه (١/ ٢٥٩) والبيهقي في سننه (٦/ ١٤٢) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٥٢٠).

المفلس بصبغ من عنده، والثاني: لا يرجع لأنه إذا رجع في الأرض بقي الغراس والبناء من غير طريق ومن غير شِرْب، فيدخل الضرر على المفلس والضرر لا يزال بالضرر، فإن قلنا إنه يرجع وامتنع البائع مع بذل العوض وأرش النقص وامتنع المفلس والغرماء من القلع فهل يجبر البائع على البيع؟ فيه قولان، أحدهما: يجبر لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين، فوجب أن يباع كما يباع الصبغ مع الثوب، وإن لم يكن الصبغ له ويباع ولد المرهونة مع الرهن، وإن لم يدخل في الرهن والثاني: لا يجبر لأنه يمكن إفراد كل واحد منهما بالبيع، ولا يجبر على بيعها مع الغراس والبناء.

فصل: وإن كان المبيع أرضًا فزرعها المشتري ثم أفلس، واختار البائع الرجوع في الأرض جاز له، لأنه وجد عين ماله مشغولًا بما ينقل، فجاز له الرجوع فيه كما لو كان المبيع دارًا وفيها متاع للمشتري، فإن رجع في الأرض نظرت في الزرع، فإن استحصد وجب نقله، وإن لم يستحصد جاز تركه إلى أوان الحصاد من غير أجرة؛ لأنه زرعه في ملكه، فإذا زال الملك جاز ترك الزرع إلى أوان الحصاد من غير أجرة؛ كما لو زرع أرضه ثم باع الأرض.

فصل: وإن كان المبيع من ذوات الأمثال كالحبوب والأدهان فخلطه بجنسه نظرت، فإن خلطه بمثله كان للبائع أن يرجع، لأن عين ماله موجود من جهة الحكم ويملك أخذه بالقسمة، فإن رجع واتفقا على القسمة قسم ودفع إليه مثل مكيلته، فإن طلب البائع البيع فهل يجبر المفلس؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجبر لأنه يمكن القسمة فلا يجبر على البيع كالمال بين الشريكين، والثاني: يجبر لأنه إذا بيع وصل البائع إلى بدل ماله بعينه، وإذا قسم لم يصل إلى جميع ماله ولا إلى بدله، وإن خلطه بأردأ منه فله أن يرجع لأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فملك أخذه بالقسمة، وكيف يرجع؟ فيه وجهان. قال أبو إسحاق: يباع الزيتان ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما، لأنه إن أخذ مثل زيته بالكيل كان ذلك أنقص من حقه، وإن أخذ أكثر من زيته كان ربًا فوجب البيع، والثاني: وهو المنصوص أنه يأخذ مثل زيته بالكيل لأنه وجد عين ماله ناقصًا فرجع فيه مع النقص، كما لو كان عين ماله ثوبًا، فحدث به عيب عند المشتري، فإن خلطه بأجود منه ففيه قولان، أحدهما: يرجع وهو قول المزني لأنه وجد عين ماله مختلطًا بما لا يتميز عنه فأشبه إذا خلطه بمثله أو كان ثوبًا فصبغه والثاني: أنه لا يرجع لأن عين ماله غير موجود حقيقة لأنه اختلط بما لا يمكن تمييزه منه لا حقيقة ولا حكمًا، لأنه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته منه، ويخالف إذا خلطه بمثله، لأنه تمكن المطالبة بمثل مكيلته، ويخالف الثوب إذا صبغه، لأن الثوب موجود وإنما تغير لونه، فإن قلنا: إنه يرجع؟ فكيف يرجع؟ فيه قولان، أحدهما: يباع الزيتان ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما لأنه لا يمكن أن يأخذ مثل زيته بالكيل، لأنه يأخذ أكثر من حقه، ولا يمكن أن يأخذ أقل من زيته بالكيل لأنه

ربًا فوجب البيع. والثاني: يرجع من الزيت بقيمة مكيلته، فيكون قد أخذ بعض حقه وترك بعضه باختياره.

فصل: وإن أسلم إلى رجل في شيء وأفلس المسلم إليه وحجر عليه، فإن كان رأس المال باقيًا فله أن يفسخ العقد، ويرجع إلى عين ماله لأنه وجد عين ماله خاليًا من حق غيره، فرجع إليه كالمبيع، وإن كان رأس المال تالفًا ضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه، فإن لم يكن في ماله الجنس المسلم فيه اشترى ودفع إليه لأن أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز. وقال أبو إسحاق: إذا أفلس المسلم إليه فللمسلم أن يفسخ العقد ويضرب مع الغرماء برأس المال لأنه يتعذر تسليم المسلم فيه فثبت الفسخ كما لو أسلم في الرطب فانقطع. والمذهب أنه لا يثبت الفسخ لأنه غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ بالإفلاس كما لو باعه عينًا فأفلس المشتري بالثمن والعين تالفة، ويخالف إذا أسلم وانقطع الرطب لأن الفسخ هناك لتعذر المعقود عليه قبل التسليم، وههنا الفسخ بالإفلاس، والفسخ بالإفلاس إنما يكون لمن وجد عين ماله، وهذا غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ.

فصل: وإن أكرى أرضًا فأفلس المكتري بالأجرة، فإن كان قبل استيفاء شيء من المنافع فله أن يفسخ لأن المنافع في الإجارة كالأعيان المبيعة في البيع، ثم إذا أفلس المشتري والعين باقية ثبت له الفسخ، فكذلك إذا أفلس المكتري والمنافع باقية وجب أن يثبت له الفسخ، وإن أفلس وقد استوفى بعض المنافع وبقي البعض ضرب مع الغرماء بحصة ما مضى، وفسخ فيما بقي، كما لو ابتاع عبدين وتلف عنده أحدهما ثم أفلس فإنه يضرب بثمن ما تلف مع الغرماء ويفسخ البيع فيما بقي فإن فسخ وفي الأرض زرع لم يستحصد نظرت، فإن اتفق الغرماء والمفلس على تبقيته بأجرة إلى وقت الحصاد لزم المكري قبوله لأنه زرع بحق، وقد بذل له الأجرة لما بقي فلزمه قبولها، وإن لم يبذل له الأجرة جاز له المطالبة بقطعه لأن التبقية إلى الحصاد لدفع الضرر عن المفلس والغرماء، والضرر لا يزال بالضرر. وفي تبقيته من غير عوض إضرار بالمكري، وإن دعا بعضهم إلى القطع وبعضهم إلى التبقية نظرت، فإن كان الزرع لا قيمة له في الحال كالطعام في أول ما يخرج من الأرض لم يقطع لأنه إذا قطع لم يكن له قيمة، وإذا ترك صار له قيمة، فقدم قول من دعا إلى الترك، وإن كان له قيمة كالقصيل الذي يقطع ففيه وجهان: أحدهما: يقدم قول من دعا إلى القطع لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه فلم يؤخر، والثاني: وهو قول أبي إسحاق أنه يفعل ما هو أحظ، والأول أظهر.

فصل: إذا قسم مال المفلس بين الغرماء ففي حجره وجهان أحدهما: يزول الحجر لأن المعنى الذي لأجله حجر عليه حفظ المال على الغرماء، وقد زال ذلك فزال الحجر كالمجنون إذا أفاق، والثاني: لا يزول إلا بالحاكم لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل إلا بالحاكم كالحجر على المبذر.

فصل: ومن مات وعليه ديون تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر في حياته، فإن كان عليه دين مؤجل حل الدين بالموت لما روى ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «إذا مات الرجل وله دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل فالذي عليه حال والذي له إلى أجله»[١] ولأن الأجل جعل رفقًا بمن عليه الدين، والرفق بعد الموت أن يقضي دينه وتبرأ ذمته، والدليل عليه ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «نفس المؤمن مرتهنة في قبره بدينه إلى أن يقضي عنه»[٢].

فصل: فإن تصرف الوارث في التركة قبل مضي الدين ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح لأنه مال تعلق به دين فلا يصح التصرف فيه من غير رضى من له الحق كالمرهون، والثاني: يصح لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض. وإن قلنا: إنه يصح فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه وإن لم يقض فسخنا. وإن باع عبدًا ومات وتصرف الوارث في التركة ثم وجد المشتري بالعبد عيبًا فرده، أو وقع في بئر كان حفرها بهيمة ففي تصرف الورثة وجهان، أحدهما: أنه يصح لأنهم تصرفوا في ملك لهم لا يتعلق به حق أحد، والثاني: يبطل لأنا تبينا أنهم تصرفوا والدين متعلق بالتركة، فإن كان في غرماء الميت من باع شيئًا ووجد عين ماله ـ فإن لم تف التركة بالدين ـ فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله لما روي عن أبي هريرة ﷺ أنه قال في رجل أفلس: «هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه» فإن كانت التركة تفي بالدين ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري رحمه الله أن له أن يرجع في عين ماله، لحديث أبي هريرة، والثاني: لا يجوز أن يرجع في عين ماله وهو المذهب. لأن المال يفي بالدين فلم يجز الرجوع في الميت كالحي المليء وحديث أبي هريرة قد روى فيه أبو بكر النيسابوري: «وإن خلف وفاء فهو أسوة الغرماء».

فصل: إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه، لأنا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه.

وإن أكرى رجل داره سنة وقبض الأجرة وتصرف فيها ثم أفلس وقسم ماله

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ٢٣٢).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٠٧٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤١٣) وأحمد في المسند (٢/ ٤٤٠) والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٧) وابن حبان في صحيحه برقم (١١٥٨ موارد).

بين الغرماء ثم انهدمت الدار في أثناء المدة فإن المكتري يرجع على المفلس بأجرة ما بقي، وهل يشارك الغرماء فيما اقتسموا به أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يشاركهم لأنه دين وجب بعد القسمة فلم يشارك به الغرماء فيما اقتسموا كما لو استقرض مالًا بعد القسمة.

والثاني: يشاركهم لأنه دين وجب بسبب قبل الحجر، فشارك به الغرماء، كما لو انهدمت الدار قبل القسمة، ويخالف القرض لأن دينه لا يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر، وهذا استند إلى ما قبل الحجر، ولأن المقرض لا يشارك الغرماء في المال قبل القسمة، والمكتري يشاركهم في المال قبل القسمة فشاركهم بعد القسمة.

الشرح: قوله: «مليء» هو الموسع عليه، وقوله: «طرأ» أي حدث، وقوله: «إجحاف» يقال: أجحف به إذا ذهب، والأسوة: القدوة أي يقتدي بهم فيكون مثلهم، والودي من النخل: الصغار، وقوله: «القصيل» من القصل وهو القطع، وقوله: «التركة» ما يتركه الميت للوارث.

أما الأحكام: فيحجر القاضي على المفلس بالتماس الغرماء الحجر عليه بالديون الحالَّة الزائدة على قدر ماله، فهذه قيود:

القيد الأول: الالتماس، فلا بد منه. فليس للقاضي الحجر بغير التماس، لأن الحق لهم. فلو كانت الديون لمجانين، أو صبيان، أو محجور عليه بسفه، حجر لمصلحتهم بلا التماس، ولا يحجر لدين الغائبين، لأنه لا يستوفي مالهم في الذمم، إنما يحفظ أعيان أموالهم.

وإذا وجد الالتماس مع باقي الشروط المجوِّزة للحجر، وجب على الحاكم الحجر، صرح به أصحابنا كالقاضي أبي الطيب، وأصحاب «الحاوي» و«الشامل» و«البسيط» وآخرين. وإنما نبهت عليه، لأن عبارة كثيرين من أصحابنا: «فللقاضي الحجر»، وليس مرادهم أنه مخير فيه. والله أعلم.

القيد الثاني: كون الالتماس من الغرماء، فلو التمس بعضهم ودَينه قدر يجوز الحجر به، حجر، وإلا، فلا، على الأصح. وإذا حجر، لا يختص أثره بالملتمس، بل يعمهم كلهم.

وأطلق أبو الطيب وأصحاب «الحاوي» و«التتمة» و«التهذيب»: أنه إذا عجز ماله عن ديونه، فطلب الحجر بعض الغرماء، حجر، ولم يعتبروا قدر دين الطالب، وهذا قويّ. والله أعلم.

ولو لم يلتمس أحد عنهم، والتمسه المفلس، حجر على الأصح، لأن له غرضًا.

القيد الثالث: كون الدين حالًّا، فلا حجر بالمؤجل وإن لم يف المال به، لأنه لا مطالبة في الحال. فإن كان بعضه حالًّا، فإن كان قدرًا يجوز الحجر له حجر وإلا، فلا.

فرع: إذا حجر عليه بالفلس، لا يحل ما عليه من الدين المؤجل على المشهور، لأن الأجل حق مقصود له، فلا يفوت. وفي قول: يحل كالموت. فعلى هذا القول، لو لم يكن عليه إلا مؤجل، هل يحجر عليه؟ وجهان: الصحيح: لا. ولو جن وعليه مؤجل، حل على المشهور. فإن قلنا بالحلول، قسم المال بين أصحاب هذه الديون. وأصحاب الحالة من الابتداء، كما لو مات. وإن كان في المؤجل ثمن متاع موجود عند المفلس، فلبائعه الرجوع إلى عينه، كما لو كان حالًّا في الابتداء. وفي وجه: أن فائدة الحلول، أن لا يتعلق بذلك المتاع حق غير بائعه، فيحفظه إلى مضي المدة. فإن وجد وفاءً، فذاك، وإلا فحينئذٍ ينفسخ. وقيل: لا فسخ حينئذٍ أيضًا. بل لو باع بمؤجل وحل الأجل، ثم أفلس المشتري وحجر عليه، فليس للبائع الفسخ والرجوع. والأول: أصح. وإن قلنا بعدم الحلول، بيع ماله، وقسم على أصحاب الحال، ولا يدخر لأصحاب المؤجل شيء، ولا يدام الحجر عليه بعد القسمة لأصحاب المؤجل، كما لا يحجر به ابتداءً. وهل تدخل في البيع الأمتعة المشتراة بمؤجل؟ وجهان: أصحهما: نعم، كسائر أمواله، وليس لبائعها تعلق بها، لأنه لا مطالبة في الحال على هذا. فإن لم يتفق بيعها وقسمتها حتى حل الأجل، ففي جواز الفسخ الآن وجهان: قلت: أصحهما: الجواز، قاله في «الوجيز». والله أعلم.

والوجه الثاني: لا تباع، فإنها كالمرهونة بحقوق بائعها، بل توقف إلى انقضاء الأجل، فإن انقضى والحجر باقٍ، ثبت حق الفسخ. وإن فك، فكذلك، ولا حاجة إلى إعادة الحجر على الصحيح، بل عزلها وانتظار الأجل كبقاء الحجر بالإضافة إلى المبيع.

القيد الرابع: كون الديون زائدة على أمواله. فلو كانت مساوية والرجل كسوب ينفق من كسبه، فلا حجر. وإن ظهرت أمارات الإفلاس، بأن لم يكن كسوبًا، وكان ينفق من ماله، أو لم يف كسبه بنفقته، فوجهان: أصحهما: عند العراقيين: لا حجر، واختار الإمام الحجر. ويجري الوجهان، فيما إذا كانت الديون أقل، وكانت بحيث يغلب على الظن مصيرها إلى النقص أو المساواة، لكثرة النفقة. وهذه الصورة أولى بالمنع. وإذا حجر عليه في صورة المساواة، فهل لمن وجد عين ماله الرجوع؟ وجهان: أحدهما: نعم، لإطلاق الحديث. والثاني: لا، لتمكنه من استيفاء الثمن

بكماله. وهل تدخل هذه الأعيان في حساب أمواله، وأثمانها في حساب ديونه؟ وجهان: أصحهما: الإدخال.

فصل: وإذا حجر عليه، استحب للحاكم أن يشهد عليه، ليحذر الناس معاملته. وإذا حجر، امتنع منه كل تصرف مبتدإٍ يصادف المال الموجود عند الحجر، فهذه قيود:

القيد الأول: كون التصرف مصادفًا للمال. والتصرف ضربان: إنشاء، وإقرار.

الأول: الإنشاء، وهو قسمان: أحدهما: يصادف المال، وينقسم إلى تحصيل، كالاحتطاب والاتهاب، وقبول الوصية، ولا منع منه قطعًا، لأنه كامل الحال. وغرض الحجر: منعه مما يضر الغرماء. وإلى تفويت، فينظر، إن تعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية، صح، فإن فضل المال، نفذ، وإلا، فلا. وإن كان غير ذلك، فإما أن يكون مورده عين مال، وإما في الذمة، فهما نوعان: الأول: كالبيع، والهبة، والرهن، والإعتاق، والكتابة، وفيها قولان. أحدهما: أنها موقوفة، إن فضل ما يصرف فيه عن الدين لارتفاع القيمة، أو إبراءٍ، نفذناه، وإلا، فتبين أنه كان لغوًا. وأظهرهما: لا يصح شيء منها، لتعلق حق الغرماء بالأعيان، كالرهن. ثم اختلف في محل القولين، فقيل: هما فيما إذا اقتصر الحاكم على الحجر، ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه. فإن جعل ذلك، لم ينفذ تصرفه قطعًا، واحتج هؤلاء بقول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا جعل ماله لغرمائه، فلا زكاة عليه وطرّدهما آخرون في الحالين، وهو الأشهر، قال هؤلاء: وتجب الزكاة على الأظهر ما دام ملكه باقيًا، والنص محمول على ما إذا باعه لهم. فإن نفذناه بعد الحجر، وجب تأخير ما تصرف فيه، وقضاء الدين من غيره، فلعله يفضل، فإن لم يفضل، نقصنا من تصرفاته الأضعف فالأضعف، والأضعف الرهن والهبة، لخلوهما عن العوض، ثم البيع، ثم الكتابة، ثم العتق، قال الإمام: فلو لم يوجد راغب في أموال المفلس إلا في العبد المعتق، فقال الغرماء: بيعُوه ونجزوّا حقنا، ففيه احتمال. وغالب الظن أنهم يجابون.

وهذا الذي ذكره من فسخ الأضعف فالأضعف، هو الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق، وحكاه صاحب «المهذب» عن الأصحاب. ثم قال: ويحتمل أن يفسخ الآخر فالآخر، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث، والمختار ما قاله الأصحاب. فعلى هذا، لو كان وقف وعتق، ففي «الشامل» أن العتق يفسخ، ثم الوقف. وقال صاحب «البيان»: ينبغي أن يفسخ الوقف أولًا، لأن العتق له قوة وسراية، وهذا أصح. ولو تعارض الرهن والهبة، فسخ الرهن، لأنه لا يملك به العين. والله أعلم

وهذا الذي ذكرناه في بيعه لغير الغرماء، فإن باعهم، فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

النوع الثاني: ما يرد على الذمة بأن اشترى في الذمة، أو باع طعامًا سَلَمًا، فيصح ويثبت في ذمته. وفي قول شاذ: لا يصح.

القسم الثاني: ما لا يصادف المال، فلا منع منه، كالنكاح، والطلاق، والخلع، واستيفاء القصاص، والعفو عنه، واستلحاق النسب، ونفيه باللعان.

الضرب الثاني: الإقرار. فإن أقر بدين لزمه قبل الحجر عن معاملة، أو إتلاف، أو غيرهما، لزمه ما أقر به. وهل يقبل في حق الغرماء؟ قولان. أحدهما: لا. لئلا يضرهم بالمزاحمة. وأظهرهما: يقبل، كما لو ثبت بالبينة. وكإقرار المريض بدين يزحم غرماء الصحة، ولعدم التهمة الظاهرة. وإن أقر بدين لزمه بعد الحجر، فإن قال: عن معاملة، لم تقبل في حق الغرماء. وإن قال: عن إتلاف أو جناية، فالمذهب: أنه كما قبل الحجر، وقيل: كدين المعاملة بعده. وإن أقر بدين ولم ينسبه، فقياس المذهب: التنزيل على الأول، وجعله كإسناده إلى ما قبل الحجر.

وهذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر. فإن أمكنت، فينبغي أن يراجع، لأنه يقبل إقراره. والله أعلم.

وأما إذا أقر بعين مالٍ لغيره، فقال: غصبته، أو استعرته، أو أخذته سومًا، فقولان كما لو أسند الدين إلى ما قبل الحجر، أظهرهما: القبول. لكن إذا قبلنا، ففائدته هناك مزاحمة المقر له الغرماء، وهنا تسلم إليه العين وإن لم يقبل، فإن فضل، سلم إليه، وإلا، فالغرم في ذمته. والفرق بين الإنشاء، حيث أبطلناه في الحال قطعًا وكذا عند زوال الحجر على الأظهر، وبين الإقرار حيث قبلناه في المفلس قطعًا، وفي الغرماء على الأظهر، أن مقصود الحجر، منعه التصرف، فأبطلناه. والإقرار إخبار عن ماض، والحجر لا يسلبه العبارة.

فرع: أقر بسرقة توجب القطع، قطع. وفي رد المسروق، القولان. والقبول هنا أولى، لبعده عن التهمة. ولو أقر بما يوجب القصاص، فعفا على مال، ففي «التهذيب» أنه كالإقرار بدين الجناية. وقطع بعضهم بالقبول، لانتفاء التهمة.

فرع: ادُّعِيَ عليه مال لزمه قبل الحجر، فأنكر ونكل، فحلف المدعي، إن قلنا: النكول ورد اليمين كالبينة، زاحم، وإن قلنا: كالإقرار، فعلى القولين.

القيد الثاني: كونه مصادفًا للمال الموجود عند الحجر. فلو تجدد بعده باصطياد، أو اتهاب، أو قبول وصية، ففي تعدي الحجر إليه ومنعه التصرف فيه،

وجهان: أصحهما: التعدي. ولو اشترى في الذمة، ففي تصرفه، هذان الوجهان. وهل للبائع الخيار والتعلق بعين متاعه؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث، وهو إثباته للجاهل دون العالم. فإن لم نثبته، فهل يزاحم الغرماء بالثمن؟ وجهان: أصحهما: لا، لأنه حادث برضى مستحقه، والمزاحمة بالدين الحادث ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لزم برضى مستحقه. فإن كان في مقابلته شيء، كثمن المبيع، ففيه هذان الوجهان، وإلا، فلا مزاحمة بلا خلاف، بل يصير إلى انفكاك الحجر.

الثاني: ما لزم بغير رضى المستحق، كالجناية والإتلاف، فيزاحم به على المذهب، وبه قطع العراقيون. وقيل: وجهان: لتعلق حقوق الأولين، كما لو جنى وليس له إلا عبد مرهون، لا يزاحم المجني عليه المرتهن.

الثالث: ما يتجدد بسبب مؤنة المال، كأجرة الكيال، والوَّزان، والحمال والمنادي، والدلال، وكراء البيت الذي فيه المتاع، فهذه المؤن تقدم على حقوق الغرماء، لأنها لمصلحة الحجر. هذا إن لم نجد متبرعًا. فإن وجد، أو كان في بيت المال سعة، لم يصرف مال المفلس إليها.

ولو تجدد دين بعد الحجر، وأقر بسابق وقلنا: لا مزاحمة بهما، فهما سواء، وما فضل، قسم بينهما، قاله في «التتمة». والله أعلم.

القيد الثالث: كون التصرف مبتدءًا، فلو اشترى شيئًا قبل الحجر، فوجده بعد الحجر معيبًا، فله رده إن كان في الرد غبطة، لأن الحجر لا ينعطف على ماض، فإن منع من الرد عيب حادث، لزمه الأرش، ولم يملك المفلس إسقاطه. وإن كانت الغبطة في بقائه، لم يملك رده، لأنه تفويت بغير عوض. ولهذا نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، على أنه لو اشترى في صحته شيئًا، ثم مرض، ووجده معيبًا، فأمسكه والغبطة في رده، كان القدر الذي نقصه العيب محسوبًا من الثلث، وكذلك الولي إذا وجد ما اشتراه للطفل معيبًا، لا يرده إذا كانت الغبطة في بقائه، ولا يثبت الأرش في هذه الصورة، لأن الرد غير ممتنع في نفسه، وإنما المصلحة تقتضي الامتناع.

فرع: لو تبايعا بشرط الخيار، ففلِسّا أو أحدهما، فلكل منهما إجازة البيع ورده بغير رضى الغرماء، هكذا نص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ. وفيه ثلاثة طرق. أصحها: الأخذ بظاهره، فيجوز الفسخ والإجازة على وفق الغبطة، وعلى خلافها، لأنه إنما يمنع من ابتداء تصرف. والثاني: تجويزهما بشرط الغبطة كالرد بالعيب. والثالث: إن وقعا على وفق الغبطة، صح، وإلا، فيبنى على أقوال الملك في زمن الخيار، وينظر من أفلس. فإن كان المشتري، وقلنا: الملك للبائع، فللمشتري الإجازة والفسخ. وإن قلنا: للمشتري، فله الإجازة، لأنها استدامة ملك، ولا فسخ، لأنه إزالة. وإن

أفلس البائع، وقلنا: الملك له، فله الفسخ، لأنه استدامة، وليس له الإجازة. وإن قلنا: للمشتري، فللبائع الفسخ والإجازة.

فصل: من مات وعليه دين، فادعى وارثه دينًا له على رجل، وأقام شاهدًا وحلف معه، ثبت الحق وجعل في تركته. فإن لم يحلف، لم ترد اليمين على الغرماء على الجديد. ولو ادعى المحجور عليه بالفلس دينًا والتصوير كما ذكرنا، لم يحلف الغرماء على المذهب. وقيل: فيه القولان. وحكى الإمام عن شيخه طرد الخلاف في ابتداء الدعوى من الغرماء. وعن الأكثرين، القطع بمنع الدعوى ابتداءً، وتخصيص الخلاف باليمين بعد دعوى الوارث في المسألة الأولى، والمفلس في الثانية.

وطرد صاحب «التهذيب» القولين في الدعوى من غريم الميت إذا تركها وارثه. والله أعلم.

وسواء كان المدعى عينًا أو دينًا، قاله ابن كج: وفرع على قولنا: يحلف الغرماء، أنه لو حلف بعضهم فقط، استحق الحالفون بالقسط، كما لو حلف بعض الورثة. قال: ولو حلفوا ثم أبرئوا من ديونهم، فهل يكون المحلوف عليه لهم ويبطل الإبراء؟ أم يكون للمفلس؟ أم يسقط عن المدعى عليه فلا يستوفى أصلًا؟ فيه ثلاثة أوجه.

فصل: إذا أراد السفر مَن عليه دين، فإن كان حالًّا، فلصاحبه منعه حتى يقضي حقه. قال أصحابنا: وليس هذا منعًا من السفر، كما يمنع عبده وزوجته السفر، بل يشغله عن السفر برفعه إلى مجلس القاضي ومطالبته حتى يوفي. وإن كان مؤجلًا، فإن لم يكن السفر مخوفًا، فلا منع، إذ لا مطالبة، وليس له طلب رهن ولا كفيل قطعًا، ولا يكلفه الإشهاد على الصحيح. وسواء كان الأجل قريبًا أم بعيدًا، فإن أراد السفر معه ليطالبه عند حلوله، فله ذلك بشرط أن لا يلازمه. فإن كان السفر مخوفًا، كالجهاد، وركوب البَحْر، فلا منع على الأصح مطلقًا. وفي وجه: يمنع إلى أن يؤدي الحق، أو يعطي كفيلًا، قاله الإصطخري: وفي وجه: إن لم يخلِف وفاءً، منعه. وفي وجه: إن كان المديون من المرتزقة، لم يمنع الجهاد، وإلا، منع، واختار الروياني مذهب مالك رحمه الله فقال: له المطالبة بالكفيل في السفر المخوف، وفي السفر البعيد عند قرب الحلول.

فصل: إذا ثبت إعسار المديون، لم يجز حبسه، ولا ملازمته، بل يمهل إلى أن يوسر. وأما الذي له مال وعليه دين، فيجب أداؤه إذا طلب. فإذا امتنع، أمره الحاكم به. فإن امتنع، باع الحاكم ماله وقسمه بين غرمائه.

وقال القاضي أبو الطيب والأصحاب: إذا امتنع، فالحاكم بالخيار، إن شاء باع ماله عليه بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه، وعزَّره بالحبس وغيره حتى يبيعه. والله أعلم.

فإن التمس الغرماء الحجر عليه، حجر على الأصح كيلا يُتلف ماله. فإن أخفى ماله، حبسه القاضي حتى يظهره. فإن لم ينزجر بالحبس. زاد في تعزيره بما يراه من الضرب وغيره. وإن كان ماله ظاهرًا، فهل يحبسه لامتناعه؟ قال في «التتمة»: فيه وجهان: الذي عليه عمل القضاة، الحبس. فإن ادعى أنه تلف وصار مفلسًا، فعليه البينة. ثم إن شهدوا على التلف، قبلت شهادتهم، ولم تعتبر فيهم الخبرة مطلقًا. وإن شهدوا بإعساره، قبلت بشرط الخبرة الباطنة. قال الصيدلاني: ويحمل قولهم: معسر، على أنهم وقفوا على تلف المال.

فرع: إذا ادعى المديون أنه معسر، أو قسم مال المحجور عليه على الغرماء، وبقي بعض الدين، فزعم أنه لا يملك شيئًا آخر، وأنكر الغرماء، نظر، إن لزمه الدين في مقابلة مال، بأن اشترى، أو اقترض، أو باع سلَما، فهو كما لو ادعى هلاك المال، فعليه البينة. وإن لزمه لا في مقابلة مال، فثلاثة أوجه: أصحها: يقبل قوله بيمينه. والثاني: يحتاج إلى البينة. والثالث: إن لزمه باختياره كالصداق والضمان، لم يقبل، واحتاج إلى البينة، وإن لزمه لا باختياره كأرش الجناية وغرامة المتلَف، قبل قوله بيمينه، لأن الظاهر أنه لا يشغل ذمته بما لا يقدر عليه.

فرع: البينة على الإعسار مسموعة، وإن تعلقت بالنفي للحاجه، كشهادة أن لا وارث غيره، وتسمع وإن أقامها في الحال. ويشترط في الشهود مع شروط الشهود، الخبرة الباطنة كطول الجوار أو المخالطة. فإن عرف القاضي أنهم بهذه الصفة، فذاك، وإلا، فله اعتماد قولهم: إنا بهذه الصفة، قاله في «النهاية». ويكفي شاهدان كسائر الحقوق. وقال الفوراني: يشترط ثلاثة، وهذا شاذ. وفيه حديث في «صحيح مسلم» وحمله الجمهور على الاستظهار والاحتياط. وأما صيغة شهادتهم، فأن يقولوا: هو معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه. ولو أضافوا إليه: وهو ممن تحل له الصدقة، جاز ولا يشترط. قال في «التتمة»: ولا يقتصرون على أنه لا ملك له، حتى لا تتمحض شهادتهم نفيًا، لفظًا ومعنى، ويحلف المشهود له مع البينة، لجواز أن يكون له مال في الباطن. وهل هذا التحليف واجب، أم مستحب؟ قولان. ويقال: وجهان: أظهرهما: الوجوب، وعلى التقديرين، هل يتوقف على استدعاء الخصم؟ وجهان: أحدهما: لا، كما لو ادعي على ميت أو غائب. فعلى هذا هو من آداب القضاء. وأصحهما: نعم. كيمين المدعى عليه. قال الإمام: الخلاف فيما

إذا سكت، فأما إذا قال: لست أطلب يمينه، ورضيت بإطلاقه، فلا يحلف بلا خلاف.

فرع: حيث قبلنا قوله مع يمينه، فيقبل في الحال كالبينة. قال الإمام: ويحتمل أن يتأنَّى القاضي ويسأل عن باطن حاله، بخلاف البينة. وحيث قلنا: لا يقبل قوله إلا ببينة، فادعى أن الغرماء يعرفون إعساره، فله تحليفهم على نفي العلم، فإن نكلوا، حلف وثبت إعساره. وإن حلفوا، حبس. ومهما ادعى ثانيًا وثالثًا أنه بان لهم إعساره، فإن له تحليفهم، قال في «التتمة»: إلا أن يظهر للقاضي أنه يقصد الإيذاء واللجاج.

فرع: إذا حبسه، لا يغفل عنه بالكلية. فلو كان غريبًا لا يتأتَّى له إقامة البينة، فينبغي أن يوكل به القاضي من يبحث عن وطنه ومنقلبه، ويتفحص عن أحواله بحسب الطاقة، فإذا غلب على ظنه إعساره، شهد به عند القاضي لئلا يتخلد في الحبس، ومتى ثبت الإعسار، وخلاه الحاكم، فعاد الغرماء وادّعوا بعد أيام أنه استفاد مالًا، وأنكر، فالقول قوله، وعليهم البينة. فإن أتوا بشاهدين فقالا: رأينا في يده مالًا يتصرف فيه، أخذه الغرماء. فإن قال: أخذته من فلان وديعة أو قراضًا، وصدقه المقر له، فهو له ولا حق فيه للغرماء. وهل لهم تحليفه: أنه لم يواطىء المقر له، وأقر عن تحقيق؟ وجهان: أصحهما: لا، لأنه لو رجع عن إقراره، لم يقبل. وإن كذبه المقر له، صرف إلى الغرماء، ولا يلتفت إلى إقراره لآخر. وإن كان المقر له غائبًا، توقف حتى يحضر، فإن صدقه، أخذه، وإلا، فيأخذه الغرماء.

فرع: في حبس الوالدين بدين الولد، وجهان: أصحهما: عند الغزالي: يحبس. وأصحهما: في «التهذيب» وغيره، لا يحبس، ولا فرق بين دين النفقة وغيره، ولا بين الولد الصغير والكبير.

وإذا حُبس المفلس، لم يأثم بترك الجمعة إذا كان معسرًا. قال الصيمري: وقيل: يلزمه استئذان الغريم حتى يمنعه، فيسقط الحضور. والنفقة في الحبس في ماله على المذهب. وحكى الصيمري، والشاشي، وصاحب «البيان» فيها وجهين ثانيهما أنها على الغريم. فإن كان المفلس ذا صنعة، مكن من عملها في الحبس على الأصح. والثاني: يمنع إن علم منه مماطلة بسبب ذلك، حكاهما الصيمري والشاشي وصاحب «البيان».

ورأيت في فتاوى الغزالي رحمه الله، أنه سئل، هل يمنع المحبوس من الجمعة والاستمتاع بزوجته ومحادثة أصدقائه؟ فقال: الرأي إلى القاضي في تأكيد الحبس بمنع الاستمتاع ومحادثة الصديق، ولا يمنع من الجمعة إلا إذا ظهرت المصلحة في

منعه. وفي فتاوى صاحب «الشامل» أنه إذا أراد شم الرياحين في الحبس، إن كان محتاجًا إليه لمرض ونحوه، لم يمنع، وإن كان غير محتاج بل يريد الترفه، منع. وأنه يمنع من الاستمتاع بالزوجة، ولا يمنع من دخولها لحاجة كحمل الطعام ونحوه. وأن الزوجة إذا حبست في دين استدانته بغير إذن الزوج، فإن ثبت بالبينة، لم يسقط نفقتها مدة الحبس، لأنه بغير رضاها فأشبه المرض. وإن ثبت بالإقرار، سقطت، هكذا قال، والمختار سقوطها في الحالين، كما لو وطئت بشبهة فاعتدت، فإنها تسقط، وإن كانت معذورة. قال أصحابنا: ولو حبس في حق رجل، فجاء آخر وادعى عليه، أخرجه الحاكم فسمع الدعوى، ثم يرده. قال في «البيان»: لو مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه، أخرج. فإن وجد من يخدمه، ففي وجوب إخراجه، وجهان: فإن جن، أخرج قطعًا. وإذا حبس لحقّ جماعة، لم يكن لواحد إخراجه، حتى يجتمعوا على إخراجه ولو حبس لحق غريم، ثم استحق آخر حبسه، جعله القاضي محبوسًا للإثنين، فلا يخرج إلا باجتماعهما. قال: وإذا ثبت إعساره، أخرجه بغير إذن الغريم.. والله أعلم.

فصل: إذا حجر الحاكم على المفلس، استحب أن يبادر ببيع ماله وقسمته، لئلا يطول زمن الحجر، ولا يفرط في الاستعجال، لئلا يباع بثمن بخس، ويستحب أن يبيع بحضرة المفلس، أو وكيله، وكذا يفعل إذا باع المرهون. ويستحب أيضًا إحضار الغرماء، ويقدم بيع المرهون والجاني، ليتعجل حق مستحقيهما. فإن فضل عنهما شيء ضم إلى سائر الأموال. وإن بقي من دين المرتهن شيء، ضارب به.

ويقدم أيضًا المال الذي تعلق به حق عامل القراض، ويقدم بالربح المشروط، صرح به الجرجاني وهو ظاهر. والله أعلم.

ويبيع أولًا ما يخاف فساده، ثم الحيوان، ثم سائر المنقولات، ثم العقار، ويباع كل شيء في سوقه.

وبيع كل شيء في سوقه، مستحب. فلو باع في غيره بثمن مثله، صح، قاله أصحابنا. وهذا المذكور من تقديم بيع المرهون والجاني، وهو إذا لم يخف تلف ما يسرع فساده. فإن خيف، قدم بيعه عليهما. والله أعلم.

ويجب أن يبيع بثمن المثل حالًّا من نقد البلد. فإن كانت الديون من غير ذلك النقد، ولم يرض المستحقون إلا بجنس حقهم، صرفه إليه. وإلا فيجوز صرفه إليهم إلا أن يكون سلمًا.

فرع: لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، نص عليه الشافعي رحمه الله. وقد سبق أقواله، فيما إذا تنازع المتبايعان في البداءة بالتسليم، فقال أبو إسحاق: نصه هنا

تفريع على قولنا يبدأ بالمشتري، ويجيء عند النزاع قول آخر: أنهما يجبران معًا، ولا يجيء قولنا لا يجبر واحد منهما، لأن الحال لا يحتمل التأخير، ولا قولنا: البداءة بالبائع، لأن من تصرَّف لغيره، لزمه الاحتياط. وقال ابن القطان: تجب البداءة هنا بتسليم الثمن، بلا خلاف. ثم لو خالف الواجب وسلم قبل قبض الثمن، ضمن، وسنذكر إن شاء الله تعالى كيفية الضمان.

فرع: ما يقبضه الحاكم من أثمان أمواله على التدريج إن كان يسهل قسمته عليهم، فالأولى أن لا يؤخر. وإن كان يعسر لقلته وكثرة الديون. فله التأخير لتجتمع، فإن أبَوْا التأخير، ففي «النهاية» إطلاق القول بأنه يجيبهم. والظاهر، خلافه وإذا تأخرت القسمة، فإن وجد من يقرضه إياه، فعل، ويشترط فيه الأمانة واليسار. وليودع عند من يرضاه الغرماء، فإن اختلفوا أو عينوا غير عدل، فالرأي للحاكم، ولا يقنع بغير عدل. ولو تلف شيء في يد العدل، فهو من ضمان المفلس، سواء كان في حياة المفلس أو بعد موته.

فرع: لا يكلف الغرماء عند القسمة إقامة البينة على أنه لا غريم سواهم، ويكفي بأن الحجر قد استفاض. فلو كان غريم، لظهر وطلب حقه، هكذا نقله الإمام عن صاحب «التقريب»، ثم قال: ولا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء وبين القسمة على الورثة. فإذا قلنا: في الورثة لا بد من بينة بأن لا وارث غيرهم، فكذا الغرماء. ولفارق أن يفرق بأن الورثة على كل حال أضبط من الغرماء.

والأصح: قول صاحب «التقريب» وهو ظاهر كلام الجمهور. ويفرق أيضًا، بأن الغريم الموجود، تيقنا استحقاقه لما يخصه، وشككنا في مزاحم. ثم لو قدر مزاحم، لم يخرج هذا عن كونه يستحق هذا القدر في الذمة، وليست مزاحمة الغريم متحتمة، فإنه لو أبرأ أو أعرض، سلمنا الجميع إلى الآخر، والوارث يخالفه في جميع ذلك. والله أعلم.

وإذا جرت القسمة، ثم ظهر غريم، فالصحيح أن القسمة لا تنقض، ولكن يشاركهم بالحصة، لأن المقصود يحصل بذلك. وفي وجه، ينقض فيستأنف. فعلى الصحيح، لو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين، لأحدهما عشرون، وللآخر عشرة، فأخذ الأول عشرة، والآخر خمسة، فظهر غريم له ثلاثون، استرد من كل واحد نصف ما أخذه. ولو كان دينهما عشرة وعشرة، فقسم المال نصفين، ثم ظهر غريم بعشرة، رجع على كل واحد بثلث ما أخذه. فإن أتلف أحدهما، ما أخذ وكان معسرًا لا يحصل منه شيء، فوجهان: أصحهما: يأخذ الغريم الثالث من الآخر نصف ما أخذه، وكأنه كل المال ثم إذا أيسر المتلف أخذ منه ثلث ما أخذه وقسماه بينهما. والثاني: لا

يأخذ منه إلا ثلث ما أخذه، وله ثلث ما أخذه المتلف دين عليه. ولو ظهر الغريم الثالث، وظهر للمفلس مال عتيق، أو حادث بعد الحجر، صرف منه إلى من ظهر بقسط ما أخذه الأولان. فإن فضل شيء قسم على الثلاثة، وهذا كله في ظهور غريم بدين قديم. فإن كان بحادث بعد الحجر، فلا مشاركة في المال القديم. وإن ظهر مال قديم، وحدث مال باحتطاب وغيره، فالقديم للقدماء خاصة، والحادث للجميع.

فرع: لو خرج شيء مما باعه المفلس قبل الحجر مستحقًا، والثمن غير باقٍ، فهو كدين ظهر، وحكمه ما سبق. وإن باع الحاكم ماله، فظهر مستحقًا بعد قبض الثمن وتلفه، رجع المشتري في مال المفلس، ولا يطالب الحاكم به. ولو نصب أمينًا فباعه، ففي كونه طريقًا، وجهان: كما ذكرنا في العدل الذي نصبه القاضي ليبيع المرهون.

وإذا رجع المشتري أو الأمين إذا جعلناه طريقًا، وغرم في مال المفلس، قدما على الغرماء على المذهب، لأنه من مصالح البيع كأجرة الكيال لئلا يرغب عن الشراء من ماله. وفي قول، يضاربان. وقيل: إن رجعا قبل القسمة، قدما. وإن كان بعد القسمة واستئناف حجر بسبب مال تجدد، ضاربا.

فصل: فيما يباع من مال المفلس، فيه مسائل:

إحداها: ينفق الحاكم على المفلس إلى فراغه من بيع ماله وقسمته، وكذا ينفق على من عليه مؤنته من الزوجات والأقارب، لأنه موسر ما لم يزل ملكه. وكذلك يكسوهم بالمعروف. هذا إذا لم يكن له كسب يصرف إلى هذه الجهات. وأما قدر نفقة الزوجات، فقال الإمام: لا شك أن نفقته نفقة المعسرين. وقال الروياني: نفقة الموسرين. وهذا قياس الباب، إذ لو كان نفقة المعسر، لما أنفق على القريب.

ويرجح قول إمام الحرمين بنص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، إذ قال في «المختصر»: أنفق عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة وكسوة. والله أعلم.

الثانية: يباع مسكنه وخادمه. وإن كان محتاجًا إلى من يخدمه لزمانة، أو كان منصبه يقتضي ذلك، هذا هو المذهب والمنصوص. وفي وجه، يبقيان إذا كانا لائقين به دون النفيسين. وفي وجه، يبقى المسكن فقط.

الثالثة: يترك له دست ثياب تليق به، من قميص، وسراويل، ومُنْعَل، ومكعَّب. وإن كان في الشتاء زاد جبة. ويترك له عمامة، وطيلسان، وخف ودراعة يلبسها فوق القميص، إن كان يليق به لبسها. وتوقف الإمام في الخف والطيلسان وقال: تركهما لا يخرم المروءة. وذكر أن الاعتبار بحاله في إفلاسه، لا في بسطته وثروته. لكن المفهوم من كلام الأصحاب، أنهم لا يوافقونه ويمنعون قوله: تركهما

لا يحرم المروءة. ولو كان يلبس قبل إفلاسه فوق ما يليق بمثله رددناه إلى ما يليق، ولو كان يلبس دون اللائق تقتيرًا، لم يرد إليه. ويترك لعياله من الثوب، كما يترك له. ولا يترك الفرش والبسط، لكن يسامح باللبد والحصير القليل القيمة.

الرابعة: يترك قوت يوم القسمة له ولمن عليه نفقته، لأنه موسر في أوله.

ولا يزاد على نفقة ذلك اليوم، وذكر الغزالي، أنه يترك له سكنى ذلك اليوم أيضًا، فاستمر على قياس النفقة، لكنه لم يتعرض له غيره.

الخامسة: كل ما قلنا يترك له، إن لم نجده في ماله، اشتري له. قلت: قال صاحب «التهذيب»: يباع عليه مركوبه، وإن كان ذا مروءة. قال أصحابنا: وإذا مات المفلس، قدم كفنه، وحنوطه، ومؤنة غسله ودفنه على الديون، وكذلك من مات من عبيده، وأُم ولده، وزوجته إن أوجبنا عليه كفنها، وكذلك أقاربه الذين تلزمه نفقتهم، نص عليه في «المختصر» واتفقوا عليه. قال في «البيان» وتسلم إليه النفقة يومًا بيوم. والله أعلم.

فصل: من قواعد الباب، أن المفلس لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل، ولا يمكن من تفويت ما هو حاصل. فلو جني عليه أو على عبده، فله القصاص. ولا يلزمه العفو على مال. فلو كانت الجناية موجبة للمال، فليس له ولا لوارثه العفو بغير إذن الغرماء. ولو كان أسلم في شيء، فليس له أن يقبضه مسامحًا ببعض الصفات المقصودة المشروطة إلا بإذنهم. ولو كان وهب هبة تقتضي الثواب، وقلنا: يتقدر الثواب بما يرضى به الواهب، فله أن يرضى بما شاء. ولا يكلفه طلب زيادة، لأنه تحصيل. وإن قلنا: يتقدر المثل، لم يجز الرضى بما دونه. ولو زاد على المثل، لم يجب القبول. وليس على المفلس أن يكتسب ويؤاجر نفسه ليصرف الكسب والأجرة في الديون أو بقيتها. ولو كان له أُم ولد أو ضيعة موقوفة عليه، فهل يؤاجران عليه؟ وجهان: ميل الإمام الى المنع. وفي تعاليق العراقيين، ما يدل على أن الإيجار أصح. فعلى هذا، يؤجر مرة بعد أخرى إلى أن يفنى الدين. ومقتضى هذا، إدامة الحجر إلى فناء الدين، وهذا كالمستبعد.

والإيجار أصح، وصححه في «المحرر». وذكر الغزالي في «الفتاوي» أنه يجبر على إجارة الوقف ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حدٍ لا يتغابن به الناس في عرض قضاء الدين، والتخلص من المطالبة. والله أعلم.

فصل: إذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء، فهل ينفك الحجر بنفسه، أم يحتاج إلى فك الحاكم؟ وجهان: أصحهما: يحتاج كحجر السفه. هذا إن اعترف الغرماء أن لا مال له سواه. فإن ادعوا مالًا آخر، فأنكر، فقد سبق بيانه. ولو اتفق

الغرماء على رفع الحجر، فهل يرتفع كالمرهون، أم لا يرتفع إلا بالحاكم لاحتمال غريم آخر؟ فيه وجهان. ولو باع المفلس ماله لغريمه بدينه ولا غريم سواه، أو حجر عليه لجماعة، فباعهم أمواله بديونهم، فهل يصح بغير إذن القاضي؟ وجهان: أصحهما: لا بد من إذنه. ولو باعه لغريمه بعين أو ببعض دينه، فهو كما لو باعه لأجنبي، لأن ذلك لا يتضمن ارتفاع الحجر عنه، بخلاف ما إذا باع بكل الدين، فإنه يسقط الدين، وإذا سقط، ارتفع الحجر. ولو باع لأجنبي بإذن الغرماء، لم يصح. وقال الإمام: يحتمل أن يصح كبيع المرهون بإذن المرتهن.

الحكم الثاني: الرجوع في عين المال، ونقدم عليه مسائل:

إحداها: من حجر عليه بإفلاس، ووجد من باعه ولم يقبض الثمن متاعه عنده، فله أن يفسخ البيع ويأخذ عينَ ماله، والأصح: أن هذا الخيار على الفور، كخيار العيب والخلف. فإن علم فلم يفسخ، بطل حقه من الرجوع في العين. وفي وجه: يدوم كخيار الهبة للولد. وفي وجه: يدوم ثلاثة أيام.

الثانية في افتقار هذا الفسخ إلى إذن الحاكم، وجهان: أصحهما: لا يفتقر، لثبوت الحديث فيه، كخيار العتق. ولوضوح الحديث، قال الإصطخري: لو حكم الحاكم بمنع الفسخ، نقضنا حكمه. قلت: الأصح: أن لا ينقض، للاختلاف فيه. والله أعلم.

الثالثة: لا يحصل هذا الفسخ ببيع البائع، وإعتاقه، ووطئه المبيعة على الأصح، وتلغو هذه التصرفات.

الرابعة: صيغة الفسخ، كقوله: فسخت البيع، أو نقضته، أو رفعته، فلو اقتصر على رددت الثمن، أو فسخت البيع فيه، حصل الفسخ على الأصح. ووجه المنع: أن مقتضى الفسخ، إضافته إلى العقد المطلق.

فصل: حق الرجوع، إنما يثبت بشروط، ولا يختص بالمبيع، بل يجري في غيره من المعاوضات، ويحصل بيانه بالنظر في العوض المتعذر تحصيله، والمعوض المسترجع، والمعاوضة التي انتقل الملك بها إلى المفلس. أما العوض وهو الثمن وغيره من الأعواض، فيعتبر فيه وصفان:

أحدهما: تعذر استئنافه بالإفلاس، وفيه صور:

إحداها: إذا كان ماله وافيًا بالديون وجوَّزنا الحجر، فحجر، ففي ثبوت الرجوع، وجهان: وقطع الغزالي بالمنع، لأنه يصل إلى الثمن.

الثانية: لو قال الغرماء: لا نفسخ لتقدمك بالثمن، لم يلزمه ذلك على الصحيح، لأن فيه منَّةً وقد يظهر مزاحم. ولو قالوا: نؤدي الثمن من خالص أموالنا،

أو تبرع به أجنبي، فليس عليه القبول. ولو أجاب، ثم ظهر غريم آخر، لم يزاحمه في المأخوذ. ولو مات المشتري، فقال الوارث: لا ترجع فأنا أقدمك، لم يلزمه القبول. فلو قال: أؤدي من مالي، فوجهان: وقطع في «التتمة» بلزوم القبول، لأن الوارث خليفة الميت.

الثالثة: لو امتنع المشتري من تسليم الثمن مع اليسار، أو هرب، أو مات مليئًا، وامتنع الوارث من التسليم، فلا فسخ على الأصح، لعدم عيب الإفلاس، وإمكان الاستيفاء بالسلطان. فإن فرض عجز، فنادر لا عبرة به. ولو ضمن بغير إذنه، فوجهان: أحدهما: يرجع كما لو تبرع رجل بالثمن. والثاني: لا، لأن الحق قد صار في ذمته، وتوجهت عليه المطالبة، بخلاف المتبرع. ولو أعير للمشتري شيء، فرهنه على الثمن، فعلى الوجهين. ولو انقطع جنس الثمن، فإن جوزنا الاعتياض عنه، فلا تعذر في استيفاء عوض عنه، فلا فسخ، وإلا فكانقطاع المسلم فيه، فيثبت حق الفسخ على الأظهر. وعلى الثاني: ينفسخ.

الوصف الثاني: كون الثمن حالًّا. فلو كان مؤجلًا، فلا فسخ على المذهب. وفيه وجه سبق في أول الباب. ولو حل الأجل قبل انفكاك حجره، فقد سبق بيانه هناك. وأما المعاوضة، فيعتبر فيما ملك به المفلس، شرطان. أحدهما: كونه معاوضة مختصة، فيدخل فيه أشياء، ويخرج منه أشياء. فما يخرج أنه لا فسخ بتعذر استيفاء عوض الصلح عن الدم، ولا يتعذر عوض الخلع قطعًا. وأنه لا فسخ للزوج بامتناعها من تسليم نفسها. وفي فسخها بتعذر الصداق، خلاف معروف. وأما الذي يدخل فيه، فمنه السلم، والإجارة. أما السلم، فإذا أفلس المسلَم إليه قبل أداء المسلم فيه، فلرأس المال ثلاثة أحوال:

الحال الأول: أن يكون باقيًا، فللمسلم فسخ العقد والرجوع إلى رأس المال كالبيع. فإن أراد أن يضارب بالمسلم فيه، فسنذكر كيفية المضاربة.

الحال الثاني: أن يكون تالفًا، فوجهان: أحدهما: له الفسخ والمضاربة برأس المال، لأنه تعذر الوصول الى تمام حقه، فأشبه انقطاع جنس المسلَم فيه. فعلى هذا قيل: يجيء قول بانفساخ السلم، كما جاء في الانقطاع. وقيل: لا، لأنه ربما حصل باستقراض وغيره، بخلاف صورة الانقطاع. وأصحهما: ليس له الفسخ، كما لو أفلس المشتري بالثمن والمبيع تالف. ويخالف الانقطاع، لأن هناك إذا فسخ، رجع إلى رأس المال بتمامه، وهنا ليس إلا المضاربة، ولو لم يفسخ لضارب بالمسلَم فيه وهو أنفع غالبًا، فعلى هذا يقوم المسلَم فيه ويضارب المسلم بقيمته، فإذا عرف حصته، نظر، إن كان في المال من جنس المسلَم فيه، صرفه إليه، وإلا

فيشتري بحصته منه ويعطاه، لأن الاعتياض عنه لا يجوز. هذا إذا لم يكن جنس المسلَم فيه منقطعًا. فإن كان، فقيل: لا فسخ، إذ لا بد من المضاربة على التقديرين. والصحيح: ثبوت الفسخ، لأنه يثبت في هذه الحالة في حق غير المفلس، ففي حقه أولى، وكالرد بالعيب. وفيه فائدة، فإن ما يخصه بالفسخ، يأخذه في الحال عن رأس المال. وما يخصه بلا فسخ، لا يعطاه، بل يوقف إلى عود المسلَم فيه فيشتري به.

فرع: لو قوَّمنا المسلَم فيه، فكانت قيمته عشرين، فأفرزنا للمسلم فيه من المال عشرة، لكون الدين مثل المال، فرخُص السعر قبل الشراء، فوجد بالعشرة جميع المسلَم فيه، فوجهان: أحدهما وبه قطع في «الشامل»: يرد الموقوف إلى ما يخصه باعتبار قيمته آخرًا، فيصرف إليه خمسة، والخمسة الباقية توزع عليه وعلى سائر الغرماء، لأن الموقوف باقٍ على ملك المفلس، وحق المسلم في الحنطة، فإذا صارت القيمة عشرة، فهي دينه. والثاني وبه قطع في «التهذيب» ونقله الإمام عن الجماهير: يشتري به جميع حقه ويعطاه، اعتبارًا بيوم القسمة. وهو إن لم يملك الموقوف، فهو كالمرهون بحق، وانقطع به حقه من الحصص، حتى لو تلف قبل التسليم إليه، لم يتعلق بشيء مما عند الغرماء، وبقي حقه في ذمة المفلس. ولا خلاف أنه لو فضل الموقوف عن جميع حق المسلم، كان الفاضل للغرماء، وليس له أن يقول: الزائد لي. ولو وقفنا في الصورة المذكورة عشرة، فغلا السعر، ولم نجد القدر المسلم فيه إلا بأربعين، فعلى الوجه الأول بان أن الدين أربعون، فيسترجع من الغرماء ما يتم به حصته أربعين. وعلى الثاني: لا يزاحمهم، وليس له إلا ما وقف له.

فرع: لو تضاربوا، وأخذ المسلم ما يخصه قدرًا من المسلَم فيه، وارتفع الحجر عنه، ثم حدث له مال وأُعيد الحجر، واحتاجوا إلى المضاربة ثانيًا، قدمنا المسلم فيه. فإن وجدنا قيمته كقيمته أولًا، فذاك. وإن زادت، فالتوزيع الآن يقع باعتبار القيمة الزائدة، وإن نقصت، فهل الإعتبار بالقيمة الثانية، أم بالقيمة الأولى؟ وجهان: الصحيح: الأول. قال الإمام: ولا أعرف للثاني وجهًا. ولو كان المسلم فيه عبدًا أو ثوبًا، فحصة المسلم يشترى بها شقص منه للضرورة. فإن لم يوجد، فللمسلم الفسخ.

الحال الثالث: أن يكون بعض رأس المال باقيًا، وبعضه تالفًا، وهو كتلف بعض المبيع، وسنذكره إن شاء الله تعالى، وأما الإجارة، فنتكلم في إفلاس المستأجر، ثم المؤجر:

القسم الأول: المستأجر، والإجارة نوعان:

أحدهما: إجارة عين. فإذا أجر أرضًا، أو دابة، وأفلس المستأجر قبل تسليم الأجرة ومضي المدة، فللمؤجر فيه فسخ الإجارة على المشهور، تنزيلًا للمنافع منزلة الأعيان في البيع. وفي قول: لا، إذ لا وجود لها. فعلى المشهور: إن لم يفسخ، واختار المضاربة بالأجرة، فله ذلك. ثم إن كانت العين المستأجرة فارغة، أجرها الحاكم على المفلس، وصرف الأجرة إلى الغرماء. وإن كان الفلس بعد مضي بعض المدة، فللمؤجر فسخ الإجارة في المدة الباقية، والمضاربة بقسط الماضية من الأجرة المسماة، بناءً على أنه لو باع عبدين، فتلف أحدهما، ثم أفلس، يفسخ البيع في الباقي، ويضارب بثمن التالف. ولو أفلس مستأجر الدابة في خلال الطريق، وحجر عليه، ففسخ المؤجر، لم يكن له ترك متاعه في البادية المهلكة، ولكن ينقله إلى مأمن بأجرة مثل يقدم بها على الغرماء، لأنه لصيانة المال، ثم في المأمن يضعه عند الحاكم. ولو وضعه عند عدل من غير إذن الحاكم، فوجهان مذكوران في نظائرهما.

ولو فسخ والأرض المستأجرة مشغولة بزرع المستأجر، نظر، إن استحصد الزرع، فله المطالبة بالحصاد، وتفريغ الأرض، وإلا، فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعه، قطع، أو على التبقية إلى الإدراك، فلهم ذلك، بشرط أن يقدموا المؤجر بأجرة المثل للمدة الباقية، لأنها لحفظه على الغرماء. وإن اختلفوا، فأراد بعضهم القطع، وبعضهم التبقية، فعن أبي إسحاق: يعمل بالمصلحة، والصحيح: أنه إن كان له قيمه لو قطع، أجبنا من أراد القطع من المفلس والغرماء، إذ ليس عليه تنمية ماله لهم، ولا عليهم انتظار النماء. فعلى هذا، لو لم يأخذ المؤجر أجرة المدة الماضية، فهو أحد الغرماء، فله طلب القطع، وإن لم يكن له قيمة لو قطع، أجبنا من طلب التبقية، إذ لا فائدة لطالب القطع. وإذا أبقوا الزرع بالاتفاق، أو بطلب بعضهم، وأجبناه، فالسقي وسائر المؤن، إن تطوع بها الغرماء أو بعضهم، أو أنفقوا عليه على قدر ديونهم، فذاك، وإن أنفق بعضهم ليرجع، فلا بد من إذن الحاكم، أو اتفاق الغرماء والمفلس. فإذا حصل الإذن، قدم المنفق بما أنفق. وكذا لو أنفقوا على قدر ديونهم، ثم ظهر غريم آخر، قدم المنفقون بما أنفقوا على الغرماء. وهل يجوز الانفاق عليه من مال المفلس؟ وجهان: أصحهما: الجواز. ووجه المنع: أن حصول الفائدة متوهم.

وإن أنفق بعض الغرماء بإذن المفلس وحده، على أن يرجع بما أنفق، جاز وكان دينًا في ذمة المفلس، لا يشارك به الغرماء، لأنه وجب بعد الحجر. وإن أنفق

بعضهم بإذن باقيهم فقط، على أن يرجع عليهم، رجع عليهم في مالهم. والله أعلم.

النوع الثاني: الإجارة على الذمة. ولنا خلاف في أن هذه الإجارة، هل لها حكم السلم حتى يجب فيها تسليم رأس المال في المجلس، أم لا؟ فإن قلنا: لا، فهي كإجارة العين، وإلا، فلا أثر للإفلاس بعد التفرق لمصير الأجرة مقبوضة قبل التفرق. فلو فرض الفلس في المجلس، فإن أثبتنا خيار المجلس فيها، استغني عن هذا الخيار، وإلا، فهي كإجارة العين.

القسم الثاني: إفلاس المؤجر في إجارة العين، أو الذمة. أما الأولى: فإذا أجر دابة، أو دارًا لرجل، فأفلس، فلا فسخ للمستأجر، لأن المنافع المستحقة له متعلقة بعين ذلك المال، فيقدم بها كما يقدم حق المرتهن، ثم إذا طلب الغرماء بيع المستأجر، فإن قلنا: لا يجوز، فعليهم الصبر إلى انقضاء المدة. وإن جوزناه، أُجيبوا ولا مبالاة بما ينقص من ثمنه بسبب الإجارة، إذ ليس عليهم الصبر لتنمية المال. وأما الثانية: فإذا التزم في ذمته نقل متاع إلى بلد، ثم أفلس، نظر، إن كانت الإجارة باقية في يد المفلس، فله فسخ الأجرة والرجوع إلى عين ماله، كانت تالفة، فلا فسخ، ويضارب الغرماء بقيمة المنفعة المستحقة، وهي أجرة المثل، كما يضارب المسلم بقيمة المسلم فيه.

ثم إن جعلنا هذه الإجارة سلمًا، فحصته بالمضاربة لا تسلم إليه، لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه، بل ينظر، فإن كانت المنفعة المستحقة قابلة للتبعيض، بأن كان الملتزم حمل مئة رطل، فينقل بالحصة بعض المئة. وإن لم يقبله كقصارة ثوب، ورياضة دابة، وركوب إلى بلد، ولو نقل إلى نصف الطريق لبقي ضائعًا، قال الإمام: للمستأجر الفسخ بهذا السبب، والمضاربة بالأجرة المبذولة. وأما إذا لم نجعل هذه الإجارة سلمًا، فتسلم الحصة بعينها إليه، لجواز الاعتياض. هذا كله إذا لم يكن سلم عينًا لاستيفاء المنفعة الملتزمة. فإن كان التزم النقل، وسلم دابة لينقل عليها، ثم أفلس، بني على أن الدابة المسلمة تتعين بالتعيين، وفيها وجهان مذكوران في باب الإجارة. فإن قلنا: تتعين، فلا فسخ، ونقدم المستأجر بمنفعتها، كالمعينة في العقد، وإلا، فهو كما لو لم يسلمها.

فرع: اقترض مالًا، ثم أفلس وهو باقٍ في يده، فللمقرض الرجوع فيه، سواء قلنا: يملك بالقبض أو بالتصرف.

فرع: باع مالًا واستوفى ثمنه، وامتنع من تسليم المبيع، أو هرب، فهل للمشتري الفسخ كما لو أبق المبيع، أم لا لأنه لا نقص في نفس المبيع؟ فيه وجهان:

الشرط الثاني للمعاوضة: أن تكون سابقة للحجر. وفي بعض مسائل هذا الشرط، خلاف. فإذا اشترى المفلس شيئًا بعد الحجر، وصححناه، فقد سبق في ثبوت الرجوع خلاف. ولو أجر دارًا وسلمها إلى المستأجر وقبض الأجرة ثم أفلس وحجر عليه، فقد سبق أن الإجارة مستمرة، فإن انهدمت في أثناء المدة، انفسخت الإجارة فيما بقي، وضارب المستأجر بحصة ما بقي منها إن كان الانهدام قبل قسمة المال بينهم. وإن كان بعدها ضارب أيضًا على الأصح، لاستناده إلى عقد سبق الحجر، فأشبه انهدامها قبل القسمة. ووجه المنع: أنه دين حدث بعد القسمة. ولو باع جارية بعبد، وتقابضا، ثم أفلس مشتري الجارية وحجر عليه، وهلكت في يده، ثم وجد بائعها بالعبد عيبًا، فرده، فله طلب قيمة الجارية لا محالة. وكيف يطالب؟ وجهان: أصحهما: يضارب كغيره. والثاني: يقدم على الغرماء بقيمتها، لأنه أدخل بدلها عبدًا في المال، ويخالف هذا من باعه شيئًا، لأن هذا حق مستند إلى ما قبل الحجر. وأما المعوَّض، فيشترط في المبيع المرجوع فيه شرطان:

أحدهما: بقاؤه في ملك المفلس. فلو هلك بآفة أو جناية، لم يرجع، سواء كانت قيمته مثل الثمن، أو أكثر، وليس له إلا المضاربة بالثمن. وفي وجه: إن زادت القيمة، ضارب بها واستفاد زيادة حصته. ولو خرج عن ملكه ببيع، أو هبة، أو اعتاق، أو وقف، فهو كالهلاك، وليس له فسخ هذه التصرفات بخلاف الشفيع، فإنه يفسخها. لسبق حقه عليها. ولو استولد، أو كاتب، فلا رجوع. ولو دبر، أو علق بصفة، أو زوجها، رجع. وإن أجر، فلا رجوع إن لم نجوز بيع المستأجر، وإلا، فإن شاء أخذه مسلوب المنفعة لحق المستأجر، وإلا، فيضارب بالثمن، وإن جنى، أو رهن، فلا رجوع. فإن قضى حق المجني عليه والمرتهن ببيع بعضه، فالبائع واجد لبعض المبيع، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى. ولو انفك الرهن، أو برىء عن الجناية، رجع. ولو كان المبيع صيدًا فأحرم البائع، لم يرجع.

فرع: لو زال ملك المشتري، ثم عاد، ثم حجر عليه، فإن عاد بلا عوض، كالإرث، والهبة، والوصية، ففي رجوعه وجهان: وإن عاد بعوض، بأن اشتراه، فإن كان دفع الثمن إلى البائع الثاني، فكعوده بلا عوض. وإن لم يدفعه، وقلنا بثبوته للبائع لو عاد بلا عوض، فهل الأول أولى لسبق حقه، أم الثاني لقرب حقه، أم يشتركان ويضارب كل بنصف الثمن؟ فيه أوجه:

وأصح الوجهين أولًا: أنه لا يرجع، وبه قطع الجرجاني في «التحرير» وغيره. قال البغوي: ويجري الوجهان فيما لو رد عليه بعيب. والله أعلم.

وعجز المكاتب وعوده، كانفكاك الرهن. وقيل: كعود الملك.

ولو كان المبيع شقصًا مشفوعًا، ولم يعلم الشفيع حتى حجر على المشتري، وأفلس بالثمن، فأوجه: أحدها: يأخذه الشفيع، ويؤخذ منه الثمن، فيخص به البائع، جمعًا بين الحقين. والثاني: يأخذه البائع، وأصحهما: عند الشيخ أبي حامد، والقاضي أبي الطيب، وآخرين: يأخذه الشفيع، ويكون الثمن بين الغرماء كلِّهم. والله أعلم.

الشرط الثاني: أن لا يحدث في المبيع تغير مانع. وللتغير حالان: حال بالنقص، وحال بالزيادة.

الحال الأول: النقص، وهو قسمان:

أحدهما: نقص لا يتقسط الثمن عليه، ولا يفرد بعقد، كالعيب. فإن كان بآفة سماوية، فالبائع بالخيار. إن شاء رجع فيه ناقصًا ولا شيء له غيره، وإن شاء ضارب بالثمن كتعيب المبيع في يد البائع، وسواء كان النقص حسيًا كسقوط بعض الأعضاء والعمى، أو غيره، كنسيان الحرفة والتزويج والأباق والزنا. وحكي قول: أنه يأخذ المعيب، ويضارب بأرش النقص، كما نذكره في القسم الثاني إن شاء الله تعالى. وهو شاذ ضعيف. وإن كان بجناية، فإن كان بجناية أجنبي، لزمه الأرش إما مقدر، وإما غير مقدر، بناءً على الخلاف، في أن جرح العبد مقدر، أم لا؟ وللبائع أخذه معيبًا، والمضاربة بمثل نسبة ما نقص من القيمة من الثمن. وإن كان بجناية البائع، فكالأجنبي. وإن كان بجناية المشتري، فطريقان. أصحهما: عند الإمام: أنه كالأجنبي، لأن جناية المشتري قبض واستيفاء، فكأنه صرف جزءًا من المبيع إلى غرضه. والثاني وبه قطع صاحب «التهذيب» وغيره: أنه كجناية البائع على المبيع قبل القبض، ففي قول، كالأجنبي، وعلى الأظهر، كالآفة السماوية.

والمذهب: أنه كالآفة السماوية، وبه قطع جماعات. والله أعلم.

القسم الثاني: نقص يتقسط الثمن عليه، ويصح إفراده بالعقد، كمن اشترى عبدين أو ثوبين، فتلف أحدهما في يده، ثم حجر عليه، فللبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن، والمضاربة بحصة ثمن التالف. ولو بقي جميع المبيع، وأراد البائع الرجوع في بعضه، مكِّن، لأنه أنفع للغرماء من الفسخ في كله، فهو كما لو رجع الأب في نصف ما وهبه، يجوز. ومن الأصحاب، من حكى قولين في أنه يأخذ الباقي بحصته من الثمن، أم بجميع الثمن ولا يضارب بشيء؟ قال الإمام: وطردهما أصحاب هذه الطريقة في كل مسألة تضاهيها. حتى لو باع شقصًا وسيفًا بمئة، يأخذ الشقص بجميع المئة على قول. قال الإمام: وهذا قريب من خرق الإجماع هذا إذا تلف أحد العبدين ولم يقبض من الثمن شيئًا.

أما إذا باع عبدين متساويي القيمة بمئة، وقبض خمسين، فتلف أحدهما في يد المشتري، ثم أفلس، فالقديم: أنه لا رجوع، بل يضارب بباقي الثمن مع الغرماء، والجديد: أنه يرجع. فعلى هذا يرجع في جميع العبد الباقي بما يفي من الثمن، ويجعل ما قبض في مقابلة التالف. هذا هو المذهب، والمنصوص. وقيل: فيه قول مخرج: أنه يأخذ نصف العبد الباقي بنصف باقي الثمن، ويضارب الغرماء بنصفه. ولو قبض بعض الثمن، ولم يتلف شيء من المبيع، ففي رجوعه، القولان، القديم، والجديد. فعلى الجديد: يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن. فلو قبض نصف الثمن، رجع في نصف العبد المبيع، أو العبدين المبيعين.

فرع: لو أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بعضه، ثم أفلس، فالمذهب وبه قطع الجمهور: أنه كتلف بعض المبيع، كما لو انصب. فعلى هذا إن ذهب نصفه، أخذ الباقي بنصف الثمن، وضارب بنصفه. وإن ذهب ثلثه، أخذ بثلثيه وضارب بثلث الثمن. وقيل: وجهان: أصحهما: هذا. والثاني: أنه كتعيب المبيع، فيرجع فيما بقي إن شاء، ويقنع به. ولو كان بدل الزيت عصير، فالأصح: أنه كالزيت. وقيل: تعيب قطعًا، لأن الذاهب منه الماء، ولا مالية له، بخلاف الزيت. فإذا قلنا: بالأصح، فكان العصير أربعة أرطال، يساوي ثلاثة دراهم، فأغلاها فصارت ثلاثة أرطال، فيرجع في الباقي، ويضارب بربع الثمن للذاهب، ولا عبرة بنقص قيمة المغلي لو عادت إلى درهمين. فلو زادت فصارت أربعة، بني على أن الزيادة الحاصلة بالصنعة، عين، أم أثر؟ إن قلنا: أثر، فاز البائع بما زاد. وإن قلنا: عين، قال القفال: الجواب كذلك. وقال غيره: يكون المفلس شريكًا بالدرهم الزائد. فلو بقيت القيمة ثلاثة، فإن قلنا: الزيادة أثر، فاز بها البائع. وإن قلنا: عين، فكذلك عند القفال وعند غيره، يكون المفلس شريكًا بثلاثة أرباع درهم، فإن هذا القدر، هو قسط الرطل الذاهب، فهذا هو المستمر على القواعد. ولصاحب «التلخيص» في المسألة كلام غلَّطوه فيه.

فرع: لو كان المبيع دارًا فانهدمت، ولم يتلف من نقضها شيء، فله حكم القسم الأول، كالعمى ونحوه. وإن تلف نقضها بإحراق وغيره، فهو من القسم الثاني، كذا أطلقوه. ولك أن تقول: ينبغي أن يطرد فيه الخلاف السابق في تلف سقف الدار المبيعة قبل القبض، أنه كالتعيب، أو كتلف أحد العبدين.

الحال الثاني: التغير بالزيادة، وهو نوعان: أحدهما: الزيادات الحاصلة، لا من خارج، وهي ثلاثة أضرب: أحدها: المتصلة من كل وجه، كالسِّمَن، وتعلم الصنعة، وكبر الشجرة، فلا عبرة بها. وللبائع الرجوع من غير شيء يلتزمه للزيادة،

وهذا حكم الزيادات في جميع الأبواب، إلا الصداق، فإن الزوج إذا طلق قبل الدخول، لا يرجع في النصف الزائد إلا برضاها.

الضرب الثاني: الزيادات المنفصلة من كل وجه، كالولد، واللبن، والثمرة، فيرجع في الأصل، وتبقى الزوائد للمفلس. فلو كان ولد الأمة صغيرًا، فوجهان: أحدهما: أنه إن بذل قيمة الولد، أخذه مع الأم، وإلا، فيضارب لامتناع التفريق. وأصحهما: إن بذل قيمة الولد، وإلا فيباعان ويصرف ما يخص الأم إلى البائع، وما يخص الولد الى المفلس. وذكرنا وجهين: فيما إذا وجد الأم معيبة، وهناك ولد صغير: أنه يترك الرد وينتقل الى الأرش، أو يحتمل التفريق للضرورة. وفيما إذا رهن الأم دون الولد، أنهما يباعان معًا، أو يحتمل التفريق. ولم يذكروا فيما نحن فيه احتمال التفريق، بل احتالوا في دفعه، فيجوز أن يقال: يجيء وجه التفريق هنا، لكن لم يذكروه اقتصارًا على الأصح، ويجوز أن يفرق بأن مال المفلس مبيع كله، مصروف إلى الغرماء، فلا وجه لاحتمال التفريق، مع إمكان المحافظة على جانب الراجع، وكون ملك المفلس مزالًا.

وهذا الثاني هو الصواب، وبه قطع الجمهور تصريحا وتعريضًا، وحكى صاحب «الحاوي» والمستظهري، وغيرهما وجهًا غريبًا ضعيفًا: أنه يجوز التفريق بينهما للضرورة، كمسألة الرهن. وقالوا: ليس هو بصحيح، إذ لا ضرورة، وفرقوا بما سبق، فحصل أن دعوى الإمام الرافعي ليست بمقبولة. والله أعلم.

فرع: لو كان المبيع بذرًا، فزرعه فنبت، أو بيضة فتفرخت في يده، ثم فلس، فوجهان: أصحهما: عند العراقيين وصاحب «التهذيب»: يرجع فيه، لأنه حدث من عين ماله، أو هو عين ماله اكتسب صفة أخرى، فأشبه الوَدِيَّ إذا صار نخلًا. والثاني: ليس له الرجوع، لأن المبيع هلك، وهذا شيء جديد استجد إسمًا، ويجري الوجهان في العصير إذا تخمر في يد المشتري، ثم تخلل، ثم فلس. ولو اشترى زرعًا أخضر مع الأرض، ففلس وقد اشتد الحب، فقيل: بطرد الوجهين. وقيل: القطع بالرجوع.

الضرب الثالث: الزيادات المتصلة من وجه دون وجه، كالحمل. فإن حدث بعد الشراء، وانفصل قبل الرجوع، فحكمه ما سبق في الضرب الثاني. وإن كانت حاملًا عند الشراء والرجوع جميعًا، فهو كالسِّمن فيرجع فيها حاملًا. وإن كانت حاملًا يوم الشراء وولدت قبل الرجوع، ففي تعدي الرجوع إلى الولد، قولان، بناءً على أن الحمل يعرف، أم لا؟ إن قلنا: نعم وهو الأظهر، رجع كما لو اشترى شيئين، وإلا، فلا، وإن كانت حائلًا عند الشراء، حاملًا عند الرجوع، فقولان أظهرهما عند الجمهور: يرجع

فيها حاملًا، لأن الحمل تابع في البيع، فكذا هنا. والثاني: لا يرجع في الحمل، فعلى هذا: يرجع في الأم على الأصح. وقيل: لا، بل يضارب. فإن قلنا: يرجع في الأم فقط، قال الشيخ أبو محمد: يرجع فيها قبل الوضع. فإذا ولدت، فالولد للمفلس. وقال الصيدلاني وغيره: لا يرجع في الحال، بل يصير إلى انفصال الولد، ثم الاحتراز عن التفريق بين الأم والولد، طريقه ما سبق.

وقول الشيخ أبي محمد هو ظاهر كلام الأكثرين، وصرح به صاحب «الحاوي» وغيره. قال صاحب «الحاوي»: ولا يلزم تسليمها إلى البائع، لحق المفلس، ولا إقرارها في يد المفلس أو غرمائه، لحق البائع في الأم، ولا يجوز أخذ قيمة الولد، فتوضع الأم عند عدل يتفقان عليه، وإلا فيختار الحاكم عدلًا. قال: ونفقتها على البائع دون المفلس، لأنه مالك الأم، وسواء قلنا: تجب نفقة الحامل لحملها، أم لا. قال أصحابنا: وحكم سائر الحيوانات الحائلة والحاملة حكم الجارية، إلا أن في باقي الحيوانات، يجوز التفريق بينهما وبين ولدها الصغير، بخلاف الجارية. والله أعلم.

فرع: استتار الثمار بالأكمة وظهورها بالتأبير، قريبان من استتار الجنين وظهوره بالانفصال. وفيها الأحوال الأربع المذكورة في الجنين. أولها: أن يشتري نخلًا عليها ثمرة غير مؤبَّرة كانت عند الرجوع غير مؤبرة أيضًا. وثانيها: أن يشتريها ولا ثمرة عليها، ثم حدث بها ثمرة عند الرجوع مؤبرة، أو مدركة، أو مجذوذة، فحكمها ما ذكرناه في الحمل. وثالثها: إذا كانت ثمرتها عند الشراء غير مؤبرة، وعند الرجوع مؤبرة، فطريقان. أحدهما: أن أخذ البائع الثمرة على القولين في أخذ الولد إذا كانت حاملًا عند البيع ووضعت قبل الرجوع. والثاني: القطع بأخذها، لأنها وإن كانت مستترة، فهي شاهدة موثوق بها، قابلة للإفراد بالبيع، وكانت أحد مقصودي البيع، فرجع فيها رجوعه في النخيل. ورابعها: إذا كانت النخلة عند الشراء غير مطلعة، وأطلعت عند المشتري، وكانت يوم الرجوع غير مؤبرة، فقولان: أظهرهما وهو رواية المزني وحرملة: يأخذ الطلع مع النخل، لأنه تبع في البيع، فكذا هنا. والثاني: لا يأخذه وهو رواية الربيع، لأنه يصح إفراده فأشبه المؤبرة. وقيل: لا يأخذه قطعًا. قال الشيخ أبو حامد: وعلى هذا قياس الثمرة التي لم تؤبر. فحيث أزال الملك باختياره بعوض، بيع ما لم يؤبر. وإن زال قهرًا بعوض، كالشفعة، والرد بالعيب، فالتبعية على هذين القولين. وإن زال بلا عوض، باختيار أو قهر، كالرجوع بهبة الولد، ففيه أيضًا القولان. وحكم باقي الثمرة وما يلتحق منها بالمؤبرة، وما لا، أوضحناه في البيع. فإذا قلنا برواية المزني، فجرى التأبير والرجوع، فقال البائع: رجعت قبل التأبير، فالثمار لي، وقال المفلس: بعده،

فالمذهب: أن القول قول المفلس مع يمينه، لأن الأصل عدم الرجوع حينئذ، وبقاء الثمار له. قال المسعودي: ويخرج قول أن القول قوله بلا يمين، بناءً على أن النكول ورد اليمين كالإقرار، وأنه لو أقر، لم يقبل إقراره. وفي قول: القول قول البائع، لأنه أعرف بتصرفه.

وينبغي أن يجيء قول: أن القول قول السابق بالدعوى. وقول: أنهما إن اتفقا على وقت التأبير، واختلفا في الفسخ، فقول المفلس. وإن اتفقا على وقت الفسخ، واختلفا في التأبير، فقول البائع، كالقولين في اختلاف الزوجين في انقضاء العدة، والرجعة، والإسلام. قال صاحب «الشامل» وغيره: وكذا لو قال البائع: بعتك بعد التأبير، فالثمرة لي. وقال المشتري: قبله، فالقول قول البائع مع يمينه، وقد ذكرت هذه المسألة في اختلاف المتبايعين. والله أعلم.

فإذا حلف المفلس، حلف على نفي العلم بسبق الرجوع على التأبير، لا على نفي السبق. قلت: فلو أقر البائع أن المفلس لا يعلم تاريخ الرجوع، سلّمت الثمرة للمفلس بلا يمين، لأنه يوافقه على نفي علمه، قاله الإمام. والله أعلم.

فإن حلف، بقيت الثمار له. وإن نكل، فهل للغرماء أن يحلفوا؟ فيه الخلاف السابق، فيما إذا ادعى المفلس شيئًا ولم يحلف. فإن قلنا: لا يحلفون وهو المذهب، أو يحلفون، فنكلوا، عرضت اليمين على البائع، فإن نكل، فهو كما لو حلف المفلس. وإن حلف، فإن جعلنا اليمين المردودة بعد النكول كالبينة، فالثمرة له. وإن جعلناها كالإقرار، فعلى القولين في قبول إقرار المفلس في مزاحمة المقر له الغرماء. فإن لم يقبله، صرفت الثمار إلى الغرماء. فإن فضل شيء، أخذه البائع بحلفه السابق. هذا إذا كذب الغرماء البائع، كما كذبه المفلس. فإن صدقوه، لم يقبل قولهم على المفلس، بل إذا حلف، بقيت الثمار له، وليس لهم طلب قسمتها، لأنهم يزعمون أنها للبائع، وليس له التصرف فيها، للحجر، واحتمال أن يكون له غريم آخر، لكن له إجبارهم على أخذها إن كانت من جنس حقهم، أو إبراء ذمته من ذلك القدر، هذا هو الصحيح، كما لو جاء المكاتب بالنجم، فقال السيد: غصبته، فيقال: خذه، أو أبرئه عنه. وفي وجه: لا يجبرون، بخلاف المكاتب، لأنه يخاف العود إلى الرق إن لم يأخذه، وليس على المفلس كبير ضرر. وإذا أجبروا على أخذها، فللبائع أخذها منهم لإقرارهم. وإن لم يجبروا وقسمت أمواله، فله طلب فك الحجر إذا قلنا: لا يرتفع بنفسه. ولو كانت من غير جنس حقوقهم، فبيعت وصرف ثمنها إليهم تفريعًا على الإجبار، لم يتمكن البائع من أخذه منهم، بل عليهم رده إلى المشتري. فإن لم يأخذه، فهو مال ضائع.

وهذا هو الصحيح المعروف. وفي «الحاوي» وجه شاذ: أنه يجب عليهم دفع الثمن إلى البائع، لأنه بدل الثمرة فأعطي حكمها، والصواب ما سبق. والله أعلم.

ولو كان في المصدقين عدلان شهدا للبائع بصيغة الشهادة وشرطها، أو عدل وحلف معه البائع، قضي له. كذا أطلق الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ وجماهير الأصحاب، وأحسن بعض الشارحين للمختصر، فحمله على ما إذا شهدا قبل تصديق البائع. ولو صدق بعض الغرماء البائع، وكذبه بعضهم، فللمفلس تخصيص المكذبين بالثمرة. فلو أراد قسمتها على الجميع، فوجهان: قال أبو إسحاق: له ذلك، كما لو صدقه الجميع. وقال الأكثرون: لا، لأن المصدق يتضرر، لكون البائع يأخذ منه ما أخذ، والمفلس لا يتضرر بعدم الصرف إليه، لإمكان الصرف إلى من كذب، بخلاف ما إذا صدقه الجميع. وإذا صرف إلى المكذبين، ولم يف بحقوقهم، ضاربوا المصدقين في باقي الأموال ببقية دينهم مؤاخذة لهم على الأصح المنصوص ـ وفي وجه: بجميع ديونهم ـ لأن زعم المصدقين، أن شيئًا من ديون المكذبين لم يتأدَّ. هذا كله إذا كذب المفلس البائع، فلو صدقه، نظر، إن صدقه الغرماء أيضًا، قضي له. وإن كذبوه وزعموا أنه أقر بمواطأة، فعلى القولين في إقراره بعين أو دين. إن قلنا: لا يقبل، فللبائع تحليف الغرماء أنهم لا يعرفون رجوعه قبل التأبير على المذهب. وقيل: في تحليفهم القولان في حلف الغرماء على الدين، وهو ضعيف، لأن اليمين هنا توجهت عليهم ابتداءً، وهناك ينوبون عن المفلس. واليمين لا تجري فيها النيابة.

وليس للغرماء تحليف المفلس، لأن المقر لا يمين عليه فيما أقر به، قاله في «الحاوي» وغيره. والله أعلم.

فرع: الاعتبار في انفصال الجنين وتأبير الثمار بحال الرجوع دون الحجر، لأن ملك المفلس باقٍ إلى أن يرجع البائع.

فصل: متى رجع البائع في الشجر وبقيت الثمار للمفلس، فليس له قطعها، بل عليه إبقاؤها إلى الجداد، وكذا لو رجع في الأرض وهي مزروعة بزرع المفلس، يترك إلى الحصاد، كما لو اشترى أرضًا مزروعة، لم يكن له تكليف البائع قلعه. ثم إذا أبقي الزرع، فلا أجرة على المذهب. وحكي قول مخرَّج مما لو بنى أو غرس، فإن للبائع الإبقاء بأجرة، ثم الكلام في طلب الغرماء والمفلس، القطع، أو الجداد والحصاد على ما سبق.

فرع: متى ثبت الرجوع في الثمار بالتصريح ببيعها مع الشجر، أو قلنا به في الحالة الثالثة والرابعة، فتلفت الثمار بجائحة، أو أكل أو غيرهما، ثم فلس، أخذ

البائع الشجر بحصتها من الثمن، وضارب بحصة الثمر، فتقوّم الشجر وعليها الثمر، فيقال مثلًا: قيمتها مئة، وتقوَّم وحدها فيقال: تسعون، فيضارب بعشر الثمن. فإن حصل في قيمتها انخفاض أو ارتفاع، فالصحيح أن الاعتبار في الثمار بالأقل من قيمتي يومي العقد والقبض، لأنها إن كانت يوم القبض أكثر، فالنقص قبله كان من ضمان البائع، فلا يحسب على المشتري. وإن كانت يوم العقد أقل، فالزيادة ملك المشتري، وتلفت، فلا حق للبائع فيها. وفي وجه شاذ: يعتبر يوم القبض.

وأما الشجر، ففيها وجهان: أحدهما: يعتبر أكثر القيمتين، لأن المبيع بين العقد والقبض من ضمان البائع، فنقصه عليه، وزيادته للمشتري، فيأخذ بالأكثر، ليكون النقص محسوبًا عليه. كما أن في الثمرة الباقية على المشتري، يعتبر الأقل، ليكون النقص محسوبًا عليه. والثاني: يعتبر يوم العقد قل أم كثر، لأن ما زاد بعده فهو من الزيادات المتصلة، وعين الأشجار باقية، فيفوز بها البائع، ولا يحسب عليه. وهذا الثاني، هو المنقول في «التهذيب» و«التتمة» وبالأول جزم الصيدلاني وغيره، وصححه الغزالي. مثل ذلك، قيمة الشجر يوم البيع عشرة، وقيمة الثمر خمسة. فلو لم تختلف القيمة، لأخذ الشجرة بثلثي الثمن، وضارب للثمرة بالثلث.

وإن زادت قيمة الثمرة وكانت يوم القبض عشرة، فعلى الصحيح، هو كما لو كانت بحالها اعتبارًا لأقل قيمتها. وعلى الشاذ: يضارب بنصف الثمن. ولو نقصت وكانت يوم القبض درهمين ونصفًا، ضارب بخمس الثمن. فلو زادت قيمة الشجر أو نقصت، فالحكم على الوجه الثاني، كما لو بقيت بحالها. وعلى الأول كذلك إن نقصت. وإن زادت، فكانت خمسة عشر، ضارب بربع الثمن. قال الإمام: وإذا اعتبرنا في الثمار أقل القيمتين فتساوتا، ولكن بينهما نقص. فإن كان لمجرد انخفاض السوق، فلا عبرة به. وإن كان لعيب طرأ وزال، فكذلك على الظاهر. كما أنه يسقط بزواله حق الرد بالعيب. وإن لم يزل العيب، لكن عادت قيمته إلى ما كان بارتفاع السوق، فالذي أراه، إعتبار قيمته يوم العيب، لأن النقص من ضمان البائع، والارتفاع بعده في ملك المشتري، فلا يجبره. قال: وإذا اعتبرنا في الشجر أكثر القيمتين، فكانت قيمته يوم العقد مئة، ويوم القبض مئة وخمسين، ويوم رجوع البائع مئتين، فالوجه: القطع باعتبار المئتين.

ولو كانت قيمتها يومي العقد والقبض ما ذكرناه، ويوم الرجوع مئة، اعتبر يوم الرجوع، لأن ما طرأ من زيادة ونقص وزال، ليس ثابتًا يوم العقد حتى يقول: إنه وقت المقابلة، ولا يوم أخذ البائع ليحسب عليه.

فرع: سبيل التوزيع في كل صورة تلف فيها أحد الشيئين المبيعين، واختلفت

القيمة وأراد الرجوع إلى الباقي، على ما ذكرناه في الأشجار والثمار بلا فرق.

النوع الثاني من الزيادات: ما التحق بالمبيع من خارج، وينقسم إلى عين محضة، وصفة محضة، ومركَّب منهما.

الضرب الأول: العين المحضة، ولها حالان:

أحدهما: أن تكون قابلة للتمييز عن المبيع، كمن اشترى أرضًا فغرس فيها، أو بنى، ثم فلس قبل أداء الثمن، فإذا اختار البائع الرجوع في الأرض، نظر، إن اتفق الغرماء والمفلس على القلع وتسليم الأرض بيضاء، رجع فيها وقلعوا، وليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الغراس والبناء ليتملكها مع الأرض. وإذا قلعوا، وجب تسوية الحفر من مال المفلس، وإن حدث في الأرض نقص بالقلع، وجب أرشه في ماله. قال الشيخ أبو حامد: يضارب به. وفي «المهذب» و«التهذيب»: أنه يقدَّم به، لأنه لتخليص ماله. وإن قال المفلس: يقلع. وقال الغرماء: نأخذ القيمة من البائع ليتملكه، أو بالعكس، أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء، أُجيب من في قوله المصلحة. فإن امتنعوا جميعًا من القلع، لم يجبروا، لأنه غير متعد. ثم ينظر، إن رجع على أن يتملك البناء والغراس بقيمتهما، أو يقلع ويغرم أرش النقص، فله ذلك، لأنه يندفع به الضرر من الجانبين، والاختيار فيهما إليه، وليس للغرماء والمفلس الامتناع، بخلاف ما سبق في الزرع، لأن له أمدًا قريبًا.

وإن أراد الرجوع في الأرض وحدها، لم يكن له ذلك على الأظهر، لأنه ينقص قيمة البناء والغراس، ويضرهم، والضرر لا يزال بالضرر. وفي قول: له ذلك، كما لو صبغ المشتري الثوب ثم فلس، يرجع البائع في الثوب فقط. وقيل: إن كانت الأرض كثيرة القيمة، والبناء والغراس مستحقرين بالإضافة إليها، كان له ذلك. وإن كان عكسه، فلا، اتباعًا للأقل الأكثر. وقيل: إن أراد الرجوع في البياض المتخلل بين البناء والشجر، ويضارب للباقي بقسطه من الثمن، كان له. وإن أراد الرجوع في الجميع، فلا، فإن قلنا بالأظهر، فالبائع يضارب بالثمن، أو يعود إلى بذل قيمتهما أو قلعهما مع غرامة أرش النقص. وإن مكناه من الرجوع فيها، فوافق الغرماء والمفلس، وباع الأرض معهم حين باعوا البناء فذاك. وطريق التوزيع، ما سبق في الرهن. وإن امتنع، لم يجبر على الأظهر، وإذا لم يوافقهم، فباعوا البناء والغراس، بقي للبائع ولاية التملك بالقيمة، والقلع مع الأرش، وللمشتري الخيار في البيع إن كان جاهلًا بحال ما اشتراه، هذا الذي ذكرناه في هذا الضرب، هو الذي قطع به الجماهير في الطرق كلها، وهو الصواب المعتمد. وذكر إمام الحرمين في المسألة أربعة أقوال:

أحدها: لا رجوع بحال. والثاني: تباع الأرض والبناء رفقًا بالمفلس. والثالث: يرجع في الأرض ويتخير بين ثلاث خصال: تملك البناء والغراس بالقيمة، وقلعهما مع التزام أرش النقص، وإبقاؤهما بأجرة المثل، يأخذها من ملكهما. وإذا عين خصلة، فاختار الغرماء والمفلس غيرها، أو امتنعوا من الكل، فوجهان في أنه يرجع إلى الأرض، ويقلع مجانًا، أو يجبرون على ما عينه. والرابع: إن كانت قيمة البناء أكثر، فالبائع فاقد عين ماله. وإن كانت قيمة الأرض أكثر، فواجد. هذا نقل الإمام، وتابعه الغزالي وأصحابه على الأقوال الثلاثة الأُول، وهذا النقل شاذ منكر لا يعرف، وليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال؟

فرع: اشترى الأرض من رجل، والغراس من آخر، وغرسه فيها، ثم فلس، فلكلٍ الرجوع إلى عين ماله. فإن رجعا وأراد صاحب الغراس القلع، مكِّن وعليه تسويةُ الحفر وأرش نقص الأرض إن نقصت. وإن أراده صاحب الأرض، فكذلك إن ضمن أرش النقص، وإلا، فوجهان: أحدهما: المنع، لأنه غرس محترم، كغرس المفلس. والثاني: له، لأنه باع الغرس مفردًا، فيأخذه كذلك.

الحال الثاني: أن لا تكون الزيادة قابلة للتمييز، كخلط ذوات الأمثال بعضها ببعض، فإذا اشترى صاع حنطة أو رطل زيت، فخلطه بحنطة، أو زيت، ثم فلس، فإن كان مثله، فللبائع الفسخ، وتملك صاع من المخلوط، وطلب القسمة. وإن طلب البيع، فهل يجاب؟ وجهان: أصحهما: لا، كما لا يجاب الشريك. والثاني: نعم، لأنه لا يصل بالقسمة إلى عين حقه، ويصل بالبيع إلى بدل حقه، وقد يكون له غرض. وإن كان المخلوط أردأ من المبيع، فله الفسخ والرجوع في قدر حقه من المخلوط. وفي كيفيته وجهان: أحدهما: يباع الجميع، ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين، لأنه لو أخذ صاعًا، نقص حقه. ولو أخذ أكثر، حصل الربا. فعلى هذا، إن كان المبيع يساوي درهمين، والمخلوط به درهمًا، قسم الثمن أثلاثًا. وأصحهما: ليس له إلا أخذ صاع، أو المضاربة، لأنه نقص حصل في المبيع، كتعيب العبد. وخرج قول أن الخلط بالمثل والأردإ يمنع الرجوع، وليس بشيء. وإن كان المخلوط به أجود، فأقوال: أظهرها: ليس له الرجوع، بل يضارب بالثمن. والثاني: يرجع ويباعان، ثم يوزع الثمن على نسبة القيمة. والثالث: يوزع نفس المخلوط بينهما باعتبار القيمة. فإذا كان المبيع يساوي درهمًا، والمخلوط به درهمين، أخذ ثلثي صاع، وهذا القول أضعفها، وهو رواية البويطي والربيع.

فرع: قال الإمام: إذا قلنا: الخلط يلحق المبيع بالمفقود، فكان أحد الخليطين كثيرًا، والآخر قليلًا، لا تظهر به زيادة في الحس، ويقع مثله بين الكيلين،

فإن كان الكثير للبائع، فالوجه: القطع بكونه واجدًا عين ماله، وإن كان الكثير للمشتري، فالظاهر كونه فاقدًا.

فرع: لو كان المخلوط به من غير جنس المبيع، كالزيت بالشيرج، فلا فسخ، بل هو كالتالف، وفيه احتمال للإمام.

الضرب الثاني: الصفة المحضة. فإذا اشترى حنطةً فطحنها، أو ثوبًا فقصره، أو خاطه بخيوط من نفس الثوب، ثم فلس، فللبائع الرجوع فيه. ثم إن لم تزد قيمته، فلا شركة للمفلس، وإن نقصت، فلا شيء للبائع غيره، وإن زادت، فقولان: أحدهما: أن هذه الزيادة أثر، ولا شركة للمفلس، لأنها صفات تابعة، كسمن الدابة بالعلف، وكبر الوَدِيِّ بالسقي. وأظهرهما: أنها عين، والمفلس شريك بها، لأنها زيادة بفعل محترم متقوَّم، ويجري القولان، فيما لو اشترى دقيقًا فخبزه، أو لحمًا فشواه، أو شاة فذبحها، أو أرضًا فضرب من ترابها لِبَنًا أو عرصة، وآلات البناء فبنى بها دارًا. أما تعليم العبد القرآن، والحرفة، والكتابة، والشعر المباح، ورياضة الدابة، فالأصح أنها على القولين. وقيل: هي أثر قطعًا، كالسمن. وضبط صور القولين، أن يصنع به ما يجوز الاستئجار عليه، فيظهر به أثر فيه. وإنما اعتبرنا الأثر، لأن حفظ الدابة وسياستها، يجوز الاستئجار عليه، ولا تثبت به مشاركة للمفلس، لأنه لا يظهر بسببه أثر على الدابة. فإن قلنا: أثر، أخذ البائع المبيع بزيادته. وإن قلنا: عين، بيع وللمفلس بنسبة ما زاد في قيمته.

مثاله، قيمة الثوب خمسة، وبلغ بالقصارة ستة، فللمفلس سدس الثمن. فلو ارتفعت القيمة، أو انخفضت بالسوق، فالزيادة والنقص بينهما على هذه النسبة. فلو ارتفعت قيمة الثوب دون القصارة، بأن صار مثل ذلك الثوب يساوي غير مقصور ستة، ومقصورًا سبعة، فللمفلس سبع الثمن فقط. فلو زادت قيمة القصارة دون الثوب، بأن كان مثل هذا الثوب يساوي مقصورًا سبعة، وغير مقصور خمسة، فللمفلس سبعان من الثمن. وعلى هذا القياس. ويجوز للبائع أن يمسك المبيع، ويمنع من بيعه، ويبذل للمفلس حصة الزيادة، كذا نقل في «التهذيب» وغيره، كما تبذل قيمة البناء والغراس. ومنعه في «التتمة» لأن الصفة لا تقابل بعوض.

والأصح: نقل صاحبا «التهذيب»، وبه قطع صاحب «الشامل» و«البيان». وقال صاحب «الحاوي»: ولا يسلم هذا الثوب إلى البائع، ولا المفلس، ولا الغرماء، بل يوضع عند عدل حتى يباع كالجارية الحامل. والله أعلم.

فرع: إذا استأجر المفلس أو غيره على القصارة، أو الطحن، فعمل الأجير عمله، فهل له حبس الثوب المقصور والدقيق لاستيفاء الأجرة؟ إن قلنا: القصارة

وما في معناها أثر، فلا. وإن قلنا: عين، فنعم. كما للبائع حبس المبيع، لاستيفاء الثمن، وبه قال الأكثرون.

هكذا أطلق المسألة كثيرون، أو الأكثرون، ونص الشافعي في «الأم» والشيخ أبو حامد، والماوردي، وغيرهم، على أنه ليس للأجير حبسه، ولا لصاحب الثوب أخذه، بل يوضع عند عدل حتى يوفيه الأجرة، أو يباع لهما. وهذا الذي قالوه ليس مخالفًا لما سبق. فإن جعله عند العدل، حبس. لكن ظاهر كلام الأكثرين: أن الأجير يحبسه في يده. والله أعلم.

الضرب الثالث: ما هو عين من وجه، وصفة من وجه، كصبغ الثوب، ولتِّ السويق وشبههما. فإذا اشترى ثوبًا وصبغه، فإن نقصت القيمة، أو لم تزد، فحكمه ما سبق في الضرب الثاني. وإن زادت، فقد تزيد بقدر قيمة الصبغ أو أقل، أو أكثر.

الحال الأول: مثل أن يكون الثوب يساوي أربعة، والصبغ درهمين، وصارت قيمته مصبوغًا ستة، فللبائع أن يفسخ البيع في الثوب، ويكون المفلس شريكًا له في الصبغ، فيباع ويكون الثمن بينهما أثلاثًا. وهل يقول: كل الثوب للبائع، وكل الصبغ للمفلس، كما لو غرس؟ أو يقول: يشتركان فيهما جميعًا بالأثلاث لتعذر التمييز كخلط الزيت؟ فيه وجهان:

الحال الثاني: مثل أن تصير قيمته مصبوغًا خمسة، فالنقص محال على الصبغ، لأنه هالك في الثوب، والثوب بحاله، فيباع، وللبائع أربعة أخماس الثوب، وللمفلس خمس.

الحال الثالث: مثل أن تصير قيمته مصبوغًا ثمانية، فالزيادة حصلت بصنعة الصبغ. فإن قلنا: الصنعة عين، فالزيادة مع الصبغ للمفلس، فيجعل الثمن بينهما نصفين. وإن قلنا: أثر، فوجهان: أحدهما: يفوز البائع بالزيادة، فله ثلاثة أرباع الثمن، وللمفلس ربع. وأصحهما: وبه قال الأكثرون: يكون للبائع ثلثا الثمن، وللمفلس ثلثه، لأن الصنعة اتصلت بهما، فوزعت عليهما. ولو صارت قيمته مصبوغًا ستة عشر مثلًا، أو رغب فيه رجل فاشتراه، ففي كيفية القسمة، هذه الأوجه الثلاثة. ثم ما يستحقه المفلس من الثمن للبائع، دفعه ليخلص له الثوب مصبوغًا. ومنع ذلك صاحب «التتمة» كما سبق. هذا كله إذا صبغه بصبغ نفسه. أما إذا اشترى ثوبًا وصبغًا من رجل، فصبغه به، ثم فلس، فللبائع الرجوع فيهما، إلا أن تكون قيمته بعد الصبغ كقيمة الثوب قبل الصبغ أو دونها، فيكون فاقدًا للصبغ. فإن زادت القيمة، بأن كانت قيمة الثوب أربعة، والصبغ درهمين، فصارت مصبوغًا ثمانية، وقلنا: الصنعة أثر، أخذه، ولا شيء للمفلس. وإن قلنا: عين، فالمفلس شريك بالربع.

ولو اشترى الثوب من واحد بأربعة وهي قيمته، والصبغ من آخر بدرهمين وهما قيمته، وصبغه، وأراد البائعان الرجوع، فإن كان مصبوغًا لا يزيد على أربعة، فصاحب الصبغ فاقد ماله، وصاحب الثوب واجد ماله، بكماله إن لم ينقص عن أربعة، وناقصًا إن نقص. فإن زاد على أربعة، فصاحب الصبغ أيضًا واجد ماله، بكماله إن بلغت الزيادة درهمين، وناقصًا إن لم تبلغهما. وإن كانت قيمته مصبوغًا ثمانية، فإن قلنا: الصنعة أثر، فالشركة بين البائعين، كهي بين البائع والمفلس إذا صبغه بصبغ نفسه. وإن قلنا: عين، فنصف الثمن لبائع الثوب، وربعه لبائع الصبغ، والربع للمفلس. ولو اشترى صبغًا وصبغ به ثوبًا له، فللبائع الرجوع إن زادت قيمته مصبوغًا على ما كانت قبل الصبغ، وإلا، فهو فاقد. وإذا رجع، فالقول في الشركة بينهما كما سبق.

وإذا شارك ونقصت حصته عن ثمن الصبغ، فوجهان: أصحهما: وهو قول أكثر الأصحاب على ما حكاه صاحب «البيان»: أنه إن شاء قنع به ولا شيء له غيره، وإن شاء ضارب بالجميع. والثاني: له أخذه والمضاربة بالباقي. وبهذا قطع في «المهذب» و«الشامل» و«العدة» وغيرها. والله أعلم.

فرع: حكم صبغ الثوب، كالبناء والغراس. فلو قال المفلس والغرماء: نقلعه ونغرم نقص الثوب، قال ابن كج: لهم ذلك.

فرع: ما ذكرناه من القطع بالشركة بالصبغ، إذا لم يحصل، هو على إطلاقه، سواء أمكن تمييز الصبغ من الثوب، أو صار مستهلكًا. وفي وجه: إذا صار مستهلكًا، صار كالقصارة في أنه عين أم أثر.

فرع: إذا اشترى ثوبًا، واستأجر قصَّارًا فقصره، ولم يوفه أجرته حتى فلس، فإن قلنا: القصارة أثر، فليس للأجير إلا المضاربة بالأجرة، وللبائع الرجوع في الثوب مقصورًا، ولا شيء عليه لما زاد. وقال صاحب «التلخيص»: عليه أجرة القصار، فكأنه استأجره. وغلطه الأصحاب فيه. وإن قلنا: عين، نظر، إن لم تزد قيمته مقصورًا على ما قبل القصارة، فالأجير فاقد عين ماله. وإن زادت، فلكل من البائع والأجير، الرجوع إلى عين ماله. فلو كانت قيمة الثوب عشرة، والأجرة درهم، والثوب المقصور يساوي خمسة عشر، بيع. وللبائع عشرة، وللأجير درهم، والباقي للمفلس. ولو كانت الأجرة تساوي خمسة دراهم، والثوب بعد القصارة يساوي أحد عشر، فإن فسخ الأجير الإجارة، فعشرة للبائع، ودرهم للأجير، ويضارب بأربعة. وإن لم يفسخ، فعشرة للبائع، ودرهم للمفلس، ويضارب الأجير بالخمسة. وحكى في «الوسيط» وجهًا: أنه ليس للأجير إلا القصارة الناقصة، أو

المضاربة، كما هو قياس الأعيان. ولم أر هذا النقل لغيره، فالمعتمد ما سبق.

ولو كانت قيمة الثوب عشرة، واستأجر صباغًا صبغه بصبغ قيمته درهم، فصارت قيمته خمسة عشرة، فالأربعة الزائدة حصلت بالصنعة، فيجري فيها القولان في أنها عين أو أثر. فإن رجع البائع والصباغ، بيع بخمسة عشر، وقسم على أحد عشر إن قلنا: أثر. وإن قلنا: عين، فلهما أحد عشر، والأربعة للمفلس. ولو كانت بحالها، وبيع بثلاثين، قال ابن الحداد: للبائع عشرون، وللصباغ درهمان وللمفلس ثمانية. وقال غيره: يقسم الجميع على أحد عشر، عشرة للبائع، ودرهم للصباغ، ولا شيء للمفلس. قال أبو علي: الأول جواب على قولنا: عين. والثاني: على أنها أثر. ولو كانت قيمة الثوب عشرة، واستأجره على قصارته بدرهم، وصارت قيمته مقصورًا خمسة عشر، فبيع بثلاثين، قال الشيخان أبو محمد والصيدلاني وغيرهما تفريعًا على العين: إنه يتضاعف حق كل منهم، كما قاله ابن الحداد في الصبغ. قال الإمام: ينبغي أن يكون للبائع عشرون، وللمفلس تسعة، وللقصار درهم كما كان، ولا يزيد حقه، لأن القصارة غير مستحقة للقصار. وإنما هي مرهونة بحقه، وهذا استدراك حسن.

فرع: لو قال الغرماء للقصار: خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء صاحب الثوب، أجبر على الأصح، كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن، فكأن هذا القائل يعطي القصارة حكم العين من كل وجه.

فصل: لو أخفى المديون بعض ماله، ونقص الموجود عن دينه فحجر عليه، ورجع أصحاب الأمتعة فيها، وقسم باقي ماله بين غرمائه، ثم علمنا إخفاءه، لم ينقص شيء من ذلك، لأن للقاضي بيع مال الممتنع وصرفه في دينه. والرجوع في عين المبيع بامتناع المشتري من أداء الثمن، مختلف فيه. فإذا حكم به، نفذ، كذا قاله في «التتمة»، وفيه توقف، لأن القاضي ربما لا يعتقد جواز ذلك.

باب الحجر

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا ملك الصبي أو المجنون مالًا حجر عليه في حاله، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]. **فدل على أنه لا يسلم إليه المال قبل البلوغ والرشد.**

فصل: وينظر في ماله الأب ثم الجد لأنها ولاية في حق الصغير فقدم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح، فإن لم يكن أب ولا جد نظر فيه الوصي نائب عن الأب والجد فقدم على غيره، وإن لم يكن وصي نظر السلطان، لأن

الولاية من جهة القرابة قد سقطت فثبتت للسلطان كولاية النكاح، وقال أبو سعيد الاصطخري: فإن لم يكن أب ولا جد نظرت الأم لأنها أحد الأبوين فثبتت لها الولاية في المال كالأب، والمذهب إنه لا ولاية لها لأنها ولاية ثبتت بالشرع فلم تثبت للأم كولاية النكاح.

فصل: ولا يتصرف الناظر في ماله إلّا على النظر والاحتياط، ولا يتصرف إلّا فيما فيه حظ واغتباط، فأما ما لاحظ فيه كالعتق والهبة والمحاباة فلا يملكه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ ولقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[1] وفي هذه التصرفات إضرار بالصبي فوجب أن لا يملكه، ويجوز أن يتجر في ماله، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ومن ولي يتيمًا وله مال فليتجر له بماله ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»[2].

فصل: ويبتاع له العقار لأنه يبقى وينتفع بغلته، ولا يبتاعه إلّا من مأمون، لأنه إذا لم يكن مأمونًا لم يأمن أن يبيع ما لا يملكه ولا يبتاعه في موضع قد أشرف على الخراب أن يخاف عليه الهلاك لأن في ذلك تغريرًا في المال ويبني له العقار ويبنيه بالآجر والطين ولا يبنيه باللبن والحصى، لأن الآجر يبقى واللبن يهلك والحصى يجحف به والطين لا ثمن له والجص يتناثر ويذهب ثمنه والطين لا يتناثر، وإن تناثر فلا ثمن له ولأن الآجر لا يتخلص من الجص إذا أراد نقضه ويتلف عليه ويتخلص من الطين فلا يتلف عليه ولا يبيع له بالعقار في موضعين، أحدهما: أن تدعو إليه ضرورة بأن يفتقر إلى نفقة وليس له مال غيره ولم يجد من يقرضه. والثاني: أن يكون له في بيعه غبطة، وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه فيباع له ويشتري ببعض الثمن مثله، لأن البيع في هذين الحالين فيه حظ وفيما سواهما لا حظ فيه فلم يجز، وإن باع العقار وسأل الحاكم أن يسجل له نظر، فإن باعه الأب أو الجد سجل له، لأنهما لا يتهمان في حق الولد. وإن كان غيرهما لم يسجل حتى يقم بينة على الضرورة أو الغبطة لأنه تلحقه التهمة فلم يسجل له من غير بينة، فإن بلغ الصبي وادعى إنه باع من غير ضرورة ولا غبطة. فإن كان الولي أبًا أو جدًا فالقول قوله وإن كان غيرهما لم يقبل إلّا ببينة لما ذكرناه من الفرق، فإن بيع في شركته شقص، فإن كان الحظ في أخذه بالشفعة لم يترك، وإن كان الحظ في الترك لم يأخذ، لأنا بينا أن تصرفه على النظر والاحتياط، فلا يفعل إلّا ما يقتضي النظر والاحتياط، فإن ترك الشفعة والحظ في تركها ثم بلغ الصبي وأراد أن يأخذه، فالمنصوص إنه لا يملك ذلك لأن ما فعل الولي مما فيه نظر لا يملك الصبي نقضه كما لو أخذ والحظ في الأخذ فبلغ وأراد أن يرد.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

ومن أصحابنا من قال: له أن يأخذ، لأنه يملك بعد البلوغ التصرف فيما فيه حظ، وفيما لاحظ فيه، وقد بلغ فجاز أن يأخذ، وإن لم يكن فيه حظ وهذا خطأ، لأن له أن يتصرف فيما لاحظ فيه إذا كان بانيًا، وهنا قد سقط بعفو الولي فسقط فيه اختياره، فإن بلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة فالحكم فيه كالحكم في بيع العقار وقد بيناه.

فصل: ولا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة، فإن كانت السلعة تساوي مائة نقدًا ومائة وعشرين نسيئة فباعها بمائة نسيئة، فالبيع باطل لأنه باع بدون الثمن. وأن باعها بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن لم يصح البيع لأنه غرر بالمال فإن باع بمائة نقدًا وعشرين مؤجلًا وأخذ بالعشرين رهنًا جاز، لأنه لو باعها بمائة نقدًا جاز فلأن يجوز وقد زاده عشرين أولى، وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهنًا ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز لأنه أخرج ماله من غير عوض. والثاني: يجوز، وهو ظاهر النص. وقول أبي إسحاق لأنه باع بربح واستوثق بالرهن فجاز.

فصل: ولا يكاتب عبده ولو كان باضعاف القيمة لأنه يأخذ العوض من كسبه وهو مال له فيصير كالعتق من غير عوض.

فصل: ولا يسافر بماله من غير ضرورة لأن فيه تغريرًا بالمال، ويروى «أن المسافر وماله على قلت» أي على هلاك. وفيه قول الشاعر:

بغاث الطير أكثرها فراخا وأم الباز مقلات نزور

فصل: فإن دعت إليه ضرورة بأن خاف عليه الهلاك في الحضر لحريق أو نهب جاز أن يسافر به لأن السفر ههنا أحوط.

فصل: ولا يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة، لأنه يخرجه من يده فلم يجز، فإن خاف من نهب أو حريق أو غرق؛ أو أراد سفرًا وخاف عليه جاز له الإيداع والإقراض، فإن قدر على الإيداع دون الإقراض أودع، ولا يودع إلّا ثقة، وأن قدر على الإقراض دون الإيداع أقرضه، ولا يقرضه إلّا ثقة مليئًا، لأن غير الثقة يجحد، وغير المليء لا يمكن أخذ البدل منه؛ فإن أقرض ورأى أخذ الرهن عليه أخذ، وإن ترك الرهن لم يأخذ. وإن قدر على الإيداع والإقراض فالإقراض أولى، لأن القرض مضمون بالبدل والوديعة غير مضمونة فكان القرض أحوط، فإن ترك الإقراض وأودع ففيه وجهان أحدهما: يجوز لأنه يجوز كل واحد منهما، فإذا قدر عليهما تخير بينهما والثاني: لا يجوز لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الإسراء: ٣٤] والإقراض ههنا أحسن فلم يجز تركه، ويجوز أن يقترض له إذا دعت إليه الحاجة ويرهن ماله عليه لأن في ذلك مصلحة له فجاز.

فصل: وينفق عليه بالمعروف من غير إسراف ولا إقتار، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧] وأن رأى أن يخلط ماله بماله في النفقة جاز لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ

﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠] فإن بلغ الصبي واختلفا في النفقة فإن كان الولي هو الأب أو الجد فالقول قوله. وإن كان غيرهما ففيه وجهان، أحدهما: يقبل، لأن في إقامة البينة على النفقة مشقة فقبل قوله والثاني: لا يقبل قوله كما لا يقبل في دعوى الضرر والغبطة في بيع العقار.

فصل: وإن أراد أن يبيع ماله بماله فإن كان أبًا أو جدًا جاز ذلك لأنهما لا يتهمان في ذلك لكمال شفقتهما، وأن كان غيرهما لم يجز لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا يشتري الوصي من مال اليتيم»[(١)] ولأنه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك إليه.

فصل: وإن أراد أن يأكل من ماله نظرت، فإن كان غنيًا لم يجز لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء: ٦] وإن كان فقيرًا جازأن يأكل، لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦] وهل يضمن البدل؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يضمن، لأنه أجيز له الأكل بحق الولاية فلم يضمنه كالرزق الذي يأكله الإمام من أموال المسلمين، والثاني: إنه يضمن، لأنه مال لغيره أجيز له أكله للحاجة، فوجب ضمانه كمن اضطر إلى مال غيره.

فصل: ولا يفك الحجر عن الصبي حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد، لقوله تعالى: ﴿حتى إذا بلغوا النكاح، فإن آنستم منهم رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ فأما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء، ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة، وهي الإنزال والسن والإنبات واثنان تختص بهما المرأة، وهما الحيض والحبل.

فأما الإنزال فهو إنزال المني، فمتى أنزل صار بالغًا، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النور: ٥٨] فأمرهم بالاستئذان بعد الاحتلام، فدل على أنه بلوغ، وروى عطية القرظي: «عُرِضنا على رسول الله ﷺ زمن قريظة، فمن كان محتلمًا أو نبتت عانته قتل»[(٢)] فلو لم يكن بالغًا لما قتل، وأما السن فهو أن يستكمل خمس عشرة سنة والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: «عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ولم يرني بلغت وعرضت عليه وأبا ابن خمس عشرة سنة فرآني بلغت فأجازني»[(٣)].

---

(١) لم نجده، وانظر التلخيص الحبير (٣/ ٩٦).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٤٠٤) والترمذي في سننه برقم (١٥٨٤) والنسائي في سننه (٦/ ١٥٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٤١) وأحمد في المسند (٤/ ٣١٠) والبيهقي في سننه (٦/ ٥٨).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٠٩٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٨٦٨) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٠٦) والترمذي في سننه برقم (١٧١١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٤٣) وأحمد في المسند (٢/ ١٧).

وأما الإنبات فهو الشعر الخشن الذي ينبت على العانة، وهو بلوغ في حق الكافر، والدليل عليه ما روى عطية القرظي قال: «كنت فيمن حكم فيهم سعد ابن معاذ ﷺ، فشكوا في أمن الذرية أنا أم من المقاتلة؟ فقال رسول الله ﷺ انظروا فإن كان قد أنبت وإلّا فلا تقتلوه، فنظروا فإذا عانتي لم تنبت فجعلوني في الذرية ولم أقتل»[1] وهل هو بلوغ في نفسه أم دلالة على البلوغ فيه قولان، أحدهما: أنه بلوغ فعلى هذا هو بلوغ في حق المسلم، لأن ما كان بلوغًا في حق الكافر كان بلوغًا في حق المسلم كالاحتلام والسن، والثاني: إنه دلالة على البلوغ، فعلى هذا هل يكون دلالة في حق المسلم؟ فيه وجهان أحدهما: إنه دلالة لما روى محمد بن يحيى بن حبان: «أن غلامًا من الأنصار شبب بامرأة في شعره فرفع إلى عمر ﷺ فلم يجده أنبت. فقال: لو أنبت الشعر لحددتك»[2].

والثاني: إنه ليس بدلالة في حق المسلم وهو ظاهر النص، لأن المسلمين يمكن الرجوع إلى أخبارهم، فلم يجعل ذلك دلالة في حقهم، والكفار لا يمكن الرجوع إلى إخبارهم؛ فجعل ذلك دلالة في حقهم، ولأن الكافر لا يستفيد بالبلوغ إلّا وجوب الحرية، ووجوب القتل، فلا يتهم في مداواة العانة بما ينبت الشعر، والمسلم يستفيد بالبلوغ التصرف والكمال بالأحكام فلا يؤمن أن يداوي العانة بما ينبت الشعر، فلم يجعل ذلك دلالة في حقه. فأما الحيض فهو بلوغ، لما روى أن النبي ﷺ قال لأسماء بنت أبي بكر الصديق ﷺ: «إن المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلّا هذا وهذا»[3] وأشار إلى الوجه والكف، فعلق وجوب الستر بالمحيض وذلك تكليف، فدل على أنه بلوغ يتعلق به التكليف وأما الحبل فهو دليل على البلوغ، فإذا حبلت حكمنا بأنها بالغ، لأن الحبل لا يكون إلّا بإنزال الماء، فدل على البلوغ، فإذا كانت المرأة لها زوج فولدت حكمنا بأنها بالغ من قبل الوضع بستة أشهر، لأن ذلك أقل مدة الوضع، وإن كانت مطلقة وأتت بولد يلحق الزوج حكمنا بأنها بالغ من قبل الطلاق. وإن كان خنثى فخرج المني من ذكره أو الدم من فرجه لم يحكم بالبلوغ، لجواز أن يكون ذلك من العضو الزائد، فإن خرج المني من الذكر، والدم من الفرج فقد بلغ، لأنه إن كان رجلًا فقد أمنى، وإن كان امرأة فقد حاضت.

فصل: فأما إيناس الرشد فهو إصلاح الدين والمال، فإصلاح الدين أن لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة، وإصلاح المال أن يكون حافظًا لماله غير مبذر ويختبره الولي اختبار مثله من تجارة إن كان تاجرًا أو تناء إن كان تانئًا أو إصلاح أمر البيت إن كانت امرأة. واختلف أصحابنا في وقت الاختبار

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧/ ٣٣٨).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤١٠٤).

فمنهم من قال: لا يختبر في التجارة إلا بعد البلوغ، لأن قبل البلوغ لا يصح تصرفه، فلا يصح اختباره، ومنهم من قال: يختبر قبل البلوغ لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح﴾ فأمر باختبار اليتامى وهم الصغار، فعلى هذا كيف يختبر؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه يسلم إليه المال فإذا ساوم وقرر الثمن عقد الولي لأن عقد الصبي لا يصح، والثاني أنه يتركه حتى يعقد لأن هذا موضع ضرورة.

فصل: وإن بلغ مبذرًا استديم الحجر عليه لأن الحجر عليه إنما يثبت للحاجة إليه لحفظ المال والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر باقيًا، وإن بلغ مصلحًا للمال فاسقًا في الدين استديم الحجر عليه لقوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ والفاسق لم يؤنس منه الرشد، لأن حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق لأنه لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التبذير فلم يفك الحجر عنه، ولهذا لم تقبل شهادته وإن كان معروفًا بالصدق لأنا لا نأمن أن يدعوه الفسق إلى الكذب وينظر في ماله من كان ينظر في حال الصغر وهو الأب والجد والوصي والحاكم لأنه حجر ثبت من غير قضاء فكان النظر إلى ما ذكرنا كالحجر على الصبي والمجنون.

فصل: وإن بلغ مصلحًا للدين والمال فك عنه الحجر لقوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ وهل يفتقر فك الحجر إلى الحاكم؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يفتقر إلى الحاكم، لأنه حجر ثبت من غير حكم فزال من غير حكم كالحجر على المجنون. والثاني: أنه يفتقر إلى الحاكم لأنه يحتاج إلى نظر واختبار، فافتقر إلى الحاكم كفك الحجر عن السفيه.

فصل: وإن فك عنه الحجر، ثم صار مبذرًا حجر عليه، لما روي «أن عبد الله بن جعفر ﷺ ابتاع أرضًا سبخة بستين ألفًا فقال عثمان: ما يسرني أن تكون لي بنعلي معًا، فبلغ ذلك عليًا كرم الله وجهه، وعزم أن يسأل عثمان أن يحجر عليه فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير، وذكر أن عليًا يريد أن يسأل عثمان ﷺ أن يحجر عليه، فقال الزبير: أنا شريكك فجاء علي إلى عثمان ﷺ وسأله أن يحجر عليه فقال: كيف أحجر على من شريكه الزبير»؟ فدلّ على جواز الحجر ولأن كل معنى اقتضى الحجر إذا قارن البلوغ اقتضى الحجر إذا طرأ بعد البلوغ، كالجنون، فإن فك عنه الحجر ثم صار فاسقًا ففيه وجهان، قال أبو العباس: يعاد عليه الحجر، لأنه معنى يقتضي الحجر عند البلوغ، فاقتضى الحجر بعده كالتبذير. وقال أبو إسحاق: لا يعاد عليه الحجر لأن الحجر للفسق لخوف التبذير، وتبذير الفاسق ليس بيقين، فلا يزال به ما تيقنا من حفظه للمال، ولا يعاد عليه الحجر بالتبذير إلا بالحاكم، لأن عليًا كرم الله وجهه أتى عثمان ﷺ وسأله أن يحجر على عبد الله بن جعفر، ولأن العلم بالتبذير يحتاج إلى نظر، فإن الغبن قد يكون تبذيرًا، وقد يكون غير تبذير، ولأن الحجر للتبذير

مختلف فيه فلا يجوز إلا بالحاكم، فإذا حجر عليه لم ينظر في ماله إلا الحاكم؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم فصار هو الناظر كالحجر على المفلس.

ويستحب أن يشهر على الحجر ليعلم الناس بحاله وإن من عامله ضيع ماله، فإن إقرضه رجل مالًا أو باع منه متاعًا لم يملكه، لأنه محجور عليه لعدم الرشد، فلم يملك بالبيع والقرض، كالصبي والمجنون، فإن كانت العين باقية ردت. وإن كانت تالفة لم يجب ضمانها لأن المالك إن علم بحاله فقد دخل على بصيرة وإن ماله ضائع، وإن لم يعلم فقد فرط حين ترك الاستظهار، ودخل في معاملته على غير معرفة.

وإن غصب مالًا وأتلفه وجب عليه ضمانه؛ لأن حجر العبد والصبي آكد من حجره، ثم حجر العبد والصبي لا يمنع من وجوب ضمان المتلف، فلأن لا يمنع حجر المبذر أولى، فإن أودعه مالًا فأتلفه ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يجب ضمانه، لأنه فرط في التسليم إليه. والثاني: يجب ضمانه، لأنه لم يرض بالإتلاف، فإن أقر بمال لم يقبل إقراره لأنه حجر عليه لحظه فلا يصح إقراره بالمال كالصبي، ولأنا لو قلنا: يصح إقراره توصل بالإقرار إلى إبطال معنى الحجر، وما لا يلزمه بالإقرار والابتياع لا يلزمه إذا فك عنه الحجر لأنا أسقطنا حكم الإقرار والابتياع لحفظ المال، فلو قلنا: أنه يلزمه إذا فك عنه الحجر لم يؤثر الحجر في حفظ المال، وإن طلق امرأته صح الطلاق، لأن الحجر لحفظ المال، والطلاق لا يضيع المال، بل يتوفر المال عليه وإن خالع جاز، لأنه إذا صح الطلاق بغير مال فلأن يصح بالمال أولى.

ولا يجوز للمرأة أن تدفع إليه المال فإن دفعته لم يصح القبض، ولم تبرأ المرأة منه، فإن تلف كان ذلك من ضمانها، وإن تزوج من غير إذن الولي فالنكاح باطل لأنه يجب به المال، فإذا صححنا من غير إذن الولي تزوج من غير حاجة، فيؤدي إلى إتلاف المال، فإن تزوج بإذنه صح، لأن الولي لا يأذن إلا في موضع الحاجة. فلا يؤدي إلى إتلاف ماله، فإن باع بإذنه ففيه وجهان: أحدهما: يصح، لأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن كالنكاح. والثاني: لا يصح، لأن القصد منه المال، وهو محجور عليه في المال، فإن حلف انعقدت يمينه، فإذا حنث كفر بالصوم، لأنه مكلف ممنوع من التصرف بالمال، فصحت يمينه، وكفر بالصوم كالعبد، وإن أحرم بالحج صح إحرامه لأنه من أهل العبادات، فإن كان فرضًا لم يمنع من إتمامه، ويجب الإنفاق عليه إلى أن يفرغ منه لأنه مال يحتاج إليه لأداء الفرض فوجب.

وإن كان تطوعًا ـ فإن كان ما يحتاج إليه في الحج لا يزيد على نفقته ـ لزمه إتمامه ـ وإن كان يزيد على نفقته ـ فإن كان له كسب إذا أضيف إلى النفقة، أمكنه الحج، لزمه إتمامه، وإن لم يمكنه حلله الولي من الإحرام، ويصير كالمحصر ويتحلل بالصوم دون الهدي، لأنه محجور عليه في المال، فتحلل بالصوم دون

الهدى كالعبد، وإن أقر بنسب ثبت النسب، لأنه حق ليس بمال فقبل إقراره به كالحد وينفق على الولد من بيت المال، لأن المقر محجور عليه في المال، فلا ينفق عليه من المال كالعبد، وإن وجب له القصاص فله أن يقتص ويعفو. لأن القصد منه التشفي ودرك الغيظ، فإن عفا عن مال وجب المال، وإن عفا مطلقًا أو عفا على غير مال، فإن قلنا: إن القتل يوجب أحد الأمرين من القصاص أو الدية وجبت الدية، ولم يصح عفوه عنها، وإن قلنا: أنه لا يوجب غير القصاص سقط ولم يجب المال.

الشرح: قوله: «لا يتصرف الناظر» أي الحافظ، وقوله: «الاحتياط» من حاطه يحوطه أي كلأه ورعاه، وقوله: «يسجل» أسجل له معناه كتب له الحاكم، وقوله: «من غير إسراف ولا إقتار» الإسراف: التبذير ومجاوزة القصد، والإقتار: التضييق في النفقة، والغبطة هي حسن الحال، وقوله: «فإن آنستم» أي علمتم، وقوله: «فلم يجزني» أي لم يأذن لي في الجهاد، وقوله: «أرضًا سبخة» أي رديئة التربة.

أما الأحكام: فالحجر لغة المنع، وفي الشرع: منع إنسان من تصرفه في ماله، وهو نوعان: حجر شرع لغيره، وحجر لمصلحة نفسه.

النوع الأول: خمسة أضرب. حجر الراهن لحق المرتهن، وحجر المفلس لحق الغرماء، وحجر المريض للورثة، وحجر العبد لسيده، وكذا المكاتب لسيده ولله تعالى. وخامسها: حجر المرتد لحق المسلمين. وهذه الأضرب خاصة لا تعم التصرفات، بل يصح من هؤلاء المحجورين، الإقرار بالعقوبات، وكثير من التصرفات، وهي مذكورة في أبوابها.

النوع الثاني: ثلاثة أضرب. أحدها: حجر المجنون، ويثبت بمجرد الجنون، ويرتفع بالإفاقة، وتنسلب به الولايات واعتبار الأقوال كلها. ومن عامله، أو أقرضه، فتلف المال عنده، أو أتلفه، فمالكه هو المضيِّع. وما دام باقيًا يجوز استرداده. والثاني: حجر الصبي. قال في «التتمة»: ومن له أدنى تمييز، ولم يكمل عقله، فهو كالصبي المميز. وتدبيره ووصيته، يأتي بيانهما إن شاء الله تعالى. وقد سبق إذنه في الدخول وحمله الهدية. والثالث: حجر السفيه المبذِّر، والضرب الأول أعم من الثاني. والثاني أعم من الثالث. ومقصود الكتاب هذه الأضرب، والثالث معظم المقصود.

فصل: فيما يزول به حجر الصبي، قال جماعة: ينقطع حجر الصبي بالبلوغ رشيدًا. ومنهم من يقول: حجر الصبي ينقطع بمجرد البلوغ، وليس هذا اختلافًا محققًا، بل من قال بالأول، أراد الإطلاق الكلِّي، ومن قال بالثاني، بالحجر أراد الحجر المخصوص بالصبي، وهذا أولى، لأن الصبي سبب مستقل بالحجر، وكذلك

التبذير. وأحكامهما متغايرة. ومن بلغ مبذِّرًا، فحكم تصرفه حكم تصرف السفيه، لا حكم تصرف الصبي.

فرع: للبلوغ أسباب: منها مشترك بين الرجال والنساء، ومختص بالنساء.

أما المشترك، فمنه السن. فإذا استكمل المولود خمسة عشرة سنة قمرية، فقد بلغ. وفي وجه: يبلغ بالطعن في الخامسة عشرة، وهو شاذ ضعيف.

السبب الثاني: خروج المني ويدخل وقت إمكانه باستكمال تسع سنين، ولا عبرة بما ينفصل قبلها، هذا هو الصحيح المعتمد. وفي وجه: إنما يدخل بمضي نصف السنة العاشرة. وفي وجه: باستكمال العاشرة. ولنا وجه: أن المني لا يكون بلوغ في النساء، لأنه نادر فيهن. وعلى هذا، قال الإمام: الذي يتجه عندي: أنه لا يلزمها الغسل. وهذا الوجه شاذ، وفيما قاله الإمام نظر.

السبب الثالث: إنبات العانة يقتضي الحكم بالبلوغ في الكفار. وهل هو حقيقة البلوغ، أم دليله؟ قولان: أظهرهما: الثاني. فإن قلنا بالأول، فهو بلوغ في المسلمين أيضًا. وإن قلنا بالثاني، فالأصح أنه ليس ببلوغ.

واختلف أصحابنا فيما يفتى به في حق المسلمين، واختار الإمام الرافعي في «المحرر» أنه لا يكون بلوغًا. والله أعلم.

ثم المعتبر شعر خشن يحتاج في إزالته إلى حلق، فأما الزغب والشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر، فلا أثر له. وأما شعر الإبط، واللحية، والشارب، فقيل: كالعانة. وقيل: لا أثر لها قطعًا. وألحق صاحب «التهذيب» الإبط بالعانة دون اللحية والشارب.

ويجوز النظر إلى منبت عانة من احتجنا إلى معرفة بلوغه بها للضرورة، هذا هو الصحيح. وقيل: تمس من فوق حائل. يلصق بها شمع ونحوه ليعتبر بلصوقه به وكلاهما خطأ، إذ يحتمل أنه حلقه، أو نبت شيء يسير. والله أعلم.

وأما ثقل الصوت، ونهود الثدي، ونتوء طرف الحلقوم وانفراق الأرنبة، فلا أثر لها على المذهب. وطرد في «التتمة» فيها الخلاف. وأما ما يختص بالنساء، فاثنان. أحدهما: الحيض فهو لوقت الإمكان، بلوغ. والثاني: الحبل، فإنه مسبوق بالإنزال، لكن لا نستيقن الولد إلا بالوضع. فإذا وضعت، حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء. فإن كانت مطلَّقة، وأتت بولد يلحق الزوج، حكمنا ببلوغها قبل الطلاق.

فرع: الخنثى المشكل، إذا خرج من ذكره ما هو بصفة المني، ومن فرجه ما هو بصفة الحيض، حكم ببلوغه على الأصح. لأنه ذكر أمنى، أو أنثى حاضت.

والثاني: لا للتعارض. وإن وجد أحد الأمرين فقط، أو أمنى وحاض بالفرج، فقطع الجمهور بأنه ليس ببلوغ، لجواز أن يظهر من الفرج الآخر ما يعارضه. والحق، ما قاله الإمام، أنه ينبغي أن يحكم ببلوغه بأحدهما، كما يحكم بذكورته وأنوثته. ثم إن ظهر خلافه، غيرنا الحكم.

قال صاحب «التتمة»: إذا أنزل الخنثى من ذكره أو خرج الدم من فرجه مرة، لم يحكم ببلوغه. فإن تكرر، حكم به. وهذا الذي قاله حسن وإن كان غريبًا. والله أعلم.

فرع: وأما الرشد، فقد قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: هو إصلاح الدِّين والمال، والمراد بالصلاح في الدين: أن لا يرتكب محرمًا يسقط العدالة، وفي المال: أن لا يبذر. فمن التبذير تضييع المال بإلقائه في البحر، أو احتمال الغبن الفاحش في المعاملات ونحوها، وكذا الإنفاق في المحرمات. وأما الصرف في الأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله، فقال الإمام، والغزالي: هو تبذير. وقال الأكثرون: لا، لأن المال يتخذ لينتفع فيه ويلتذ. وكذا القول في التجمل بالثياب الفاخرة، والإكثار من شراء الجواري، والاستمتاع بهن، وما أشبه ذلك. وأما الصرف إلى وجوه الخير، كالصدقات، وفك الرقاب، وبناء المساجد والمدارس، وشبه ذلك، فليس بتبذير، فلا سرف في الخير، كما لا خير في السرف. وقال الشيخ أبو محمد: إن بلغ الصبي وهو مفرط بالإنفاق في هذه الوجوه، فهو مبذر. وإن عرض ذلك بعد بلوغه مقتصدًا، لم يصر مبذرًا، والمعروف للأصحاب ما سبق. وبالجملة التبذير على ما نقله معظم الأصحاب محصور في التضييعات وصرفه في المحرمات.

فرع: لا بد من اختبار الصبي ليعرف حاله في الرشد وعدمه. ويختلف بطبقات الناس، فولد التاجر يختبر في البيع والشراء والمماكسة فيهما، وولد الزارع في أمر الزراعة والإنفاق على القوّام بها، والمحترف فيما يتعلق بحرفته، والمرأة في أمر القطن والغزل وحفظ الأقمشة وصون الأطعمة عن الهرة والفأرة وشبهها من مصالح البيت. ولا تكفي المرة الواحدة في الإختبار، بل لا بد من مرتين فأكثر بحيث يفيد غلبة الظن برشده. وفي وقت الاختبار. وجهان: أحدهما: بعد البلوغ. وأصحهما: قبله. وعلى هذا في كيفيته وجهان: أصحهما: يدفع إليه قدر من المال، ويمتحن في المماكسة والمساومة. فإذا آن الأمر إلى العقد، عقد الولي. والثاني: يعقد الصبي ويصح منه هذا العقد للحاجة. ولو تلف في يده المال المدفوع إليه للاختبار، فلا ضمان على الولي.

والصبي الكافر كالمسلم في هذا الباب، فيعتبر في صلاح دينه وماله ما هو صلاح عندهم، وصرح به القاضي أبو الطيب وغيره. والله أعلم.

فصل: إن بلغ الصبي غير رشيد لاختلال صلاح الدين، أو المال، بقي محجورًا عليه، ولم يدفع إليه المال. وفي «التتمة» وجه، أنه إن بلغ مصلحًا لماله، دفع إليه وصح تصرفه فيه، وإن كان فاسقًا. وإن بلغ مفسدًا لماله، منع منه حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة، وهذا الوجه شاذ ضعيف، والصواب ما تقدم وعليه التفريع، فيستدام الحجر عليه، ويتصرف في ماله من كان يتصرف قبل بلوغه. وإن بلغ رشيدًا، دفع إليه ماله. وهل ينفك الحجر بنفس البلوغ والرشد؟ أم يحتاج إلى فك؟ وجهان: أصحهما: الأول لأنه لم يثبت بالحاكم، فلم يتوقف عليه، كحجر المجنون، يزول بنفس الإفاقة. والثاني: يحتاج، فعلى هذا ينفك بالقاضي أو الأب، أو الجد. وفي الوصي والقيم وجهان: وعلى هذا لو تصرف قبل الفك، فهو كتصرف من أنشىء عليه الحجر بالسفه الطارىء بعد البلوغ. ويجري الوجهان في الاحتياج فيما لو بلغ غير رشيد، ثم رشد. وإذا حصل الرشد، فلا فرق بين الرجل والمرأة وبين أن تكون مزوجة أو غيرها.

فرع: لو عاد التبذير بعدما بلغ رشيدًا، فوجهان: أحدهما: يعود الحجر عليه بنفس التبذير، كما لو جن. وأصحهما: لا يعود، لكن يعيده القاضي، ولا يعيده غيره على الصحيح. وقال أبو يحيى البلخي: يعيده الأب والجد كما يعيده القاضي. ولو عاد الفسق دون التبذير، لم يعد الحجر قطعًا، ولا يعاد أيضًا على المذهب، لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة، بخلاف الاستدامة، لأن الحجر كان ثابتًا، فبقي. وإذا حجر على من طرأ عليه السفه، ثم عاد رشيدًا، فإن قلنا: الحجر عليه لا يثبت إلا بحجر القاضي، لم يرتفع إلا برفعه. وإذا قلنا: يثبت بنفسه، ففي زواله الخلاف السابق فيمن بلغ رشيدًا. وأما الذي يلي أمر من حجر عليه للسفه الطارىء، فهو القاضي إن قلنا: لا بد من حجر القاضي. وإن قلنا: يصير محجورًا بنفس السفه، فوجهان: كالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجنون بعد البلوغ، أحدهما الأب، ثم الجد كحال الصغر، وكما لو بلغ مجنونًا. والثاني: القاضي لأن ولاية الأب زالت، فلا تعود. والأول أصح في صورة الجنون، والثاني أصح في صورة السفه. واعلم أن الغزالي صرح في «الوسيط» و«الوجيز» بأن عود التبذير وحده لا أثر له، وإنما المؤثر في عود الحجر أو إعادته عود الفسق والتبذير جميعًا، وليس كما قال، بل الأصحاب متفقون على أن عود التبذير كاف في ذلك كما سبق.

فرع: لو كان يغبن في بعض التصرفات خاصة، فهل يحجر عليه حجر خاص في ذلك النوع؟ وجهان: لبعد اجتماع الحجر بالسفه وعدمه في شخص.

فرع: الشحيح على نفسه جدًا مع اليسار، في الحجر عليه لينفق بالمعروف وجهان: أصحهما: المنع.

فصل: فيما يصح من تصرفات المحجور عليه بالسفه، وما لا يصح، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: لا تصح منه العقود التي هي مظنة الضرر المالي، كالبيع، والشراء، والإعتاق، والكتابة، والهبة، والنكاح، وسواء اشترى بعين أو في الذمة. وفي الشراء في الذمة وجه، أنه يصح تخريجًا من العبد، وليس بشيء. وإذا باع وأقبض، استرد من المشتري، فإن تلف في يده، ضمن. ولو اشترى وقبض، أو استقرض فتلف المأخوذ في يده، أو أتلفه، فلا ضمان لأن الذي أقبضه هو المضيع، ويسترد وليه الثمن إن كان أقبضه. وسواء كان من عامله عالمًا بحاله، أم جاهلًا لتقصيره بالبحث عن حاله. ولا يجب على السفيه أيضًا الضمان بعد فك الحجر، لأنه حجر ضرب لمصلحته فأشبه الصبي، لكن الصبي لا يأثم، والسفيه يأثم لأنه مكلف. وفي وجه، يضمن بعد فك الحجر إن كان أتلفه بنفسه، وهو شاذ.

هذا إذا أقبضه البائع الرشيد. فأما إذا أقبضه السفيه بغير إذن البائع، أو أقبضه البائع، وهو صبي أو محجور عليه بسفه، فإنه يضمنه بالقبض قطعًا، صرح به أصحابنا، وفقهه ظاهر. والله أعلم.

هذا كله إذا استقل بهذه التصرفات، فأما إذا أذن له الولي، فإن أطلق الإذن، فهو لغو وإن عين تصرفًا وقدر العوض، فوجهان: أصحهما: عند الغزالي: الصحة، كما لو أذن في النكاح، فإنه يصح قطعًا، وإن كان بعضهم قد أشار إلى طرد الخلاف فيه. وأصحهما: عند البغوي: لا يصح كما لو أذن للصبي.

ويجري الوجهان فيما لو وكله رجل بشيء من هذه التصرفات، هل يصح عقده للموكل، وفيما لو اتهب أو قبل الوصية لنفسه.

ولو أودعه إنسان شيئًا فتلف عنده، فلا ضمان عليه. وإن أتلفه، فقولان كما لو أودع صبيًا.

المسألة الثانية: لو أقر بدين معاملة، لم يقبل سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو بعده، كالصبي. وفيما إذا أسنده إلى ما قبل الحجر، وجه أنه يصح تخريجًا من المفلس على قول، وليس شيء. ولو أقر بإتلاف أو جناية توجب المال، لم يقبل على الأظهر كدين المعاملة. ثم ما رددناه من إقراره لا يؤاخذ به بعد فك الحجر. ولو أقر بما يوجب حدًا أو قصاصًا، قبل. ولو أقر بسرقة توجب القطع قبل في القطع. وفي المال قولان كالعبد إذا أقر بالسرقة. هذا إن لم يقبل إقراره بالإتلاف. فإن قبلناه، فهنا أولى. ولو أقر بقصاص وعفا المستحق على مال ثبت على الصحيح، لأنه يتعلق باختيار غيره، لا بإقراره. ولو أقر بنسب، ثبت وينفق على الولد المستلحق من بيت المال.

كذا قال الأصحاب في كل طرقهم: يقبل إقراره بالنسب، وينفق عليه من بيت المال قطعًا. وشذ الروياني فقال في «الحلية»: يقبل إقراره بالنسب في أصح الوجهين، وينفق عليه من ماله، وهذا شاذ نبهت عليه لئلا يغتر به. ولو أقر بالاستيلاد، لم يقبل. والله أعلم.

ومن ادعى عليه دين معاملة قبل الحجر وأقام بينة سمعت، فإن لم تكن بينة، وقلنا: النكول ورد اليمين كالبينة، سمعت، وإن قلنا: كالإقرار، فلا.

المسألة الثالثة: يصح طلاقه وخلعه، وظهاره، ورجعته، ونفيه النسب باللعان، وشبه ذلك، إذ لا تعلق لها بالمال. ولو كان السفيه مطلاقًا مع حاجته إلى النكاح، سري بجارية فإن تضجر منها، أبدلت.

المسألة الرابعة: حكمه في العبادات، كالرشيد، لكن لا يفرق الزكاة بنفسه. ولو أحرم بغير إذن الولي، انعقد إحرامه. فإن أحرم بحج تطوع، وزاد ما يحتاج إليه في سفره على نفقته المعهودة، ولم يكن له في طريقه كسب يفي بتلك الزيادة، فللولي منعه. ثم المذهب وبه قطع الأكثرون، أنه كالمحصَر يتحلل بالصوم، إذا قلنا: لدم الإحصال بدل، لأنه ممنوع من المال، ونقل الإمام فيه وجهين: هذا، والثاني أن عجزه عن النفقة لا يلحقه بالمحصَر، بل هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة، لا يتحلل إلا بلقاء البيت. وإن لم يزد ما يحتاج إليه على النفقة المعهودة، أو كان يكتسب في الطريق ما يفي بالزيادة، لم يمنعه الولي، بل ينفق عليه من ماله، ولم يسلمه إليه، بل إلى ثقة لينفق عليه في الطريق. وإن أحرم بحجة مفروضة، كحجة الإسلام والنذر قبل الحجر، لم ينفق عليه الولي كما ذكرنا. قال في «التتمة»: والمنذورة بعد الحجر، كالمنذورة قبله إن سلكنا بالنذر مسلك واجب الشرع، وإلا فهي كحجة التطوع.

ولو أفسد حجه المفروض بالجماع، لزمه المضي فيه والقضاء. وهل يعطيه الولي نفقة القضاء؟ وجهان: حكاهما الماوردي. والله أعلم.

ولو نذر التصدق بعين مال، لم يصح. وفي الذمة ينعقد. ولو حلف، انعقدت يمينه ويكفر عند الحنث بالصوم كالعبد.

وفيه وجه حكاه صاحب «الحاوي»، والقاضي حسين، والمتولي، أنه يلزمه التكفير بالمال، فيجب على الولي إخراج الكفارة من مال السفيه. قال القاضي: فإن كثر حنثه، لزمه الكفارة، ولا يخرجها الولي، ولا يصح صومه، بل تبقى عليه حتى يعسر، فيصوم إذا قلنا: الاعتبار في الكفارة بحال الأداء. وإذا قلنا: بالصحيح أن واجبه الصوم، فلم يصم حتى فك حجره. قال الماوردي: إن قلنا يعتبر في الكفارة حال الأداء، لم يجزئه الصوم مع اليسار. وإن اعتبرنا حال الوجوب، ففي إجزاء

الصوم وجهان: لأنه كان من أهل الصوم، إلا أنه كان موسرًا. والله أعلم.

فصل: فيمن يلي أمر الصبي والمجنون، وكيف يتصرف، أما الذي يلي، فهو الأب ثم الجد، ثم وصيهما، ثم القاضي، أو من ينصبه القاضي.

وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد لثبوت ولايتهما؟ وجهان حكاهما القاضي أبو الطيب، والشاشي، وآخرون. وينبغي أن يكون الراجح، الاكتفاء بالعدالة الظاهرة. والله أعلم.

ولا ولاية للأم على الأصح. وقال الإصطخري: لها ولاية المال بعد الأب والجد، وتقدم على وصيهما. وأما كيفية التصرف، فالقول الجملي فيه: كون التصرف على وجه النظر والمصلحة، فيجوز للولي أن يشتري له العقار، بل هو أولى من التجارة. فإن لم يكن فيه مصلحة لثقل الخراج، أو جور السلطان، أو إشراف الموضع على الخراب، لم يجز. ويجوز أن يبني له الدور والمساكن، ويبني بالآجر والطين دون اللبن والجص. قال الروياني: جوز كثير من الأصحاب البناء على عادة البلد كيف كان. قال: وهو الاختيار. ولا يبيع عقاره إلا لحاجته، مثل أن لا يكون له ما يصرفه في نفقته وكسوته، وقصرت غلته عن الوفاء بهما ولم يجد من يقرضه، أو لم ير المصلحة في الاقتراض، أو لغبطة مثل أن يكون ثقيل الخراج، أو رغب فيه شريك أو جار بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن. ويجوز أن يبيع ماله نسيئة وبالعرض، إذا رأى المصلحة فيه. وإذا باع نسيئة، زاد على ثمنه نقدًا، وأشهد عليه وارتهن به رهنًا وافيًا. فإن لم يفعل، ضمن، كذا قاله الجمهور. وحكى الإمام وجهين في صحة البيع إذا لم يرتهن، وكان المشتري مليئًا، وقال: الأصح الصحة. ويشبه أن يذهب القائل بالصحة إلى أنه لا يضمن، ويجوزه اعتمادًا على ذمة المليء. وإذا باع الأب مال ولده لنفسه نسيئة، لا يحتاج إلى رهن من نفسه، لأنه أمين في حق ولده.

فرع: إذا باع الأب أو الجد عقار الطفل ورفع إلى القاضي، سجل على بيعه، ولم يكلفه إثبات الحاجة أو الغبطة بالبينة، لأنه غير متهم. وفي بيع الوصي والأمين لا يسجل إلا إذا قامت البينة على الحاجة أو الغبطة.

وفي احتياج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد ليسجل لهما، وجهان حكاهما في «البيان». والله أعلم.

وإذا بلغ الصبي وادعى على الأب أو الجد بيع ماله بغير مصلحة، فالقول قولهما مع اليمين. وإن ادعاه على الوصي أو الأمين، فالقول قول المدعي في العقار، وعليهما البينة. وفي غير العقار وجهان: أصحهما: كالعقار. والفرق عسر

الإشهاد في كل قليل وكثير يبيعه، ومنهم من أطلق وجهين من غير فرق بين ولي وولي، ولا بين العقار وغيره. ودعواه على المشتري من الولي، كهي على الولي.

فرع: ليس للوصي بيع ماله لنفسه، ولا بيع مال نفسه له، وللأب والجد ذلك، ولهما بيع مال أحد الصغيرين للآخر. وهل يشترط أن يقول: بعت واشتريت، كما لو باع لغيره. أم يكفي أحدهما؟ وجهان سبقا في البيع.

فرع: إذا اشترى الولي للطفل، فليشتر من ثقة. وحيث أمر بالارتهان، لا يقوم الكفيل مقامه.

فرع: لا يستوفى القصاص المستحق له، ولا يعفو، ولا يعتق عبيده، ولو كان بعوض، ولا يكاتبهم، ولا يهب أمواله ولو بشرط الثواب، ولا يطلق زوجته ولو بعوض. ولو باع شريكه شقصًا مشفوعًا، أخذ أو ترك بحسب المصلحة. فإن ترك بحسب المصلحة، ثم بلغ الصبي وأراد أخذه، لم يمكَّن على الأصح، كما لو أخذ للمصلحة، ثم بلغ الصبي وأراد رده. والثاني: يمكن لأنه لو كان بالغًا، كان له الأخذ. وإن خالف المصلحة والآخذ المخالف للمصلحة، لم يدخل في ولايته، فلا يفوت بتصرف الولي.

فإذا قلنا بالأصح، فبلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة، قال صاحب «المهذب» وغيره: حكمه حكم بيع العقار. والله أعلم.

فرع: ليس للولي أخذ أُجرة ولا نفقة من مال الصبي إن كان غنيًا، وإن كان فقيرًا وانقطع بسببه عن الكسب، فله أخذ قدر النفقة. وفي التعليق: أنه يأخذ أقل الأمرين من قدر النفقة، وأجرة المثل.

هذا المنقول عن التعليق، هو المعروف في أكثر كتب العراقيين ونقله صاحب «البيان» عن أصحابنا مطلقًا، وحكاه هو وغيره عن نص الشافعي رحمه الله، وحكى الماوردي والشاشي وجهًا، أنه يجوز أيضًا للغني أن يأكل بقدر أجرته. والصحيح المعروف، القطع بأنه لا يجوز للغني مطلقًا. والله أعلم.

والقول في أنه هل يستبد بالأخذ، يأتي في «كتاب النكاح» إن شاء الله تعالى. وهل عليه ضمان ما أخذه كالمضطر إذا أكل طعام الغير أم لا؟ كالإمام إذا أخذ الرزق من بيت المال؟ فيه قولان، أظهرهما: لا ضمان، لظاهر القرآن، ولأنه بدل عمله. والله أعلم.

فرع: للولي أن يخلط ماله بمال الصبي ويؤاكله، قال ابن سريج: وللمسافرين خلط أزوادهم وإن تفاوتوا في الأكل، قال: وهذا أولى بالجواز، لأن كلًا منهم من أهل المسامحة.

فرع: يجب على الولي أن ينفق عليه ويكسوه بالمعروف، ويخرج من أمواله الزكاة وأروش الجنايات وإن لم تطلب، ونفقة القريب بعد الطلب.

فرع: إن دعت ضرورة حريق أو نهب إلى المسافرة بماله، سافر، وإلا، فإن كان الطريق مخوفًا، لم يسافر به، وإن كان آمنًا، فوجهان: أصحهما: الجواز لأن المصلحة قد تقتضي ذلك، والولي مأمور بالمصلحة بخلاف المودَع. والثاني: المنع وبه قطع العراقيون كالوديعة.

ولو سافر به في البحر، لم يجز إن كان مخوفًا، وكذا إن كانت سلامته غالبة على المذهب، وبه قطع القاضي حسين، ونقله الإمام عن معظم الأصحاب. وقيل: يجوز إن أوجبنا ركوبه للحج. والله أعلم.

ثم إذا أجاز له المسافرة به، جاز أن يبعثه مع أمين.

فرع: ليس لغير القاضي إقراض مال الصبي، إلا عند ضرورة نهب أو حريق ونحوه، أو إذا أراد سفرًا. ويجوز للقاضي الإقراض، وإن لم يكن شيء من ذلك لكثرة أشغاله. وفي وجه: القاضي كغيره. ولا يجوز إيداعه مع إمكان الإقراض على الأصح، فإن عجز عنه، فله الإيداع. ويشترط فيمن يودعه الأمانة، وفي من يقرضه الأمانة واليسار. وإذا أقرض ورأى أن يأخذ به رهنًا، أخذه، وإلا تركه.

ويستحب للحاكم إذا حجر على السفيه، أن يشهد على حجره. وإن رأى أن ينادي عليه في البلد، نادى مناديه ليتجنب الناس معاملته. وحكى في «الحاوي» و«المستظهري» عن أبي علي ابن أبي هريرة وجهًا، أنه يجب الإشهاد، وهو شاذ. وإذا كان للصبي أو السفيه كسب، أجبره الولي على الاكتساب ليرتفق به في النفقة وغيرها، حكاه في «البيان». ولو وجب للسفيه قصاص، فله أن يقتص ويعفو. فإن عفا على مال، صح، ووجب دفع المال إلى وليه. وإن عفا مطلقًا، أو على غير مال، فإن قلنا: القتل يوجب أحد الأمرين: القصاص أوالدية، وجبت الدية لأن عفوه عنها لا يصح، وإن قلنا: يوجب القصاص فقط، سقط القصاص، ولا مال. وإذا مرض المحجور عليه لسفه مرضًا مخوفًا، لم يتغير حكمه، وتصرفاته فيه كتصرفه في صحته. وحكى في «الحاوي» وجهًا، أنه يغلب عليه حجر المرض، فيصح عتقه من ثلثه، وهذا شاذ ضعيف. والله أعلم.

كتاب الصلح

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا كان لرجل عند رجل عين في يده، أو دين في ذمته، جاز أن يصالح منه والدليل عليه ما روى أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم، والصلح جائز بين المسلمين»[(١)] فإن صالح عن المال على مال، فهو بيع يثبت فيه ما يثبت في البيع من الخيار ويحرم فيه ما يحرم في البيع من الغرر، والجهالة، والربا، ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة، لأنه باع ماله بمال، فكان حكمه حكم البيع فيما ذكرناه، وإن صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض لم يصح، لأنه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض، فإن صالحه من دين على عين، وتفرقا قبل القبض، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح، لأنهما تفرقا والعوض والمعوض في ضمان واحد، فأشبه إذا تفرقا عن دين بدين. والثاني: يصح، لأنه بيع عين بدين فصار كبيع العين بالثمن في الذمة وإن صالح عن المال على منفعة فهو إجارة يثبت فيه ما يثبت في الإجارة من الخيار. ويبطل بما تبطل به الإجارة من الجهالة. لأنه استأجر منفعة بالمال فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الإجارة.

فصل: وإن صالح من دار على نصفها ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح، لأنه ابتاع ماله بماله والثاني: يصح، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه وهب النصف وأخذ النصف، وإن صالحه من الدار على سكناها سنة ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح لأنه ابتاع داره بمنفعتها. والثاني: يصح، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كما لو أخذ الدار وأعاره سكناها سنة، وإن صالحه من ألف درهم على خمسمائة ففيه وجهان أحدهما: لا يصح، لأنه بيع ألف بخمسمائة والثاني: إنه يصح لأنه لما عقد بلفظ الصلح جعل كأنه قال: أبرأتك من خمسمائة وأعطني خمسمائة.

فصل: وإن ادعى عليه عينًا في يده أو دينًا في ذمته فأنكر المدعى عليه فصالحه منه على عوض لم يصح الصلح، لأن المدعي اعتاض عما لا يملكه فصار كمن باع مال غيره. والمدعى عليه عارض على ملكه، فصار كمن ابتاع مال

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٩٤) وأحمد في المسند (٢/ ٣٦٦) والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٩) والبيهقي في سننه (٦/ ٦٤) وابن حبان في صحيحه برقم (١١٩٩ موارد) والدارقطني في سننه (٣/ ٢٧).

نفسه من وكيله. فإن جاء أجنبي إلى المدعى وصدقه على ما ادعاه وقال: صالحني منه على مال لم يخل إما أن يكون المدعي عينًا أو دينًا، فإن كان دينًا نظرت فإن صالحه عن المدعى عليه صح الصلح، لأنه إن كان قد وكله المدعى عليه فقد قضى دينه بإذنه، وإن لم يوكله فقد قضى دينه بغير إذنه. وذلك يجوز فإن صالحه عن نفسه وقال: صالحني عن هذا الدين ليكون لي في ذمة المدعى عليه، ففيه وجهان بناء على الوجهين في بيع الدين من غير من عليه.

أحدهما: لا يصح، لأنه لا يقدر على تسليم ما في ذمة المدعى عليه.

والثاني: يصح كما لو اشترى وديعة في يد غيره، وإن كان المدعي عينًا، فإن صالحه عن المدعي عليه وقال: قد أقر لك في الباطن ووكلني في مصالحتك، فصدقه المدعي صح الصلح، لأن الاعتبار بالمتعاقدين وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه فجاز. ثم ينظر فيه فإن كان قد أذن له في الصلح ملك المدعي عليه العين لأنه ابتاعه له وكيله، وإن لم يكن أذن له في الصلح لم يملك المدعى عليه العين لأنه ابتاع له عينًا بغير إذنه فلم يملكه. ومن أصحابنا من قال: يملكه ويصير هذا الصلح استنقاذًا لماله، كما قال الشافعي رحمه الله في رجل في يده دار فجعلها مسجدًا، ثم ادعاها رجل فأنكر فاستنقذه الجيران من المدعي بغير إذن المدعى عليه أنه يجوز ذلك. وإن صالحه لنفسه فقال: أنا أعلم أنه لك فصالحني فأنا أقدر على أخذه، صح الصلح لأنه بمنزلة بيع المغصوب ممن يقدر على أخذه، فإن أخذه استقر الصلح، وإن لم يقدر على أخذه فهو بالخيار بين أن يفسخ ويرجع إلى ما دفع وبين أن يصبر إلى أن يقدر، كمن ابتاع عبدًا فأبق قبل القبض.

فصل: إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح فإن أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلًا، لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار الحادث فيصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره لوجوده بعد لزوم الحق، ولم يصح الصلح إذا كان عقيب إنكاره وقبل إقراره لوجوده قبل لزوم الحق.

فصل: فلو أنكر الحق فقامت عليه البينة جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار لفظًا ويقاس عليه ما لو نكل المدعى عليه فحلف المدعي من طريق الأولى، إذ اليمين المردودة كالإقرار على أحد القولين.

فصل: وإن ادعى عليه مالًا فأنكره، ثم قال: صالحني عنه لم يكن ذلك إقرارًا له بالمال، لأنه يحتمل أنه أراد قطع الخصومة، فلم يجعل ذلك إقرارًا، فإن قال بعني ذلك ففيه وجهان: أحدهما لا يجعل ذلك إقرارًا. وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفرايني، لأن البيع والصلح واحد، فإذا لم يكن الصلح إقرارًا لم يكن البيع إقرارًا. والثاني: وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب أنه يجعل ذلك إقرارًا لأن البيع تمليك، والتمليك لا يصح إلا ممن يملك.

الشرح: الصلح فسره الأئمة بالعقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين، وليس هذا على سبيل الحد، بل أرادوا ضربًا من التعريف، إشارة إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق المخاصمة غالبًا، ثم أدخل الشافعي والأصحاب في الباب، التزاحم في المشترك، كالشوارع ونحوها.

وأحكام الصلح تجري بين المتداعيين، وبين المدعي وأجنبي. والقسم الأول نوعان:

أحدهما: ما يجري على الإقرار وهو ضربان:

أحدهما: الصلح عن العين. وهو صنفان:

أحدهما: صلح المعاوضة، وهو الذي يجري على غير العين المدعاة، بأن ادعى عليه دارًا فأقر له بها، وصالحه منها على عبد أو ثوب، فهذا الصنف حكمه حكم البيع، وإن عقد بلفظ الصلح. وتتعلق به جميع أحكام البيع كالرد بالعيب، والشفعة، والمنع من التصرف قبل القبض، واشتراط القبض في المجلس إن كان المصالح عليه والمصالح عنه متفقين في علة الربا، واشتراط التساوي في معيار الشرع إن كان جنسًا ربويًا، وجريان التحالف عند الاختلاف، ويفسد بالغرر، والجهل، والشروط الفاسدة كفساد البيع. ولو صالحه منها على منفعة دار، أو خدمة عبد مدة معلومة، جاز، ويكون هذا الصلح إجارة، فتثبت فيه أحكام الإجارة.

الصنف الثاني: صلح الحطيطة، وهو الجاري على بعض العين المدعاة، كمن صالح من الدار المدعاة على نصفها أو ثلثها، أو من العبدين على أحدهما، فهذا هبة بعض المدعى لمن في يده، فيشترط لصحته القبول ومضي مدة إمكان القبض. وفي اشتراط إذن جديد في قبضه، الخلاف المذكور في كتاب الرهن. ويصح بلفظ الهبة، وما هو في معناها. وفي صحته بلفظ الصلح، وجهان: أحدهما: لا، لأن الصلح يتضمن المعاوضة. ومحال أن يقابل ملكه ببعضه. وأصحهما: الصحة، لأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح، هي سبق الخصومة، وقد حصلت. ولا يصح هذا الصنف بلفظ البيع.

فرع: الصلح يخالف البيع في صور: إحداها: المسألة السابقة، وهي إذا صالح صلح الحطيطة بلفظ الصلح، فإنه يصح على الأصح. ولو كان بلفظ البيع، لم يصح قطعًا.

الثانية: لو قال من غير سبق خصومة: بعني دارك بكذا، فباع، صح. ولو قال والحالة هذه: صالحني عن دارك هذه بألف، لم يصح على الأصح، لأن لفظ الصلح لا يطلق إلا إذا سبقت خصومة، وكأن هذا الخلاف فيما لو استعملا لفظ

الصلح بلا نية. فلو استعملاه ونويا البيع، كان كناية بلا شك، وجرى فيه الخلاف في انعقاد البيع بالكناية.

الثالثة: لو صالح عن القصاص، صح ولا مدخل للفظ البيع فيه.

الرابعة: قال صاحب «التلخيص»: لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شيء نأخذه منهم، جاز ولا يقوم مقامه البيع، واعترض عليه القفال، بأن تلك المصالحة، ليست مصالحة عن أموالهم وإنما نصالحهم ونأخذ منهم للكف عن دمائهم وأموالهم، وهذا صحيح، ولكن لا يمنع مخالفة اللفظين، فإن لفظ البيع لا يجري في أمثال تلك المصالحات.

الخامسة: قال صاحب «التلخيص»: لو صالح من إرش الموضحة على شيء معلوم، جاز إذا علما قدر أرشها. ولو باع، لم يجز وخالفه الجمهور في افتراق اللفظين، وقالوا: إن كان الأرش مجهولًا كالحكومة التي لم تقدّر ولم تضبط، لم يصح الصلح عنه ولا بيعه. وإن كان معلوم القدر والصفة، كالدراهم، إذا ضبطت، صح الصلح عنها، وصح بيعها ممن هي عليه. وإن كان معلوم القدر دون الصفة، على الوجه المعتبر في السلم، كالإبل الواجبة في الدية، ففي جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح وبلفظ البيع جميعًا وجهان: ويقال: قولان. أحدهما: يصح كمن اشترى عينًا لم يعرف صفتها. وأصحهما: المنع كما لو أسلم في شيء لم يصفه، هذا في الجراحة التي لا توجب القود، فإن أوجبته في النفس، أو فيما دونها، فالصلح عنها مبني على أن موجب العمد ماذا؟ وسيأتي في بابه إن شاء الله تعالى.

الضرب الثاني: الصلح عن الدين، وهو صنفان:

أحدهما: صلح المعاوضة وهو الجاري على عين الدين المدعى. فينظر، إن صالح عن بعض أموال الربا على ما يوافقه في العلة، فلا بد من قبض العوض في المجلس، ولا يشترط تعيينه في نفس الصلح على الأصح. فإن لم يكن العوضان ربويين، فإن كان العوض عينًا، صح الصلح، ولا يشترط قبضه في المجلس على الأصح. وإن كان دينًا، صح على الأصح، ولكن يشترط التعيين في المجلس، ولا يشترط القبض بعد التعيين على الأصح.

الصنف الثاني: صلح الحطيط وهو الجاري على بعض الدين المدعى، فهو إبراء عن بعض الدين، فإن استعمل لفظ الإبراء أو ما في معناه، بأن قال: أبرأتك من خمسمئة من الألف الذي عليك، أو صالحتك على الباقي، برىء مما أبرأه، ولا يشترط القبول على الصحيح. وفي وجه بعيد: يشترط فيه، وفي كل إبراء، ولا

يشترط قبض الباقي في المجلس. وإن اقتصر على لفظ الصلح فقال: صالحتك على الألف الذي لي عليك على خمسمئة، فوجهان كنظيره في صلح الحطيطة في العين، والأصح الصحة.

وفي اشتراط القبول وجهان: كالوجهين فيما لو قال لمن عليه الدين: وهبته لك. والأصح، الاشتراط، لأن اللفظ بوضعه يقتضيه. ولو صالح منه على خمسمئة معينة، جرى الوجهان. ورأى الإمام الفساد هنا أظهر. ولا يصح هذا الصنف بلفظ البيع، كنظيره في الصلح عن العين. ولو صالح من ألف مؤجل على ألف حالّ أو عكسه. فباطل، لأن الأجل لا يسقط ولا يلحق. فلو عجل من عليه المؤجل وقبله المستحق، سقط الأجل بالاستيفاء، وكذا الحكم في الصحيح والمكسر. ولو صالح من ألف مؤجل على خمسمئة حالّة، فباطل. ولو صالح من ألف حال على خمسمئة مؤجلة، فهذا ليس من المعاوضة في شيء، بل هو مسامحة من وجهين: أحدهما حط خمسمئة. والثاني: إلحاق أجل بالباقي. والأول شائع، فيبرأ عن خمسمئة. والثاني: وعد لا يلزم، فله المطالبة بالباقي في الحال.

فرع: قال أحد الوارثين لصاحبه: تركت حقي من التركة لك، فقال: قبلت، لم يصح ويبقى حقه كما كان. ولو قال: صالحتك من نصيبي على هذا الثوب، فإن كانت التركة أعيانًا، فهو صلح عن العين. وإن كانت ديونًا عليه، فهو صلح عن الدين. وإن كانت على غيره، فهو بيع دين لغير من عليه، وقد سبق حكمه. وإن كان فيها عين ودين على الغير، ولم نجوز بيع الدين لغير من عليه، بطل الصلح في الدين. وفي العين قولا تفريق الصفقة.

فرع: له في يد رجل ألف درهم، وخمسون دينارًا، فصالحه منه على ألفي درهم، لا يجوز. وكذا لو مات عن ابنين والتركة ألفا درهم، ومئة دينار، وهي في يد أحدهما، فصالحه الآخر من نصيبه على ألفي درهم، لم يجز. ولو كان المبلغ المذكور دينًا في ذمة غيره، فصالحه منه على ألفي درهم، جاز. والفرق أنه إذا كان في الذمة، فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه، فيجعل مستوفيًا لأحد الألفين، ومعتاضًا عن الدنانير الألف الآخر. وإذا كان معينًا، كان الصلح عنه اعتياضًا، فكأنه باع ألف درهم وخمسين دينارًا بألفي درهم. وهو من صور مدّ عجوة. ونقل الإمام عن القاضي حسين وجهًا في صورة الدين بالمنع، تنزيلًا على المعاوضة.

فرع: صالحه عن الدار المدعاة على أن يسكنها سنة، فهو إعارة للدار يرجع فيها متى شاء. وإذا رجع، لم يستحق أجرة للمدة الماضية على الصحيح، لأنها عارية. وفي وجه: يستحق، لأنه قابل به رفع اليد عنها، وهو عوض فاسد، فيرجع

بأجرة المثل. ولو صالحه عنها على أن يسكنها بمنفعة عبده سنة، فهو كما لو أجر دارًا بمنفعة عبد سنة.

فرع: صالح عن الزرع الأخضر بشرط القطع، جاز. ودون هذا الشرط لا يجوز. ولو كانت المصالحة عن الزرع مع الأرض، فلا حاجة إلى شرط القطع على الأصح. ولو كان النزاع في نصف الزرع، ثم أقر المدعى عليه، وتصالحا عنه على الشيء، لم يجز. وإن شرطا القطع، كما لو باع نصف الزرع مشاعًا، لا يصح، سواء شرط، أم لا.

النوع الثاني: الصلح عن الإنكار، فينظر، إن جرى على غير المدعى، فهو باطل. وصورة الصلح على الإنكار، أن يدعي عليه دارًا مثلًا، فينكر، ثم يتصالحا على ثوب أو دين، ولا يكون طلب الصلح منه إقرارًا، لأنه ربما يريد قطع الخصومة، هذا إذا قال: صالحني مطلقًا، أو صالحني عن دعواك. بل الصلح عن الدعوى، لا يصح مع الإقرار أيضًا، لأن مجرد الدعوى لا يعتاض عنه. ولو قال بعد الإنكار: صالحني عن الدار التي ادعيتها، فهل يكون إقرارًا، كما لو قال: ملِّكني، أم لا، لاحتمال قطع الخصومة؟ وجهان: أصحهما: الثاني. فعلى هذا، يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار. ولو قال: بعنيها، أو هبها لي، فالصحيح أنه إقرار. لأنه صريح في التماس التمليك. وقال الشيخ أبو حامد: هو كقوله: صالحني. ومثله: لو كان النزاع في جارية، فقال: زوجنيها. ولو قال: أعرني أو أجرني فأولى بأن لا يكون إقرارًا. ولو كان النزاع في دين، فقال: أبرئني، فهو إقرار. ولو أبرأ المدعي المدعى عليه وهو منكر، وقلنا: لا يفتقر الإبراء إلى القبول، صح، لأنه مستقل به، فلا حاجة إلى تصديق الغريم، بخلاف الصلح. ولهذا لو أبرأه من بعد التحليف، لو صح، ولو تصالحا بعد التحليف، لم يصح.

فرع: لو جرى الصلح على الإنكار على بعض العين المدعاة وهو صلح الحطيطة في العين، فوجهان: قال القفال: يصح، لأنهما متفقان على أن المدعي يستحق النصف، لأن المدعي يزعم استحقاق الجميع، والمدعى عليه يسلم النصف له بحكم هبته له، وتسليمه إليه، فبقي الخلاف في جهة الاستحقاق، وقال الأكثرون: باطل، كما لو كان على غير المدعي. قالوا: ومتى اختلف القابض والدافع في الجهة، فالقول قول الدافع كما سبق في الرهن. والدافع هنا، يقول: إنما بذلت النصف لدفع الأذى، حتى لا يرفعني إلى القاضي، ولا يقيم علي بينة زور.

وإن كان المدعى دينًا، وتصالحا على بعضه على الإنكار، نظر، إن صالحه

عن ألف على خمسمئة مثلًا في الذمة، لم يصح. ولو أحضر الخمسمئة وتصالحا من الألف المدعى عليها، فهو مرتب على صلح الحطيطة في العين. فإن لم يصح، فهنا أولى. وإلا، فوجهان: والأصح: البطلان باتفاقهم. والفرق أن ما في الذمة، ليس هو ذلك المحضر، وفي الصلح عليه معنى المعاوضة، ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الإنكار. ولو تصالحا، ثم اختلفا هل تصالحا على الإنكار، أم على الاعتراف؟ قال ابن كج: القول قول مدعي الإنكار، لأن الأصل أن لا عقد. وينبغي أن يخرج على الوجهين فيما لو تنازع المتبايعان، هل عقدا صحيحًا أم فاسدًا.

القسم الثاني من الباب: في الصلح الجاري بين المدعى وأجنبي، وله حالان:

الحال الأول: مع إقرار المدعى عليه. فإن كان المدعى عينًا، وقال الأجنبي: إن المدعى عليه وكلني في مصالحتك له على نصف المدعى، أو على هذا العبد من ماله، فتصالحا عليه، صح. وكذا لو قال: وكلني في مصالحتك عنه على عشرة في ذمته. ثم إن كان صادقًا في الوكالة، صار المدعى ملكًا للمدعى عليه، وإلا، فهو شراء الفضول، وقد سبق بيانه وتفريعه. وإن قال: أمرني بالمصالحة عنه على هذا العبد من مالي، فصالحه عليه، فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه بإذن ذلك الغير، وقد سبق خلاف في صحته، وأنه إذا صح، هل هو هبة، أو قرض؟ ولو صالح الأجنبي لنفسه بعين ماله، أو بدين في ذمته، صح له، كما لو اشتراه. وقيل: وجهان: كما لو قال لغيره من غير سبق دعوى: صالحني من دارك على ألف، لأنه لم يجر مع الأجنبي خصومة. والمذهب، الصحة، لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب. أما إذا كان هذا المدعى دينًا، وقال: وكلني المدعى عليه بمصالحتك على نصفه، أو على هذا الثوب من ماله، فصالحه، صح. ولو قال: على هذا الثوب، وهو ملكي، فوجهان: أحدهما: لا يصح، لأنه بيع شيء بدين غيره. والثاني: يصح، ويسقط الدين كمن ضمن دينًا وأداه. قلت: الأول: أصح. والله أعلم.

ولو صالح لنفسه على عين أو دين في ذمته، فهو ابتياع دين في ذمة الغير، وسبق بيانه في موضعه.

ولو قال: صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمئة، صح، سواء كان بإذنه أم لا، لأن القضاء دين غيره بغير إذنه جائز. والله أعلم.

الحال الثاني: أن يكون منكرًا ظاهرًا، فجاء أجنبي فقال: أقر المدعى عليه عندي، ووكلني في مصالحتك له، إلا أنه لا يظهر إقراره لئلا تنزعه منه، فصالحه، صح، لأن دعوى الإنسان الوكالة في البيع والشراء وسائر المعاملات مقبولة. فإن قال: هو منكر، ولكنه مبطل، فصالحني له على عبدي هذا، لتنقطع الخصومة

بينكما، فوجهان: قال الإمام: أصحهما: لا يصح، لأنه صلح إنكار. والثاني: يصح، لأن الاعتبار في شروط العقد بمن يباشره وهما متفقان. هذا إذا كان المدعى عينًا، فإن كان دينًا، فقيل: على الوجهين. والمذهب: القطع بالصحة. والفرق أنه لا يمكن تمليك الغير عين ماله بغير إذنه. ويمكن قضاء دينه بغير إذنه. وإن قال: هو منكر، وأنا أيضًا لا أعلم صدقك، وصالحه مع ذلك، لم يصح، سواء كان المصالح عليه له، أو للمدعى عليه. كما لو صالحه المدعي وهو منكر. وإن قال: هو منكر ومبطل في إنكاره، فصالحني لنفسي بعبدي هذا، أو بعشرة في ذمتي لآخذه منه، فإن كان المدعى دينًا، فهو ابتياع دين في ذمة غيره. وإن كان عينًا، فهو شراء مغصوب، فينظر في قدرته على انتزاعه وعجزه. وقد سبق بيان الحالين في أول البيع. ولو صالح وقال: أنا قادر على انتزاعه، صح العقد على الأصح، اكتفاءً بقوله. والثاني: لا، لأن الملك في الظاهر للمدعى عليه، وهو عاجز عن انتزاعه. قال الإمام: والوجه أن يقال: إن كان الأجنبي كاذبًا، فالعقد باطل باطنًا، وفي مؤاخذته في الظاهر لالتزامه، الوجهان. وإن كان صادقًا، حكم بصحة العقد باطنًا، وقطعنا بمؤاخذته، لكن لا تزال يد المدعى عليه إلا بحجة.

فرع: كالمثال لما ذكرنا ادعى رجل على ورثة ميت دارًا من تركته، وقال: غصبنيها، فأقروا له، جاز لهم مصالحته. فإن دفعوا إلى بعضهم ثوبًا مشتركًا بينهم ليصالح عليه، جاز، وكان عاقدًا عن نفسه ووكيلًا عن الباقين. ولو قالوا لواحد: صالحه عنا على ثوبك، فصالحه عنهم، فإن لم يسمهم في الصلح، وقع الصلح عنه. وإن سماهم، فهل تلغى التسمية؟ وجهان: فإن لم نلغها، وقع الصلح عنهم. وهل الثوب هبة لهم، أو قرض عليهم؟ وجهان: وإن ألغيناها، فهل يصح الصلح كله للعاقد، أم يبطل في نصيب الشركاء ويخرج نصيبه على قولي تفريق الصفقة؟ وجهان: وإن صالحه بعضهم على مال له دون إذن الباقين ليتملك جميع الدار، جاز. وإن صالح لتكون الدار له ولهم جميعًا، لغا ذكرهم، وعاد الوجهان في أن الجميع يقع له، أم يبطل في نصيبهم. ويخرج نصيبه على قولي الصفقة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وإن أخرج جناحًا إلى طريق لم يخل، أما أن يكون الطريق نافذًا أو غير نافذ، فإن كان الطريق نافذًا نظرت فإن كان الجناح لا يضر بالمارة جاز، ولم يعترض عليه. واختلفوا في علته. فمن أصحابنًا من قال يجوز، لأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير إضرار فجاز كالمشي في الطريق. ومنهم من قال يجوز لأن الهواء تابع للقرار، فلما ملك الارتفاق بالطريق من غير إضرار ملك الارتفاق بالهواء من غير إضرار، فإن وقع الجناح أو نقضه وبادر من يحاذيه؛ فأخرج جناحًا يمنع من إعادة الجناح الأول

جاز، لأن الأول ثبت له الارتفاق بالسبق إلى إخراج الجناح، فإذا زال الجناح، جاز لغيره أن يرتفق، كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه.

فصل: فإن صالحه الإمام عن الجناح على شيء لم يصح الصلح لمعنيين: أحدهما: أن الهواء تابع للقرار في العقد فلا يفرد بالعقد كالحمل، والثاني: أن ذلك حق له فلا يجوز أن يؤخذ منه عوض على حقه كالاجتياز في الطريق وإن كان الجناح يضر بالمارة لم يجز، وإذا أخرجه وجب نقضه، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[1] ولأنه يضر بالمارة في طريقهم فلم يجز كالقعود في المضيق، وإن صالحه الإمام من ذلك على شيء لم يجز لمعنيين أحدهما: أن الهواء تابع للقرار فلا يفرد بالعقد، والثاني: أن ما منع منه للإضرار بالناس لم يجز بعوض كالقعود في المضيق والبناء في الطريق.

فصل: ويرجع فيما يضر وفيما لا يضر إلى حال الطريق، فإن كان الطريق لا تمر فيه القوافل، ولا تجوز فيه الفوارس، لم يجز إخراج الجناح إلا بحيث يمر الماشي تحته منتصبًا لأن الضرر يزول بهذا القدر ولا يزول بما دونه وإن كان الطريق تمر به القوافل وتجوز فيه الفوارس لم يجز إلا عاليًا بمقدار ما تمر العمارية تحته ويمر الراكب منتصبًا.

وقال أبو عبيد بن حربوية: لا يجوز حتى يكون عاليًا يمر الراكب ورمحه منصوب، لأنه ربما ازدحم الفرسان فيحتاج إلى نصب الرماح، ومتى لم ينصبوا تأذى الناس بالرماح والأول هو المذهب؛ لأنهم يمكنهم أن يضعوا أطرافها على الأكتاف غير منصوبة فلا يتأذوا.

فصل: وإن أخرج جناحًا إلى دار جاره من غير إذنه لم يجز. واختلف أصحابنا في تعليله، فمنهم من قال: لا يجوز لأنه ارتفاق بما تعين مالكه فلم يجز بغير إذنه من غير ضرورة، كأكل ماله. ومنهم من قال: لا يجوز، لأن الهواء تابع للقرار والجار لا يملك الإرتفاق بقرار دار الجار. فلا يملك الارتفاق بهواء داره، فإن صالحه صاحب الدار على شيء لم يجز لأن الهواء تابع فلا يفرد بالعقد.

فصل: وإن أخرج جناحًا إلى درب غير نافذ نظرت فإن لم يكن له في الدرب طريق لم يجز، لما ذكرناه في دار الجار، وإن كان له فيه طريق ففيه وجهان أحدهما: يجوز، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني، لأن الهواء تابع للقرار، فإذا جاز أن يرتفق بالقرار بالاجتياز جاز أن يرتفق بالهواء بإخراج الجناح، والثاني: لا يجوز، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لأنه موضع تعين ملاكه فلم يجز إخراج الجناح إليه كدار الجار، فإن قلنا يجوز إخراج الجناح لم

---

(١) تقدم.

يجز الصلح، لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى الشارع، وإن قلنا لا يجوز إخراجه لم يجز الصلح لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى دار الجار.

فصل: وإن أراد أن يعمل ساباطًا ويضع أطراف أجذاعه على حائط الجار المحاذي لم يجز ذلك من غير إذنه، لأنه حمل على ملك الغير من غير ضرورة فلم يجز من غير إذنه كحمل المتاع على بهيمة غيره؛ فإن صالحه منه على شيء جاز إذا عرف مقدار الأجذاع، فإن كانت حاضرة نظر إليها، وإن لم تحضر وصفها فإن أراد أن يبني عليها ذكر سمك البناء، وما يبني به فإن أطلق كان ذلك بيعًا مؤبدًا لمغارز الأجذاع ومواضع البناء وإن وقت كان ذلك إجارة تنقضي بانقضاء المدة.

فصل: ولا يجوز أن يفتح كوة، ولا يسمر مسمارًا في حائط جاره إلا بإذنه، ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره إلا بإذنه. لأن ذلك يوهي الحائط ويضر به، فلا يجوز من غير إذن مالكه، ولا يجوز أن يبني على حائط جاره ولا على الحائط المشترك شيئًا من غير إذن مالكه ولا على السطحين المتلاصقين حاجزًا من غير إذن صاحبه، لأنه حمل على ملك الغير فلم يجز من غير إذن كالحمل على بهيمته، ولا يجوز أن يجري على سطحه ماء من غير إذنه، فإن صالحه منه على عوض جاز، إذا عرف السطح الذي يجري ماؤه لأنه يختلف ويتفاوت.

فصل: وفي وضع الجذوع على حائط الجار والحائط الذي بينه وبين شريكه قولان، قال في «القديم» يجوز فإذا امتنع الجار أو الشريك أجبر عليه إذا كان الجذع خفيفًا لا يضر بالحائط، ولا يقدر على التسقيف إلا به، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره» قال أبو هريرة رضي الله عنه: «إني لأراكم عنها معرضين، والله لأرمينها بين أظهركم»[1] ولأنه إذا وجب بذل فضل الماء للكلأ لاستغنائه عنه وحاجة غيره وجب بذل فضل الحائط لاستغنائه عنه وحاجة جاره. وقال في «الجديد»: لا يجوز بغير إذن، وهو الصحيح: لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه» ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير إذنه كالحمل على بهيمته، والبناء في أرضه، وحديث أبي هريرة نحمله على الاستحباب. وأما الماء فإنه غير مملوك في قول بعض أصحابنا. والحائط مملوك، ولأن الماء لا تنقطع مادته، والحائط بخلافه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٦٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٠٩) وأبو داود في سننه برقم (٣٦٣٤) والترمذي في سننه برقم (١٣٥٣) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٣٥) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٤٥).

فإن كان الجذع ثقيلًا يضر بالحائط لم يجز وضعه من غير إذنه قولًا واحدًا لأن الارتفاق بحق الغير لا يجوز مع الإضرار، ولهذا لا يجوز أن يخرج إلى الطريق جناحًا يضر بالمارة. وإن كان لا حاجة به إليه لم يجبر عليه، لأن الفضل إنما يجب بذله عند الحاجة إليه، ولهذا يجب بذل فضل الماء عند الحاجة إليه للكلأ ولا يجب مع عدم الحاجة فإن قلنا يجبر عليه فصالح منه على مال لم يجز، لأن من وجب له حق لا يؤخذ منه عوضه، وإن قلنا: لا يجبر عليه فصالح منه على مال جاز على ما بيناه في أجذاع الساباط.

فصل: إذا وضع الخشب على حائط الجار أو الحائط المشترك، وقلنا: أنه يجبر في قوله القديم، أو صالح عنه على مال في قوله الجديد فرفعه جاز له أن يعيده، فإن صالحه صاحب الحائط عن حقه بعوض ليسقط حقه من الوضع جاز لأنه ما جاز بيعه جاز ابتياعه كسائر الأموال.

فصل: وإن كان في ملكه شجرة فاستعلت وانتشرت أغصانها وحصلت في دار جاره جاز للجار مطالبته بإزالة ما حصل في ملكه، فإن لم يزله جاز للجار إزالته عن ملكه، كما لو دخل رجل إلى داره بغير إذنه، فإن له أن يطالبه بالخروج، فإن لم يخرج أخرجه، فإن صالحه منه على مال فإن كان يابسًا لم يجز لأنه عقد على الهواء، والهواء لا يفرد بالعقد؛ وإن كان رطبًا لم يجز لما ذكرناه ولأنه صلح على مجهول، لأنه يزيد في كل وقت.

فصل: وإن كان لرجل في زقاق لا ينفذ دار، وظهرها إلى الشارع ففتح بابًا من الدار إلى الشارع جاز، لأن له حق الاستطراق في الشارع فجاز أن يفتح إليه بابًا من الدار، وإن كان باب الدار إلى الشارع وظهرها إلى الزقاق ففتح بابًا من الدار إلى الزقاق نظرت، فإن فتحه ليستطرق الزقاق لم يجز لأنه يجعل لنفسه حق الاستطراق في درب مملوك لأهله لا حق له في طريقه، فإن قال: أفتحه ولا أجعله طريقًا، بل أغلقه وأسمره، ففيه وجهان: أحدهما: أن له ذلك، لأنه إذا جاز له أن يرفع جميع حائط الدار، فلأن يجوز أن يفتح فيه بابًا أولى. والثاني: لا يجوز، لأن الباب دليل على الاستطراق، فمنع منه. وإن فتح في الحائط كوة إلى الزقاق جاز، لأنه ليس بطريق ولا دليل عليه، فإن كان له داران في زقاقين غير نافذين، وظهر كل واحدة من الدارين إلى الأخرى، فأنفذ إحدى الدارين إلى الأخرى ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأنه يجعل الزقاقين نافذين، ولأنه يجعل لنفسه الاستطراق من كل واحد من الزقاقين إلى الدار التي ليست فيه، ويثبت لأهل كل واحد من الزقاقين الشفعة في دور الزقاق الآخر على قول من يوجب الشفعة بالطريق والثاني: يجوز، وهو اختيار شيخنا القاضي رحمه الله، لأن له أن يزيل الحاجز بين الدارين، ويجعلهما دارًا واحدة، ويترك البابين على حالهما. فجاز أن ينفذ إحداهما إلى الأخرى.

فصل: إذا كان لداره باب في وسط درب لا ينفذ، فأراد أن ينقل الباب نظرت فإن أراد نقله إلى أول الدرب جاز له لأنه يترك بعض حقه من الاستطراق وإن أراد أن ينقله إلى آخر الدرب ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأنه يريد أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في موضع لم يكن له والثاني: يجوز، لأن حقه ثابت في جميع الدرب، ولهذا لو أرادوا قسمته كان له حق في جميعه، فإن كان بابه في آخر الدرب وأراد أن ينقل الباب إلى وسطه، ويجعل إلى عند الباب دهليزًا ـ إن قلنا: إن من بابه في وسط الدرب ـ يجوز أن يؤخره إلى آخر الدرب، لم يجز لهذا أن يقدمه، لأنه مشترك بين الجميع، فلا يجوز أن يختص به، وإن قلنا: لا يجوز جاز لهذا أن يقدمه لأنه يختص به.

فصل: إذا كان بين رجلين حائط مشترك فانهدم، فدعا أحدهما صاحبه إلى العمارة وامتنع الآخر، ففيه قولان. قال في «القديم»: يجبر لأنه انفاق على مشترك يزول به الضرر عنه وعن شريكه فأجبر عليه كالإنفاق على العبد، وقال في «الجديد»: لا يجبر لأنه إنفاق على ملك لو انفرد به لم يجب، فإذا اشتركا لم يجب كزراعة الأرض. فإن قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم الممتنع على الإنفاق، فإن لم يفعل وله مال باعه وأنفق عليه، فإن لم يكن له مال اقترض عليه وأنفق عليه، فإذا بنى الحائط كان بينهما كما كان. ومن له رسم خشب أو غيره أعاده كما كان.

وإن أراد الشريك أن يبنيه لم يمنع منه، لأنه يعيد رسمًا في ملك مشترك فلم يمنع منه، كما لو كان على الحائط رسم خشب فوقع، فإن بنى الحائط من غير إذن الحاكم نظرت فإن بناه بآلته ونقضه معًا عاد الحائط بينهما كما كان برسومه وحقوقه لأن الحائط عاد بعينه وليس للباني فيه إلا أثر في تأليفه، وإن بناه بغير آلته كان الحائط للباني، لا يجوز لشريكه أن ينتفع من غير إذنه، فإن أراد الباني نقضه كان له ذلك لأنه ملكه لا حق لغيره فيه فجاز له نقضه فإن قال له الممتنع: لا تنقض وأنا أعطيك نصف القيمة لم يجز له نقضه، لأن على هذا القول يجبر على البناء، فإذا بناه أحدهما وبذل له الآخر نصف القيمة وجب تبقيته وأجبر عليه، كما أجبر على البناء.

وإن قلنا بقوله الجديد فأراد الشريك أن يبنيه لم يمنع، لأنه يعيد رسمًا في ملك مشترك وهو عرصة الحائط فلم يمنع منه، فإن بناه بآلته فهو بينهما، ولكل واحد منهما أن ينتفع به ويعيد ماله من رسم خشب. وإن بناه بآلة أخرى فالحائط له، وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به، وإن أراد نقضه كان له، لأنه لا حق لغيره فيه. فإن قال له الشريك: لا تنقضه وأنا أعطيك نصف القيمة لم يمنع من نقضه، لأن على هذا القول لو امتنع من البناء في الابتداء لم يجبر.

فإذا بناه لم يجبر على تبقيته. وإن قال: قد كان لي عليه رسم خشب وأعطيك نصف القيمة وأعيد رسم الخشب، قلنا للباني: أما إن تمكنه من إعادة رسمه وتأخذ نصف القيمة. وأما أن تنقضه ليبني معك، لأن القرار مشترك بينهما، فلا يجوز أن يعيد رسمه، ويسقط حق شريكه.

فصل: وإن كان لأحدهما علو وللآخر سفل والسقف بينهما؛ فانهدم حيطان السفل لم يكن لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو على البناء قولًا واحدًا لأن حيطان السفل لصاحب السفل فلا يجبر صاحب العلو على بنائه، وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على البناء؟ فيه قولان. فإن قلنا: يجبر ألزمه الحاكم، فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وأنفق عليه، وإن لم يكن له مال اقترض عليه، فإذا بنى الحائط كان الحائط ملكًا لصاحب السفل لأنه بني له وتكون النفقة في ذمته ويعيد صاحب العلو غرفته عليه وتكون النفقة على الغرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو دون صاحب السفل لأنها ملكه لا حق لصاحب السفل فيه وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه فهو من مالهما، فإن تبرع صاحب العلو وبنى من غير إذن الحاكم لم يرجع صاحب العلو على صاحب السفل بشيء، ثم ينظر فإن كان قد بناها بآلتها ـ كانت الحيطان لصاحب السفل لأن الآلة كلها له وليس لصاحب العلو منعه من الانتفاع بها ولا يملك نقضها لأنها لصاحب السفل وله أن يعيد حقه من الغرفة، وإن بناها بغير آلتها كانت الحيطان لصاحب العلو وليس لصاحب السفل أن ينتفع بها ولا أن يتد فيها وتدًا ولا يفتح فيها كوة من غير إذن صاحب العلو، ولكن له أن يسكن في قرار السفل لأن القرار له ولصاحب العلو أن ينقض ما بناه من الحيطان لأنه لا حق لغيره فيها، فإن بذل صاحب السفل القيمة ليترك نقضها لم يلزمه قبولها، لأنه لا يلزمه بناؤها قولًا واحدًا فلا يلزمه تبقيتها ببذل العوض. والله أعلم.

الشرح: قوله: «وإن أخرج جناحًا» الجناح بناء متعلق بخشب خارج من الدار مشبه بجناح الطائر، والارتفاق: الانتفاع، والاجتياز هو السلوك، والساباط: هو بناء بين الدارين المتحاذيين بأخشاب توضع على كل واحدة من الدارين، وقوله: «كوة» هي ثقب البيت، وقوله: «ليستطرق الزقاق» أي يجعله له طريقًا، وقوله: «عرصة» كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها شيء من بناء، وقوله: «الغرفة» هي العلية.

أما الأحكام: فالتزاحم في الحقوق فيه فصول: الفصل الأول: في الطريق، وهو قسمان: نافذ، وغيره. أما النافذ: فالناس كلهم يستحقون المرور فيه، وليس لأحد أن يتصرف فيه بما يبطل المرور، ولا أن يشرع فيه جناحًا، أو يتخذ على جدرانه ساباطًا يضر بالمارة. فإن لم يضر، فلا منع منهما. ويرجع في معرفة الضرر وعدمه إلى حال الطريق. فإن كان ضيقًا لا تمر فيه القوافل والفوارس، فينبغي أن

يرتفع بحيث يمر المارّ تحته منتصبًا. وإن كانوا يمرون فيه، فليكن ارتفاعه إلى حد يمر فيه المحمل مع الكنيسة فوقه على البعير، لأنه وإن كان نادرًا، فإنه قد يتفق. ولا تشترط زيادة على هذا، على الصحيح. وقال أبو عبيد بن حَرْبويه: يشترط أن يكون بحيث يمر الراكب تحته منصوب الرمح. واتفق الأصحاب على تضعيف قوله، لأن وضع الرمح على الكتف، ليس بعسير.

ويجوز لكل أحد أن يفتح الأبواب من ملكه إلى الشارع كيف شاء. وأما نصب الدكة وغرس الشجرة، فإن كان يضيق الطريق ويضر بالمارة، منع، وإلا، فوجهان: أحدهما: الجواز، كالجناح الذي لا يضر بهم. وأصحهما، وبه قطع العراقيون واختاره الإمام: المنع. ولا يجوز أن يصالح عن إشراع الجناح على شيء، سواء صالح الإمام، أو غيره، وسواء ضر بالمارة، أم لا.

ولو أشرع جناحًا لا ضرر فيه، فانهدم، أو هدمه، فأشرع رجل آخر جناحًا في محاذاته لا تمكن معه إعادة الأول، جاز، كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه، يجوز لغيره الارتفاق به، هكذا قاله الأصحاب. ولك أن تقول: المرتفق بالقعود للمعاملة لا يبطل حقه بمجرد الزوال عن ذلك الموضع، وإنما يبطل بالسفر والإعراض عن الحرفة. فقياسه أن لا يبطل هنا بمجرد الهدم والانهدام، بل يعتبر إعراضه عن إعادته.

قال أصحابنا: ولو أخرج جناحًا تحت جناح من يحاذيه، لم يكن للأول منعه، إذ لا ضرر. ولو أخرج فوق جناح الأول، قال ابن الصباغ: إن كان الثاني عاليًا لا يضر بالمار فوق الجناح الأول، لم يمنع، وإلا، فله منعه. ولو أخرج مقابلًا له، لم يمنع، إلا أن يعطل انتفاع الأول. ولو كان الأول قد أخذ أكثر هواء الطريق، لم يكن لجاره مطالبته بتقصير جناحه ورده إلى نصف الطريق، لأنه مباح سبق إليه. والله أعلم.

واعلم أن الأكثرين، لم يتعرضوا في الأضرار الممنوع إلا للارتفاع، والانخفاض. وأما إظلام الموضع، فقال ابن الصباغ وطائفه: لا يؤثر، ومقتضى المعنى المذكور، ولفظ الشافعي رحمه الله، وأكثر الأصحاب، تأثيره. وقد صرح به منصور التميمي. وفي «التتمة»: إن انقطع الضوء كله، أثر، وإن نقص، فلا.

فرع: الشوارع التي في البلاد، والجوادّ الممتدة في الصحاري سواء في أنها منفكّة عن الملك والاختصاص. والأصل فيها، الإباحة وجواز الانتفاع، إلا فيما يقدح في مقصودها وهو الاستطراق. قال الإمام: ومصير الموضع شارعًا، له صورتان، إحداهما: أن يجعل الرجل ملكه شارعًا وسبيلًا مسبلًا. والثانية: أن تجيء

جماعة بلدة أو قرية، ويتركوا مسلكًا نافذًا بين الدور والمساكن، ويفتحوا إليه الأبواب. ثم حكى عن شيخه، ما يقتضي صورة ثالثة، وهو أن يصير موضع من الموات جادّة يستطرقها الرفاق، فلا يجوز تغييره. وإنه كان يتردد في بنيات الطرق التي يعرفها الخواص ويسلكونها. وكل موات، يجوز استطراقه، لكن لا يمنع أحد من إحيائه وصرف الممر عنه، بخلاف الشوارع.

قال الإمام: ولا حاجة إلى لفظ في مصير ما يجعل شارعًا. قال: وإذا وجدنا جادة مستطرقة، ومسلكًا مشروعًا نافذًا، حكمنا باستحقاق الاستطراق فيه بظاهر الحال، ولم نلتفت إلى مبدإ مصيره شارعًا. وأما قدر الطريق، فقلَّ من تعرض لضبطه، وهو مهم جدًا، وحكمه، أنه إن كان الطريق من أرض مملوكة يسبلها صاحبها، فهو إلى خيرته، والأفضل توسيعها. وإن كان بين أراض يريد أصحابها إحياءها، فإن اتفقوا على شيء، فذاك. وإن اختلفوا، فقدره سبع أذرع، وهذا معنى ما ثبت في «صحيحي» البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: «قضى رسول الله ﷺ عند الاختلاف في الطريق، أن يجعل عرضه سبع أذرع». ولو كان الطريق واسعًا، لم يجز لأحد أن يستولي على شيء منه، وإن قلّ، يجوز عمارة ما حوله من الموات، ويملكه بالأحياء بحيث لا يضر بالمارة. ومن المهمات المستفادة، أن أهل الذمة يمنعون من إخراج الأجنحة إلى شوارع المسلمين النافذة. وإن جاز لهم استطراقها، لأنه كإعلائهم البناء على بناء المسلمين، أو أبلغ. هذا هو الصحيح، وذكر الشاشي في جوازه وجهين: ومن أخرج جناحًا على وجه لا يجوز، هدم عليه. والله أعلم.

القسم الثاني: الطريق الذي لا ينفذ، كالسكة المسدودة الأسفل، والكلام فيها ثلاثة أمور:

الأمر الأول: إشراع الجناح، فلا يجوز لغير أهل السكة بلا خلاف، ولا لهم على الأصح الذي قاله الأكثرون إلا برضاهم، سواء تضرروا، أم لا. والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد ومن تابعه: يجوز إذا لم يضر بالباقين، فإن أضر ورضي أهل السكة جاز. ولو صالحوه على شيء، لم يصح بلا خلاف، لأن الهواء تابع، فلا يفرد بالمال صلحًا، كما لا يفرد به بيعًا. وهكذا الحكم في صلح صاحب الدار عن الجناح المشرع إليها، ونعني بأهل السكة كل من له باب نافذ إليها دون من يلاصق جدار داره السكة من غير نفوذ باب. ثم هل الاشتراك في جميعها لجميعهم، أم شركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة وباب داره؟ وجهان: أصحهما: الاختصاص، لأن ذلك هو محل تردده، وما عداه، فهو فيه كغير أهل السكة. وتظهر

فائدة الخلاف على قول الأكثرين في منع إشراع الجناح إلا برضاهم. فإن شركنا الكل في الكل، جاز لكل واحد من أهل السكة المنع. وإن خصصنا، فإنما يجوز المنع لمن موضع الجناح بين بابه ورأس الدرب. وتظهر فائدته على قول الشيخ أبي حامد، في أن مستحق المنع إذا أضر الجناح: من هو؟ لكنهم لم يذكروه.

ولو اجتمع المستحقون فسدّوا رأس السكة، لم يمنعوا منه، كذا قاله الجمهور. وقال أبو الحسن العبادي: يحتمل أن يمنعوا، لأن أهل الشارع يفزعون إليه إذا عرضت زحمة. ولو امتنع بعضهم، لم يكن للباقين السد قطعًا. ولو سدوا باتفاقهم، لم يستقل بعضهم بالفتح. ولو اتفقوا على قسمة صحن السكة بينهم، جاز. ولو أراد أهل رأس السكة قسمة رأسها بينهم، مُنعوا لِحَقِّ من يليهم. ولو أراد الأسفل قسمته فوجهان: بناءً على الاشتراك فيه، ثم ما ذكرناه من سد الباب وقسمة الصحن، مفروض فيما إذا لم يكن في السكة مسجد. فإن كان فيها مسجد عتيق، أو جديد، منعوا من السد والقسمة، لأن المسلمين كلهم يستحقون الاستطراق إليه، ذكره ابن كج. وعلى قياسه، لا يجوز الإشراع عند الإضرار وإن رضي أهل السكة، لحق سائر المسلمين.

الأمر الثاني: فتح الباب، فليس لمن لا باب له في السكة إحداث باب إلا برضى أهلها كلهم. فلو قال: أفتح إليها بابًا للاستضاءة دون الاستطراق، أو أفتحه وأسمره، فوجهان: أصحهما: عند أبي القاسم الكرخي: لا يمنع.

ولو كان له باب في السكة، وأراد أن يفتح غيره، فإن كان ما يفتحه أبعد من رأس السكة، فلمن الباب المفتوح بين داره ورأس السكة منعه، وفيمن داره بين الباب ورأس السكة، وجهان: بناءً على كيفية الشركة كما سبق في الجناح. وإن كان ما يفتحه أقرب إلى رأس السكة، فإن سد الأول، جاز، وإلا، فكما إذا كان أبعد، لأن الباب الثاني إذا انضم إلى الأول، أورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب، فيتضررون به. وحكى في «النهاية» طريقة جازمة، بأن لا منع لمن يقع المفتوح بين داره ورأس السكة، لأن الفاتح لا يمر عليهم. وهذا ينبغي أن يطرد فيما إذا كان المفتوح أبعد من رأس السكة.

وجزم صاحب «الشامل» بأنه إذا فتح بابًا آخر أقرب إلى رأس السكة، ولم يسد الأول، جاز، ولا منع لأحد. وهذا وإن كان ظاهرًا، فما نقله الإمام أقوى. ولم يذكر الرافعي ـ فيما إذا كان المفتوح أبعد ـ حكمَ مَن بابُه مقابل المفتوح، لا فوقه ولا تحته. وقد ذكر الإمام، أنه كمن هو أقرب إلى رأس السكة، ففيه الوجهان. والله أعلم.

وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع، كفتح باب وسد باب.

فرع: لو كان له داران، ينفذ باب إحداهما إلى الشارع، والأخرى إلى سكة منسدة، فأراد فتح باب من إحداهما إلى الأخرى، لم يكن لأهل السكة منعه على الأصح. ولو كان باب كل واحدة في سكة غير نافذة، ففتح من إحداهما إلى الأخرى، ففي ثبوت المنع لأهل السكتين، الوجهان، قاله الإمام. وموضع الوجهين، ما إذا سد باب إحداهما، وفتح الباب لغرض الاستطراق. أما إذا قصد اتساع ملكه ونحوه، فلا منع قطعًا.

وهذه العبارة فاسدة، فإنها توهم اختصاص الخلاف، بما إذا سد باب إحداهما، وذلك خطأ، بل الصواب، جريان الوجهين إذا بقي البابان نافذين، وكل الأصحاب مصرحون به. قال أصحابنا: ولو أراد رفع الحائط بينهما وجعلهما دارًا واحدة، ويترك بابيهما على حالهما، جاز قطعًا. وممن نقل اتفاق الأصحاب على هذا، القاضي أبو الطيب في تعليقه. فالصواب أن يقال: موضع الوجهين، إذا لم يقصد اتساع ملكه. وأما قوله: كذا نقله الإمام، فإن الوجهين مشهوران جدًا. وقوله الأصح: الجواز، تابع فيه صاحب «التهذيب»، وخالفه أصحابنا العراقيون، فنلقوا عن الجمهور، المنع. بل نقل القاضي أبو الطيب اتفاق الأصحاب على المنع. قال: وعندي أنه يجوز. والله أعلم.

فرع: حيث منعنا فتح الباب إلى السكة المنسدة، فصالحه أهل السكة بمال، جاز، بخلاف الجناح، لأنه هناك بذل مال في مقابلة الهواء. قال في «التتمة»: ثم إن قدّروا مدةً، فهو إجارة. وإن أطلقوا، أو شرطوا التأبيد، فهو بيع جزء شائع من السكة، وتنزيل له منزلة أحدهم. كما لو صالح رجلًا على مال ليجري في أرضه نهرًا، كان ذلك تمليكًا للنهر. ولو صالحه بمال على فتح باب من داره إلى داره، صح، ويكون كالصلح عن إجراء الماء على سطحه، ولا يملك شيئًا من الدار والسطح، لأن السكة لا تراد إلا للاستطراق، فإثبات الاستطراق فيها يكون نقلًا للملك. وأما الدار والسطح، فلا يقصد بهما الاستطراق وإجراء الماء.

قال أصحابنا: لو كانت داره في آخر السكة المنسدة، فأراد نقل بابها إلى الوسط، ويجعل ما بين الباب وأسفل السكة دهليزًا، فإن شركنا الجميع في جميع السكة، كان للباقين منعه، وإلا، فلا. والله أعلم.

الأمر الثالث: فتح المنافذ والكوّات للاستضاءة، ولا منع منه بحال، لمصادفته الملك، بل له إزالة رفع الجدار، وجعل شباك مكانه.

فرع: قال الإمام: لو فتح من لا باب له في السكة المنسدة بابًا برضى أهلها،

كان لأهلها الرجوع متى شاؤوا، ولا يلزمهم بالرجوع شيء، بخلاف ما لو أعار الأرض للبناء والغراس، ثم رجع، فإنه لا يقلعه مجانًا. وهذا لم أره لغيره. والقياس: أن لا فرق.

فرع: قال الروياني: إذا كان بين داريه طريق نافذ، فحفر تحته سردابًا من إحداهما إلى الأخرى، وأحكمه بالأزج لم يمنع. قال: وبمثلها أجاب الأصحاب فيما إذا لم يكن نافذًا، لأن لكل أحد دخول هذا الزقاق، كاستطراق الدرب النافذ. قال: وغلط من قال بخلافه، وهذا اختيار منه لكونها في معنى الشارع، والظاهر خلافه. واعتذر الإمام عن جواز دخولها بأنه من قبيل الإباحة المستفادة من قرائن الأحوال.

وهذا الذي ذكره الروياني ـ فيما كان الطريق نافذًا ـ صحيح. وكذا صرح به القاضي أبو الطيب وغيره. وأما تجويزه ذلك ـ فيما إذا لم يكن الطريق نافذًا ـ ونقله ذلك عن الأصحاب، فضعيف، ولا يوجد ذلك في كتب معظم الأصحاب، ولعله وجده في كتاب أو كتابين، فإني رأيت له مثل هذا كثيرًا. وكيف كان، فهذا الحكم ضعيف، فإن الأصحاب مصرحون بأن الطريق في السكة المسدودة ملك لأصحاب السكة، وأنهم لو أرادوا سدها وجعلها مساكن، جاز، ونقل الإمام اتفاق الأصحاب على هذا. وإذا ثبت أنها ملكهم، فالقرار تابع للأرض كما يتبعها الهواء، فكما لا يجوز إخراج الجناح فوق أرضهم بغير رضاهم، كذا السرداب تحتها. والله أعلم.

الفصل الثاني: في الجدار، والجدار بين المالكين قسمان:

القسم الأول: المختص. فهل للجار وضع الجذوع عليه بغير إذن مالكه؟ قولان. القديم: نعم. ويجبر المالك إن امتنع، والجديد: لا، ولا يجبر.

والأظهر: هو الجديد. وممن نص على تصحيحه، صاحب «المهذب»، والجرجاني، والشاشي، وغيرهم، وقطع به جماعة. والله أعلم.

فعلى القديم: إنما يجبر بشروط: أحدها: أن لا يحتاج مالك الجدار إلى وضع جذوع عليه. والثاني: أن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار، ولا يبني عليه أزجًا، ولا يضع عليه ما يضر الجدار. والثالث: أن لا يملك شيئًا من جدران البقعة التي يريد تسقيفها، أو لا يملك إلا جدارًا، فإن ملك جدارين، فليسقف عليهما، وليس له إجبار صاحب الجدار، ولم يعتبر الإمام هذا الشرط هكذا. بل قال: يشترط كون الجوانب الثلاثة من البيت لصاحب البيت، ويحتاج رابعًا. فأما إذا كان الكل للغير، فلا يضع قولًا واحدًا. قال: ولم يعتبر بعض الأصحاب هذا الشرط، واعتبر في «التتمة» مثل ما ذكره الإمام، وحكى الوجهين فيما إذا لم يملك إلا جانبًا

أو جانبين. والمذهب: ما قدمناه. وإن قلنا بالجديد، فلا بد من رضى المالك. فإن رضي بلا عوض، فهو عارية، يرجع فيها قبل وضع الجذوع والبناء عليها قطعًا، وبعده، على الأصح كسائر العواري. وإذا رجع، لا يتمكن من قلعه مجانًا. وفي فائدة رجوعه وجهان: أصحهما: أنه يتخير بين أن يبقى بأجرة، وبين أن يقلع، ويضمن أرش النقص، كما لو أعار أرضًا للبناء.

لكن في إعارة الأرض خصلة ثالثة، وهي تملك البناء بقيمته، وليس لمالك الجدار ذلك، لأن الأرض أصل، فجاز أن يستتبع البناء، والجدار تابع، فلا يستتبع. والثاني: ليس له إلا الأجرة، ولا يملك القلع أصلًا، لأن ضرر القلع يصل إلى ما هو خالص ملك المستعير، لأن الجذوع إذا رفعت أطرافها، لم تستمسك على الجدار الباقي. والوجه الثاني: لا يملك الرجوع أصلًا، ولا يستفيد به القلع، ولا طلب الأجرة للمستقبل، وبه قطع العراقيون، لأن مثل هذه الإعارة، يراد بها التأبيد، فأشبه الإعارة لدفن ميت، فإنه لا ينبش ولا أُجرة. فعلى هذا، لو رفع الجذوع صاحبها، أو سقطت بنفسها، لم يملك إعادتها بغير إذن جديد على الأصح. وكذا لو سقط الجدار فبناه مالكه بتلك الآلة، لأن الإذن إنما تناول مرة. فإن بناه بغير تلك الآلة، فلا خلاف أنه لا يعيد إلا بإذن جديد، لأنه جدار آخر.

والخلاف في جواز الإعادة بلا إذن. فلو منعه المالك، لم يعد بلا خلاف، إذ لا ضرر، كذا صرح به صاحب «التتمة». وأشار القاضي أبو الطيب أو صرح بجريان الوجهين في جواز منعه، فقال في وجه: ليس له منعه لأنه صار له حق لازم، هذا كله إذا وضع أولًا بإذن. فلو ملكا دارين، ورأيا خشبًا على الجدار، ولا يعلم كيف وضع، فإذا سقط الحائط، فليس له منعه، من إعادة الجذوع بلا خلاف، كذا صرح به القاضي أبو الطيب وصاحب «المهذب» و«الشامل» وآخرون، لأنا حكمنا بأنه وضع بحق، وشككنا في المجوز للرجوع. ولو أراد صاحب الحائط نقضه، فإن كان مستهدمًا، جاز، وحكم إعادة جذوع ما سبق. وإن لم يكن مستهدمًا، لم يمكّن من نقضه قطعًا. والله أعلم.

أما إذا رضي بعوض، فقد يكون على وجه البيع أو الإجارة، وسنتكلم فيهما إن شاء الله تعالى. ولو صالحه عنه على المال، لم يجز على قول الإجبار، لأن من ثبت له حق، لا يجوز أخذ عوض منه عليه، وإن قلنا: لا، جاز، بخلاف الصلح عن الجناح، لأنه هواء مجرد.

القسم الثاني: المشترك، والكلام فيه ثلاثة أمور:

الأمر الأول: الانتفاع به، فليس لأحد الشريكين أن يتد فيه وتدًا، أو يفتح فيه

كوة، أو يترِّب الكتاب بترابه بغير إذن شريكه، كسائر الأملاك المشتركة، لا يستقل أحد الشريكين بالانتفاع، ويستثنى من الانتفاع، ضربان:

أحدهما: لو أراد أحدهما وضع الجذوع عليه، ففي إجبار شريكه، القولان، كالجار وأولى.

والثاني: ما لا تقع فيه المضايقة من الانتفاعات، فلكل واحد منهما الاستقلال به، كالاستناد وإسناد المتاع إليه، ويجوز في الجدار الخالص للجار مثله، وهو كالإستضاءة بسراج الغير، والاستظلال بجداره، فإنه جائز. ولو منع أحدهما الآخر من الاستناد، فهل يمتنع؟ وجهان: لأنه عناد محض. قلت: أصحهما: لا يمتنع. والله أعلم.

ومن الضرب الثاني، ما إذا بنى في ملكه جدارًا متصلًا بالجدار المشترك، بحيث لا يقع ثقله عليه.

الأمر الثاني: قسمته، إما في كل الطول ونصف والعرض، وإما في نصف الطول وكل العرض، وليس المراد بالطول: ارتفاعه عن الأرض، فإن ذلك سمك، وإنما طول الجدار: امتداده من زاوية البيت إلى زاويته الأخرى مثلًا، والعرض: هو البعد الثالث، فإذا كان طوله عشرة أذرع، وعرضه ذراعًا، فقسمته في كل الطول ونصف العرض: أن يجعل لكل واحد نصف ذراع من العرض في طول عشرة أذرع. وقسمته بالعكس: أن يجعل لكل واحد خمسة أذرع طولًا في عرض ذراع، أو أي واحدًا من النوعين تراضيًا عليه، جاز. لكن كيف يقسم؟ وجهان: أحدهما: يعلم بعلامة وخط يرسم. والثاني: يشق وينشر بالمنشار.

وينطبق على هذا الثاني ما ذكره العراقيون: أنهما لو طلبا من الحاكم القسمة بالنوع الأول، لم يجبهما، لأن شق الجدار في الطول إتلاف له، وتضييع، ولكنهما يباشرانها بأنفسهما إن شاءا، وهو كما لو هدماه، واقتسما النقض. وإن طلب أحدهما القسمة، وامتنع الآخر، نظر، إن طلب النوع الأول، لم يجب إليه على الصحيح لما فيه من الإضرار. وقيل: يجاب ويجبر الممتنع، لكن لا يقسم بالقرعة، بل يخص كل واحد مما يليه.

وإن طلب النوع الثاني، لم يجب إليه على الأصح. أما إذا انهدم الجدار وظهرت العرصة، أو كان بينهما عرصة جدار لم يبن عليها، فطلب أحدهما قسمتها بالنوع الثاني، يجاب قطعًا. وإن طلبها بالنوع الأول، فإن قلنا في الجدار: إن طالب مثل هذه القسمة يجاب، ويخص كل واحد بالشق الذي يليه بغير قرعة، فكذا هنا. وإن قلنا هناك: لا يجاب، فهنا وجهان: أصحهما: عند العراقيين وغيرهم:

الإجابة. وإذا بنى الجدار وأراد تعريضه، زاد فيه من عرض بيته.

الأمر الثالث: العمارة، فإذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير إذن صاحبه لاستهدامه، أو لغيره، ففي «التهذيب» وغيره: أن النص إجبار الهادم على إعادته، وأن القياس: أنه يغرم نقضه ولا يجبر على البناء، لأن الجدار ليس مثليًا.

وقد ذكر صاحب «التنبيه» وسائر العراقيين وطائفة من غيرهم، فيما إذا استهدم، فهدمه أحدهما بلا إذن، طريقين. أصحهما: القطع بإجباره على إعادة مثله. والثاني: فيه القولان السابقان في الإجبار ابتداءً، أحدهما عليه إعادة مثله، والثاني: لا شيء. وقطع إمام الحرمين في أواخر باب «ثمرة الحائط يباع أصله» بأن من هدم حائط غيره عدوانًا، يلزمه أرش ما نقص، ولا يلزمه بناؤه، لأنه ليس بمثلي، والمذهب ما نص عليه. والله أعلم.

ولو انهدم الجدار بنفسه، أو هدماه معًا لاستهدامه أو غيره، وامتنع أحدهما من العمارة، فقولان: القديم: إجباره عليها دفعًا للضرر وصيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل. والجديد: لا إجبار، كما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة، ولأن الممتنع يتضرر أيضًا بتكليفه العمارة. ويجري القولان في النهر، والقناة، والبئر المشتركة، إذا امتنع أحدهما من التنقية والعمارة.

ولم يبين الإمام الرافعي الأظهر من القولين، وهو من المهمات. والأظهر عند جمهور الأصحاب، هو الجديد. ممن صرح بتصحيحه: المحاملي، والجرجاني، وصاحب «التنبيه» وغيرهم. وصحح صاحب «الشامل» القديم، وأفتى به الشاشي. وقال الغزالي في «الفتاوى»: الأقيس، أن يجبر. وقال: والاختيار، إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة، أجبره. وإن كان لإعسار، أو غرض صحيح، أو شك فيه، لم يجبر. وهذا التفصيل الذي قاله، وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإجبار، فالمختار الجاري على القواعد: أن لا إجبار مطلقًا. والله أعلم.

ولو كان علو الدار لواحد، وسفلها لآخر، فانهدمت، فليس لصاحب السفل إجبار صاحب العلو على معاونته في إعادة السفل. وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادته ليبني عليه؟ فيه القولان. وقيل: القولان فيما إذا انهدم، أو هدما، فلا شرط. أما لو استهدم، فهدمه صاحب السفل بشرط الإعادة، فيجبر قطعًا. ويجري القولان، فيما إذا طلب أحدهما اتخاذ سترة بين سطحيهما، هل يجبر الآخر على مساعدته؟

وقال أصحابنا: ويجريان فيما لو كان بينهما دولاب وتشعث واحتاج إلى إصلاحه. والله أعلم.

فرع: إذا قلنا بالقديم، فأصر الممتنع، أنفق الحاكم عليه من ماله. فإن لم يكن له مال، اقترض عليه، أو أذن الشريك في الإنفاق عليه، ليرجع على الممتنع. فلو استقل به للشريك، فلا رجوع على المذهب. وقيل: قولان. القديم: نعم. والجديد: لا. وقيل: يرجع في القديم. وفي الجديد، قولان وقيل: إن لم يمكنه عند البناء مراجعة الحاكم، رجع، وإلا، فلا. ثم إذا بناه، إن كان بالآلة القديمة، فالجدار بينهما كما كان. والسفل في الصورة الأخرى لصاحبه كما كان، وليس لصاحب العلو نقضه ولا منعه من الانتفاع بملكه. وإن بناه بآلة من عنده، فالمعاد ملكه، وله نقضه. فلو قال الشريك: لا تنقض وأغرم لك نصف القيمة، لم يجز له النقض، لأنا على هذا القول نجبر الممتنع على ابتداء العمارة، فالاستدامة أولى.

فرع: إذا قلنا بالجديد، فأراد الطالب الانفراد بالعمارة، نظر، إن أرادها بالنقض المشترك، أو أراد صاحب العلو إعادة السفل بنقض صاحب الأسفل، أو بآلة مشتركة، فللآخر منعه. وإن أراد بناءه بآلة من عنده، فله ذلك ليصل إلى حقه. ثم المعاد ملكه، يضع عليه ما شاء، وينقضه إذا شاء. فلو قال شريك الجدار: لا تنقض لأغرم لك نصف القيمة، أو قال صاحب السفل: لا تنقض لأغرم لك القيمة، لم يلزمه إجابته على هذا القول كابتداء العمارة. ولو قال صاحب السفل: انقض ما أعدته لأبنيه بآلة نفسي. فإن كان طالبه بالبناء، فامتنع، لم يجبره، وإن لم يطالبه وقد بنى علوه، لم يجب، لكن له أن يتملك السفل بالقيمة، ذكره في«التهذيب»، وإن لم يبن عليه العلو، أجيب صاحب السفل، ومتى بنى بآلة نفسه، فله منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد، بفتح كوة وغرز وتد ونحوهما، وليس له منع صاحب السفل من السكون على الصحيح، لأن العرصة ملكه. ولو أنفق على البئر والنهر، فليس له منع الشريك من الانتفاع بالماء لسقي الزرع وغيره، وله منعه من الانتفاع بالدولاب والبكرة المحدَثين. ولو كان للممتنع على الجدار المنهدم جذوع، فأراد إعادتها بعد أن بناه الطالب بآلة نفسه، لزمه تمكينه، أو نقض ما أعاد ليبني معه الممتنع، ويعيد جذوعه.

فرع: لو تعاونا على إعادة الجدار المشترك بنقضه، بقي على ما كان. فلو شرطا زيادة لأحدهما، لم يصح على الصحيح. وفي وجه: يصح، لتراضيهما. فلو انفرد أحدهما بالبناء بالنقض المشترك بإذن شريكه، بشرط أن يكون له الثلثان، جاز، ويكون السدس الزائد في مقابلة عمله في نصيب الآخر، هكذا أطلقوه. واستدرك الإمام فقال: هذا مصور فيما إذا شرط له سدس النقض في الحال، لتكون الأجرة عتيدة. فأما إذا شرط السدس الزائد له بعد البناء، فلا يصح، لأن الأعيان لا تؤجل. ولو بناه أحدهما بآلة نفسه بإذن الآخر، بشرط أن يكون ثلثا الجدار له، فقد

قابل ثلث الآلة المملوكة له، وعمله فيه بسدس العرصة المبني عليها. وفي صحة هذه المعاملة قولان، لجمعها بيعًا وإجارة. وشرط صحتها: معرفة الآلات وصفة الجدار، ويعود النظر في شرط ثلث النقض في الحال، أو بعد البناء.

فـرع: إذا كان له حق إجراء ماء في ملك غيره، فانهدم، لم يجب على مستحق الإجراء مشاركته في العمارة، لأنها تتعلق بالآلات وهي لمالكها. وإن كان الانهدام بسبب الماء، فلا عمارة عليه أيضًا. قال الإمام: وفيه احتمال، لكن الظاهر، أن لا عمارة عليه، لأن الانهدام تولد من مستحق.

الفصل الثالث: في السقف، فإذا كان السفل لرجل، والعلو لرجل، فقد يكون السقف بين ملكيهما مشتركًا، وقد يكون لأحدهما. وحكم القسمين في الانتفاع، يخالف حكمهما في الجدار، فيجوز لصاحب العلو، الجلوس ووضع الأثقال عليه على العادة، ولصاحب السفل الاستكنان به، وتعليق ما ليس له ثقل يتأثر به السقف، كالثوب ونحوه قطعًا. وفي غيره، أوجه: أحدها: لا يجوز أصلًا. والثاني: يجوز ما لا يحتاج إلى إثبات وتد في السقف. وأصحها: يجوز مطلقًا على العادة بلا فرق بين ما يحتاج إلى وتد وغيره. قال الشيخ أبو محمد: فإن قلنا: ليس له إثبات الوتد والتعليق فيه، فليس لصاحب العلو غرز الوتد في الوجه الذي يليه. وإن جوزناه له، ففي جوازه لصاحب العلو وجهان: لندور حاجته، بخلاف التعليق.

فـرع: إذن المالك لغيره في البناء على ملكه، قد يكون بغير عوض، وهو الإعارة، وقد يكون بعوض. فمن صوره، أن يُكري أرضه، أو رأس جداره، أو سقفه، مدة معلومة بأجرة معلومة، فيجوز، وسبيله سبيل سائر الإجارات. ومنها أن يأذن فيه بصيغة البيع، ويبين الثمن، وهو صحيح، خلافًا للمزني رحمه الله. ثم يتصور ذلك بعبارتين. إحداهما: أن يبيع سطح البيت أو علوه للبناء عليه بثمن معلوم. والثانية: أن يبيع حق البناء على ملكه. والأولى، هي عبارة الشافعي وجماهير الأصحاب. والثانية: عبارة الإمام، والغزالي، رحمهما الله تعالى. والأشبه: أن المراد منهما شيء واحد. ثم في حقيقة هذا العقد، أوجه: أحدها: أنه بيع ويملك المشتري به مواضع رؤوس الجذوع. والثاني: أنه إجارة. وإنما لم يشرط تقدير المدة، لأن العقد الوارد على المنفعة، تتبع فيه الحاجة. فإذا اقتضت التأبيد، أبد، كالنكاح. وأصحهما: أنه ليس بيعًا ولا إجارة محضين، بل فيه شبههما، لكونه على منفعة، لكنها مؤبدة. فإذا قلنا: ليس بيعًا، فعقده بلفظ الإجارة، ولم يتعرض لمدة، انعقد أيضًا على الأصح، كما ينعقد بلفظ الصلح، لأنه كما يوافق البيع في التأبيد، يوافقها في المنفعة.

وإذا جرت هذه المعاملة، وبنى المشتري عليه، لم يكن للبائع أن يكلفه النقص ليغرم له أرش النقض. ولو انهدم الجدار أو السقف بعد بناء المشتري عليه وإعادة مالكه، فللمشتري إعادة البناء بتلك الآلات أو بمثلها. ولو انهدم قبل البناء، فللمشتري البناء عليه إذا أعاده. وهل يجبره على إعادته؟ فيه الخلاف السابق. ولو هدم صاحب السفل أو غيره السفل قبل بناء المشتري، فعلى الهادم قيمة حق البناء للمشتري، لأنه حال بينه وبين حقه. فلو أُعيد السفل، استرد الهادم القيمة لزوال الحيلولة. ولو كان الهدم بعد البناء، فالقياس أن يقال: إن قلنا: إن من هدم جدار غيره، يلزمه إعادته، لزمه إعادة السفل والعلو. وإن قلنا: عليه أرش النقص، فعليه أرش نقص الآلات، وقيمة حق البناء للحيلولة. وبالجملة لا ينفسخ هذا العقد بعارض هدم وانهدام، لالتحاقه بالبيوع.

فرع: سواء جرى الإذن في البناء بعوض أو بغيره، يجب بيان قدر الموضع المبني عليه طولًا وعرضًا، ويجب مع ذلك إن كان البناء على الجدار أو السطح، بيان سمك البناء وطوله وعرضه، وكون الجدران منضدة أو خالية الأجواف، وكيفية السقف المحمول عليه، لأن الغرض يختلف بذلك. وفي وجه: يكفي إطلاق ذكر البناء، ويحمل على ما يحتمله المبني عليه، ولا يشترط التعرض لوزن ما يبنيه على الصحيح، لأن التعريف في كل شيء بحسبه. ولو كانت الآلات حاضرة، أغنت مشاهدتها عن كل وصف. وإذا أذن في البناء على أرضه، لم يجب ذكر سمك البناء وكيفيته على الصحيح، لأن الأرض تحتمل كل شيء.

فرع: ادعى بيتًا في يد رجل، فأقر، وتصالحا على أن يبني المقر على سطحه، جاز وقد أعاره المقر له سطح بيته للبناء. ولو تنازعا في سفله، واتفقا على كون العلو للمدعى عليه، فأقر له بما ادعى، وتصالحا على أن يبني المدعي على السطح، ويكون السفل للمدعى عليه، جاز، وذلك بيع السفل بحق البناء على العلو.

فصل: من احتاج إلى إجراء ماء المطر من سطحه على سطح غيره، أو إجراء ماءٍ في أرض رجل، لم يكن له إجبار صاحب السطح والأرض على المذهب. وحكي قول قديم: أنه يجبر، وهو شاذ. فإن أذن فيه بإجارة، أو إعارة، أو بيع، جاز. ثم في السطح لا بد من بيان الموضع الذي يجري عليه الماء، والسطوح التي ينحدر الماء إليه منها. ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر، لأنه لا يمكن معرفته، وهذا عقد جوز للحاجة. وإذا أذن وبيّن، ثم بنى على سطحه ما يمنع الماء، فإن كان عارية، فهو رجوع، وإن كان بيعًا أو إجارة، فللمشتري أو المستأجر نقب البناء وإجراء الماء فيه. وأما في الأرض، فقال في «التهذيب»: لا حاجة في العارية إلى

بيان، لأنه إذا شاء رجع، والأرض تحتمل ما تحتمل. وإن أجر، وجب بيان موضع الساقية وطولها وعرضها وعمقها، وقدر المدة.

قال في «الشامل»: ويشترط كون الساقية محفورة. وإذا استأجر، لا يملك الحفر. وإن باع، وجب بيان الطول والعرض. وفي العمق وجهان: بناءً على أن المشتري، يملك موضع المجرى، أم لا يملك إلا حق الإجراء؟ ومقتضى كلام الأصحاب ترجيح الأول. هذا إذا كان لفظ البيع: بعتك مسيل الماء. فإن قال: حقَّ مسيل الماء، فهو كبيع حق البناء، ويجيء في حقيقة العقد ما سبق في بيع حق البناء. وفي المواضع كلها، ليس له دخول الأرض بغير إذن مالكها، إلا أن يريد تنقية النهر، وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرجه من النهر.

فرع: المأذون له في إجراء ماء المطر، ليس له إلقاء الثلج، ولا أن يترك الثلج حتى يذوب ويسيل إليه، ولا أن يجري فيه ما يغسل به ثيابه وأوانيه، بل لا يجوز أن يصالح على ترك الثلوج على سطحه ولا إجراء الغسالات على مال، لأن الحاجة لا تدعو إليه. وفي الأول، ضرر ظاهر. وفي الثاني، جهالة. والمأذون له في إلقاء الثلج، ليس له إجراء الماء.

فرع: تجوز المصالحة على قضاء الحاجة في حش غيره على مال، وكذا على جمع الزبل والقمامة في ملكه، وهي إجارة يراعى فيها شرائطها، وكذا المصالحة على البيتوتة على سطح. فلو باع مستحق البيتوتة منزله، فليس للمشتري أن يبيت عليه، بخلاف ما إذا باع مستحق إجراء الماء على سطح غيره مدة بقاء داره، فإن المشتري يستحق الإجراء بقية المدة، لأن الإجراء من مرافق الدار، بخلاف البيتوتة.

فرع: لو خرجت أغصان شجرة إلى هواء ملك جاره، فللجار مطالبته بإزالتها. فإن لم يفعل، فله تحويلها عن ملكه. فإن لم يمكن، فله قطعها، ولا يحتاج فيه إلى إذن القاضي، وفيه وجه ضعيف. فلو صالحه على إبقائها بعوض، لم يصح إن لم يستند الغصن إلى شيء، لأنه اعتياض عن مجرد الهواء. وإن استند إلى جدار، فإن كان بعد الجفاف، جاز، وإن كان رطبًا، فلا، لأنه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وضرره. فقال طائفة من أصحابنا البصريين: يجوز، وما ينمى يكون تابعًا. والأول أصح. وانتشار العروق، كانتشار الأغصان. وكذلك ميل الجدار إلى هواء الجار، قاله الإصطخري.

مسائل في الباب: المسألة الأولى: إذا ادعى على رجلين دارًا في يدهما، فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر، ثبت له النصف بإقرار المصدق، والقول قول

المكذب. فلو صالح المدعي المقر على مال، وأراد المكذب أخذها بالشفعة، ففيه طريقان:

أحدهما، قول الشيخ أبي حامد وجماعة: إن ملكاها في الظاهر بسببين مختلفين، فله ذلك، لأنه لا تعلق لأحد الملكين بالآخر. وإن ملكا بسبب واحد، من إرث، أو شراء، فوجهان: أحدهما: المنع، لأنه زعم أن الدار ليست للمدعي، وأن الصلح باطل. وأصحهما: يأخذ، لأنا حكمنا في الظاهر بصحة الصلح. ولا يبعد انتقال ملك أحدهما فقط وإن ملكا بسبب.

والطريق الثاني، قاله ابن الصباغ: إن اقتصر المكذب على قوله: لا شيء لك في يدي، أو لا يلزمني تسليم شيء إليك، أخذ. وإن قال مع ذلك: وهذه الدار ورثناها، ففيه الوجهان. وهذا الطريق، أقرب، مع أن قوله: ورثناها، لا يقتضي بقاء نصيب الشريك في ملكه، بل يجوز انتقاله إلى المدعي. فالاختيار: أن يقطع بجواز الأخذ، إلا أن يقول: إن الشريك مالك في الحال.

المسألة الثانية: ادعى رجلان دارًا في يد رجل، فأقر لأحدهما بنصفها، نظر، إن ادعياها إرثًا ولم يتعرضا لقبض، شارك صاحبه فيما أخذه، لأن التركة مشتركة، فالحاصل منها مشترك. وإن قالا: ورثناها وقبضناها، ثم غصبنَاها، لم يشاركه على الصحيح وقول الأكثرين. فإن ادعيا ملكًا بشراء أو غيره، فإن لم يقولا: اشترينا معًا، فلا مشاركة. وإن قالا: اشترينا معًا، أو لتهبنا معًا، وقبضنا معًا، فوجهان: أصحهما: أنه كالإرث. والثاني: لا مشاركة. فلو لم يتعرضا لسبب الملك، فلا مشاركة قطعًا، نص عليه في «المختصر». وحيث شركنا في هذه الصور، فصالح المصدق المدعى عليه على مال، فإن كان بإذن الشريك، صح، وإلا، فباطل في نصيب الشريك. وفي نصيبه قولا تفريق الصفقة. وقيل: يصح في جميع المقرِّ به لتوافق المتعاقدين، وهو ضعيف.

ولو ادعيا دارًا في يده، فأقر لأحدهما بجميعها، فإن وجد من المقر له في الدعوى ما يتضمن إقرارًا لصاحبه، بأن قال: هذه الدار بيننا، ونحو ذلك، شاركه. وإن لم يوجد، بل اقتصر على دعوى النصف، نظر، إن قال بعد إقرار المدعى عليه بالكل: الجميع لي، سلم الجميع له، ولا يلزم من ادعائه النصف أن لا يكون الباقي له، ولعله ادعى النصف، لكون البينة ما تساعده على غيره، أو يخاف الجحود الكلي. وإن قال: النصف الآخر لصاحبي، سلم لصاحبه. وإن لم يثبته لنفسه، ولا لرفيقه، فهل يترك في يد المدعى عليه، أم يحفظه القاضي، أم يسلم إلى رفيقه؟ فيه أوجه: أصحها: أولها.

المسألة الثالثة: تداعيا جدارًا حائلًا بين ملكيهما، فله حالان:

أحدهما: أن يكون متصلًا ببناء أحدهما دون الآخر اتصالًا لا يمكن إحداثه بعد بنائه، فيرجح جانبه. وصورته: أن يدخل نصف لبنات الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص، ونصف جداره الخاص في المتنازع فيه، ويظهر ذلك في الزوايا. وكذلك لو كان لأحدهما عليه أزج لا يمكن إحداثه بعد بناء الجدار بتمامه، بأن أميل من مبدإ ارتفاعه عن الأرض قليلًا. وإذا ترجح جانبه، حلف وحكم له بالجدار، إلا أن تقوم بينة على خلافه. ولا يحصل الرجحان بوجود الترصيف المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار، لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار بنزع لبنة ونحوها، وإدراج أخرى. ولو كان الجدار المتنازع فيه مبنيًا على خشبة طرفها في ملك أحدهما، وليس منها شيء في ملك الآخر، فالخشبة لمن طرفها في ملكه، والجدار المبني عليها تحت يده ظاهرًا، قال الإمام: ولا يخلو من احتمال.

الحال الثاني: أن يكون متصلًا ببنائهما جميعًا، أو منفصلًا عنهما، فهو في أيديهما، فإن أقام أحدهما بينة، قضي له، وإلا، فيحلف كل واحد منهما للآخر. فإذا حلفا، أو نكلا، جعل الجدار بينهما بظاهر اليد. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، قضي للحالف بالجميع. وهل يحلف كل واحد على النصف الذي يحصل له، أم على الجميع لأنه ادعاه؟ وجهان: أصحهما: الأول. قال الشافعي رحمه الله: ولا أنظر إلى من إليه الدواخل والخوارج، ولا أنصاف اللبن، ولا معاقد القُمُط معناه: لا أرجح بشيء منها. قال المفسرون لكلامه: المراد بالخوارج: الصور، والكتابة المتخذة في ظاهر الجدار. وبالدواخل: الطاقات، والمحاريب في باطن الجدار. وبأنصاف اللبن: أن يكون الجدار من لبنات مقطعة، فتجعل الأطراف الصحاح إلى جانب، ومواضع الكسر إلى جانب. ومعاقد القمط، تكون في الجدار المتخذ من قصب أو حصير ونحوهما. وأغلب ما يكون ذلك، في الستر بين السطوح، فيشد بحبال، أو خيوط. وربما جعل عليها خشبة معترضة، فيكون العقد من جانب، والوجه المستوي من جانب. ولو كان لأحدهما عليه جذوع، لم يرجح، لأنه لا يدل على الملك، كما لو تنازعا دارًا في يدهما ولأحدهما فيها متاع، فإذا حلفا، بقيت الجذوع بحالها، لاحتمال أنها وضعت بحق.

المسألة الرابعة: السقف المتوسط بين سفل أحدهما وعلو الآخر، كالجدار بين ملكيهما، فإذا تداعياه، فإن لم يكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو، جعل في يد صاحب السفل، لاتصاله ببنائه على سبيل الترصيف. وإن أمكن بأن يكون السقف عاليًا، فيثقب وسط

الجدار، وتوضع روؤس الجذوع في الثقب، فيصير البيت بيتين، فهو في أيديهما، لاشتراكهما في الانتفاع به.

المسألة الخامسة: علو الخان أو الدار لأحدهما، والسفل للآخر، وتنازعا في العرصة أو الدهليز. فإن كان المرقى في الصدر، جعلت بينهما، لأن لكل واحد يدًا، وتصرفا بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرهما. قال الإمام: وكان لا يبعد أن يقال: ليس للعلو إلا الممر، وتجعل الرقبة للسفل. لكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب. وإن كان المرقى في الدهليز أو الوسط، فمن أول الباب إلى المرقى، بينهما، وفيما وراءه، وجهان: أصحهما: لصاحب السفل، لانقطاع صاحب العلو عنه، واختصاص صاحب السفل يدًا وتصرفًا. والثاني: بينهما، لأن صاحب العلو قد ينتفع به بوضع الأمتعة فيه، وطرح القمامة. وإن كان المرقى خارجًا، فلا تعلق لصاحب العلو بالعرصة بحال. ولو تنازعا المرقى وهو داخل، فإن كان منقولًا كالسلَّم الذي يوضع ويرفع، فإن كان في بيت لصاحب السفل، فهو في يده، وإن كان في غرفة لصاحب العلو، ففي يده. وإن كان منصوبًا في موضع المرقى، فنقل ابن كج عن الأكثرين: أنه لصاحب العلو، لعود منفعته إليه. وعن ابن خيران: أنه لصاحب السفل كسائر المنقولات. وهذا هو الوجه. وإن كان المرقى مثبتًا في موضعه، كالسلَّم المسمَّر، والأخشاب المعقودة، فلصاحب العلو، لعود نفعه إليه. وكذا إن كان مبنيًا من لبن أو آجرٍّ إذا لم يكن تحته شيء. فإن كان تحته بيت، فهو بينهما كسائر السقوف. وإن كان تحته موضع حب أو جرَّة، فالأصح: أنه لصاحب العلو. والثاني: أنه كما لو كان تحته بيت.

كتاب الحوالة

قال المصنف رحمه الله تعالى: تجوز الحوالة بالدين لما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»[1].

الشرح: قوله: «مطل الغني» أي مماطلته، والمليء: الغني، والحوالة: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وأصلها مجمع عليه. ومن أحيل على مليء استحب أن يحتال. ولا بد في وجودها من ستة أمور: محيل، ومحتال، ومحال عليه، ودين للمحتال على المحيل، ودين للمحيل على المحال عليه، ومراضاة بالحوالة بين المحيل والمحتال.

ويشترط في صحتها أمور: منها ما يرجع إلى الدينين، ومنها ما يتعلق بالأشخاص الثلاثة.

وفي حقيقة الحوالة، وجهان: أحدهما: أنها إستيفاء حق، كأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه. إذ لو كانت معاوضة، لما جاز فيها التفرق قبل القبض إذا كانا ربويين. وأصحهما: أنها بيع، وهو المنصوص، لأنها تبديل مال بمال. وعلى هذا، وجهان: أحدهما: أنها بيع عين بعين، وإلا، فيبطل، للنهي عن بيع دين بدين. والصحيح: أنها بيع دين بدين، واستثني هذا للحاجة. قال الإمام الرافعي وشيخه رحمهما الله: لا خلاف في اشتمال الحوالة على المعنيين: الاستيفاء والاعتياض، والخلاف في أن أيهما أغلب.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ولا تجوز إلا على دين يجوز بيعه، كعوض القرض، وبدل المتلف، فأما ما لا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به؛ لأن الحوالة بيع في الحقيقة، لأن المحتال يبيع ماله في ذمة المحيل بما له في ذمة المحال عليه والمحيل يبيع ماله في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين، فلا يجوز إلا فيما يجوز بيعه.

فصل: واختلف أصحابنا في جنس المال الذي تجوز به الحوالة، فمنهم من

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٨٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٦٤) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٤٥) والنسائي في سننه (٧/ ٣١٧) والترمذي في سننه برقم (١٣٠٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٠٣) وأحمد في المسند (٢/ ٢٤٥) ومالك في الموطأ (٢/ ٦٧٤).

قال: لا تجوز إلا بماله مثل، كالأثمان والحبوب وما أشبهها، لأن القصد بالحوالة إيصال الغريم إلى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان، ولا يمكنه ذلك إلا فيما له مثل؛ فوجب أن لا يجوز فيما سواه، ومنهم من قال: تجوز في كل ما يثبت في الذمة بعقد السلم كالثياب والحيوان، لأنه مال ثابت في الذمة يجوز بيعه قبل القبض، فجازت الحوالة به كذوات الأمثال.

فصل: ولا تجوز إلا بمال معلوم، لأنا بينا أنه بيع فلا تجوز في مجهول واختلف أصحابنا في إبل الدية، فمنهم من قال: لا تجوز وهو الصحيح لأنه مجهول الصفة فلم تجز الحوالة به كغيره. ومنهم من قال: تجوز لأنه معلوم العدد والسن فجازت الحوالة به.

فصل: ولا تجوز إلا أن يكون الحقان متساويين في الصفة والحلول والتأجيل، فإن اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة، لأن الحوالة ارفاق كالقرض، فلو جوزنا مع الاختلاف صار المطلوب منه طلب الفضل، فتخرج عن موضوعها، فإن كان لرجل على رجلين ألف على كل واحد منهما خمسمائة، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه خمسمائة، فأحال عليهما رجلًا له عليه ألف، على أن يطالب من شاء منهما بألف ففيه وجهان: أحدهما: تصح، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله، لأنه لا يأخذ إلا قدر حقه.. والثاني: لا تصح، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لأنه يستفيد بالحوالة زيادة في المطالبة، وذلك لا يجوز؛ ولأن الحوالة بيع فإذا خيرناه بين الرجلين صار كما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين.

فصل: ولا يجوز الحوالة إلا على من له عليه دين، لأنا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة، فإذا أحال من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح. ومن أصحابنا من قال تصح إذا رضى المحال عليه، لأنه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله فصح، وإن لم يكن عليه مثله كالضمان فعلى هذا يطالب المحيل بتخليصه، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه، فإن قضاه بإذنه رجع على المحيل، وإن قضاه بغير إذنه لم يرجع.

فصل: ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال، لأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها فلم يجز من غير رضا صاحب الحق، كما لو أراد أن يعطيه بالدين عينًا، وهل تصح من غير رضا المحال عليه؟ ينظر فيه فإن كان على من لا حق له عليه وقلنا: إنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز إلا برضاه، وإن كان علي من له عليه حق ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي سعيد الاصطخري واختيار المزني أنه لا تجوز إلا برضاه لأنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه في الحوالة كالمحتال، والثاني: وهو المذهب أنه تجوز، لأنه تفويض قبض فلا يعتبر فيه رضى من عليه، كالتوكيل في قبضه، ويخالف المحتال فإن الحق له

فلا ينقل بغير رضاه كالبائع، وههنا الحق عليه فلا يعتبر رضاه كالعبد في البيع.

فصل: إذا أحال بالدين انتقل الحق إلى المحال عليه وبرئت ذمة المحيل، لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق، وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل.

فصل: ولا يجوز شرط الخيار فيه، لأنه لم يبن على المغابنة فلا يثبت فيه خيار الشرط، وفي خيار المجلس وجهان، أحدهما: يثبت لأنه بيع فيثبت فيه خيار المجلس كالصلح، والثاني: لا يثبت، لأنه يجري مجرى الإبراء ولهذا لا يجوز بلفظ البيع، فلم يثبت فيه خيار المجلس.

فصل: وإن أحاله على مليء فأفلس أو جحد الحق وحلف عليه لم يرجع إلى المحيل، لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه فسقط حقه من الرجوع، كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض، وإن أحاله على رجل بشرط أنه مليء فبان أنه معسر فقد ذكر المزني أنه لا خيار له، وأنكر أبو العباس هذا وقال: له الخيار، لأنه غره بالشرط فثبت له الخيار، كما لو باعه عبدًا بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب. وقال عامة أصحابنا: لا خيار له لأن الإعسار نقص فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب في المبيع ويخالف الكتابة فإن عدم الكتابة ليس بنقص، وإنما هو عدم فضيلة فاختلف الأمر فيه بين أن يشرط وبين ألا يشرط.

فصل: وإن اشترى رجل من رجل شيئًا بألف، وأحال المشتري البائع على رجل بالألف، ثم وجد بالمبيع عيبًا فرده فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو علي الطبري: لا تبطل الحوالة، فيطالب البائع المحال عليه بالمال ويرجع المشتري على البائع بالثمن لأنه تصرف في أحد عوضي البيع فلا يبطل بالرد بالعيب كما لو اشترى عبدًا بثوب وقبضه وباعه، ثم وجد البائع بالثوب عيبًا فرده.

وقال أبو إسحاق: تبطل الحوالة، وهو الذي ذكره المزني في «المختصر»، فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه، لأن الحوالة وقعت بالثمن، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمنًا فإذا خرج عن أن يكون ثمنًا ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة ويخالف هذا إذا اشترى عبدًا وقبضه وباعه لأن العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشتري الثاني، فلم يمكن إبطاله، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما، فوجب إبطالها. وإن أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل، ثم ارتدت المرأة قبل الدخول ففي الحوالة وجهان بناء على المسألة قبلها. وإن أحال البائع رجلًا على المشتري بالألف، ثم رد المشتري المبيع بالعيب لم تبطل الحوالة وجهًا واحدًا، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين، وهو الأجنبي المحتال، فلم يجز إبطالها.

فصل: وإن أحال البائع على المشتري رجلًا بألف ثم اتفقا على أن العبد كان

حرًا فإن كذبهما المحتال لم تبطل الحوالة، كما لو اشترى عبدًا وباعه ثم اتفق البائع والمشتري أنه كان حرًا فإن أقاما على ذلك بينة لم تسمع لأنهما كذبا البينة بدخولهما في البيع، وإن صدقهما المحتال بطلت الحوالة لأنه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة.

فصل: إذا أحال رجل رجلًا له عليه دين على رجل له عليه دين ثم اختلفا فقال المحيل: وكلتك، وقال المحتال: بل احلتني نظرت، فإن اختلفا في اللفظ فقال المحيل وكلتك، بلفظ الوكالة، وقال المحتال: بل أحلتني؛ بلفظ الحوالة، فالقول قول المحيل، لأنهما اختلفا في لفظه، فكان القول فيه قوله، وإن اتفقا على لفظ الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل: وكلتك، وقال المحتال: بل أحلتني ففيه وجهان.

قال أبو العباس: القول قول المحتال، لأن اللفظ يشهد له. ومن أصحابنا من قال: القول قول المحيل، وهو قول المزني، لأنه يدعي بقاء الحق في الذمة والمحتال يدعي انتقال الحق من الذمة، والأصل بقاء الحق في الذمة. فإن قلنا بقول أبي العباس، وحلف المحتال ثبتت الحوالة وبرىء المحيل وثبتت له مطالبة المحال عليه، وإن قلنا بقول المزني فحلف المحيل ثبتت الوكالة فإن لم يقبض المال انعزل عن الوكالة بإنكاره فإن كان قد قبض المال أخذه المحيل وهل يرجع هو على المحيل بدينه؟ فيه وجهان: أحدهما لا يرجع، لأنه أقر ببراءة ذمته من دينه. والثاني: له أن يرجع لأنه يقول: إن كنت محتالًا فقد استرجع مني ما أخذته بحكم الحوالة، وإن كنت وكيلًا فحقي باق في ذمته فيجب أن يعطيني، وإن هلك في يده لم يكن للمحيل الرجوع عليه، لأنه يقر بأن ماله تلف في يد وكيله من غير عدوان، وليس للمحتال أن يطالب المحيل بحقه لأنه يقر بأنه استوفى حقه وتلف عنده، وإن قال المحيل: أحلتك، وقال المحتال: بل وكلتني، فقد قال أبو العباس: القول قول المحيل؛ لأن اللفظ يشهد له.

وقال المزني: القول قول المحتال، لأنه يدعي بقاء دينه في ذمة المحيل، والأصل بقاؤه في ذمته. فإن قلنا بقول أبي العباس فحلف المحيل برىء من دين المحتال، وللمحتال مطالبة المحال عليه بالدين، لأنه إن كان محتالًا فله مطالبته بمال الحوالة، وإن كان وكيلًا فله المطالبة بحكم الوكالة، فإذا قبض المال صرف إليه، لأن المحيل يقول: هو له بحكم الحوالة، والمحتال يقول: هو لي فيما لي عليه من الدين الذي لم يوصلني إليه. وإن قلنا بقول المزني وحلف المحتال؛ ثبت أنه وكيل، فإن لم يقبض المال كان له مطالبة المحيل بما له في ذمته، وهل يرجع المحيل على المحال عليه بشيء؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا يرجع، لأنه مقر بأن المال صار للمحتال. والثاني: يرجع، لأنه إن كان وكيلًا فدينه ثابت في ذمة المحال عليه وإن كان محتالًا فقد قبض

المحتال المال منه ظلمًا. وهو مقر بأن ما في ذمة المحال عليه للمحتال فكان له قبضه عوضًا عما أخذه منه ظلمًا. فإن كان قد قبض المال ـ فإن كان باقيًا ـ صرف إليه، لأنه قبضه بحوالة فهو له، وإن قبضه بوكالة فله أن يأخذه عما له في ذمة المحيل. وإن كان تالفًا نظرت، فإن تلف بتفريط لزمه ضمانه، وثبت للمحيل عليه مثل ما ثبت له في ذمته فيتقاصا، وإن تلف من غير تفريط لم يلزمه الضمان، لأنه وكيل، ويرجع على المحيل بدينه، ويبرأ المحال عليه، لأنه إن كان محتالًا فقد وفاه حقه وإن كان وكيلًا فقد دفع إليه.

الشرح: قوله: «المغابنة» هي مفاعلة من الغبن وهو الخديعة.

أما الأحكام: فشروط الحوالة ثلاثة: الشرط الأول: الرضى، فلا تصح إلا برضى المحيل والمحتال. وأما المحال عليه، فإن كان عليه دين للمحيل، لم يعتبر رضاه على الأصح. وإن لم يكن، لم يصح بغير رضاه قطعًا. وبإذنه وجهان: بناءً على أنها اعتياض أم استيفاء، إن قلنا: استيفاء، صح، وإلا، فلا. فإن صححنا، فوجهان: أحدهما: يبرأ المحيل بنفس الحوالة كسائر الحوالات. وأصحهما: وبه قطع الأكثرون: لا يبرأ، بل قبوله ضمان مجرد. فإن قلنا: لا تصح هذه الحوالة، فلا شيء على المحال عليه. فإن تطوع وأداه، كان قضاءً لدين غيره. وإن قلنا: يصح، فهو كما لو ضمن، فيرجع على المحيل إن أدى بإذنه، وكذا بغير إذنه على الأصح، لجريان الحوالة بإذنه، وفي رجوعه قبل الأداء، وجهان بناءً على براءة المحيل. إن قلنا: يبرأ، فنعم، وإلا، فلا. وإذا طالب المحتال بالأداء، فله مطالبة المحيل بتخليصه. وهل له ذلك قبل مطالبة المحتال؟ وجهان: كالوجهين في مطالبة الضامن. ولو أبرأ المحتال، لم يرجع على المحيل بشيء. ولو قبضه المحتال ثم وهبه له، ففي الرجوع وجهان.

ولو ضمن عنه ضامن، لم يرجع على المحيل حتى يأخذ المحتال منه، أو من ضامنه. ولو أحال المحتالَ على غيره، نظر، إن أحاله على من عليه دين، رجع على محيله بنفس الحوالة، لحصول الأداء بها. وإن أحال على من لا دين عليه، لم يرجع ما لم يرجع عليه الذي أحال عليه.

فرع: قد ذكرنا أن الرضى شرط. والمراد به: الإيجاب والقبول. ولو قال المحتال: أحلني. فقال: أحلتك، ففيه الخلاف السابق في مثله في البيع. وقيل: ينعقد هنا قطعًا، لأن مبناها على الرفق والمسامحة.

الشرط الثاني: أن يكون دينًا لازمًا، أو مصيره إلى اللزوم. والدين، ضربان: لازم، وغيره.

أما غيره، ففيه مسائل: إحداها: الثمن في مدة الخيار، تصح الحوالة به

وعليه، على الأصح. فإن منعنا، ففي انقطاع الخيار به، وجهان: وإن جوزنا، فقطع الإمام والغزالي: بأنه لا يبطل الخيار. فلو اتفق فسخ البيع، بطلت الحوالة، لأنها إنما صحت لإفضاء البيع إلى اللزوم. فإذا لم يفض، لم تصح. ومنقول الشيخ أبي علي واختياره، بطلان الخيار، لأن مقتضى الحوالة اللزوم. فلو بقي الخيار، فات مقتضاها، فإن أبطلنا، فأحال البائع المشتري على ثالث، بطل خيارهما، لتراضيهما. وإذا أحال البائع رجلًا على المشتري، لا يبطل خيار المشتري إلا إذا فرض منه قول ورضىً. وأما الحوالة بالثمن بعد انقضاء الخيار، وقبل قبض المبيع، فالمذهب الذي عليه الجمهور: القطع بجوازها. وللمسعودي إشارة إلى منعها، لكونه غير مستقر. وقد اشتهر في كتب الأصحاب اشتراط استقرار ما يحال به وعليه.

المسألة الثانية: إذا أحال السيد على مكاتبه بالنجوم، لم يصح على الأصح. وقال الحليمي: يصح. ولو أحال المكاتب سيده بالنجوم، صح على الأصح، وبه قطع الأكثرون. ولو كان للسيد عليه دين معاملة، فأحال عليه، بني على أنه لو عجَّز نفسه، هل يسقط ذلك الدين؟ إن قلنا: لا، صحت، وإلا، فلا.

المسألة الثالثة: مال الجعالة. القياس أن يجيء في الحوالة به وعليه، الخلاف المذكور في الرهن به، وفي ضمانه. وقطع المتولي بجوازها به وعليه بعد العمل، ومنعها قبله. قلت: قطع الماوردي بالمنع مطلقًا. والله أعلم.

قال المتولي: لو أحال من عليه الزكاة الساعي، جاز إن قلنا: هي استيفاء. وإن قلنا: اعتياض، فلا، لامتناع أخذ العوض عن الزكاة.

الضرب الثاني: الدين اللازم، فتجوز الحوالة به وعليه، سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب، أو اختلفا، بأن كان أحدهما ثمنًا، والآخر أجرة، أو قرضًا، أو بدل متلف.

وأطلق الإمام الرافعي، أن الدين اللازم، تصح الحوالة به وعليه، واقتدى في ذلك بالغزالي، وليس كذلك، فإن دين السلم لازم، ولا تصح الحوالة به ولا عليه على الصحيح، وبه قطع الأكثرون. وحكي وجه في«الحاوي» و«التتمة» وغيرهما: أنه يجوز بناءً على أنها استيفاء، وسبقت هذه المسألة في باب حكم المبيع قبل القبض. فكان ينبغي أن يقول: الدين المستقر، ليخرج هذا. والله أعلم.

فرع: كل دين تجوز الحوالة به وعليه، فسواء كان مثليًا كالأثمان والحبوب، أو متقوّمًا كالثياب والعبيد. وفي وجه: يشترط كونه مثليًا. ولا خلاف أنه يشترط العلم بقدر ما يحال به وعليه، وبصفتهما، إلا إذا أحال بابل الدية أو عليها،

وصححنا الحوالة في المنقولات، فوجهان: أو قولان، بناءً على جواز المصالحة والاعتياض عنها. والأصح: المنع، للجهل بصفتها.

الشرط الثالث: اتفاق الدينين، فيشترط اتفاقهما جنسًا، وقدرًا، وحلولًا، وتأجيلًا، وصحة، وتكسرًا، وجودة، ورداءة. وفي وجه: تجوز الحوالة بالقليل على الكثير، وبالصحيح على المكسر، وبالجديد على الرديء، وبالمؤجل على الحال، وبالأبعد أجلًا على الأقرب، وكأنه تبرع بالزيادة. والصحيح: المنع. قال المتولي: ومعنى قولنا: هذه الحوالة غير صحيحة عند الاختلاف، أن الحق لا يتحول من الدراهم إلى الدنانير مثلًا، لكنها لو جرت فهي حوالة على من لا دين عليه وسبق حكمها.

فصل: الحوالة إذا جرت بشروطها، برىء المحيل من دين المحتال، وتحوَّل الحق إلى ذمة المحال عليه، وبرىء المحال عليه من دين المحيل. حتى لو أفلس المحال عليه ومات، أو لم يمت، أو جحد وحلف، لم يكن للمحتال الرجوع إلى المحيل، كما لو أخذ عوضًا عن الدين ثم تلف في يده. فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الإفلاس، أو الجحود، فهل تصح الحوالة والشرط، أم الحوالة فقط؟ أم لا يصحان؟ فيه أوجه: هذا إذا طرأ الإفلاس. فلو كان مفلسًا حال الحوالة، فالصحيح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب: أنه لا خيار للمحتال، سواء شرط يساره، أم أطلق.

وفي وجه: يثبت خياره في الحالين، وفي وجه: يثبت إن شرط فقط. واختار الغزالي، الثبوت مطلقًا، وهو خلاف المذهب.

فرع: صالح مع أجنبي عن دين على عين، ثم جحده الأجنبي وحلف، ففي عوده إلى من كان عليه الدين، وجهان: قال القاضي حسين: نعم. وأبو عاصم: لا. والأصح: قول القاضي. والله أعلم.

فرع: خرج المحال عليه عبدًا. فإن كان لأجنبي، وللمحيل دين في ذمته، صحت الحوالة، كما لو أحال على معسر، ويتبعه المحتال بعد العتق. وهل له الرجوع على المحيل؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا بان معسرًا، وأولى بالرجوع. وإن كان عبدًا للمحيل، فإن كان له في ذمته دين، بأن ثبت قبل ملكه، وقلنا: لا يسقط، فهو كما لو كان لأجنبي. وإن لم يكن له في ذمته دين، فهي حوالة على من لا دين عليه. فإن صححناها وجعلناها ضمانًا، فهو ضمان العبد عن سيده بإذنه، وسيأتي بيانه في كتاب الضمان إن شاء الله تعالى. ولا يخفى حكمه لو كان لأجنبي ولم يكن للمحيل عليه دين.

فصل: إذا اشترى عبدًا، وأحال البائع بالثمن على رجل، ثم علم بالعبد عيبًا قديمًا، فرده بالعيب أو بالإقالة، أو التحالف، أو غيرها، ففي بطلان الحوالة، ثلاثة طرق: أحدها: البطلان. والثاني: لا. والثالث: على قولين. أظهرهما: البطلان، وهما مبنيان على أنها إستيفاء، أم بيع؟ إن قلنا: إستيفاء بطلت، وإلا، فلا.

والمذهب: البطلان، وصححه في «المحرر». والله أعلم.

وسواء كان الرد بالعيب بعد قبض المبيع، أو قبله، على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: إنما الخلاف إذا كان بعده. فإن رد قبله، بطلت قطعًا، لعدم تأكدها. وسواء كان الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة أم قبله على الأصح، وهو اختيار الأكثرين. وقال العراقيون والشيخ أبو علي: إن كان بعده، لم تبطل قطعًا، وإنما الخلاف قبله. ولو أحال البائع رجلًا على المشتري بالثمن، فقيل: فيه القولان، والمذهب: أنها لا تبطل قطعًا، وبه قطع الجمهور، سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري، أم لا. والفرق، أن هنا تعلق الحق بثالث، فإذًا القولان مخصوصان بالصورة الأولى، فنفرع عليهما. فإن لم نبطلها، لم يطالب المشتري المحال عليه بحال، بل يرجع على البائع فيطالبه إن كان قبض مال الحوالة، ولا يتعين حقه في ما أخذ، بل له إبداله. وإن لم يقبضه، فله قبضه. وهل للمشتري الرجوع عليه قبل قبضه لكون الحوالة كالمقبوض، أم لا، لعدم حقيقة القبض؟ وجهان: أصحهما: الثاني. فعلى هذا له مطالبته بتحصيل القبض ليرجع عليه. وفي وجه: لا يملك مطالبته بالتحصيل أيضًا، وهو شاذ ضعيف.

وأما إذا أبطلنا الحوالة، فإن كان قبض من المحال عليه، فليس له رده عليه، لأن قبضه بإذن المشتري.

فلو رد، لم يسقط عنه مطالبة المشتري، بل يلزمه الرد على المشتري، ويتعين حقه فيما قبضه. فإن كان تالفًا، لزمه بدله، وإن لم يكن قبضه، فليس له قبضه، لأنه عاد إلى ملك المشتري كما كان فلو خالف وقبض، لم يقع عنه. وفي وقوعه عن المشتري، وجهان: أحدهما: يقع، لبقاء الإذن. وأصحهما: لا، لعدم الحوالة والوكالة، ولأنه إنما يقبض لنفسه، ولم يبق له حق، بخلاف ما إذا فسدت الشركة والوكالة، فإن التصرف يصح، لبقاء الإذن، لكن التصرف يقع للموكل. أما في صورة إحالة البائع على المشتري، إذا قلنا بالمذهب: إنها لا تبطل، فإن كان المحتال قبض من المشتري، رجع المشتري على البائع، وإن لم يقبض، فهل للمشتري الرجوع في الحال، أم لا يرجع إلا بعد القبض؟ فيه الوجهان السابقان.

فرع: قال ابن الحداد: إذا أحالها بصداقها، ثم طلقها قبل الدخول، لم تبطل

الحوالة، وللزوج مطالبتها بنصف المهر. قال مَن شرح كتابه: المسألة تترتب على ما إذا أحال المشتري البائع. فإن لم تبطل هناك، فهنا أولى، وإلّا ففي بطلانها في نصف الصداق، وجهان: والفرق أن الطلاق سبب حادث، لا يستند إلى ما تقدم، بخلاف الفسخ، ولأن الصداق أثبت من غيره. ولو أحالها ثم انفسخ النكاح بردتّها، أو بفسخ أحدهما بعيب، لم تبطل الحوالة على الأصح أيضًا، ويرجع الزوج عليها في صورة الطلاق بنصف الصداق، وبجميعه في الردة والفسخ. وإذا قلنا بالبطلان، فليس له مطالبة المحال عليه، ويطالب الزوج بالنصف في الطلاق.

فرع: باع عبدًا وأحال بثمنه على المشتري، ثم تصادق المتبايعان على أنه حر الأصل. فإن وافقهما المحتال، أو قامت بينة بحريته، بطلت الحوالة، لبطلان البيع، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري، ويبقى حقه كما كان، وهذه البينة يقيمها العبد، أو يشهدون حِسبة. ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان، لأنهما كذباها بدخولهما في البيع. وإن كذبهما المحتال، ولا بينة، فلهما تحليفه على نفي العلم، فإذا حلف، بقيت الحوالة في حقه، وله أخذ المال من المشتري. وهل يرجع المشتري على البائع لأنه قضى دينه بإذنه؟ أم لا، لأنه يقول: ظلمني المحتال بما أخذ، والمظلوم لا يطالب غير ظالمه؟ قال في «التهذيب»: بالثاني. وقال الشيخ أبو حامد، وابن كج، وأبو علي بالأول. فعلى هذا، يرجع إذا دفع المال إلى المحتال. وفي رجوعه قبله، الوجهان السابقان. وإن نكل المحتال، حلف المشتري. ثم إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار، بطلت الحوالة. وإن جعلناها كالبينة، فهو كما لو حلف، لأنه ليس للمشتري إقامة البينة. ثم ما ذكرناه في إقرار المحتال وقيام البينة، من بطلان الحوالة، مفروض فيما إذا وقع التعرض، لكون الحوالة بالثمن. فإن لم تقع، وزعم البائع أن الحوالة عليه بدين آخر له على المشتري. فإن أنكر المشتري أصل الدين، فالقول قوله مع يمينه. وإن صدقه وأنكر الحوالة به، فإن لم نعتبر رضى المحال عليه، فلا عبرة بإنكاره. وإن اعتبرناه، فهل القول قول مدعي صحة الحوالة، أو فسادها؟ فيه الخلاف في نظائرها.

فصل: إذا كان لزيد عليك مئة، ولك على عمرو مئة، فوجد زيد منك ما يجوز له قبض مالك على عمرو، فله صورتان:

إحداهما: أن تقول لزيد: وكلتك لتقبضه لي، وقال: بل أحلتني عليه، فينظر، إن اختلفتما في أصل اللفظ، فزعمتَ الوكالة بلفظها، وزعم زيد الحوالة بلفظها، فالقول قولك مع يمينك عملًا بالأصل. وإن اتفقتما على جريان لفظ الحوالة، وزعمتَ أنك أردت به تسليطه بالوكالة، فوجهان: أصحهما: القول قولك، وبه قال

أكثر الأصحاب. وقال ابن سريج: القول قول زيد مع يمينه. وقطع به القاضي حسين. قال الأئمة: وموضع الوجهين أن يكون اللفظ الجاري بينكما: أحلتك بمئة على عمرو. فأما إذا قلت بالمئة التي لك عليَّ على عمرو، فهذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة، فالقول قول زيد قطعًا. فإن قلنا: القول قول زيد، فحلف، ثبتت الحوالة وبرئتَ. وإن قلنا: القول قولك في الصورة الأولى أو الثانية على الأصح، فحلفت، نظر، هل قبض زيد من عمرو، أم لا؟ فإن قبض، برئت ذمة عمرو، لدفعه إلى وكيل أو محتال. وفي وجه: لا يبرأ في صورة اتفاقكما على لفظ الحوالة. والصحيح: الأول. ثم ينظر، فإن كان المقبوض باقيًا، لزمه تسليمه إليك. وهل له مطالبتك بحقه؟ وجهان: أحدهما: لا، لاعترافه ببراءتك بدعوى الحوالة. وأصحهما: نعم، لأنه إن كان وكيلًا، فظاهر.

وإن كان محتالًا، فقد استرجعت منه ظلمًا، فلا يضيع حقه. والوجهان، في الرجوع ظاهرًا. فأما بينه وبين الله تعالى، فإنه إذا لم يصل إلى حقه عندك، فله إمساك المأخوذ، لأنه ظفر بجنس حقه من مالك وأنت ظالمه. وإن كان المقبوض تالفًا، فقد قطع الأكثرون، بأنه لا يضمن إذا لم يكن التلف بتفريط، لأنه وكيل في زعمك، والوكيل أمين، وليس له مطالبتك، لأنه استوفى بزعمه. وقال في «التهذيب»: يضمن، لأنه ثبتت وكالته. والوكيل، إذا أخذ المال لنفسه، ضمن. أما إذا لم يقبض زيد من عمرو، فليس له القبض بعد حلفك، لأن الحوالة اندفعت وصار معزولًا عن الوكالة بانكاره، ولك مطالبة عمرو بحقك. وهل لزيد مطالبتك بحقه؟ فيه الوجهان فيما إذا قبض وسلم إليك، قال صاحب«البيان»: ينبغي أن لا يطالبك هنا قطعًا، لاعترافه بأن حقه على عمرو، وأن ما قبضته أنت من عمرو، ليس حقًا له، بخلاف ما إذا قبض، فإن حقه تعين في المقبوض، فإذا أخذته، أخذت ماله.

الصورة الثانية: أن تقول لزيد: أحلتك على عمرو، فيقول: بل وكلتني بقبض ما عليه، وحقي باقٍ. ويظهر تصوير هذا الخلاف عند إفلاس عمرو. فينظر، إن اختلفتما في أصل اللفظ، فالقول قول زيد مع يمينه. وإن اتفقتما على لفظ الحوالة، جرى الوجهان السابقان في الصورة الأولى على عكس ما سبق. فعلى قول ابن سريج، القول قولك، مع اليمين، وعلى قول الأكثرين، القول قول زيد مع يمينه. فإن قلنا: قولك، فحلفت، برئت من دين زيد، ولزيد مطالبة عمرو، إما بالوكالة، وإما بالحوالة، وما يأخذه يكون له، لأنك تقول: إنه حقه، وعلى زعمه هو لك، وحقه عليك، فيأخذه بحقه. وحيث قلنا: القول قول زيد، فحلف، فإن لم يكن قبض المال من عمرو، فليس له قبضه، لأن قولك: ما وكلتك، يتضمن عزله إن كان

وكيلًا، وله مطالبتك بحقه. وهل لك الرجوع إلى عمرو؟ وجهان: لأنك اعترفت بتحول ما عليه إلى زيد. ووجه الرجوع وهو اختيار ابن كج، أن زيدًا إن كان وكيلًا فلم يقبض، فبقي حقك. وإن كان محتالًا، فقد ظلمك بأخذه منك، وما على عمرو حقه، فلك أخذه عوضًا عما ظلمك به. وإن قبض المال من عمرو، فقد برئت ذمة عمرو. ثم إن كان المقبوض باقيًا، فقد حكى الغزالي وجهين: أحدهما: يطالبك بحقه، ويرد المقبوض عليك. والثاني وهو الصحيح: أنه يملكه الآن وإن لم يملكه عند القبض، لأنه من جنس حقه، وصاحبه يزعم أنه ملكه. ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق، بل له أن يرده ويطالب ببدل حقه، وله أن يأخذه بحقه. وإن تلف بتفريط، فلك عليه الضمان، وله عليك حقه. وربما يقع التقاص. وإن لم يكن منه تفريط، فلا ضمان، لأنه وكيل أمين. وفي وجه ضعيف: يضمن ، لأن الأصل فيما يتلف في يد الإنسان من ملك غيره، الضمان، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليبقى حقه، تصديقه في إثبات الوكالة، ليسقط عنه الضمان.

فصل: في مسائل منثورة، الأولى: لو أحلت زيدًا على عمرو، ثم أحال عمرو زيدًا على بكر، ثم أحاله بكر على آخر، جاز، وقد تعدد المحال عليهم دون المحتال. ولو أحلت زيدًا على عمرو، ثم أحال زيد بكرًا على عمرو، ثم أحال بكر آخر على عمرو، جاز التعدد هنا في المحتالين دون المحال عليه. ولو أحلت زيدًا على عمرو، ثم ثبت لعمرو عليك مثل ذلك الدين، فأحال زيدًا عليك، جاز.

الثانية: لك على رجلين مئة، على كل واحد خمسون، وكل واحد ضامن عن صاحبه، فأحالك أحدهما بالمئة على إنسان، برئا جميعًا. وإن أحلت على أحدهما بالمئة، برىء الثاني، لأن الحوالة كالقبض. وإن أحلت عليهما على أن يأخذ المحتال من كل واحد خمسين، جاز، ويبرأ كل واحد عما ضمن. وإن أحلت عليهما على أن يأخذ المئة من أيهما شاء، فعن ابن سريج: في صحته وجهان: وجه المنع: أنه لم يكن له إلا مطالبة واحد، فلا يستفيد بالحوالة زيادة صفة.

الثالثة: لك على رجل مال، فطالبته، فقال: أحلت فلانًا علي وفلان غائب، فأنكرت، فالقول قولك مع يمينك. فلو أقام بينة، سمعت وسقطت مطالبتك له. وهل تثبت به الحوالة في حق الغائب حتى لا يحتاج إلى إقامة بينة إذا قدم؟ وجهان.

كتاب الضمان

قال المصنف رحمه الله تعالى: يصح ضمان الدين عن الميت لما روى أبو قتادة قال: «أقبل بجنازة على عهد رسول الله ﷺ فقال: هل على صاحبكم من دين؟ فقالوا: عليه ديناران قال ﷺ: صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله فصلى عليه رسول الله ﷺ»[1] ويصح عن الحي لأنه دين لازم فصح ضمانه كالدين على الميت.

فصل: ويصح ذلك من كل جائز التصرف في ماله، فأما من يحجر عليه لصغر أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه، لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح من الصبي والمجنون والسفيه كالبيع. ومن حجر عليه للفلس يصح ضمانه، لأنه إيجاب مال في الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بثمن في الذمة. وأما العبد فإنه إن ضمن بغير إذن المولى ففيه وجهان. قال أبو إسحاق: يصح ضمانه ويتبع به إذا عتق لأنه لا ضرر فيه على المولى، لأنه يطالب به بعد العتق، فصح منه كالإقرار بإتلاف ماله. وقال أبو سعيد الاصطخري: لا يصح لأنه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح منه بغير إذن المولى كالنكاح، فإن ضمن بإذن مولاه صح ضمانه، لأن الحجر لحقه فزال بإذنه، ومن أين يقضي؟ ينظر فيه فإن قال له المولى: اقضه من كسبك قضاه منه، وإن قال: اقضه مما في يدك للتجارة قضاه منه لأن المال له، وقد أذن له فيه، وإن لم يذكر القضاء ففيه وجهان: أحدهما: يتبع به إذا أعتق لأنه أذن في الضمان دون الأداء.

والثاني: يقضي من كسبه إن كان له كسب أو مما في يده إن كان مأذونًا له في التجارة، لأن الضمان يقتضي الغرم كما يقتضي النكاح المهر، ثم إذا أذن له في النكاح وجب قضاء المهر مما في يده فكذلك إذا أذن له في الضمان وجب قضاء الغرم مما في يده، فإن كان على المأذون له دين وقلنا: إن دين الضمان يقضيه مما في يده، فهل يشارك فيه الغرماء؟ فيه وجهان:

أحدهما: يشارك به، لأن المال للمولى وقد أذن له في القضاء منه، إما بصريح الإذن أو من جهة الحكم فوجب المشاركة به.

والثاني: أنه لا يشارك به لأن المال تعلق به الغرماء فلا يشارك بمال

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٠٦٩) والنسائي في سننه (٤/ ٦٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٠٧) وأحمد في المسند (٥/ ٢٩٧) وابن حبان في صحيحه برقم (٣٠٥٨).

الضمان كالرهن. وأما المكاتب فإنه ضمن بغير إذن المولى فهو كالعبد القن، وإن ضمن بإذنه فهو تبرع، وفي تبرعات المكاتب بإذن المولى قولان نذكرهما في المكاتب إن شاء الله تعالى.

فصل: ويصح الضمان من غير رضى المضمون عنه لأنه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه جاز ضمان ما عليه من غير رضاه. واختلف أصحابنا في رضى المضمون له، فقال أبو علي الطبري: يعتبر رضاه لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم، فشرط فيه رضاه كالثمن في البيع. وقال أبو العباس: لا يعتبر، «لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي ﷺ» ولم يعتبر النبي ﷺ رضى المضمون له.

فصل: وهل يفتقر إلى معرفة المضمون له والمضمون عنه؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يفتقر إلى معرفة المضمون عنه ليعلم أنه هل هو ممن يسدى إليه الجميل ويفتقر إلى معرفة المضمون له ليعلم هل يصلح لمعاملته أم لا يصلح؟ كما يفتقر إلى معرفة ما تضمنه من المال هل يقدر عليه أم لا يقدر عليه، والثاني أنه يفتقر إلى معرفة المضمون له، لأن معاملته معه، ولا يفتقر إلى معرفة المضمون عنه لأنه لا معاملة بينه وبينه، والثالث أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما لأن أبا قتادة ضمن عن الميت ولم يسأله النبي ﷺ عن المضمون له والمضمون عنه.

فصل: وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن لم يجز حتى يعين الضامن، لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن، كما يختلف باختلاف ما يرهن من الرهون، وإن شرط أن يضمنه ثقة لم يجز حتى يعين، لأن الثقات يتفاوتون، فإن لم يف له بما شرط من الضمين ثبت للبائع الخيار، لأنه دخل في العقد بشرط الوثيقة ولم يسلم له الشرط فثبت له الخيار، كما لو شرط له رهنًا ولم يف له بالرهن.

وإن شرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الشهود، فإن عين له شاهدين فهل يجوز إبدالهما بغيرهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، كما لا يجوز في الضمان، والثاني: يجوز لأن الغرض لا يختلف.

فصل: ويصح ضمان كل دين لازم كالثمن والأجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف لأنه وثيقة يستوفى منها الحق فصح في كل دين لازم كالرهن، وأما ما لا يلزم بحال وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه لا يلزم المكاتب أداؤه فلم يلزم ضمانه، ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين، ودين الكتابة لا يمكن توثيقه لأنه يملك إسقاطه إذا شاء فلا معنى لضمانه، وفي مال الجعالة والثمن في مدة الخيار ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يصح ضمانه لأنه دين غير لازم فلم يصح ضمانه كدين الكتابة والثاني: يصح لأنه يؤول إلى اللزوم فصح ضمانه، والثالث: يصح ضمان الثمن في مدة الخيار ولا يصح ضمان مال الجعالة لأن عقد البيع يؤول إلى اللزوم وعقد الجعالة لا يلزم بحال. فأما المال المشروط في السبق والرمي ففيه قولان: أحدهما: أنه كالإجارة فيصح ضمانه والثاني أنه كالجعالة فيكون في ضمانه وجهان.

فصل: ولا يجوز ضمان المجهول لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يجز مع الجهالة كالثمن في البيع، وفي إبل الدية وجهان: أحدهما: لا يجوز ضمانه، لأنه مجهول اللون والصفة، والثاني: أنه يجوز لأنه معلوم السن والعدد ويرجع في اللون والصفة إلى عرف البلد.

فصل: ولا يصح ضمان ما لم يجب وهو أن يقول: ما تداين فلانًا فأنا ضامن له، لأنه وثيقة بحق فلا يسبق الحق كالشهادة.

فصل: ولا يجوز تعليقه على شرط، لأنه إيجاب مال لآدمي بعقد فلم يجز تعليقه على شرط كالبيع، وإن قال: ألق متاعك في «البحر» وعلي ضمانه صح، فإذا ألقاه وجب ما ضمنه، لأنه استدعاء اتلاف بعوض لغرض صحيح فأشبه إذا قال: طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف ـ وإن قال: بع عبدك من زيد بخمسمائة ولك على خمسمائة أخرى فباعه ففيه وجهان: أحدهما: يصح البيع ويستحق ما بذله لأنه مال بذله في مقابلة إزالة الملك فأشبه إذا قال: طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف، والثاني: لا يصح لأنه بذل مال لغرض غير صحيح فلم يجز، ويخالف ما بذله في الطلاق والعتق، فإن ذلك بذل مال لغرض صحيح وهو تخليص المرأة من الزوج وتخليص العبد من الرق.

فصل: ويجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجل لأنه رفق ومعروف فكان على حسب ما يدخل فيه وهل يجوز أن يضمن المؤجل حالًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز، كما يجوز أن يضمن المال مؤجلًا.

والثاني: لا يجوز لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه، فلا يجوز أن يكون الفرع معجلًا والأصل مؤجلًا.

فصل: ولا يثبت في الضمان خيار، لأن الخيار لدفع الغبن وطلب الحظ والضامن يدخل في العقد على بصيرة أنه مغبون، وأنه لاحظ له في العقد، ولهذا يقال الكفالة أولها ندامة، وأوسطها ملامة، وآخرها غرامة.

فصل: ويبطل بالشروط الفاسدة، لأنه عقد يبطل بجهالة المال فبطل بالشرط الفاسد كالبيع، وإن شرط ضمانًا فاسدًا في عقد بيع فهل يبطل البيع؟ فيه قولان، كالقولين في الرهن الفاسد إذا شرطه في البيع، وقد بينا وجه القولين في الرهن.

فصل: ويجب بالضمان الدين في ذمة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه، والدليل عليه ما روى جابر ﷺ قال: «توفي رجل منا فأتينا النبي ﷺ ليصلي عليه، فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران فتحملهما أبو قتادة، ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران؟» قال: «إنما مات أمس، ثم أعاد عليه بالغد؛ قال: قد قضيتهما، قال: الآن بردت عليه جلده»[1] ولأنه وثيقة بدين في الذمة فلا يسقط الدين عن الذمة كالرهن، ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه، لأن الدين ثابت في ذمتهما فكان له مطالبتهما، فإن ضمن عن الضامن ثالث جاز لأنه ضمان دين ثابت فجاز كالضمان الأول، وإن ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع، فلا يجوز أن يصير الأصل فرعًا والفرع أصلًا، ولأنه يضمن ما في ذمته ولأنه لا فائدة في ضمانه وهو ثابت في ذمته.

فصل: وإن ضمن عن رجل دينًا بغير إذنه لم يجز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه؛ لأنه لم يدخل فيه بإذنه فلم يلزمه تخليصه، وإن ضمن بإذنه نظرت، فإن طالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بتخليصه، لأنه إذا جاز أن يغرمه إذا غرم جاز أن يطالبه بما طولب، وإن لم يطالب ففيه وجهان. أحدهما: له أن يطالبه، لأنه شغل ذمته بالدين بإذنه فجاز له المطالبة بتفريغ ذمته، كما لو أعاره عينًا ليرهنها فرهنها، والثاني: ليس له، وهو الصحيح، لأنه لما لم يغرمه قبل أن يغرم لم يطالبه قبل أن يطالب، ويخالف إذا أعاره عينًا ليرهنها فرهنها لأن عليه ضررًا في حبس العين والمنع من التصرف فيها ولا ضرر عليه في دين في ذمته لا يطالب به، فإن دفع المضمون عنه مالًا إلى الضامن وقال: خذ هذا بدلًا عما يجب لك بالقضاء، ففيه وجهان:

أحدهما: يملكه، لأن الرجوع يتعلق بسببين: الضمان والغرم، وقد وجد أحدهما فجاز تقديمه على الآخر، كإخراج الزكاة قبل الحول، وإخراج الكفارة قبل الحنث، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه على ما قبض، وإن أبرىء من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ. كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا هلك النصاب قبل الحول.

والثاني: لا يملك لأنه أخذه بدلًا عما يجب في الثاني فلا يملكه، كما لو دفع إليه شيئًا عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده، فإن هلك ضمنه لأنه قبضه على وجه البدل فضمنه كالمقبوض بسوم البيع.

فصل: وإن قبض المضمون له الحق من المضمون عنه، برىء الضامن لأنه

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٤٣) والنسائي في سننه (٤/ ٦٥) وأحمد في المسند (٣/ ٣٣٠) والدارقطني في سننه (٣/ ٧٩) والبيهقي في سننه (٦/ ٧٥).

وثيقة بحق فانحلت بقبض الحق كالرهن، وإن قبضه من الضامن برىء المضمون عنه، لأنه استوفى الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الدين، كما لو قضى الدين من ثمن الرهن. وإن أبرىء المضمون عنه برىء الضامن، لأن الضامن وثيقة بالدين، فإذا أبرىء من عليه الدين انحلت الوثيقة، كما ينحل الرهن إذا ابرىء الراهن من الدين، وإن أبرىء الضامن لم يبرأ المضمون عنه لأن إبراءه إسقاط وثيقة من غير قبض؛ فلم يبرأ به من عليه الدين كفسخ الرهن.

فصل: وإن قضى الضامن الدين نظرت، فإن ضمن بإذن المضمون عنه وقضى بإذنه رجع عليه، لأنه أذن له في الضمان والقضاء، وإن ضمن بغير إذنه وقضى بغير إذنه لم يرجع لأنه تبرع بالقضاء فلم يرجع، وإن ضمن بغير إذنه وقضى بإذنه ففيه وجهان، من أصحابنا من قال: يرجع لأنه قضى بإذنه، والثاني: لا يرجع وهو المذهب، لأنه لزمه بغير إذنه فلم يؤثر إذنه في قضائه، وأن ضمن بإذنه وقضى بغير إذنه فالمنصوص أنه يرجع عليه، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأنه اشتغلت ذمته بالدين بإذنه فإذا استوفى منه رجع، كما لو أعاره مالًا فرهنه في دينه وبيع في الدين.

وقال أبو إسحاق: إن أمكنه أن يستأذنه لم يرجع لأنه قضاه باختياره. وإن لم يمكنه رجع لأنه قضاه بغير اختياره، وإن أحاله الضامن على رجل له عليه دين برئت ذمة المضمون عنه، لأن الحوالة بيع فصار كما لو أعطاه عن الدين عوضًا، وإن أحاله على من لا دين عليه وقبل المحال عليه وقلنا: يصح برىء الضامن، لأن بالحوالة تحول ما ضمن، ولا يرجع على المضمون عنه لأنه لم يغرم، فإن قبضه منه ثم وهبه له، فهل يرجع على الضامن؟ فيه وجهان بناء على القولين في المرأة إذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول.

فصل: وإن دفع الضامن إلى المضمون له ثوبًا عن الدين في موضع يثبت له الرجوع رجع بأقل الأمرين من قيمة الثوب أو قدر الدين، فإن كان قيمة الثوب عشرة والدين عشرين لم يرجع بما زاد على العشرة، لأنه لم يغرم، وإن كان قيمة الثوب عشرين والدين عشرة لم يرجع بما زاد على العشرة لأنه تبرع بما زاد فلا يرجع به، وإن كان الدين الذي ضمنه مؤجلًا فعجل قضاءه لم يرجع به قبل المحل لأنه تبرع بالتعجيل.

الشرح: الضمان هو التزام ما وجب على غيره، وهو صحيح بالإجماع وأركانه خمسة: الركن الأول: المضمون عنه. ولا يشترط رضاه بالاتفاق، لأن قضاء دينه بغير إذنه جائز، فضمانه أولى، وكما يصح الضمان عن الميت اتفاقًا سواء خلف وفاءً، أم لا. ولا يشترط معرفة المضمون عنه على الأصح. وسواء كان المضمون عنه حرًا، أم عبدا، أم معسرًا. والله أعلم.

الركن الثاني: المضمون له، ويشترط معرفته على الأصح. وعلى هذا لا يشترط رضاه على الأصح وقول الأكثرين، فإن شرطناه، لم يشترط قبوله لفظًا على الأصح، فإن شرطناه، فليكن بينه وبين الضمان ما بين الإيجاب والقبول في سائر العقود. وإن لم نشترطه، جاز أن يتقدم الرضى على الضمان. فإن تأخر عنه، فهو إجارة إن جوزنا وقف العقود، قاله الإمام، وفرع على قولنا: لا يشترط رضاه، فقال: إذا ضمن بغير رضاه، نظر إن ضمن بغير إذن المضمون عنه، فالمضمون له بالخيار، إن شاء طالب الضامن، وإن شاء تركه. وإن ضمن بإذنه، فحيث قلنا: يرجع الضامن على المضمون عنه، يجبر المضمون له على قبوله، لأن ما يؤديه في حكم ملك المضمون عنه. وإن قلنا: لا يرجع، فهو كما لو قال لغيره: أدِّ ديني ولم يشترط الرجوع، وقلنا: لا يرجع. وهل لمستحق الدين والحالة هذه أن يمتنع من القبول؟ وجهان بناءً على أن المؤدى يقع فداءً، أم موهوبًا لمن عليه الدين؟ إن قلنا بالثاني، لم يكن له الامتناع، وهو الأشهر، فحصل في معرفة المضمون عنه، وله أوجه: أصحها: يشترط معرفة المضمون له فقط. والثاني: يشترط معرفتهما. والثالث: لا. ورابع حكاه الإمام: يشترط معرفة المضمون عنه فقط، وهو غريب ضعيف.

وإذا شرطنا قبول المضمون له، فللضامن الرجوع عن الضمان قبل قبوله، قاله في «الحاوي» لأنه لم يتم الضمان، فأشبه البيع. والله أعلم.

الركن الثالث: الضامن. وشرطه: صحة العبارة، وأهلية التبرع.

أما صحة العبارة، فيخرج عنه الصغير، والمجنون، والمبرسم الذي يهذي، فلا يصح ضمانهم. ولو ضمن إنسان ثم قال: كنت صبيًا يوم الضمان، وكان محتملًا، قبل قوله مع يمينه. وكذا لو قال: كنت مجنونًا وقد عرف له جنون سابق، أو أقام به بينة، وإلا فالقول قول المضمون له مع يمينه. وفي ضمان السكران، الخلاف المذكور في تصرفاته. قلت: هذا في السكران بمعصية. فأما السكران بمباح، فكالمجنون. والله أعلم.

وأما الأخرس، فإن لم يكن له إشارة مفهومة، ولا كتابة، لم نعرف أنه ضمن حتى نصحح أو نبطل، وإن كانت له إشارة مفهومة، صح ضمانه بها كبيعه وسائر تصرفاته. وفي وجه: لا يصح ضمانه، إذ لا ضرورة إليه، بخلاف سائر التصرفات. ولو ضمن بالكتابة، فوجهان: سواء أحسن الإشارة، أم لا. أصحهما: الصحة، وذلك عند القرينة المشعرة، ويجري الوجهان في الناطق وفي سائر التصرفات.

وأما أهلية التبرع، فلا يصح ضمان المحجور عليه لسفه وإن أذن الولي، لأنه

تبرع، وتبرعه لا يصح بإذن الولي. كذا قال الإمام، والغزالي: إن الضمان تبرع، وإنما يظهر هذا حيث لا رجوع. وأما حيث ثبت الرجوع، فهو قرض محض. ويدل عليه نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لو ضمن في مرض موته بغير إذن المضمون عنه، حسب من ثلثه. وإن ضمن بإذنه، فمن رأس المال، لأن للورثة الرجوع على الأصيل، وهو وإن لم يكن تبرعًا فلا يصح من السفيه كالبيع وسائر التصرفات المالية. فإن أذن فيه الولي، فليكن كما لو كان في البيع.

قال الإمام النوري رَحِمَهُ اللَّهُ: الذي قاله الإمام الرافعي هو الصواب. وقد صرح الأصحاب بأنه لا يصح ضمانه من غير فرق بين الإذن وعدمه. وقول الرافعي: إنه ليس تبرعًا، فاسد، فإنه لو سلم أنه كالقرض، كان القرض تبرعًا. وقوله: إذا أذن الولي، كان كالبيع، يعني: فيجري فيه الوجهان، فاسد أيضًا، فإن البيع، إنما صح على وجه، لأنه لا يأذن إلا فيما فيه ربح أومصلحة، والضمان غرر كله بلا مصلحة. وأما ضمان المريض، فقال صاحب «الحاوي»: هو معتبر من الثلث، لأنه تبرع. فإن كان عليه دين مستغرق، فالضمان باطل. وإن خرج بعضه من الثلث، صح فيه. فلو ضمن في مرضه، ثم أقر بدين مستغرق، قدم الدين ولا يؤثر تأخّر الإقرار به. والله أعلم. وأما المحجور عليه لفلس، فضمانه كشرائه.

فرع: ضمان المرأة صحيح، مزوجةً كانت أوغيرها، ولا حاجة إلى إذن الزوج كسائر تصرفاتها.

فرع: في ضمان العبد بغير إذن سيده مأذونًا كان أوغيره، وجهان: أحدهما: صحيح يتبع به إذا عتق، إذ لا ضرر على سيده، كما لو أقر بإتلاف مال وكذبه السيد. وأصحهما: لا يصح. وإن ضمن بإذن سيده، صح. ثم إن قال: اقضه مما تكسبه، أو قال للمأذون: اقضه مما في يدك، قضى منه. وإن عين مالًا وأمر بالقضاء منه، فكمثل. وإن اقتصر على الإذن في الضمان، فإن لم يكن مأذونًا، ففيه أوجه: أصحها: يتعلق بما يكسبه بعد الإذن كالمهر. والثاني: يكون في ذمته إلى أن يعتق لأنه أذن في الالتزام دون الأداء. والثالث: يتعلق برقبته. وإن كان مأذونًا له في التجارة، فهل يتعلق بذمته أم بما يكسبه بعد؟ أم به وبما في يده من الربح الحاصل؟ أم بهما وبرأس المال؟ فيه أوجه: أصحها: آخرها. وحيث قلنا: يؤدي مما في يده، فلو كان عليه ديون، ففيه أوجه عن ابن سريج، أحدها: يشارك المضمون له الغرماء، كسائر الديون. والثاني: لا يتعلق الضمان بما في يده أصلًا، لأنه كالمرهون بحقوق الغرماء. والثالث: يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية للجانبين. أصحها: الثالث. والله أعلم.

وهذا إذا لم يحجر القاضي عليه. فإن حجر باستدعاء الغرماء، لم يتعلق الضمان بما في يده قطعًا. وأم الولد والمدبر، كالقن في الضمان، وكذا من بعضه حر إن لم يكن بينه وبين سيده مهاياة، أوكانت وضمن في نوبة السيد. فإن ضمن في نوبته، صح قطعًا. ويجوز إن ضمن في نوبته، أن يخرج على الخلاف في المؤن والأكساب النادرة، هل تدخل في المهاياة؟ والمكاتب بلا إذن، كالقن، وبالإذن، قالوا: هو على القولين في تبرعاته.

فرع: ضمن عبد بإذن سيده، وأدى في حال رقه، فحق الرجوع لسيده. وإن أدى بعد عتقه، فالرجوع للعبد على الأصح. ولو ضمن العبد لسيده عن أجنبي، لم يصح لأنه يؤدي من كسبه وهو لسيده، ولو ضمن لأجنبي عن سيده، فإن لم يأذن السيد، فهو كما لو ضمن عن أجنبي. وإن أذن، صح. ثم إن أدى قبل عتقه، فلا رجوع، وبعده، وجهان بناءً على ما لو أجره ثم أعتقه في المدة، هل يرجع بأجرة المثل لما بقي؟

ولو ثبت على عبد دين بالمعاملة فضمنه سيده، صح كالأجنبي. ولو ضمن السيد لعبده دينًا على أجنبي، فإن لم يكن على العبد دين من التجارة، فالضمان باطل. وإلا فوجهان: قاله في «الحاوي». والله أعلم.

الركن الرابع: الحق المضمون، وشرطه ثلاث صفات: كونه ثابتًا، لازمًا، معلومًا.

الصفة الأولى: الثبوت، وفيها مسائل: إحداها: إذا ضمن ما لم يجب، وسيجب بقرض أو بيع، وشبههما، فطريقان. أحدهما: القطع بالبطلان، لأنها وثيقة، فلا تسبق وجوب الحق كالشهادة. وأشهرهما على قولين. الجديد، البطلان. والقديم، الصحة، لأن الحاجة قد تدعو إليه. ونقل الإمام، فروعًا على القديم. أحدها: إذا قال ضمنت لك ثمن ما تبيع فلانًا، فباع شيئًا بعد شيء، كان ضامنًا للجميع، لأن «ما» من أدوات الشرط، فتقتضي التعميم، بخلاف ما إذا قال: إذا بعت فلانًا، فأنا ضامن، لا يكون ضامنًا إلا ثمن ما باعه أولًا، لأن «إذا» ليست من أدوات الشرط . والثاني: إن شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين، فهنا أولى. وإلا، فوجهان: وكذا معرفة المضمون عنه. الثالث: لا يطالب الضامن ما لم يجب الدين على الأصيل، وليس له الرجوع بعد لزومه. وأما قبله، فعن ابن سريج، أن له الرجوع. وقال غيره: لا، لأن وضعه على اللزوم. وأما إذا قلنا بالجديد، فقال: أقرض فلانًا كذا وعلي ضمانه، فأقرضه، فالصحيح، أنه لا يجوز، وجوزه ابن سريج.

المسألة الثانية: ضمان نفقة المدة الماضية للزوجة، صحيح سواء كانت نفقة الموسرين أوالمعسرين. وكذا ضمان الأُدْم، ونفقة الخادم، وسائر المؤن. ولو ضمن نفقة اليوم، فكمثل، لأنها تجب بطلوع الفجر. وفي ضمان نفقة الغد والشهر المستقبل، قولان بناءً على أن النفقة تجب بالعقد أم بالتمكين؟ إن قلنا بالأول وهو القديم، صح، وإن قلنا بالثاني، وهو الجديد الأظهر، فلا، هكذا نقله عامة الأصحاب. وأشار الإمام إلى أنه على قولين مع قولنا: ضمان ما لم يجب باطل، لأن سبب وجوب النفقة ناجز وهو النكاح. فإن جوزنا ضمن نفقة المستقبل، فله شرطان:

أحدهما: أن يقدر مدة. فإن أطلق، لم يصح فيما بعد الغد، وفيه وجهان كما لو قال: أجرتك كل شهر بدرهم، هل يصح في الشهر الأول؟

الشرط الثاني: أن يكون المضمون نفقة المعسر، وإن كان المضمون عنه موسرًا لأنه ربما أعسر. وفي «التتمة» وجه، أنه يجوز ضمان نفقة الموسر والمتوسط، لأن الظاهر استمرار حاله.

فرع: لا يجوز ضمان نفقة القريب لمدة مستقبلة. وفي نفقة يومه وجهان: لأن سبيلها سبيل البر والصلة. ولهذا، تسقط بمضي الزمان وبضيافة الغير.

المسألة الثالثة: باع شيئًا فخرج مستحقًا، لزمه رد الثمن، ولا حاجة فيه إلى شرط والتزام. قال القفال: ومن الحماقة اشتراط ذلك في القَبالات. وإن ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحقًا، فهذا ضمان العهدة، ويسمى ضمان الدرك. أما ضمان العهدة، فقال في «التتمة»: إنما سمي به لالتزامه ما في عهدة البائع رده، والدرك لالتزامه الغرم عند إدراك المستحق عين ماله. وفي صحة هذا الضمان، طريقان. أحدهما: يصح قطعًا. وأصحهما: على قولين. أظهرهما: الصحة للحاجة إليه. والثاني: البطلان. فإن صححنا، فذلك إذا ضمن بعد قبض الثمن. فأما قبله، فوجهان: أصحهما. المنع لأنه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع ولا يوجد ذلك قبل القبض. والثاني: الصحة لأنه قد تدعو إليه حاجة بأن لا يسلم الثمن إلا بعده.

فرع: كما يصح ضمان العهدة للمشتري، يصح ضمان نقص الصنجة للبائع بأن جاء المشتري بصنجة ووزن بها الثمن، فاتهمه البائع فيها، فضمن ضامن نقصها إن نقصت. وكذا ضمان رداءة الثمن إذا شك البائع، هل المقبوض من النوع الذي يستحقه؟ فإذا خرج ناقصًا، أو رديئًا، طالب البائعُ الضامن بالنقص وبالنوع المستحق إذا رد المقبوض على المشتري. ولو اختلف البائع والمشتري في نقص الصنجة،

صُدق البائع بيمينه. فإذا حلف، طالب المشتري بالنقص ولا يطالب الضامن على الأصح، لأن الأصل براءته. ولو اختلف البائع والضامن في نقصها، فالمصدق الضامن على الأصح، لأن الأصل براءته بخلاف المشتري، فإن ذمته كانت مشغولة.

فرع: لو ضمن عهدة الثمن، إن خرج المبيع معيبًا ورده، أو بان فساد البيع بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع، أو اقتران شرط مفسد، فوجهان: أصحهما: الصحة. وهو الذي ذكره العراقيون للحاجة. والثاني: المنع لندور الحاجة، ولأنه في المعيب ضمان ما لم يجب. فإن قلنا: يصح إذا ضمن صريحًا، فحكى الإمام والغزالي وجهين في اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة.

فرع: في مسائل تتعلق بضمان الدرك، إحداها: من ألفاظ هذا الضمان، أن يقول للمشتري: ضمنت لك عهدته، أو دركه، أو خلاصك منه. ولو قال: ضمنت لك خلاص المبيع، لم يصح لأنه لا يستقل بتخليصه إذا استُحق. ولو ضمن عهدة الثمن وخلاص المبيع معًا، لم يصح ضمان الخلاص. وفي العهدة قولا الصفقة. ولو شرط في البيع كفيلًا بخلاص المبيع، بطل، بخلاف ما لو شرط كفيلًا بالثمن.

الثانية: يشترط أن يكون قدر الثمن معلومًا للضامن. فإن لم يكن، فهو كما لو لم يكن قدر الثمن في المرابحة معلومًا.

الثالثة: يجوز ضمان المسلم فيه للمسلم إليه لو خرج رأس المال مستحقًا بعد تسليم المسلم فيه، ولا يجوز قبله على الأصح. ولا يجوز ضمان رأس المال للمسلم لو خرج المسلم فيه مستحقًا، لأن المسلم فيه في الذمة، والاستحقاق لا يتصور فيه، وإنما يتصور في المقبوض، وحينئذ يطالبه المسلم بمثله لا برأس المال.

الرابعة: إذا ظهر الاستحقاق، فالمشتري يطالب من شاء من البائع والضامن. ولا فرق في الاستحقاق بين أن يخرج مستحقًا أو كان شقصًا ثبت فيه شفعة ببيع سابق، فأخذه الشفيع بذلك البيع، ولو بان فساد البيع بشرط أو غيره، ففي مطالبته الضامن، وجهان: أحدهما: نعم كالاستحقاق. والثاني: لا للاستغناء عنه بإمكان حبس المبيع حتى يسترد الثمن. ولو خرج المبيع معيبًا فرده المشتري، ففي مطالبته الضامن بالثمن، وجهان: وأولى بأن لا يطالب، لأن الرد هنا بسبب حادث وهو مختار فيه، فأشبه الفسخ بخيار شرط أو مجلس أو تقايل، هذا إذا كان العيب مقرونًا بالعقد. أما إذا حدث في يد البائع بعد العقد، ففي «التتمة» أنه لا يطالب الضامن بالثمن وجهًا واحدًا، لأنه لم يكن سبب رد الثمن مقرونًا بالعقد، ولم يكن من البائع تفريط فيه. وفي العيب الموجود عند العقد، سبب الرد موجود عند العقد، والبائع مفرط بالإخفاء، فالتحق بالاستحقاق على رأي.

وأصح الوجهين الأولين، لا يطالب. ولو خرج المبيع معيبًا وقد حدث عند المشتري عيب، ففي رجوعه بالأرش على الضامن، الوجهان. والله أعلم.

ولو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن، وانفسخ العقد، هل يطالب الضامن بالثمن؟ إن قلنا: ينفسخ من أصله، فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق. وإن قلنا: من حينه، فكالرد بالعيب. ولو خرج بعض المبيع مستحقًا، ففي صحة البيع في الباقي قولا الصفقة، وإن قلنا: يصح وأجاز المشتري، فإن قلنا: يجيز بجميع الثمن، لم يطالب الضامن بشيء. وإن قلنا: بالقسط، طالبه بقسط المستحق من الثمن. وإن فسخ، طالبه بالقسط، ومطالبته بحصة الباقي من الثمن، كمطالبته عند الفسخ بالعيب. وإن قلنا: لا يصح، ففي مطالبته بالثمن طريقان. أحدهما: أنه كما لو بان فساد العقد بشرط ونحوه، والثاني: القطع بتوجه المطالبة لاستناد الفساد إلى الاستحقاق، هذا كله إذا كانت صيغة الضمان كما ذكرنا في المسألة الأولى. أما إذا عين جهة الاستحقاق، فقال: ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقًا، فلا يطالَب بجهة أُخرى. وكذا لو عين جهة غير الاستحقاق، لم يطالب عند الاستحقاق.

الخامسة: اشترى أرضًا وبنى فيها، أو غرس ثم خرجت مستحقة، فقلع المستحق البناء والغراس، فهل يجب أرش النقص على البائع وهو ما بين قيمته قائمًا ومقلوعًا؟ وجهان: الأصح المنصوص، وجوبه. فعلى هذا، لو ضمنه ضامن، نظر إن كان قبل ظهور الاستحقاق، أو بعده وقبل القلع، لم يصح. وإن كان بعدهما، صح إن كان قدره معلومًا. ولو ضمن رجل عهدة الأرض وأرش نقص البناء والغراس في عقد واحد، لم يصح في الأرش، وفي العهدة قولا الصفقة. ولو كان المبيع بشرط أن يعطيه كفيلًا بهما، فهو كما لو شرط في البيع رهنًا فاسدًا. وقال جماعة من الأصحاب: ضمان نقص البناء والغراس، كما لا يصح من غير البائع، لا يصح من البائع، وهذا إن أريد به أنه لغو. كما لو ضمن العهدة لوجوب الأرش عليه من غير التزام، فهو جار على ظاهر المذهب. وإلا، فهو ذهاب منهم إلى أنه لا أرش عليه.

الصفة الثانية: اللزوم. والديون الثابتة، ضربان: أحدهما: ما لا يصير إلى اللزوم بحال، وهو نجوم الكتابة، فلا يصح ضمانها على الصحيح. ولو ضمن رجل عن المكاتب غير النجوم، فإن ضمن لأجنبي، صح. وإذا غرم، رجع على المكاتب إن ضمنه بإذنه. وإن ضمنه لسيده، بني على أن ذلك الدين، هل يسقط بعجزه؟ وفيه وجهان: إن قلنا: نعم وهو الأصح، لم يصح كضمان النجوم

الضرب الثاني: ما له مصير إلى اللزوم. فإن كان لازمًا في حال الضمان،

صح ضمانه سواء كان مستقرًا أم لا كالمهر قبل الدخول، والثمن قبل قبض المبيع، ولا نظر إلى احتمال سقوطه، كما لا نظر إلى احتمال سقوط المستقر بالإبراء، والرد بالعيب وشبههما. وإن لم يكن لازمًا حال الضمان، فهو نوعان:

أحدهما: الأصل في وضعه اللزوم، كالثمن في مدة الخيار، وفي ضمانه وجهان: أصحهما: الصحة. قال في «التتمة» هذا الخلاف، إذا كان الخيار للمشتري أو لهما. أما إذا كان للبائع، فقط، فيصح قطعًا لأن الدين لازم في حق من عليه. وأشار الإمام إلى أن تصحيح الضمان، مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع. أما إذا منعه، فهو ضمان ما لم يجب.

النوع الثاني: ما الأصل في وضعه الجواز، كالجعل في الجعالة، وفيه وجهان كما سبق في الرهن به، وموضع الوجهين بعد الشروع في العمل وقبل تمامه، كما سبق هناك. وضمان مال المسابقة، إن جعلناها إجارة، صح، وإلا فكالجعل.

الصفة الثالثة: العلم، وفيه صور: إحداها: ضمان المجهول، فيه طريقان، كضمان ما لم يجب. فإن صححناه، فشرطه أن يمكن الإحاطة به، بأن يقول: أنا ضامن ثمن ما بعته فلانًا، وهو جاهل به، لأن معرفته متيسرة. أما إذا قال: ضمنت لك شيئًا مما لك على فلان، فباطل قطعًا. والقولان في صحة ضمان المجهول يجريان في صحة الإبراء عنه. وذكروا للخلاف في الإبراء مأخذين. أحدهما: الخلاف في صحة شرط البراءة عن العيوب، فإن العيوب مجهولة الأنواع والأقدار. والثاني: أن الإبراء هل هو إسقاط كالإعتاق؟ أم تمليك المديون ما في ذمته، ثم إذا ملكه سقط؟ وفيه رأيان. إن قلنا: إسقاط، صح الإبراء عن المجهول. وإلا، فلا، وهو الأظهر. ويتخرج على هذا الأصل مسائل:

منها: لو عرف المبرىء قدر الدين ولم يعرفه المبرأ. إن قلنا: إسقاط، صح، وإلا فيشترط علمه كالمتهب.

ومنها: لو كان له دين على هذا، ودين على هذا، فقال: أبرأت أحدكما. إن قلنا: اسقاط، صح، وأخذ بالبيان. وإلا فلا، كما لو كان له في يد كل واحد عبد، فقال: ملكت أحدكما العبد الذي في يده.

ومنها: لو كان لأبيه دين على رجل، فأبرأه منه وهو لا يعلم موت الأب، إن قلنا: إسقاط صح، كما لو قال لعبد أبيه: أعتقك، وهو لا يعلم موت الأب. إن قلنا: تمليك، فهو على الخلاف فيما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي، فبان ميتًا.

ومنها: أنه لا يحتاج إلى القبول إن جعلناه إسقاطًا، وإن جعلناه تمليكًا، لم يحتج إليه على الصحيح المنصوص. فإن اعتبرنا القبول، ارتد بالرد، وإلا، فوجهان:

وأصحهما: لا يرتد. والله أعلم.

وهذه المسائل، ذكرها في «التتمة» مع أخوات لها. واحتج للتمليك بأنه لو قال للمديون: ملكتك ما في ذمتك، صح وبرئت ذمته من غير نية وقرينة، ولولا أنه تمليك، لافتقر إلى نية أو قرينة، كما إذا قال لعبده: ملكتك رقبتك، أو لزوجته: ملكتك نفسك، فإنه يحتاج إلى النية.

فرع: لو اغتابه فقال: اغتبتك، فاجعلني في حل ففعل، وهو لا يدري ما اغتابه به، فوجهان: أحدهما: يبرأ لأنه إسقاط محض، كمن قطع عضوًا من عبد ثم عفا سيده عن القصاص، وهو لا يعلم عين المقطوع، فإنه يصح. والثاني: لا لأن المقصود رضاه، ولا يمكن الرضى بالمجهول، ويخالف القصاص، فإنه مبني على التغليب والسراية بخلاف إسقاط المظالم.

الصورة الثانية: ضمان أروش الجنايات، صحيح إن كان دراهم أو دنانير. وفي ضمان إبل الدية، إذا لم نجوز ضمان المجهول، وجهان: ويقال: قولان. أصحهما: الصحة. وقيل: يصح قطعًا كما يصح الإبراء عنها. وإذا دفع الحيوان وكان الضمان يقتضي الرجوع، فهل يرجع بالحيوان؟ أم بالقيمة؟ قال الإمام: لا يبعد أن يجرى فيه الخلاف المذكور في إقراض الحيوان. ولا يجوز ضمان الدية عن العاقلة قبل تمام السنة، لأنها غير ثابتة بعد.

الصورة الثالثة: إذا منعنا ضمان المجهول، فقال: ضمنت مما لك على فلان من درهم إلى عشرة، فوجهان: وقيل: قولان. أصحهما: الصحة لانتفاء الغرر، فعلى هذا، يلزمه عشرة على الأصح. وقيل: ثمانية. وقيل: تسعة.

والأصح: تسعة، وسنوضحه في الإقرار إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

وإن قال: ضمنت لك ما بين درهم وعشرة، فإن عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة، صح وكان ضامنًا لثمانية. وإلا، ففي صحته في الثمانية القولان، أو الوجهان. ولو قال: ضمنت لك الدراهم التي لك على فلان، وهو لا يعرف مبلغها، فهل يصح الضمان في ثلاثة لدخولها في اللفظ على كل حال؟ وجهان: كما لو أجر كل شهر بدرهم، فهل يصح في الشهر الأول، وهذه المسائل بعينها جارية في الإبراء.

فرع: يصح ضمان الزكاة عمن هي عليه على الصحيح. وقيل: لا لأنها حق لله تعالى ككفالة بدن الشاهد لأداء الشهادة. فعلى الصحيح، يعتبر الإذن عند الأداء على الأصح.

فرع: يجوز ضمان المنافع الثابتة في الذمة كالأموال.

فصل: في كفالة البدن، ويسمى أيضًا، كفالة الوجه، وهي صحيحة على المشهور. وقيل: تصح قطعًا، فتجوز ببدن من عليه مال، ولا يشترط العلم بقدره على الأصح. والثاني: يشترط بناء على أنه لو مات، غرم الكفيل المال. ويشترط أن يكون المال مما يصح ضمانه. فلو تكفل ببدن مكاتب للنجوم التي عليه، لم يصح. فإن كان عليه عقوبة، فإن كانت لآدمي كالقصاص وحد القذف، صحت الكفالة على الأظهر. وقيل: لا تصح قطعًا. وإن كانت حدًا لله تعالى، لم تصح على المذهب. وقيل: قولان. وضبط الإمام والغزالي من تكفل ببدنه فقالا: حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء أو يستحق إحضاره، تجوز الكفالة ببدنه، فيخرج على هذا الضابط صور، منها: الكفالة ببدن امرأة يدعي رجل زوجيتها، صحيحة. وكذلك الكفالة بها، لمن تثبت زوجيته. قال في «التتمة»: والظاهر، أن حكم هذه الكفالة حكم الكفالة ببدن من ادعي عليه القصاص، لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة.

ومنها: لو تكفل ببدن عبد آبق لمالكه، قال ابن سريج: يصح ويلزمه السعي في رده. ويجيء فيه مثل ما حكينا في الزوجة.

ومنها: الميت قد يستحق إحضاره ليقيم الشهود الشهادة على صورته إذا تحملوها كذلك ولم يعرفوا اسمه ونسبه. وإذا كان كذلك، صحت الكفالة ببدنه.

ومنها: الصبي، والمجنون، قد يستحق إحضارهما لإقامة الشهادة على صورتها في الإتلاف، وغيره، فتجوز الكفالة فيهما. ثم إن كفل بإذن وليها، فله مطالبة الولي بإحضارهما عند الحاجة، وإن كفل بغير إذنه، فهو كالكفالة ببدن العاقل البالغ بغير إذنه.

ومنها: قال الإمام: لو تكفل رجل ببغداد ببدن رجل بالبصرة، فالكفالة باطلة، لأن مَنْ بالبصرة لا يلزمه الحضور ببغداد للخصومات، والكفيل فرع المكفول به. وإذا لم يجب حضوره، لا يمكن إيجاب الإحضار على الكفيل. وهذا الذي قاله، تفريع على أنه لا يلزم إحضار من هو على مسافة القصر، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: الحق الذي تجوز بسببه الكفالة، إن ثبت على المكفول ببدنه بإقرار أو بينة، فذاك. وإن لم يثبت، لكنه ادعى عليه، فلم ينكر وسكت، صحت الكفالة أيضًا. وإن أنكر، فوجهان: أحدهما: أنها باطلة. لأن الأصل البراءة والكفالة بمن لا حق عليه باطلة. وأصحهما: الصحة لأن الحضور مستحق. ومعظم الكفالات إنما تقع قبل ثبوت الحق.

فرع: تجوز الكفالة ببدن الغائب، والمحبوس، وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال، كما يجوز للمعسر ضمان المال.

فرع: يشترط كون المكفول ببدنه معينًا. فلو قال: كفلت بدن أحد هذين، لم يصح كما لو ضمن أحد الدينين.

فصل: في ضمان الأعيان، فإذا ضمن عينًا لمالكها وهي في يد غيره، نظر، إن كانت مضمونة عليه كالمغصوب، والمستعار، والمستام، والأمانات إذا خان فيها، فله صورتان:

إحداهما: يضمن رد أعيانها. فالمذهب الذي عليه الجمهور، أنه على قولي كفالة البدن. وقيل: يصح قطعًا. والفرق أن حضور الخصم ليس مقصودًا في نفسه، وإنما هو ذريعة إلى تحصيل المال، فالتزام المقصود، أولى. فإن صححنا، فردها، بريء من الضمان. وإن تلفت وتعذر الرد، فهل عليه قيمتها؟ وجهان: كما لو مات المكفول ببدنه. فإن أوجبنا، فهل يجب في المغصوب أكثر القيم؟ أم قيمته يوم التلف لأن الكفيل لم يكن متعديًا؟ وجهان: قلت: الثاني أقوى. والله أعلم.

ولو ضمن تسليم المبيع وهو بعد في يد البائع، جرى الخلاف في الضمان. فإن صححناه وتلف، انفسخ البيع. فإن لم يدفع المشتري الثمن، لم يطالب الضامن بشيء. وإن كان دفعه، عاد الوجهان في أن الضامن، هل يغرم؟ فإن غرمناه، فهل يغرم الثمن؟ أم أقل الأمرين من الثمن وقيمة المبيع؟ وجهان: أصحهما: أولهما.

الصورة الثانية: أن يضمن قيمتها لو تلفت. قال البغوي: يبنى على أن المكفول ببدنه لو مات، هل يغرم الكفيل الدين؟ إن قلنا: نعم، صح ضمان القيمة لو تلف العين. وإلا، فلا، وهو الصحيح لهذا، ولأن القيمة قبل تلف العين، غير واجبة. أما إذا لم تكن العين مضمونة على من هي في يده كالوديعة والمالِ في يد الشريك، والوكيل، والوصي، فلا يصح ضمانها قطعًا، لأنها غير مضمونة الرد أيضًا، وإنما يجب على الأمين التخلية فقط. ولو تكفل ببدن العبد الجاني جناية توجب المال، فهو كضمان العين. ومنهم من قطع بالمنع. والفرق أن العين المضمونة مستحقة، ونفس العبد ليست مستحقة، وإنما المقصود تحصيل الأرش من بدله، وبدله مجهول.

فرع: باع شيئًا بثوب أو بدراهم معينة، فضمن قيمته، فهو كما لو كان الثمن في الذمة وضمن العهدة.

فرع: رهن ثوبًا ولم يسلمه، فضمن رجل تسليمه، لم يصح لأنه ضمان ما ليس بلازم.

فرع: في مسائل من الكفالة، إحداها: إذا عين في الكفالة مكانًا للتسليم، تعين. وإن أطلق، فالمذهب أنها تصح ويجب التسليم في مكان الكفالة. وقيل: هو كما لو أطلق السلم. وإذا أتى الكفيل بالمكفول به في غير الموضع المستحق، جاز قبوله، وله أن يمتنع إن كان فيه غرض، بأن كان قد عين مجلس الحكم، أو موضعًا يجد فيه من يعينه على خصمه. فإن لم يختلف الغرض، فالظاهر أنه يلزمه قبوله. فإن امتنع، رفعه إلى الحاكم ليقبض عنه. فإن لم يكن حاكم، أشهد شاهدين أنه سلمه إليه.

الثانية: يخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه في المكان الذي وجب فيه التسليم، سواء طلبه المستحق أم أباه، بشرط أن لا يكون هناك حائل كيَد سلطان، ومتغلِّب، وحبس بغير حق لينتفع بتسليمه. وحبس الحاكم بالحق، لا يمنع صحة التسليم، لإمكان إحضاره ومطالبته بالحق. ولو حضر المكفول به وقال: سلمت نفسي إليك عن جهة الكفيل، برىء الكفيل كما يبرأ الضامن بأداء الأصيل الدين. ولو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل، لم يبرأ الكفيل لأنه لم يسلمه إليه هو، ولا أحد عن جهته، حتى قال القاضي حسين: لو ظفر به المكفول له في مجلس الحكم وادعى عليه، لم يبرأ الكفيل. وكذلك لو سلمه أجنبي، لا عن جهة الكفيل. وإن سلمه عن جهة الكفيل، فإن كان بإذنه، فهو كما لو سلمه الكفيل. وإن كان بغير إذنه، فليس على المكفول به قبوله، لكن لو قبل: برىء الكفيل. ولو كفل رجل لرجلين، فسلم إلى أحدهما، لم يبرأ من حق الآخر. ولو كفل رجلان لرجلٍ، فسلم أحدهما، قال في «التهذيب»: إن كفلاه على الترتيب، وقع تسليمه عن المسلِّم دون صاحبه، سواء قال: سلمت عن صاحبي أم لم يقل. وإن كفلاه معًا، فوجهان: قال المزني: يبرأ أيضًا صاحبه، كما لو دفع أحد الضامنين الدين. وقال ابن سريج والأكثرون: لا يبرأ، كما لو كان بالدين رهنان، فانفك أحدهما، لا ينفك الآخر، ويخالف قضاء الدين، فإنه يبرىء الأصيل، وإذا برىء، برىء كل ضامن. ولو كانت المسألة بحالها، وكفل كل واحد من الكفيلين بدن صاحبه، ثم أحضر أحدهما المكفول به وسلمه، فعلى قول المزني: يبرأ كل واحدٍ عن الكفالة الأولى وعن كفالة صاحبه. وعلى قول ابن سريج: يبرأ المسلم عن الكفالتين، ويبرأ صاحبه عن كفالته دون الكفالة الأولى.

الثالثة: كما يخرج الكفيل عن العهدة بالتسليم، يبرأ أيضًا إذا أبرأه المكفول له. ولو قال المكفول له: لا حق لي قبل المكفول به أو عليه، فوجهان: أحدهما: يبرأ الأصيل والكفيل. والثاني: يرجع. فإن فسر بنفي الدين، فذاك. وإن فسر بنفي الوديعة والشركة ونحوهما، قبل قوله، فإن كذباه، حلف.

الرابعة: إذا غاب المكفول ببدنه، نظر، إن غاب غيبة منقطعة والمراد بها أن لا يعرف موضعه وينقطع خبره، فلا يكلف الكفيل إحضاره. وإن عرف موضعه، فإن كان دون مسافة القصر، لزمه إحضاره لكن يمهل مدة الذهاب والإياب ليحضره. فإن مضت المدة ولم يحضره، حبس. وإن كان على مسافة القصر، فوجهان: أصحهما: يلزمه إحضاره. والثاني: لا يطالب به. ولو كان غائبًا حال الكفالة، فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة.

الخامسة: إذا مات المكفول به، ففي انقطاع طلب الإحضار عن الكفيل، وجهان: أصحهما: لا ينقطع، بل عليه إحضاره ما لم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة البينة على صورته، كما لو تكفل ابتداءً ببدن الميت. والثاني: ينقطع. وهل يطالب الكفيل بمال؟ وجهان: أصحهما: لا لأنه لم يلتزمه. كما لو ضمن المسلم فيه فانقطع، فإنه لا يطالب برد رأس المال. والثاني: يطالب، وبه وقال ابن سريج لأنه وثيقة كالرهن. وعلى هذا، هل يطالب بالدين، أم بأقل الأمرين من الدين ودية المكفول به؟ وجهان بناء على القولين، في أن السيد يفدي الجاني بالأرش، أم بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد؟

المختار: المطالبة بالدين فإن الدية غير مستحقة، بخلاف قيمة العبد. قال صاحب «الحاوي»: ولو مات الكفيل، فعلى مذهب الشافعي والأصحاب، بطلت الكفالة ولا شيء في تركته. وعلى قول ابن سريج: ينبغي أن لا تبطل، لأنها عنده قد تفضي إلى مال يتعلق بالتركة، لكن لم أر له فيه نصًا. ولو مات المكفول له، بقي الحق لوارثه. فإن كان له غرماء وورثة، وأوصى إلى زيد بإخراج ثلثه، لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الورثة والغرماء والوصي. فلو سلم إلى الورثة والغرماء والموصى لهم، دون الوصي، ففي براءته وجهان حكاهما ابن سريج. والله أعلم.

السادسة: لو هرب المكفول به إلى حيث لا يُعلم، أو توارى، ففي مطالبة الكفيل بالمال، خلاف مرتب على الموت، وأولى بأن لا يطالب، إذ لم نيأس من إحضاره.

السابعة: إذا تكفل وشرط أنه إن عجز عن تسليمه، غرم الدين. فإن قلنا: يغرم عند الإطلاق، صح، وإلا، فالكفالة باطلة.

الثامنة: يشترط رضى المكفول ببدنه على الصحيح، ولا يشترط رضى المكفول له على الصحيح. فإذا كفل بغير رضى المكفول به، فأراد إحضاره لطلب المكفول له، نظر، إن قال: أحْضِر خصمي، فللكفيل مطالبته بالحضور، وعليه الإجابة لا بسبب الكفالة، بل لأنه وكله في إحضاره. وإن لم يقل ذلك، بل قال: أخرج عن حقي، فهل له مطالبة المكفول به؟ وجهان . أحدهما: لا كما لو ضمن عنه بغير إذنه

مالًا، وطالب المضمون له الضامن، فإنه لا يطالب المضمون عنه. وذكروا على هذا أنه يحبس، واستبعده الأئمة لأنه حبس على ما لا يقدر عليه. والثاني: نعم، لأن المطالبة بالخروج عن العهدة، تتضمن التوكيل في الإحضار.

التاسعة: لو تكفل ببدن الكفيل كفيل، ثم كفيل، ثم كذلك آخرون بلا حصر، جاز، لأنه تكفل بمن عليه حق لازم، وقياسًا على ضمان المال. ثم إذا برىء واحد برىء مَن بعده دون مَن قبله.

العاشرة: في موت المكفول له، ثلاثة أوجه: أصحها: بقاء الكفالة وقيام وارثه مقامه، كما لو ضمن له المال، والثاني: تبطل، لأنها ضعيفة. والثالث: إن كان عليه دين، أو له وصي، بقيت، وإلا، فلا، لأن الوصي نائبه والدين لا بد منه.

الركن الخامس: الصيغة، وفيه مسائل:

الأولى: لا بد من صيغة دالة على التزام، كقوله: ضمنت لك مالك على فلان، أو تكفلت ببدن فلان، أو أنا باحضار هذا المال أو هذا الشخص كفيل، أو ضامن، أو زعيم، أو حميل، أو قبيل. وفي «البيان» وجه: أن لفظ القبيل ليس بصريح، ويطرد هذا الوجه في الحميل وما ليس بمشهور في العقد. ولو قال: خل عن فلان والدين الذي لك عليه عندي، فليس بصريح في الضمان. ولو قال: دين فلان إليَّ، فوجهان: قلت: أقواهما: ليس بصريح. والله أعلم.

ولو قال: أؤدي المال، أو أحضر الشخص، فهذا ليس بالتزام، وإنما هو وعد. ولو تكفل فأبراه المستحق، ثم وجده ملازمًا للخصم فقال: خله وأنا على ما كنت عليه من الكفالة، صار كفيلًا.

الثانية: لو شرط الضامن، أو الكفيل الخيار لنفسه، لم يصح الضمان. فلو شرط للمضمون له، لم يضر، لأن الخيار في المطالبة والإبراءِ له أبدًا.

الثالثة: لو علَّق الضمان بوقت أو غيره فقال: إذا جاء رأس الشهر، فقد ضمنتُ، أو إن لم يؤد مالك غدًا، فأنا ضامن، لم يصح على المذهب، كما لا يصح مؤقتًا، كقوله: أنا ضامن إلى شهر، فإذا مضى ولم أغرم، فأنا بريء. وعن ابن سريج أنه إذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب، جاز التعليق. قال الإمام: ويجيء في تعليق الإبراء القولان، لأنه إسقاط فإذا قلنا: بالقديم، فقال: إذا بعتَ عبدك بألف، فأنا ضامن للثمن، فباعه بألفين، قال ابن سريج: لا يكون ضامنًا لشيء. وفي وجه: يصير ضامنًا لألف. ولو باعه بخمسمئة، ففي كونه ضامنًا لها، الوجهان. ولو قال: إذا أقرضته عشرة، فأنا ضامن لها، فأقرضه خمسة عشر، فهو ضامن للعشرة على الوجهين، لأن من أقرض خمسة عشر، فقد أقرض عشرة، والبيع

بخمسة عشر ليس بيعًا بعشرة. وإن أقرضه خمسة، فعن ابن سريج: تسليم كونه ضامنًا لها. قال الإمام: وهو خلاف قياسه، لأن الشرط لم يتحقق. ولو علق كفالة البدن بمجيء الشهر، فإن جوزنا تعليق المال، فهي أولى، وإلا، فوجهان: كالخلاف في تعليق الوكالة، والفرق أن الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة. ولو علقها بحصاد الزرع، فوجهان مرتبان، وأولى بالمنع، لانضمام الجهالة. وإن علقها بقدوم زيد، فأولى بالمنع، للجهل بأصل حصول القدوم، فإن جوزنا، فوجد الشرط المعلق عليه، صار كفيلًا.

الرابعة: لو وقّت كفالة البدن فقال: أنا كفيل به إلى شهر، فإذا مضى، برئت، فوجهان: وقيل: قولان. أصحهما: البطلان، كضمان المال. ولو نجز الكفالة وشرط التأخير في الإحضار شهرًا، جاز للحاجة كمثله في الوكالة، وتوقف فيه الإمام، وجعل الغزالي في «الوسيط» هذا التوقف وجهًا. فإذا صححنا فأحضره قبل المدة وسلمه، وامتنع المكفول له من قبوله، نظر، هل له غرض في الامتناع بأن كانت بينته غائبة أو دينه مؤجلًا، أم لا؟ وحكم القسمين، على ما سبق فيمن سلمه في غير المكان المعين. ولو شرط لإحضاره أجلًا مجهولًا، كالحصاد، ففي صحة الكفالة، وجهان: أصحهما: المنع.

الخامسة: لو ضمن الدين الحالَّ حالًّا، أو أطلق، لزمه حالًّا، وإن ضمن المؤجَّل مؤجلًا بأجل، أو أطلق لزمه لأجَله. وإن ضمن الحالَّ مؤجلًا بأجل معلوم، فوجهان: أحدهما: لا يصح الضمان، للاختلاف. وأصحهما: الصحة، للحاجة، وعلى هذا، فالمذهب ثبوت الأجل، فلا يطالب إلا كما التزم، وبهذا قطع الجمهور. وشذ إمام الحرمين فادعى إجماع الأصحاب على أن الأجل لا يثبت، وأن في فساد الضمان لفساده، وجهين: أصحهما: الفساد. أما لو ضمن المؤجَّل حالًّا، والتزم التبرع بالتعجيل مضمومًا إلى التبرع بأصل الضمان، فوجهان كعكسه، أصحهما: الصحة. وعلى هذا، هل يلزمه الوفاء بالتعجيل؟ وجهان: أصحهما: لا، كما لو التزم الأصيل التعجيل. وعلى هذا، هل يثبت الأجل في حقه مقصودًا، أم تبعًا؟ فيه وجهان: وفائدتهما فيما لو مات الأصيل والحالة هذه. ولو ضمن المؤجل إلى شهرين مؤجلًا إلى شهر، فهو كضمان المؤجل حالًّا.

السادسة: لو تكفل ببدن رجل، أو نفسه، أو جسمه، أو روحه، صح. وإن تكفل بعضو منه، فأربعة أوجه:

أحدها: أنه باطل، كالبيع والإجارة، بخلاف العتق والطلاق، لأن لهما قوة وسراية، وبهذا قال الشيخ أبو حامد، والقاضي أبوالطيب. واختاره ابن الصباغ.

والثاني: يصح.

والثالث: إن كان عضوًا لا يبقى البدن دونه، كالرأس، والقلب، والكبد، والدماغ، صح. وإن بقي دونه، كالرِّجل، واليد، لم يصح. وقال في «التهذيب»: هذا أصح.

والرابع: ما عبِّر به عن جميع البدن، كالرأس، والرقبة، يصح. وما لا، كاليد، والرّجل، فلا. قال القفال: هذا أصح. وللوجه حكم سائر الأعضاء، كذا قاله الجمهور. وقال الإمام: يصح قطعًا، لشهرة هذا العقد بكفالة الوجه. وأما الجزء الشائع، كالنصف والثلث، فكالجزء الذي لا يبقى البدن دونه، فيكون فيه وجهان: قطع صاحب «الحاوي» بصحة الكفالة فيما لو كفل برأسه، أو وجهه، أو عينه، أو قلبه وفؤاده وغيرها مما لا يحيى دونه، أو جزء شائع. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ويصح ضمان الدرك على المنصوص، وخرج أبو العباس قولًا آخر أنه لا يصح لأنه ضمان ما يستحق من المبيع. وذلك مجهول، والصحيح أنه يصح قولًا واحدًا، لأن الحاجة داعية إليه لأنه يسلم الثمن ولا يأمن أن يستحق عليه المبيع، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهنًا، لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهنًا ولا يمكنه أن يستوثق بالشهادة، لأنه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة، فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان، ولا يمكن أن يجعل القدر الذي يستحق معلومًا فعفى عن الجهالة فيه، كما عفى عن الجهل بأساس الحيطان. ويخالف ضمان المجهول لأنه يمكنه أن يعلم قدر الدين ثم يضمنه، وفي وقت ضمانه وجهان:

أحدهما: لا يصح حتى يقبض البائع الثمن لأنه قبل أن يقبض ما وجب له شيء؛ وضمان ما لم يجب لا يصح.

والثاني: يصح قبل قبض الثمن، لأن الحاجة داعية إلى هذا الضمان في عقد البيع فجاز قبل قبض الثمن. وإن اشترى جارية وضمن دركها فخرج بعضها مستحقًا ـ فإن قلنا إن البيع يصح في الباقي ـ رجع بثمن ما استحق، وإن قلنا يبطل البيع في الجميع رجع على الضامن بثمن ما استحق، وهل يرجع عليه بثمن الباقي؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه، لأنه بطل البيع فيه لأجل الاستحقاق، فضمن كالمستحق.

والثاني: لا يرجع لأنه لم يضمن إلا ما يستحق فلم يضمن ما سواه، وإن ضمن الدرك فوجد بالمبيع عيبًا فرده فهل يرجع على الضامن بالثمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع، وهو قول المزني وأبي العباس، لأنه زال ملكه عنه بأمر حادث فلم يرجع عليه بالثمن، كما لو كان شقصًا فأخذه الشفيع.

والثاني: يرجع لأنه رجع إليه الثمن بمعنى قارن العقد، فثبت له الرجوع على الضامن، كما لو خرج مستحقًا، وإن وجد به العيب وقد حدث عنده عيب فهل يرجع بأرش العيب؟ على ما ذكرناه من الوجهين.

فصل: وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب، وقال في الدعاوي والبينات: إن كفالة البدن ضعيفة، فمن أصحابنا من قال: تصح قولًا واحدًا، وقوله ضعيفة أراد من جهة القياس، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: أنها لا تصح، لأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها، والثاني: يصح، وهو الأظهر لما روى أبو إسحاق السبيعي عن حارثة بن مضرب قال: «صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قال رجل فحمد الله وأثنى عليه وقال: أما بعد فوالله لقد بت البارحة وما في نفسي على أحد احنة، وإني كنت استطرقت رجلًا من بني حنيفة وكان أمرني أن آتيه بغلس فانتهيت إلى مسجد بني حنيفة، مسجد عبد الله بن النواحة؛ فسمعت مؤذنهم يشهد أن لا إله إلا الله، وأن مسيلمة رسول الله، فكذبت سمعي وكففت فرسي حتى سمعت أهل المسجد قد تواطأوا على ذلك فقال عبد الله بن مسعود: علي بعبد الله بن النواحة، فحضر واعترف، فقال له عبد الله: أين ما كنت.

تقرأ من القرآن؟ قال: كنت أتقيكم به، فقال له: تب فأبى، فأمر به فأخرج إلى السوق فجز رأسه ثم شاور أصحاب محمد ﷺ في بقية القوم، فقال عدي بن حاتم: ثؤلول كفر قد اطلع رأسه فاحسمه».

وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس: «استتبهم فإن تابوا كفلهم عشائرهم فاستتابهم فتابوا، وكفلهم عشائرهم» ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد فجاز الكفالة به كالدين، فإن قلنا: تصح جازت الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين، لأنه حق لازم لآدمي فصحت الكفالة به كالدين، وإن كان عليه حد فإن كان لله تعالى لم تصح الكفالة به، لأن الكفالة للاستيثاق وحق الله تعالى مبني على الدرء والإسقاط؛ فلم يجز الاستيثاق بمن عليه، وإن كان قصاصًا أو حد قذف ففيه وجهان:

أحدهما: لا تصح، لأنه لا تصح الكفالة بما عليه فلم تصح الكفالة به، كمن عليه حد لله تعالى. والثاني تصح لأنه حق لآدمي فجازت الكفالة ببدن من عليه كالدين. ومن عليه دين غير لازم كالمكاتب لا تجوز الكفالة ببدنه، لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة.

فصل: وإن كان عليه دين مجهول ففيه وجهان. قال أبو العباس: لا تصح الكفالة ببدنه لأنه قد يموت المكفول به فيلزمه الدين، فإذا كان مجهولًا لم تكن المطالبة والثاني: أنه تصح، وهو المذهب. لأن الكفالة بالبدن لا تعلق لها بالدين.

فصل: وتصح الكفالة ببدن الكفيل كما يصح ضمان الدين عن الضمين.

فصل: وتجوز الكفالة حالًا ومؤجلًا، كما يجوز ضمان الدين حالًا ومؤجلًا ف، وهل يجوز إلى أجل معلوم؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنه تبرع من غير عوض فجاز في المجهول كإباحة الطعام.

والثاني: لا يجوز لأنه إثبات حق في الذمة لآدمي فلا يجوز إلى أجل مجهول كالبيع، ويخالف الإباحة فإنه لو أباحه أحد الطعامين جاز، ولو تكفل ببدن أحد الرجلين لم يجز.

فصل: وتجوز الكفالة به ليسلم في مكان معين، وتجوز مطلقًا، فإن أطلق وجب التسليم في موضع العقد كما تجوز حالًا ومؤجلًا، وإذا أطلق وجب التسليم في حال العقد.

فصل: ولا تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به، لأنه إذا تكفل به من غير إذنه لم يقدر على تسليمه، ومن أصحابنا من قال: تصح كما تصح الكفالة بالدين من غير إذن من عليه الدين.

فصل: وإن تكفل بعضو منه ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يصح لأن في تسليمه تسليم جميعه. والثاني: لا يجوز، لأن إفراد العضو بالعقد لا يصح، وتسريته إلى الباقي لا تمكن لأنه لا سراية له فبطلت. والثالث: إن كان العضو لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب جاز لأنه لا يمكن تسليمه إلا بتسليم البدن، وإن كان عضوًا يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح، لأنه قد يقطع فيبرأ مع بقائه.

فصل: وإن أحضر المكفول به قبل المحل أو في غير الموضع الذي شرط فيه التسليم، فإن كان عليه في قبوله ضرر، أو له في رده غرض، لم يلزمه قبوله، وإن لم يكن عليه ضرر ولا له في رده غرض وجب قبوله، فإن لم يتسلمه أحضره عند الحاكم ليتسلم عنه ويبرأ كما قلنا في دين السلم. وإن أحضره وهناك يد حائلة لم يبرأ، لأن التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل، ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل لم يصح تسليمه، وإن سلمه وهو في حبس الحاكم صح التسليم ولأن حبس الحاكم ليس بحائل، ويمكن إحضاره ومطالبته بما عليه من الحق.

وإن حضر المكفول به بنفسه؛ وسلم نفسه برىء الكفيل كما يبرأ الضامن إذا أدى المضمون عنه الدين، وإن غاب المكفول به إلى موضع لا يعرف خبره، لم يطالب به، وإن غاب إلى موضع يعلم خبره لم يطالب به حتى يمضي زمان يمكن فيه الذهاب والمجيء، لأن ما لزم تسليمه لم يلزم إلا بإمكان التسليم.

فإن مضى زمان الإمكان ولم يفعل حبس الكفيل إلى أن يحضره، فإن أبرأه المكفول له من الكفالة برىء كما يبرأ الضامن إذا أبرأه المضمون له، فإن جاء رجل وقال أبرىء الكفيل وأنا كفيل بمن تكفل به، ففيه وجهان:

قال أبو العباس: يصح، لأنه نقل للضمان إلى نفسه فصار كما لو ضمن رجل مالًا فأحال الضامن المضمون له على آخر. وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو

الطيب الطبري رحمهما الله لا يصح لأنه تكفل بشرط أن يبرأ الكفيل. وذلك شرط فاسد فمنع صحة العقد.

وإن تكفل ببدن رجل لنفسين، فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر. لأنه ضمن تسليمين فلم يبرأ بأحدهما، كما لو ضمن لهما دينين فأدى دين أحدهما، وإن تكفل اثنان لرجل ببدن رجل فأحضره أحدهما، فقد قال شيخنا القاضي أبو الطيب رحمه الله: أنه لا يبرأ الآخر لأنه لو أبرىء أحدهما لم يبرأ الآخر، فإذا سلمه أحدهما لم يبرأ الآخر، وعندي أنه يبرأ، لأن المستحق إحضاره وقد حصل فبرئا، كما لو ضمن رجلًا دينًا فأداه أحدهما، ويخالف الدين عوضًا. وإن أحاله على من لا دين له عليه وقبل المحال عليه وقلنا: الإبراء فإن الإبراء مخالف للأداء، والدليل عليه أن في ضمان المال لو أبرىء أحد الضامنين لم يبرأ الآخر، ولو أدى أحد الضامنين برىء.

فصل: وإن تكفل ببدن رجل فمات المكفول به برىء الكفيل. وقال أبو العباس: يلزمه ما على المكفول به من الدين لأنه وثيقة. فإذا مات من عليه الدين وجب أن يستوفي الدين منها كالرهن، والمذهب الأول، لأنه لم يضمن الدين فلا يلزمه.

فصل: وإن تكفل بعين ـ نظرت، فإن كان أمانة كالوديعة ـ لم يصح، لأنه إذا لم يجب ضمانها على من هي عنده، فلأن لا يجب على من يضمن عنه أولى، وإن كان عينًا مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان، بناء على القولين في كفالة البدن. فإن قلنا إنها تصح فهلكت العين فقد قال أبو العباس: فيه وجهان، أحدهما: يجب عليه ضمانها، والثاني: لا يجب، وقال الشيخ أبو حامد: لا يجوز بناء ذلك على كفالة البدن، فإن البدن لو تلف لم يضمن بدله، ولو هلكت العين ضمنها.

فصل: وإن ضمن عنه دينًا ثم اختلفا فقال الضامن: ضمنت وأنا صبي، وقال المضمون له: ضمنت وأنت بالغ، فالقول قول الضامن، لأن الأصل عدم البلوغ، وإن قال: ضمنت وأنا مجنون، وقال: بل ضمنت وأنت عاقل، فإن لم يعرف له حالة جنون فالقول قول المضمون له، لأن الأصل العقل وصحة الضمان، وإن عرف له حالة جنون فالقول قول الضامن، لأنه يحتمل أن يكون الضمان في حالة الإفاقة. ويحتمل أن يكون في حالة الجنون، والأصل عدم الضمان وبراءة الذمة.

وإن ضمن عن رجل شيئًا وأدى المال ثم ادعى أنه ضمن بإذنه وأدى بإذنه ليرجع، وأنكر المضمون عنه الإذن لم يرجع عليه، لأن الأصل عدم الإذن، وأن تكفل ببدن رجل ثم ادعى أنه تكفل به ولا حق عليه فالقول قول المكفول له لأن الكفيل قد أقر بالكفالة، والكفالة لا تكون إلا بمن عليه حق فكان القول قول المكفول له، فإن طلب الكفيل يمين المكفول له على ذلك ففيه وجهان:

أحدهما: يحلف، لأن ما يدعيه الكفيل ممكن، فحلف عليه الخصم.

والثاني: لا يحلف، لأن إقراره بالكفالة يقتضي وجوب الحق وما يدعيه يكذب إقراره، فلم يحلف الخصم. وإن ادعى الضامن أنه قضى الحق عن المضمون عنه. وأقر المضمون له. وأنكر المضمون عنه. ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول المضمون عنه. لأن الضامن يدعي القضاء ليرجع فلم يقبل قوله. والمضمون له يشهد على فعل نفسه أنه قبض فلم تقبل شهادته. فسقط قولهما وحلف المضمون عنه، والثاني: أن القول قول الضامن لأن قبض المضمون له يثبت بالإقرار مرة وبالبينة أخرى. ولو ثبت قبضه بالبينة رجع الضامن. فكذلك إذا ثبت بالإقرار.

الشرح: قوله: «الدرك»: التبعة، والبارحة: الليلة الماضية، والإحنة: العداوة والحقد، وقوله: «استطرقت» أي طلبت منه أن ينزي فرسه الذكر على فرسي الأنثى، وقوله: «بغلس» الغلس: ظلمة آخر الليل، وقوله: «تواطأوا» أي توافقوا، وقوله: «ثؤلول» واحد الثآليل وهي بثور تخرج في بدن الإنسان يابسة صلبة كأنها رؤوس مسامير، والحسم: القطع، والعشيرة: القبيلة.

فصل: فيما يترتب على الضمان الصحيح من الأحكام، وهي ثلاثة: الحكم الأول: أن تتجدد للمضمون له مطالبة الضامن، ولا تنقطع مطالبته عن المضمون عنه، بل له مطالبتهما جميعًا، ومطالبة أيهما شاء. وله مطالبة أحدهما ببعضه، والآخر بباقيه. والله أعلم.

فلو ضمن بشرط براءة الأصيل، لم يصح على الأصح، لأنه ينافي مقتضاه. والثاني: يصح الضمان والشرط. والثالث: يصح الضمان فقط. فإن صححناهما، برىء الأصيل، ورجع الضامن عليه في الحال إن ضمن بإذنه، لأنه حصل براءته كما لو أدى. ومهما أبرأ مستحق الدين الأصيل، برىء الضامن لسقوط الحق، كما لو أدى الأصيل الدين، أو أحال مستحقه على إنسان، أو أحال المستحق غريمه عليه. وكذا يبرأ ببراءته ضامن الضامن. ولو أبرأ الضامن، لم يبرأ الأصيل، لكن يبرأ ضامن الضامن. ولو أبرأ ضامن الضامن، لم يبرأ الضامن.

فرع: ضمن دينًا مؤجلًا، فمات الأصيل، حل عليه الدين، ولم يحل على الضامن على الصحيح. وقال ابن القطان: يحل، لأنه فرعه، فعلى الصحيح، لو أخر المستحق المطالبة، كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الأصيل، أو إبرائه، لأنه قد تهلك التركة، فلا يجد مرجعًا إذا غرم. وفي وجه ضعيف: ليس له هذه المطالبة. ولو مات الضامن، حل عليه الدين. فإن أخذ المستحق المال من تركته، لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه قبل حلول الأجل، وفي وجه شاذ: لا يحل بموت الضامن.

الحكم الثاني: في مطالبة الضامن المضمون عنه بالأداء، ومداره على وجهين خرَّجهما ابن سريج رحمه الله، في أن مجرد الضمان يوجب حقًا للضامن على الأصيل ويثبت علقة بينهما، أم لا؟ فإذا طالب المضمون له الضامن بالمال، فله مطالبة الأصيل بتخليصه إن ضمن بإذنه. وفي وجه شاذ: ليس له، وليس له مطالبته قبل أن يطالَب على الأصح. وهل للضامن تغريم الأصيل قبل أن يغرم حيث يثبت له الرجوع؟ وجهان: بناءً على التخريج المذكور. وليكن الوجهان تفريعًا على أن ما يأخذه عوضًا عما يقضي به دين الأصيل، يملكه. وفيه وجهان بناءً على التخريج.

ولو دفعه الأصيل ابتداءً بلا مطالبة، فإن قلنا: يملكه، فله التصرف فيه، كالفقير إذا أخذ الزكاة المعجلة، لكن لا يستقر ملكه عليه، بل عليه رده. ولو هلك عنده، ضمنه كالمقبوض بشراء فاسد. ولو دفعه إليه وقال: اقض ما ضمنتَ عني، فهو وكيل الأصيل، والمال أمانة في يده. ولو حبس المضمون له الضامنَ، فهل له حبس الأصيل؟ وجهان بناء على التخريج. إن أثبتنا العلقة بينهما. فنعم وإلا فلا، وهو الأصح. ولو أبرأ الضامن الأصيل عما سيغرم، إن أثبتنا العلقة، صح الإبراء، وإلا، فعلى الخلاف في الإبراء عما لم يجب، ووجد سبب وجوبه. ولو صالح الضامن الأصيل عن العشرة التي سيغرمها على خمسة، إن أثبتناها في الحال، صح الصلح، وكأنه أخذ عوض بعض الحق وأبرأ عن الباقي، وإلا، فلا يصح. ولو ضمن عن الأصيل ضامن للضامن، ففي صحته، الوجهان. وكذا لو رهن الأصيل عند الضامن شيئًا بما ضمن. والأصح في الجميع: المنع. ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيل ضامنًا بما ضمن، ففي صحة الشرط الوجهان. فإن صححنا فوفى، وإلا فللضامن فسخ الضمان. وإن أفسدناه، فسد به الضمان على الأصح.

الحكم الثالث: الرجوع. أما غير الضامن إذا أدّى دين غيره بغير إذنه، فلا رجوع، لأنه متبرع. وإن أدّى بإذنه، رجع إن شرط الرجوع قطعًا. وكذا إن أطلق على الأصح. وفي وجه ثالث: إن كان حالهما يقتضي الرجوع، رجع، وإلا، فلا، كنظيره من الهبة. وأما الضامن، فله أربعة أحوال:

الحال الأول: يضمن بإذن ويؤدي بإذن، فيرجع سواء شرط الرجوع، أم لا. قال الإمام: ويحتمل أن ينزل منزلة الإذن في الأداء بلا ضمان، حتى يقال: إن شرط الرجوع، رجع، وإلا فعلى الخلاف. وفي كلام صاحب «التقريب» رمز إليه.

الحال الثاني: أن يضمن ويؤدي بلا إذن، فلا رجوع.

الحال الثالث: يضمن بغير إذن، ويؤدي بالإذن، فلا رجوع على الأصح. فلو أذن في الأداء بشرط الرجوع، ففيه احتمالان للإمام، أحدهما: يرجع كما لو أذن

في الأداء بهذا الشرط من غير ضمان. والثاني: لا، لأن الأداء مستحق بالضمان، والمستحق بلا عوض لا يجوز مقابلته بعوض كسائر الحقوق الواجبة.

الحال الرابع: يضمن بالإذن، ويؤدي بلا إذن، فأوجه: الأصح المنصوص: يرجع. والثاني: لا. والثالث: إن أدى من غير مطالبة أو بمطالبة، ولكن أمكنه استئذان الأصل، لم يرجع، وإلا فيرجع.

فرع: حوالة الضامن المضمون له على إنسان، وقبوله حوالة المضمون له عليه، ومصالحتهما عن الدين على عوض، وصيرورة الدين ميراثًا للضامن، كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه.

فصل: في كيفية الرجوع، فإن كان ما دفعه إلى رب الدين من جنس الدين وعلى صفته، رجع به. وإن اختلف الجنس، فالكلام في المأذون في الأداء بلا ضمان، ثم في الضامن. أما الأول، فالمأذون بشرط الرجوع أو دونه، إن أثبتناه لو صالح على غير الجنس، ففي رجوعه أوجه: أصحها: يرجع. والثاني: لا. والثالث: إن قال: أدّ ديني أو ما عليّ، رجع، وإن قال: أدِّ ما عليَّ من الدنانير مثلًا، فلا رجوع. وإذا قلنا: يرجع، رجع بما سنذكر في الضامن إن شاء الله تعالى. وأما الضامن، إذا صالح على غير الجنس، فيرجع بلا خلاف، لأن بالضمان ثبت المال في ذمته كثبوته في ذمة الأصيل، والمصالحةُ معاملة مبنية عليه. ثم ينظر، فإن كانت قيمة المصالَح عليه أكثر من قدر الدين، لم يرجع بالزيادة. وإن لم تكن أكثر، كمن صالح عن ألف بعبد يساوي تسعمئة، فوجهان: وقيل: قولان. أصحهما: يرجع بتسعمئة. والثاني: بالألف. ولو باعه العبد بألف، ثم تقاصا، رجع بالألف بلا خلاف. ولو قال: بعتك العبد بما ضمنته لك عن فلان، ففي صحة البيع، وجهان: فإن صححنا، فهل يرجع بما ضمنه؟ أم بالأقل مما ضمنه، ومن قيمة العبد؟ وجهان: المختار الصحة، وأنه يرجع بما ضمنه. والله أعلم.

أما إذا اختلفت الصفة، فإن كان المؤدى خيرًا، بأن أدى الصحاح عن المكسرة، لم يرجع بالصحاح. وإن كان بالعكس، ففيه الخلاف المذكور في خلاف الجنس. وعن الشيخ أبي محمد، القطع بالرجوع.

فرع: في مسائل تتعلق بالرجوع، إحداها: ضمن عشرة، وأدى خمسة، وأبرأه رب المال عن الباقي، لم يرجع إلا بالخمسة المغرومة، وتبقى الخمسة الأخرى على الأصيل. ولو صالحه من العشرة على خمسة، لم يرجع إلا بالخمسة أيضًا، لكن يبرأ الضامن والأصيل عن الباقي.

الثانية: ضمن ذمي لذمي دينًا على مسلم، ثم تصالحا على خمر، فهل يبرأ

المسلم لأن المصالحة بين ذميين، أم لا، كما لو دفع الخمر بنفسه؟ وجهان: فإن قلنا: بالأول، ففي رجوع الضامن على المسلم، وجهان: لأن ما أدي ليس بمال، إلا أنه أسقط الدين. والأصح: لا يبرأ، ولا يرجع. والله أعلم.

الثالثة: ضمن عن الضامن آخر، وأدى الثاني، فرجوعه على الأول، كرجوع الأول على الأصيل، فيراعى الإذن وعدمه. وإذا لم يثبت له الرجوع على الأول لم يثبت بأدائه للأول الرجوع على الأصيل لأنه لم يغرم. وإذا ثبت له الرجوع على الأول فرجع، رجع الأول على الأصيل إذا وجد شرطه، فلو أراد الثاني أن يرجع على الأصيل، ويترك الأول نظر، إن كان الأصيل قال له: اضمن عن ضامني، ففي رجوعه عليه، وجهان: كما لو قال لإنسان: أدِّ ديني وليس كما لو قال: أدِّ دين فلان، حيث لا يرجع قطعًا على الآمر، لأن الحق لم يتعلق بذمته. وإن لم يقل له: اضمن عن ضامني، فإن كان الحال لا يقتضي رجوع الأول على الأصيل، لم يرجع الثاني عليه. وإن اقتضاه، فكذلك على الأصح، لأنه لم يضمن عن الأصيل. ولو أن الثاني ضمن عن الأصيل أيضًا، فلا رجوع لأحد الضامنين على الآخر، وإنما الرجوع للمؤدي على الأصيل. ولو ضمن عن الأول والأصيل معًا، فأدى، فله أن يرجع على أيهما شاء، وأن يرجع على هذا بالبعض، وعلى ذاك بالبعض، ثم للأول الرجوع على الأصيل بما غرم بشرطه.

الرابعة: على زيد عشرة، ضمنها اثنان، كل واحد خمسة، وضمن كل واحد عن الآخر، فلرب المال مطالبة كل واحد منهما بالعشرة، نصفها عن الأصيل، ونصفها عن الآخر، فإن أدى أحدهما العشرة، رجع بالنصف على الأصيل، وبالنصف على صاحبه. وهل له الرجوع بالجميع على الأصيل إذا كان لصاحبه الرجوع عليه لو غرم؟ فيه الوجهان. وإن لم يؤدّ إلا خمسة، نظر، هل أداها عن الأصيل، أو عن صاحبه، أو عنهما؟ ويثبت الرجوع بحسبه.

الخامسة: ضمن الثمن، فهلك المبيع له أو وجد به عيبًا فرده، أو ضمن الصداق، فارتدت المرأة قبل الدخول، أو فسخت بعيب، نظر، إن كان ذلك قبل أن يؤدي الضامن، برىء الضامن والأصيل. وإن كان بعده، فإن كان بحيث يثبت الرجوع، رجع بالمغروم على الأصيل، وضمن رب الدين للأصيل ما أخذ إن كان هالكًا. وإن كان باقيًا، رده بعينه. وهل له إمساكه ورد بدله؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا رد المبيع بعيب وعينُ دراهمه عند البائع، فأراد إمساكها ورد مثلها، والأصح: المنع. وإنما يغرم للأصيل دون الضامن، لأن في ضمن الأداء عنه إقراضه وتمليكه إياه. وإن كان بحيث لا يثبت للضامن الرجوع، فلا شيء له على

الأصيل، ويلزم المضمون له رد ما أخذ. وعلى من يرد؟ فيه الخلاف فيمن تبرع بالصداق وطلق الزوج قبل الدخول، وسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

السادسة: أدى الضامن الدين، ثم وهبه رب الدين له، ففي رجوعه على الأصيل، وجهان بناء على القولين فيما لو وهبت الصداق للزوج، ثم طلقها قبل الدخول. قلت: الأصح: الرجوع. والله أعلم.

السابعة: لرجل على رجلين عشرة، وضمن كل واحد ما على الآخر، فلرب الدين أن يطالبهما، ومن شاء منهما بالعشرة، فإن أداها أحدهما، برئا جميعًا، وللمؤدي الرجوع بخمسة على صاحبه إن وجد شرط الرجوع. وإن أدى كل واحد خمسة عما عليه، فلا رجوع. وإن أدى عن الآخر، جاء خلاف التقاص. وإن أدى أحدهما خمسة، ولم يؤد الآخر شيئًا، فإن أداها عن نفسه، برىء مما عليه، وبقي على صاحبه ما كان عليه والمؤدي ضامن له. وإن أداها عن صاحبه، رجع بها عليه، وبقي عليه، ما كان عليه، وصاحبه ضامن له. وإن أداها عنهما، فلكل نصف حكمه. وإن أدى ولم يقصد شيئًا، فهل يقسط عليهما؟ أو يقال: اصرف إلى ما شئت؟ وجهان سبق نظيرهما في آخر الرهن. ومن فوائدهما، أن يكون بنصيب أحدهما رهن. فإن قلنا: له صرفه، فصرفه إلى ما به الرهن، انفك، وإلا، فلا. ولو قال المؤدي: أديت عما عليَّ، فقال القابض: بل عن صاحبك، صدق المؤدي بيمينه. فإذا حلف، برىء مما عليه، لكن لرب الدين مطالبته بخمسة على الصحيح، لأن عليه خمسة أخرى، إما بالأصالة، وإما بالضمان. وفي وجه: لا مطالبة له، لأنه إن طالبه عن الأصالة، فالشرع يصدِّق المؤدي في البراءة منها. وإن طالبه بالضمان، فربُّ الدين معترف بأنه أدى عنه.

وإن أبرأ رب الدين أحدهما عن جميع العشرة، برىء أصلًا وضمانًا، وبرىء الآخر من الضمان دون الأصل. وإن أبرأ أحدهما عن خمسة، نظر، إن أبرأه عن الأصل، برىء عنه، وبرىء صاحبه عن ضمانه وبقي عليه ضمان ما على صاحبه. وإن أبرأه عن الضمان برىء عنه، وبقي عليه الأصيل، وبقي على صاحبه الأصل والضمان وإن أبرأه عن الخمسة من الجهتين جميعًا، سقط عنه نصف الأصل ونصف الضمان، وعن صاحبه نصف الضمان وبقي عليه الأصل، ونصف الضمان، فيطالبه بسبعة ونصف، ويطالب المبرأ بخمسة. وإن لم ينو عند الإبراء شيئًا، فهل يحمل على النصف، أم يخير ليصرف إلى ما شاء؟ فيه الوجهان. ولو قال: أبرأت عن الضمان، فقال المبرأ: بل عن الأصل، فالقول قول المبرىء.

الثامنة: ادعى أن له على زيد وعلى غائب ألفًا باعهما به عبدًا قبضاه، أو عن

جهة أخرى، وأن كل واحد منهما ضمن ما على الآخر وأقام بذلك بيِّنة، فأخذ الألف من زيد، نص أنه يرجع على الغائب بنصف الألف. قال الجمهور: هذا إذا لم يكن وُجد من زيد تكذيب للبينة. فإن كان، لم يرجع، لأنه مظلوم بزعمه، فلا يطالب غير ظالمه، وهذا هو الأصح. وقال ابن خيران: يرجع وإن صرح بالتكذيب، لأن البينة أبطلت حكم إنكاره.

فرع: جميع ما سبق من رجوع المأذون له في الأداء، والضامن على الأصيل، مفروض فيما إذا أشهد على الأداء رجلين أو رجلًا وامرأتين. فلو أشهد واحدًا اعتمادًا على أنه يحلف معه، أو أشهد مستورين، فبانا فاسقين، كفى ذلك على الأصح. ولا يكفي إشهاد من يعلم سفره عن قرب، لأنه لا يفضي إلى المقصود. أما إذا أدى بلا إشهاد، وأنكر ربُّ المال، فإن أدى في غيبة الأصيل، فمقصّر، فلا يرجع إن كذبه الأصيل قطعًا، وكذا إن صدقه على الأصح. وهل يحلف الأصيل إذا كذبه؟ قال في «التتمة»: يبنى على أنه لو صدقه، هل يرجع عليه؟ إن قلنا: نعم، حلفه على نفي العلم بالأداء، وإلا بني على أن النكول ورد اليمين، كالإقرار، أم كالبينة؟ إن قلنا: كالإقرار، لم يحلفه، لأن غايته أن ينكل فيحلف الضامن، فيكون كتصديقه، وذلك لا يفيد الرجوع. وإن قلنا: كالبينة، حلفه طمعًا في أن ينكل، ويحلف، فيكون كالبينة. ولو كذبه الأصيل وصدقه رب المال، رجع على الأصح، لسقوط المطالبة، فإنه أقوى من البينة. وأما إذا أدى بحضور الأصيل، فيرجع على الصحيح المنصوص.

ولو توافق الأصيل والضامن على أنه أشهد، ولكن مات الشهود أو غابوا، ثبت الرجوع على الصحيح. وقيل: لا، وهو شاذ ضعيف. ولو قال الضامن: أشهدت وماتوا، وأنكر الأصيل الإشهاد، فهل القول قول الأصيل، لأن الأصل عدم الإشهاد، أو قول الضامن، لأن الأصل عدم التقصير؟ وجهان: أصحهما: الأول. ولو قال: أشهدت فلانًا وفلانًا، فكذباه، فهو كما لو لم يشهد. ولو قالا: لا ندري وربما نسينا، ففيه تردد للإمام. ومتى لم تقم بينة بالأداء، وحلف رب المال، بقيت مطالبته بحالها. فإن أخذ المال من الأصيل، فذاك. وإن أخذ من الكفيل مرة أخرى، فقيل: لا يرجع بشيء، والأصح: أنه يرجع. وهل يرجع بالمغروم أولًا لانه مظلوم بالثاني، أم بالثاني لأنه المسقط للمطالبة؟ وجهان، وينبغي أن يرجع بأقلهما. فإن كان الأول، فهو يزعم أنه مظلوم بالثاني. وإن كان الثاني، فهو المبرىء، ولأن الأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد. والله أعلم.

فصل: الضمان في مرض الموت، إذا كان بحيث يثبت الرجوع، ووجد

الضامن مرجعًا، فهو محسوب من رأس المال. وإن لم يثبت الرجوع، أو لم يجد مرجعًا لموت الأصيل معسرًا، فمن الثلث. ومتى وفت تركة الأصيل بثلثي الدين، فلا دور، لأن صاحب الحق إن أخذه من ورثة الضامن، رجعوا بثلثيه في تركة الأصيل. وإن أخذ تركة الأصيل وبقي شيء، أخذه من تركة الضامن ويقع تبرعًا، لأن ورثة الضامن لا يجدون مرجعًا. وإن لم تف التركة بالثلثين، فقد يقع الدور، كمريض ضمن تسعين، ومات وليس له إلا تسعون، ومات الأصيل وليس له إلا خمسة وأربعون، فرب المال بالخيار، إن شاء أخذ تركة الأصيل كلها ولا دور حينئذٍ، ويطالب ورثة الضامن بثلاثين، ويقع تبرعًا إذ لم يبق للأصيل تركة يرجع فيها، وإن أراد الاخذ من تركة الضامن، لزم الدور، لأن ما يغرمه ورثة الضامن، يرجع إليهم بعضه، لأن المغروم صار دينًا لهم على الأصيل، فيتضاربون به مع رب المال في تركة الأصيل، ويلزم من رجوع بعضه زيادة التركة ومن زيادة التركة زيادة المغروم، ومن زيادة المغروم زيادة الراجع. وطريق استخراجه أن يقال: يأخذ رب المال من ورثة الضامن شيئًا، ويرجع إليهم مثل نصفه، لأن تركة الأصيل نصف تركة الضامن، فيبقى عندهم تسعون إلا نصف شيء، وهو يعدل مثلي ما تلف بالضمان، والتالف نصف شيء، ومِثلا شيء، فإذًا تسعون إلا نصف شيء يعدل شيئًا. وإذا جبرنا وقابلنا، عدلت تسعون شيئًا ونصفًا فيكون الشيء ستين، فبان أن المأخوذ ستون، وحينئذٍ يكون الستون دينًا لهم على الأصيل، وقد بقي لرب المال ثلاثون، فيتضاربون في تركته بسهمين وسهم، وتركته خمسة وأربعون، يأخذ منها الورثة ثلاثين، ورب الدين خمسة عشر، ويتعطل باقي دينه وهو خمسة عشر، ويكون الحاصل للورثة ستين، ثلاثين بقيت عندهم، وثلاثين أخذوها من تركة الأصيل، وذلك مثلا ما تلف ووقع تبرعًا، وهو ثلاثون.

ولو كانت المسألة بحالها، لكن تركة الأصيل ثلاثون، فيأخذ رب الدين شيئًا، ويرجع إلى ورثة الضامن مثل ثلثه، لأن تركة الأصيل ثلث تركة الضامن، فيبقى عندهم تسعون ناقصة ثلثي شيء تعدل مثلي التالف بالضمان، وهو ثلثا شيء، فمثلاه شيء وثلث. فإذن تسعون إلا ثلث شيء يعدل شيئًا وثلثا، فإذا جبرنا وقابلنا، عدلت تسعون شيئين، فيكون الشيء خمسة وأربعين، وذلك ما أخذه رب الدين، وصار دينًا لورثة الضامن على الأصيل، وبقي لرب الدين عليه خمسة وأربعون أيضًا، فيتضاربون في تركته بسهم وسهم، فتجعل بينهما مناصفة. ولو كانت تركة الأصيل ستين، فلا دور، بل لرب الدين أخذ تركة الضامن كلها، ثم هم يأخذون تركة الأصيل كلها بحق الرجوع، ويقع الباقي تبرعًا.

كتاب الشركة

قال المصنف رحمه الله تعالى: يصح عقد الشركة على التجارة، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: قال الله تعالى: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانا خرجت من بينهما»[1] ولا تصح الشركة إلا من جائز التصرف في المال، لأنه عقد على التصرف في المال فلم تصح إلا من جائز التصرف في المال.

فصل: ويكره أن يشارك المسلم الكافر، لما روى أبو جمرة عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «لا تشاركن يهوديًا ولا نصرانيًا ولا مجوسيًا، قلت: لم؟ قال: لأنهم يربون والربا لا يحل».

فصل: وتصح الشركة على الدراهم والدنانير، لأنهما أصل لكل ما يباع ويبتاع وبهما تعرف قيمة الأموال وما يزيد فيها من الأرباح، فأما ما سواهما من العروض فضربان، ضرب لا مثل له، وضرب له مثل، فأما ما لا مثل له كالحيوان والنبات فلا يجوز عقد الشركة عليها لأنه قد تزيد قيمة أحدهما دون الآخر، فإن جعلنا ربح ما زاد قيمته لمالكه أفردنا أحدهما بالربح، والشركة معقودة على الاشتراك في الربح وإن جعلنا الربح بينهما أعطينا من لم تزد قيمة ماله ربح مال الآخر، وهذا لا يجوز.

وأما ما له مثل كالحبوب والأدهان ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز عقد الشركة عليه، وعليه نص في البويطي لأنه من غير الأثمان فلم يجز عقد الشركة عليه كالنبات والحيوان.

والثاني: يجوز، وهو قول أبي إسحاق لأنه من ذوات الأمثال فأشبه الأثمان، وإن لم يكن لهما غير العروض وأرادا الشركة باع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر، فيصير الجميع مشتركًا بينهما، ويشتركان في ربحه».

فصل: ولا يصح من الشرك إلا شركة العنان، ولا يصح ذلك إلا أن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته، فإن كان مال أحدهما دنانير والآخر دراهم، أو مال أحدهما صحاحًا والآخر قراضة أو مال أحدهما من سكة ومال الآخر من سكة أخرى لم تصح الشركة، لأنهما مالان لا يختلطان فلم تصح الشركة عليهما كالعروض، فإن كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الآخر مائة

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٨٣) والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٢) والدارقطني في سننه (٣/ ٣٥) والبيهقي في سننه (٦/ ٧٨).

درهم، وابتاعا بها شيئًا وربحا قسم الربح بينهما على قدر المالين، فإن كان نقد البلد أحدهما قوم به الآخر، فإن استوت قيمتاهما استويا في الربح، وإن اختلفت قيمتاهما تفاضلا في الربح على قدر مالهما».

فصل: ولا تصح حتى يختلط المالان، لأنه قبل الاختلاط لا شركة بينهما في مال، ولأنا لو صححنا الشركة قبل الاختلاط وقلنا: إن من ربح شيئًا من ماله انفرد بالربح أفردنا أحدهما بالربح، وذلك لا يجوز. وإن قلنا: يشاركه الآخر أخذ أحدهما ربح مال الآخر، وهذا لا يجوز.

وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين في القدر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تصح، وهو قول أبي القاسم الأنماطي لأن الشركة تشتمل على مال وعمل ثم لا يجوز أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح، فكذلك لا يجوز أن يتساويا في العمل ويتفاضلا في الربح وإذا اختلف مالهما في القدر فقد تساويا في العمل وتفاضلا في الربح، فوجب أن لا يجوز.

والثاني: تصح، وهو قول عامة أصحابنا وهو الصحيح، لأن المقصود بالشركة أن يشتركا في ربح مالهما، وذلك يحصل مع تفاضل المالين كما يحصل مع تساويهما، وما قاله الأنماطي من قياس العمل على المال لا يصح، لأن الاعتبار في الربح بالمال لا بالعمل، والدليل عليه أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالمال ويشتركا في الربح، فلم يجز أن يستويا في المال ويختلفا في الربح، وليس كذلك العمل فإنه يجوز أن ينفرد أحدهما بالعمل ويشتركا في الربح فجاز أن يستويا في العمل ويختلفا في الربح.

فصل: ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف تصرفا، وإن أذن أحدهما ولم يأذن الآخر تصرف المأذون في الجميع، ولا يتصرف الآخر إلا في نصيبه، ولا يجوز لأحدهما أن يتجر في نصيب شريكه إلا في الصنف الذي يأذن فيه الشريك، ولا أن يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل، ولا بغير نقد البلد إلا أن يأذن له شريكه، لأن كل واحد منهما وكيل للآخر في نصفه، فلا يملك إلا ما يملك كالوكيل.

فصل: ويقسم الربح والخسران على قدر المالين، لأن الربح نماء مالهما والخسران نقصان مالهما، فكانا على قدر المالين، فإن شرطا التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين، أو التساوي في الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد، لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة فلم يصح، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما، فإن تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف، لأن الشرط لا يسقط الإذن فنفذ التصرف، فإن ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه، لأنه إنما عمل ليسلم له ما شرط، وإذا لم يسلم رجع بأجرة عمله.

فصل وأما شركة الأبدان، وهي الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما فهي باطلة، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[1] وهذا الشرط ليس في كتاب الله تعالى، فوجب أن يكون باطلًا، ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به فلم يجز أن يشاركه الآخر في بدله، فإن عملا وكسبا أخذ كل واحد منهما أجرة عمله، لأنها بدل عمله فاختص بها.

فصل: وأما شركة المفاوضة وهو أن يعقدا الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان فهي شركة باطلة، لحديث عائشة رضي الله عنها. ولأنها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه فلم تصح، كما لو عقدا الشركة على ما يملكان بالإرث والهبة. ولأنها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم تصح. كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بالجناية، فإن عقدا الشركة على ذلك واكتسبا وضمنا أخذ كل واحد منهما ربح ماله وأجرة عمله، وضمن كل واحد منهما ما لزمه بغصبه وبيعه وضمانه، لأن الشرط قد سقط، وبقي الربح والضمان على ما كانا قبل الشرط. ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه، لأنه عمل في ماله ليسلم له ما شرط له، ولم يسلم فوجب أجرة عمله.

فصل: وأما شركة الوجوه، وهو أن يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه في ربح ما يشتريه بوجهه، فهي شركة باطلة، لأن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ينفرد به، فلا يجوز أن يشاركه غيره في ربحه، وإن وكل كل واحد منهما صاحبه في شراء شيء بينهما، واشترى كل واحد منهما ما أذن فيه شريكه. ونوى أن يشتريه بينه وبين شريكه دخل في ملكهما وصارا شريكين فيه، فإذا بيع قسم الثمن بينهما لأنه بدل مالهما.

فصل: وإن أخذ رجل من رجل جملًا، ومن آخر راوية، على أن يستقي الماء ويكون الكسب بينهم، فقد قال في موضع: يجوز. وقال في موضع: لا يجوز، فمن أصحابنا من قال: إن كان الماء مملوكًا للسقاء فالكسب له، ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية بأجرة المثل للجمل والراوية، لأنه استوفى منفعتهما بإجارة فاسدة فوجب عليه أجرة المثل، وإن كان الماء مباحًا فالكسب بينهم أثلاثًا لأنه استقى الماء على أن يكون الكسب بينهم فكان الكسب بينهم كما لو وكلاه في شراء ثوب بينهم فاشتراه، على أن يكون بينهم، وحمل القولين على هذين الحالين؛ ومنهم من قال: إن كان الماء مملوكًا للسقاء كان الكسب له، ويرجعان عليه بالأجرة لما ذكرناه، وإن كان الماء مباحًا ففيه قولان:

---

(١) تقدم.

أحدهما: أنه بينهم أثلاثًا لأنه أخذه على أن يكون بينهم فدخل في ملكهم كما لو اشترى شيئًا بينهم بإذنهم.

والثاني: إن الكسب للسقاء، لأنه مباح اختص بحيازته فاختص بملكه كالغنيمة، ويرجعان عليه بأجرة المثل لأنهما بذلا منفعة الجمل والراوية، ليسلم لهما الكسب ولم يسلم، فثبت لهما أجرة المثل.

فصل: والشريك أمين فيما في يده من مال شريكه فإن هلك المال في يده من غير تفريط لم يضمن، لأنه نائب عنه في الحفظ والتصرف، فكان الهالك في يده كالهالك في يده، فإن ادعى الهلاك ـ فإن كان بسبب ظاهر ـ لم يقبل حتى يقيم البينة عليه، فإذا أقام البينة على السبب فالقول قوله في الهلاك مع يمينه، وإن كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه من غير بينة، لأنه يتعذر إقامة البينة على الهلاك فكان القول قوله مع يمينه. وإن ادعى عليه الشريك خيانة وأنكر فالقول قوله لأن الأصل عدم الخيانة. وإن كان في يده عين وادعى شريكه أن ذلك من مال الشركة، وادعى هو أنه له فالقول قوله مع يمينه، لأن الظاهر مما في يده أنه ملكه فإن اشترى شيئًا فيه ربح فادعى الشريك أنه اشتراه للشركة، وادعى هو أنه اشتراه لنفسه أو اشترى شيئًا فيه خسارة، وادعى الشريك أنه اشتراه لنفسه، وادعى هو أنه اشتراه للشركة، فالقول قوله، لأنه أعرف بعقده ونيته».

فصل: وإن كان بينهما عبد فأذن أحدهما لصاحبه في بيعه فباعه بألف ثم أقر الشريك الذي لم يبع أن البائع قبض الألف من المشتري وادعى المشتري ذلك وأنكر البائع. فإن المشتري يبرأ من حصة الشريك الذي لم يبع لأنه أقر أنه سلم حصته من الثمن إلى شريكه بإذنه وتبقى الخصومة بين البائع وبين المشتري وبين الشريكين.

فإن تحاكم البائع والمشتري. فإن كان للمشتري بينة بتسليم الثمن قضي له وإن لم يكن له من يشهد غير الشريك الذي لم يبع فإن شهادته مردودة في قبض حصته ـ لأنه يجر بها إلى نفسه نفعًا ـ وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته.

وهل ترد في حصة البائع؟ فيه قولان:

فإن قلنا تقبل حلف معه المشتري ويبرأ. وإن قلنا لا تقبل أو لم يكن عدلًا فالقول قول البائع مع يمينه أنه لم يقبض. فإن حلف أخذ منه نصف الثمن وليس للشريك الذي لم يبع أن يأخذ مما أخذ البائع شيئًا. لأنه أقر أنه قد أخذ الحق مرة. وإن ما أخذه الآن أخذه ظلمًا فلا يجوز أن يأخذ منه. وإن نكل البائع حلف المشتري ويبرأ.

وإن تحاكم الشريكان ـ فإن كان للذي لم يبع بينة بأن البائع قبض الثمن ـ

رجع عليه بحصته، وإن لم تكن له بينة حلف البائع إنه لم يقبض ويبرأ، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الذي لم يبع فيحلف ويأخذ منه حصته. وإن ادعى البائع أن الذي لم يبع قبض الألف من المشتري وادعاه المشتري وأنكر الذي لم يبع نظرت، فإن كان الذي لم يبع مأذونًا له في القبض برئت ذمة المشتري من نصيب البائع، لأنه أقر أنه سلمه إلى شريكه بإذنه، وتبقى الخصومة بين الذي لم يبع وبين المشتري، وبين الشريكين فيكون البائع ههنا كالذي لم يبع، والذي لم يبع كالبائع في المسئلة قبلها، وقد بيناه.

وإن لم يكن واحد منهما مأذونًا له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن، لأن الذي باعه أقر بالتسليم إلى من لم يأذن له، والذي لم يبع أنكر القبض، فإن تحاكم البائع والمشتري أخذ البائع منه حقه من غير يمين، لأنه سلمة إلى شريكه بغير إذنه.

وإن تحاكم المشتري والذي لم يبع، فإن كان للمشتري بينة برىء من حقه، وإن لم يكن له من يشهد غير البائع ـ فإن كان عدلًا ـ قبلت شهادته لأنه لا يجر بهذه الشهادة إلى نفسه نفعًا ولا يدفع بها ضررًا، فإذا شهد حلف معه المشتري وبرىء، وإن لم يكن عدلًا فالقول قول الذي لم يبع مع يمينه، فإذا حلف، أخذ منه حقه.

وإن كان البائع مأذونًا له في القبض والذي لم يبع غير مأذون له، وتحاكم البائع والمشتري قبض منه حقه من غير يمين، لأنه سلمه إلى شريكه من غير إذنه وهل للشريك الذي لم يبع مشاركته فيما أخذ. قال المزني: له مشاركته وهو بالخيار بين أن يأخذ من المشتري خمسمائة، وبين أن يأخذ من المشتري مائتين، وخمسين، ومن الشريك مائتين وخمسين.

وقال أبو العباس: لا يأخذ منه شيئًا، لأنه لما أقر أن الذي لم يبع قبض جميع الثمن عزل نفسه من الوكالة في القبض، لأنه لم يبق له ما يتوكل في قبضه، فلا يأخذ بعد العزل إلا حق نفسه، فلا يجوز للذي لم يبع أن يشاركه فيه، فإن تحاكم المشتري والذي لم يبع فالقول قول الذي لم يبع مع يمينه أنه لم يقبض، لأن الأصل عدم القبض، فإن كان للمشتري بينة قضى له وبرىء، وأن لم يكن له من يشهد إلا البائع لم تقبل شهادته على قول المزني، لأنه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة ضررًا وهو رجوع الشريك الذي لم يبع عليه بنصف ما في يده، وعلى قول أبي العباس تقبل شهادته قولًا واحدًا، لأنه لا يدفع بشهادته ضررًا لأنه لا رجوع له عليه.

فصل: ولكل واحد من الشريكين أن يعزل نفسه عن التصرف إذا شاء، لأنه وكيل، وله أن يعزل شريكه عن التصرف في نصيبه لأنه وكيله، فيملك عزله فإذا انعزل أحدهما لم ينعزل الآخر عن التصرف، لأنهما وكيلان، فلا ينعزل أحدهما بعزل الآخر، فإن قال أحدهما: فسخت الشركة انعزلا جميعًا، لأن الفسخ يقتضي

رفع العقد من الجانبين فانعزلا، وإن ماتا أو أحدهما انفسخت الشركة، لأنه عقد جائز فبطل بالموت كالوديعة، وإن جنا أو أحدهما، أو أغمي عليهما أو على أحدهما، بطل لأنه بالجنون والإغماء يخرج عن أن يكون من أهل التصرف ولهذا تثبت الولاية عليه في المال، فبطل العقد كما لو مات، والله أعلم.

الشرح: كل حق ثابت بين شخصين فصاعدًا على الشيوع، يقال: هو مشترك. وذلك ينقسم إلى ما لا يتعلق بمال، كالقصاص، وحدّ القذف، ومنفعة كلب الصيد، ونحوه، وإلى متعلق بمال، وذلك إما عين مالٍ ومنفعته، كما لو غنموا مالًا أو ورثوه أو اشترَوه. وإما مجرد منفعة، كما لو استأجروا عبدًا، أو وُصّي لهم بمنفعته. وإما مجرد العين، كما لو ورثوا عبدًا موصى بمنافعه. وإما حق يتوصل به إلى مال، كالشفعة الثابتة لجماعة. والشركة، قد تحدث بلا اختيار، كالإرث. وباختيار، كالشراء، وهذا مقصود الكتاب.

والشركة أربعة أنواع: النوع الأول: شركة العنان، ولها ثلاثة أركان: الأول: العاقدان والمعتبر فيهما، أهلية التوكيل والتوكل. وتكره مشاركة الذمي، ومن لا يحترز من الربا ونحوه.

الثاني: الصيغة، ولا بد من لفظ يدل على الإذن في التجارة والتصرف. فإن أذن كل واحدٍ لصاحبه صريحًا، فذاك. فلو قالا: اشتركنا، واقتصرا عليه، لم يكف ذلك، لتسلطهما على التصرف من الجانبين على الأصح عند الأكثرين. ولو أذن أحدهما للآخر في التصرف في الجميع، ولم يأذن الآخر، تصرف المأذون في جميع المال، ولم يتصرف الآخر إلا في نصيبه، وكذا لو أذن لصاحبه في التصرف في الجميع وقال: أنا لا أتصرف إلا في نصيبي.

ولو شرط أحدهما على الآخر أن لا يتصرف في نصيبه، لم يصح العقد، لما فيه من الحجر على المالك في ملكه. ثم ينظر في المأذون فيه، فإن عين جنسًا، لم يتصرف المأذون في نصيب الإذن في غير ذلك الجنس. وإن قال: تصرف واتَّجر فيما شئت من أجناس المال، جاز على الصحيح. وفي وجه: لا بد من التعيين. ولو أطلق الإذن ولم يتعرض لما يتصرف فيه، جاز على الأصح كالقراض. والله أعلم.

الثالث: المال المعقود عليه، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: تجوز الشركة في النقدين قطعًا، ولا تجوز في المتقومات قطعًا. وفي المثليات، قولان. ويقال: وجهان: أظهرهما: الجواز. والمراد بالنقدين، الدراهم والدنانير المضروبة. أما التبر والحلي والسبائك، فأطلقوا منع الشركة فيها. ويجوز أن يبنى على أن التبر مثلي أم لا؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله

تعالى في كتاب الغصب. فإن جعلناه متقومًا، لم تجز الشركة. وإلا، فعلى الخلاف في المثلي.

وأما الدراهم المغشوشة، فقال الروياني: لا تصح الشركة فيها. وحكى في «التتمة» في صحة القراض عليها، خلافًا مبنيًا على جواز المعاملة بها، إن جوزناها، فقد ألحقنا المغشوش بالخالص، وإلا، فلا. فإذا جاء في القراض خلاف، ففي الشركة أولى. وقال صاحب «العدة»: الفتوى، جواز الشركة فيها إن استمر في البلد رواجها.

ثم ما ذكرناه في المسألة من منع الشركة وجوازها، المراد به: إذا أخرج هذا قدرًا من ماله، وذاك قدرًا، وجعلاهما رأس مال. وتتصور الشركة على غير هذا الوجه في جميع الأموال، كما سنذكره إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية: إذا أخرج كل واحد قدرًا من المال الذي تجوز الشركة فيه، وأراد الشركة، اشترط خلط المالين خلطًا لا يمكن معه التمييز. فإن لم يفعلا، فتلف مال أحدهما قبل التصرف، تلف على صاحبه فقط، وتعذر إثبات الشركة في الباقي، فلا تصح الشركة إن اختلف الجنس كالدراهم والدنانير، أو الصفة كاختلاف السكة، وكالصحاح والمكسرة، أو المثقوبة، وكالعتيقة والجديدة، والبيضاء والسوداء. وفي البيض والسود، وجه عن الإصطخري. وإذا جوزنا الشركة في المثليات، وجب تساويهما جنسًا ووصفًا، فلا يكفي خلط حنطة حمراء ببيضاء لإمكان التمييز، وإن كان فيه عسر. وفي وجه: يكفي، لأنه يعد خلطًا. وينبغي أن يتقدم الخلط على العقد، فإن تأخر، حكى في «التتمة» وجهين: أصحهما: المنع، إذ لا اشتراك حال العقد.

والثاني: الجواز إن وقع في مجلس العقد، لأنه كالعقد. فإن تأخر عنه، لم يجز على الوجهين. ومال الإمام إلى جوازه، لأن الشركة توكيل، وتوكل. لكن لو قيد الإذن بالتصرف في المال المفرد، فلا بد من تجديد الإذن. ولو ورثوا عروضًا أو اشتروها، فقد ملكوها شائعة، وذلك أبلغ من الخلط. فإذا انضم إليه الإذن في التصرف، تم العقد.

ولهذا قال المزني والأصحاب: الحيلة في الشركة في العروض المتقومة، أن يبيع كل واحد نصف عرضه بنصف عرض صاحبه، سواء تجانس العرضان أو اختلفا، ليصير كل واحد منهما مشتركًا بينهما، فيتقابضان، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف.

وقال في «التتمة»: يصير العرضان مشتركين، ويملكان التصرف فيهما بالإذن،

لكن لا تثبت أحكام الشركة في الثمن حتى يستأنفا عقدًا، وهو ناضّ، ومقتضى إطلاق الجمهور، ثبوت الشركة وأحكامها مطلقًا، وهو الصحيح. ولو لم يتبايعا العرضين، لكن باعاهما بعرض أو نقد، ففي صحة البيع، قولان سبقا. فإن صححناها، كان الثمن مشتركًا بينهما على التساوي أو التفاضل بحسب قيمة العرضين، فيأذن كل واحد لصاحبه في التصرف.

وإذا باع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض صاحبه، فهل يشترط علمهما بقيمة العرضين؟ وجهان حكاهما في «الحاوي». والصحيح: لا يشترط. ومن الحيل في هذا أن يبيع كل واحد بعض عرضه لصاحبه بثمن في ذمته، ثم يتقاصّا. والله أعلم.

المسألة الثالثة: الصحيح: أنه لا يشترط تساوي المالين في القدر، بل تثبت الشركة مع التفاوت على نسبة المالين، وقال الأنماطي: يشترط، وهو ضعيف. وهل يشترط العلم حالة العقد بقدر النصيبين بأن يعرفا أن المال بينهما نصفان، أو على نسبة أخرى؟ وجهان: أصحهما: لا يشترط إذا أمكن معرفته من بعدُ. ومأخذ الخلاف أنه إذا كان بينهما مال مشترك، وكل واحدٍ يجهل حصته، فأذن كل واحد لصاحبه في التصرف في كل المال أو في نصيبه، هل يصح الإذن؟ وجهان: أحدهما: لا، لجهلهما. وأصحهما: نعم، لأن الحق لا يعدوهما. وعلى هذا تكون الأثمان بينهما مبهمة كالمثمنات.

فرع: لو كان لهما ثوبان اشتبها، لم يكف ذلك لعقد الشركة، فإن المالين متميزان، لكن اشتبها.

فرع: قال أصحابنا العراقيون وغيرهم: إذا جوزنا الشركة في المثليات، فإن استوت القيمتان، كانا شريكين على السواء. وإن اختلفتا، بأن كان لأحدهما قفيز قيمته مئة، وللآخر قفيز قيمته خمسون، فهما شريكان مثالثةً، وهذا مبني على قطع النظر في المثلي عن تساوي الأجزاء في القيمة.

فرع: لأحدهما دراهم، وللآخر دنانير، واشتريا شيئًا بهما، فطريقه أن يقوَّم ما ليس بنقد البلد منهما بما هو نقده، فإن استوت قيمتهما، فالشركة على التساوي، وإلا فعلى الاختلاف.

النوع الثاني: شركة الأبدان، وهو أن يشترك الدلالان أو الحمالان أو غيرهما من أهل الحرف على ما يكسبان، ليكون بينهما متساويًا أو متفاضلًا، وهي باطلة، سواء اتفقا في الصنعة، أو اختلفا، كالخياط والنجار، لأن كل واحد متميز ببدنه ومنافعه فاختص بفوائده، كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة، ليكون الدَّر

والنسل بينهما، فإنه لا يصح. وفي وجه ضعيف: يصح سواء اتفقت الصنعة أم لا.

وهذا الوجه، حكاه صاحب «الشامل» وغيره قولًا. والله أعلم.

فإذا أبطلنا، فاكتسبا، نظر، إن انفردا، فلكل كسبه، وإلا فيقسم الحاصل على قدر أجرة المثل، لا بحسب الشرط.

النوع الثالث: شركة المفاوضة، وهي أن يشتركا ليكون بينهما ما يكسبان ويربحان ويلزمان من غرم ويحصل من غنم. وهي باطلة. فلو استعملا لفظ المفاوضة، وأرادا شركة العنان، جاز، نص عليه. وهذا يقوي تصحيح العقود بالكنايات.

النوع الرابع: شركة الوجوه، وقد فسرت بصور.

أشهرها: أن يشترك وجيهان عند الناس، ليبتاعا في الذمة إلى أجل، على أن ما يبتاعه كل واحد يكون بينهما، فيبيعانه ويؤديان الأثمان، فما فضل فهو بينهما. الثانية: أن يبتاع وجيه في الذمة، ويفوض بيعه إلى خامل، ويشترطا أن يكون ربحه بينهما. والثالثة: أن يشتري وجيه لا مال له، وخامل ذو مال، ليكون العمل من الوجيه، والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه، والربح بينهما. وبهذا الثالث فسرها ابن كج والإمام. ويقرب منه ما ذكره الغزالي، وهو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون له بعض الربح، وهي في الصور كلها باطلة، إذ ليس بينهما مال مشترك يرجع إليه عند القسمة. ثم ما يشتريه أحدهما في الصورة الأولى والثانية، فهو له، يختص بربحه وخسرانه، ولا يشاركه فيه الآخر إلا إذا صرح بالإذن في الشراء بشرط التوكيل في الشراء، وقصد المشتري موكلَه. وأما الصورة الثالثة، فليست بشركة في الحقيقة، بل قراض فاسد لاستبداد المالك باليد. فإن لم يكن المال نقدًا، زاد للفساد وجه آخر.

فرع: في مسائل تتعلق بما سبق، وهي منصوصة في البويطي:

إحداها: لو أخذ جملًا لرجل، وراوية لآخر، وتشاركوا على أن يستقي الآخذ الماء، والحاصل بينهم، فهو باطل. فلو استقى، فلمن يكون الماء؟ نقل صاحب «التلخيص» وآخرون فيه اختلاف قول، وضعف الجمهور هذه الطريقة، وصوَّبوا تفصيلًا ذكره ابن سريج، وهو أنه إن كان الماء مملوكًا للمستقي، أو مباحًا، لكن قصد به نفسه، فهو له، وعليه لكل واحد من صاحبيه أجرة المثل. وإن قصد الشركة، فهو على الخلاف في جواز النيابة في تملك المباحات. فإن منعناها، فهو للمستقي، وعليه الأجرة لهما. وإن جوزناها وهو الأصح، فالماء بينهم. وفي كيفية الشركة، وجهان: أحدهما: تقسم بينهم على نسبة أجور أمثالهم، وبهذا قطع الشيخ

أبوحامد، وحكي عن نصه في البويطي. وأصحهما: عند الشيخ أبي علي وبه قطع القفال: أنه يقسم بينهم بالسوية اتباعًا لقصده، فعلى هذا، يرجع المستقي على كل واحد من صاحبيه بثلث أجره منفعته، إذ لم يصل إليه منها إلا الثلث، ويرجع كل واحد من صاحبيه بثلثي أجرة ماله على صاحبه، وعلى المستقي. وعلى الوجه الأول: لا تراجع بينهم أصلًا.

الثانية: استأجر رجل الراوية من صاحبها، والجمل من صاحبه، واستأجر أيضًا المستقي لاستقاء الماء وهو مباح، نظر، إن أفرد كل واحد بعقد، صح والماء للمستأجر، وإن جمع الجميع في عقد، ففي صحة الإجارة، قولان. كمن اشترى عينين لرجلين بثمن واحد، فإن صححنا، وُزّعت الأجرة المسماة على أجور الامثال، وإلا، فلكل واحد عليه أجرة المثل، ويكون الماء للمستأجر صححنا الإجارة أم أفسدناها، لأنا وإن أفسدناها، فمنافعهم مضمونة بالأجرة، قاله الإمام. وإن نوى المستقي نفسه، وفرعنا على فساد الإجارة، فعن الشيخ أبي علي: أنه أيضًا للمستأجر، وتوقف فيه الإمام، لأن منفعته غير مستحقة للمستأجر، وقد قصد نفسه، فليكن الحاصل له. وموضع القولين، إذا وردت الإجارة على عين المستقي والجمل والراوية، فأما إذا ألزم ذممهم، فتصح الإجارة قطعًا.

الثالثة: اشترك أربعة، لأحدهم بيت رحى، ولآخر حجر الرحى، ولآخر بغل يديره، والرابع يعمل في الرحى، على أن الحاصل من أجرة الطحن بينهم، فهو فاسد. ثم إن استأجر مالك الحنطة العامل والآلات من مالكيها، وأفرد كل واحد بعقد، لزمه ما سمى لكل واحد، وإن جمعهم في عقد، فإن لزم ذممهم الطحن، صح العقد، وكانت الأجرة المسماة بينهم أرباعًا، ويتراجعون بأجرة المثل، لأن المنفعة المملوكة لكل واحد منهم قد استوفى ربعها، حيث أخذ ربع المسمى، وانصرف ثلاثة أرباعها إلى أصحابه، فيأخذ منهم ثلاثة أرباع أجرة المثل. وإن استأجر عين العامل وأعيان الآلات، ففيه القولان السابقان. فإن أفسدنا الإجارة، فلكل واحد أجرة مثله. وإن صححناها، وزع المسمى عليهم، ويكون التراجع بينهم على ما سبق. وإن ألزم مالك الحنطة ذمة العامل الطحن، لزمه، وعليه إذا استعمل ما لأصحابه أجرة المثل، إلا أن يستأجر منهم إجارة صحيحة، فعليه المسمى.

الرابعة: لواحد بذر، ولآخر أرض، ولآخر آلة الحرث، اشتركوا مع رابع ليعمل، وتكون الغلة بينهم، فالزرع لصاحب البذر، وعليه لأصحابه أجرة المثل. قال في «التتمة»: فلو أصاب الزرع آفة ولم يحصل منه شيء، فلا شيء لهم، لأنهم لم يحصِّلوا له شيئًا. ولا يخفى عدول هذا عن القياس الظاهر.

والذي قاله في «التتمة» هو الصواب. والله أعلم.

فصل: في حكم الشركة الصحيحة، لها أحكام:

أحدها: إذا وجد الإذن من الطرفين، تسلط كل واحد منهما على التصرف. وتصرف الشريك كتصرف الوكيل، لا ببيع نسيئة، ولا بغير نقد البلد، ولا يبيع ولا يشتري بغبن فاحش إلا بإذن الشريك. فإن باع بالغبن الفاحش، لم يصح في نصيب شريكه. وفي نصيبه، قولا تفريق الصفقة. فإن لم نفرقها، بقي المبيع على ملكهما والشركة بحالها. وإن فرقناها، انفسخت الشركة في المبيع، وصار مشتركًا بين المشتري والشريك. وإن اشترى بالغبن، نظر، إن اشترى بعين مال الشركة، فهو كما لو باع. وإن اشترى في الذمة، لم يقع للشريك، وعليه وزن الثمن من خالص ماله.

فرع: ليس لأحدهما أن يسافر بمال الشركة، ولا أن يبعِّضه من غير إذن صاحبه. فإن فعل، ضمن.

الحكم الثاني: لكل واحدٍ فسخ الشركة متى شاء، كالوكالة. فلو قال أحدهما للآخر: عزلتك عن التصرف أو لا تتصرف في نصيبي، انعزل المخاطب، ولا ينعزل العازل عن التصرف في نصيب المعزول. ولو قال: فسخت الشركة، انفسخ القعد قطعًا. والمذهب: أنهما ينعزلان عن التصرف. وقال في «التتمة»: في بقاء تصرفهما، وجهان إن كانا صرحا في عقد الشركة بالإذن. ووجه البقاء: استمراره حتى يأتي بصريح العزل.

فرع: تنفسخ الشركة بموت أحدهما أو جنونه أو إغمائه، كالوكالة. ثم في صورة الموت، إن لم يكن دين ولا وصية، فللوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة إن كان رشيدًا، فإن كان موليًا عليه لصغره أو جنونه، فعل وليّه ما فيه حظه من الأمرين. وإنما تتقرر الشركة بعقد مستأنف، فإن كان على الميت دين، فليس للوارث تقرير الشركة إلا بعد قضاء الدين. وإن كان هناك وصية لمعيَّن، فهو كأحد الورثة. فإن كان غير معين، كالفقراء، لم يصح تقرير الشركة حتى تخرج الوصية. ثم هو كما لو لم تكن وصية.

الحكم الثالث: أن الربح بينهما على قدر المالين، شرط ذلك، أم لا، تساويا في العمل، أم تفاوتا. فإن شرطا التساوي في الربح مع التفاوت في المال، أو التفاوت في الربح مع التساوي في المال، فسدت الشركة على المذهب، وبه قطع الأصحاب. وحكى الإمام وجهًا آخر: أنها لا تفسد، ويوزع الربح على قدر المالين. ولعل الخلاف راجع إلى الاصطلاح، فأطلق الجمهور لفظ الفساد، وامتنع منه بعضهم لبقاء أكثر الأحكام. فلو اختص أحدهما بزيادة عمل، وشرط له زيادة

ربح، فوجهان: أحدهما: صحة الشرط، ويكون الزائد على حصة ملكه في مقابلة العمل، ويتركب العقد من شركة وقراض. وأصحهما: المنع، كما لو شرط التفاوت في الخسران، فإنه يلغو ويوزع الخسران على المال، ولا يصح جعله قراضًا، فإن هناك يقع العمل مختصًا بمال المالك، وهنا بملكيهما.

ومتى فسد الشرط، لم يؤثر في فساد التصرف، لوجود الإذن، ويكون الربح على نسبة المالين، ويرجع كل واحد على صاحبه بأجرة مثل عمله في ماله. فإن تساويا في المال والعمل، فنصف عمل كل واحد يقع في مقابلة ماله، فلا أجرة فيه، ونصفه في مال صاحبه، ويستحق صاحبه مثل بدله عليه، فيقع في التقاص. وإن تفاوتا في العمل مع استواء المال، فساوى عمل أحدهما مئتين، والآخر مئة. فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر، فنصف عمله مئة، ونصف عمل صاحبه خمسون، فيبقى له بعد التقاص خمسون. وإن كان عمل صاحبه أكثر، ففي رجوعه بخمسين على من شرط له الزيادة، وجهان: أحدهما: الرجوع، كما لو فسد القراض. وأصحهما: المنع. ويجري الوجهان، فيما لو فسدت الشركة، واختص أحدهما بأصل التصرف والعمل، هل يرجع بنصف أجرة عمله على الآخر؟ أما إذا تفاوتا في المال، فكان لأحدهما ألف، وللآخر ألفان، وتفاوتا في العمل، فعمل صاحب الأكثر أكثر، بأن يساوي عمله مئتين، وعمل الآخر مئة، فثلثا عمله في ماله، وثلثه في مال صاحبه، وعمل صاحبه بالعكس، فيكون لصاحب الأكثر ثلث المئتين على الأقل، ولصاحب الأقل ثلثا المئة على صاحب الأكثر، وقدرهما متفق، فيقع في التقاص. وإن كان عمل صاحب الأقل أكثر، والتفاوت كما صورنا، فثلث عمل صاحب الأقل في ماله وثلثاه في مال صاحبه، وثلثا عمل صاحب الأكثر في ماله، وثلثه في مال شريكه، فيبقى لصاحب الأقل على الأكثر مئة بعد التقاص. ولو تساويا في العمل، فلصاحب الأقل ثلثا المئة على صاحب الأكثر، ولصاحب الأكثر ثلث المئة عليه، فثلث تقاص، ويبقى لصاحب الأقل ثلث المئة.

فرع: ما ذكرناه من حكم الفساد عند تغيير نسبة الربح، يجري في سائر أسباب فساد الشركة. لكن قال الإمام: لو لم يكن بين المالين شيوع، وخلْط، فلا شركة هنا على التحقيق، بل ثمن كل مال يختص بمالكه، ولا يقع مشتركًا. والكلام في الصحة والفساد، إنما يكون بعد حصول نفس الشركة. وإن جرى توكيل من الجانبين، لم يخفَ حكمه.

فرع: إذا جوزنا شرط زيادة ربح لمن اختص بزيادة عمل، فلم يشترطاه، ولا اشترطا توزيع الربح على قدر المالين، بل أطلقا، فذكر صاحب «التقريب» والشيخ

أبو محمد، خلافًا في أن الربح يوزع على المالين، وتكون زياد العمل تبرعًا، أم تثبت للزيادة أجرة تخريجًا مما إذا استعمل صانعًا ولم يذكر أجرة. ثم إذا شرطا زيادة ربح لمن زاد عمله، هل يشترط استقلاله باليد كالقراض؟ أم لا كسائر الشِّرك؟ وجهان: وكذا لو اشترطا انفراد أحدهما بالعمل. والخلاف في جواز اشتراط زيادة الربح لمن زاد عمله، جارٍ فيما إذا شرط انفراد أحدهما بالتصرف، وجعل له زيادة ربح. وقيل: يجوز هنا، ولا يجوز إذا اشتركا في أصل العمل، لأنه لا يدرى أن الربح بأي عمل حصل.

الحكم الرابع: أن يد كل منهما يد أمانة كالمودع. فإذا ادعى رد المال إلى شريكه، أو تلفًا، أو خسرانًا، صدق. فإن أسند التلف إلى سبب ظاهر، طولب بالبينة على السبب. فإذا أقامها، صدق في الهلاك به. ولو ادعى أحدهما خيانة صاحبه، لم يسمع حتى يبين قدر ما خان به. فإذا بين، فالقول قول المنكر مع يمينه. ولو كان في يد أحدهما مال، فقال: هو لي، صدق بيمينه. ولو اشترى شيئًا وقال: اشتريته لنفسي، وقال الآخر: بل للشركة، أو عكسه، فالقول قول المشتري، لأنه أعلم بقصده. ولو قال صاحب اليد: اقتسمنا، وهذا نصيبي، وقال الآخر: هو مشترك، فالقول قول الثاني. ولو كان في أيديهما أو في يد أحدهما مال، وقال كل واحد: هذا نصيبي من المشترك، وأنت أخذت نصيبك، حلفا، وجعل المال بينهما. فإن نكل أحدهما، قضي للحالف.

فرع: بينهما عبد، باعه أحدهما بإذن شريكه، وأذن له في قبض الثمن، أو قلنا: للوكيل بالبيع قبضُ الثمن، ثم اختلف الشريكان في قبض الثمن، فذلك يتصور على وجهين: أحدهما: أن يقول الشريك للبائع: قبضت كل الثمن، فسلم إليَّ نصيبي، ويوافقه المشتري على أن البائع قبض، وينكر البائع، فيبرأ المشتري عن نصيب الذي لم يبع، لاعترافه ببراءته. ثم هنا خصومة بين البائع والمشتري، وخصومة بين الشريكين، وربما تقدمت الأولى على الثانية، وربما تأخرت. فإن تقدمت، نظر، إن قامت للمشتري بينة على الأداء، اندفعت عنه مطالبة البائع. فإن شهد له الشريك، لم يقبل في نصيبه. وفي نصيب البائع القولان في تبعيض الشهادة. وإن لم يقم بينة، فالقول قول البائع بيمينه أنه لم يقبض. فإن حلف، أخذ نصيبه من المشتري، ولا يشاركه الذي لم يبع فيه، لأنه يزعم أن ما يأخذه الآن ظلم. وإن نكل، وحلف المشتري، انقطعت عنه المطالبة. وإن نكل المشتري أيضًا، فوجهان. قال ابن القطان: لا يلزمه نصيب البائع، لأنا لا نقضي بالنكول. والصحيح: أنه يلزمه، لأنه ليس قضاءً بالنكول، بل مؤاخذة باعترافه بلزوم المال بالشراء. فإذا

انقضت خصومه البائع والمشتري، فطلب الشريك حصته من البائع لزعمه أنه قبض الثمن، فالقول قول البائع بيمينه أنه لم يقبض إلا نصيبه بعد الخصومة. فإن نكل البائع، حلف الشريك وأخذ منه نصيبه، ولا يرجع به البائع على المشتري، لأنه يزعم أن شريكه ظلمه، ولا يمنع البائع من الحلف نكوله على اليمين في الخصومة مع المشتري، لأنها خصومة أخرى مع آخر.

أما إذا تقدمت خصومة الشريكين، فادعى الذي لم يبع على البائع قبض الثمن، وطلب حقه، فعليه البينة، ولا تقبل شهادة المشتري له. فإن لم تكن بينة، حلف البائع، فإن نكل، حلف المشتري وأخذ نصيبه من البائع. فإذا انقضت خصومة الشريكين، فطالب البائع المشتري بحقه، أخذه بيمينه. فإن نكل، حلف المشتري وبرىء. ولا يمنع البائع من الحلف وطلب حقه من المشتري نكوله في الخصومة الأولى مع شريكه. وفي وجه: يمنعه، وهو ضعيف باتفاق الأصحاب. وعلى ضعفه، قال الإمام: القياس طرده فيما إذا تقدمت خصومة البائع والمشتري، ونكل البائع، وحلف المشتري. حتى يقال: تثبت للشريك مطالبة البائع بنصيبه من غير تجديد خصومة.

الوجه الثاني: أن يقول البائع للشريك: قبضتَ الثمن كله، وصدقه المشتري، وأنكر الشريك، فله حالان:

أحدهما: أن يكون الشريك مأذونًا من جهة البائع في قبض الثمن، فيبرأ المشتري من نصيب البائع، لاعترافه بأن وكيله قبضه. ثم تتصور خصومتان كما سبق، فإن تخاصم الشريك والمشتري، فالقول قول الشريك، فيحلف ويأخذ نصيبه، ويسلّم له المأخوذ. وإن تخاصم البائع والشريك، حلف الشريك. فإن نكل، حلف البائع وأخذ حقه منه، ولا رجوع له على المشتري. وكلُّ هذا، كما سبق في النزاع الأول. ولو شهد البائع للمشتري، لم يقبل، لأنه يشهد لنفسه.

الحال الثاني: أن يكون غير مأذون، فلا تبرأ ذمة المشتري عن شيء من الثمن. ثم يكون البائع مأذونًا من جهة الشريك في القبض، وتارة لا.

القسم الأول: فإن كان، فله مطالبة المشتري بنصيبه، وليس له مطالبته بنصيب الشريك، لأنه لمّا أقر بقبض الشريك نصيب نفسه، صار معزولًا. ثم إذا تخاصم الشريك والمشتري، فعلى المشتري البينة بالقبض. فإن لم تكن، فالقول قول الشريك. فإذا حلف، ففيمن يأخذ حقه منه؟ وجهان: أحدهما: قال المزني وابن القاص وآخرون: إن شاء أخذ تمام حقه من المشتري، وإن شاء شارك البائع في المأخوذ وأخذ الباقي من المشتري، لأن الصفقة واحدة، فكل جزء من الثمن شائع بينهما. فإذا شارك، لم يبق للبائع إلا ربع الثمن. وقال ابن سريج وغيره: ليس له

إلا الأخذ من المشتري، ولا يشارك البائع فيما أخذه، لأن البائع انعزل عن الوكالة بإقرار أن الشريك أخذ حقه، فما يأخذه بعد الانعزال، يأخذه لنفسه فقط. وهذا الوجه استحسنه الشيخان: أبو حامد وأبو علي. ولو شهد البائع للمشتري على الشريك بقبض الثمن، فعلى قول المزني: لا تقبل شهادته، لأنه يدفع بها شركة صاحبه فيما أخذه. وعلى ما ذكره ابن سريج: تقبل.

القسم الثاني: أن لا يكون البائع مأذونًا في القبض، قال العراقيون: للبائع مطالبة المشتري بحقه، وما يأخذه يسلم له، وتقبل شهادته للمشتري على الشريك. ويجيء وجه: في مشاركة صاحبه، وفي قبول الشهادة. وحكى الحناطي وجهًا: أن أحد الوارثين، لو قبض من الدين قدر حصته، لم يشاركه الآخر، إلا أن يأذن له المديون في الرجوع عليه، أو لا يجد مالًا سواه. والصحيح: المشاركة مطلقًا. ولو ملكا عبدًا، فباعاه صفقة، فهل ينفرد أحدهما بقبض حصته من الثمن؟ وجهان: أحدهما: لا. فلو قبض شيئًا، شاركه الآخر كالميراث. وأرجحهما: نعم، كما لو انفرد بالبيع.

فرع: بينهما عبد، فغصب غاصب نصيب أحدهما، بأن نزل نفسه منزلته، فأزال يده، ولم يزل يد صاحبه، يصح من الذي لم يغصب نصيبه بيعه، ولا يصح من الآخر بيع نصيبه إلا للغاصب، أو لقادر على أخذه من الغاصب. فلو باع الغاصب والذي لم يغصب نصيبه، جميع العبد صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب، وصح في نصيب المالك، ولا يخرج على تفريق الصفقة، لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع. وقيل: يبنى نصيب المالك، على أن أحد الشريكين إذا باع نصف العبد مطلقًا، ينصرف إلى نصيبه. أم يشيع؟ فيه وجهان مذكوران في كتاب العتق. فإن قلنا: ينصرف إلى نصيبه، صح، وإلا فيبطل في ثلاثة أرباع العبد. وفي ربعه قولا تفريق الصفقة. ولا ينظر إلى هذا البناء إذا باع المالكان معًا، وأطلقا. ولا يجعل كما لو أطلق كل واحد بيع نصف العبد، لأن هناك تناولَ العقدُ الصحيحُ جميعَ العبد. وهذان الفرعان، غير مختصين بباب الشركة، لكن ذكرهما الأصحاب هنا.

كتاب الوكالة

قال المصنف رحمه الله تعالى: تجوز الوكالة في عقد البيع لما روي عن عروة بن الجعد قال: «أعطاني رسول الله ﷺ دينارًا أشترى له شاة أو أضحية، فاشتريت شاتين فبعت إحداهما بدينار، وأتيته بشاة ودينار، فدعا لي بالبركة» فكان لو اشترى ترابًا لربح فيه[١]. ولأن الحاجة تدعو إلى الوكالة في البيع، لأنه قد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ إليه لكثرة أشغاله فجاز أن يوكل فيه غيره، وتجوز في سائر عقود المعاملات كالرهن والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والوديعة والإعارة والمضاربة والجعالة والمساقاة والإجارة والقرض والهبة والوقف والصدقة، لأن الحاجة إلى التوكيل فيها كالحاجة إلى التوكيل في البيع وفي تملك المباحات، كإحياء الموات واستقاء الماء. والاصطياد والاحتشاش قولان: أحدهما: لا يصح التوكيل فيها، لأنه تملك مباح فلم يصح التوكيل فيه كالاغتنام، والثاني: يصح، لأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه، فجاز أن يوكل فيه كالابتياع والاتهاب، ويخالف الاغتنام لأنه يستحق بالجهاد، وقد تعين عليه بالحضور، فتعين له ما استحق به.

فصل: ويجوز التوكيل في عقد النكاح لما روي «أن النبي ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة»[٢] ويجوز في الطلاق والخلع والعتاق لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه كما تدعو إلى التوكيل في البيع والنكاح، ولا يجوز التوكيل في الإيلاء والظهار واللعان، لأنها أيمان فلا تحتمل التوكيل، وفي الرجعة وجهان:

أحدهما: لا يجوز التوكيل فيه كما لا يجوز في الإيلاء والظهار.

والثاني: أنه يجوز، وهو الصحيح، فإنه إصلاح للنكاح، فإذا جاز في النكاح جاز في الرجعة.

فصل: ويجوز التوكيل في إثبات الأموال والخصومة فيها لما روي أن عليًا كرم الله وجهه وكل عقيلًا رضي الله عنه عند أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وقال: ما قضي له فلي وما قضي عليه فعلي[٣]، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان رضي الله عنهما وقال علي: أن

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٦٤٢) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٨٤) والترمذي في سننه برقم (١٢٥٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٠٢) وأحمد في المسند (٤/ ٣٣٥).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٠٨٦) والنسائي في سننه (٦/ ١١٩).

(٣) أخرجه الشافعي في الأم (٣/ ٢٣٣) والبيهقي في سننه (٦/ ٨١).

للخصومات قحمًا[١]. قال أبو زياد الكلابي: القحم المهالك، ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في الخصومات لأنه قد يكون له حق أو يدعي عليه حق ولا يحسن الخصومة فيه، أو يكره أن يتولاها بنفسه، فجاز أن يوكل فيه. ويجوز ذلك من غير رضى الخصم، لأنه توكيل في حقه فلا يعتبر فيه رضي من عليه كالتوكيل في قبض الديون، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف لأنه حق آدمي فجاز التوكيل في إثباته كالمال.

ولا يجوز التوكيل في إثبات حدود الله تعالى لأن الحق له، وقد أمرنا فيه بالدرء والتوصل إلى إسقاطه، وبالتوكيل يتوصل إلى إيجابه فلم يجز، ويجوز التوكيل في استيفاء الأموال، لأن النبي ﷺ بعث العمال لبعض الصدقات وأخذ الجزي، ويجوز في استيفاء حدود الله تعالى، لأن النبي ﷺ بعث أنيسًا لإقامة الحد وقال: «يا أنيس أغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[٢] ووكل عثمان رضي الله عنه عليًا كرم الله وجهه ليقيم حد الشرب على الوليد بن عقبة[٣].

وأما القصاص وحد القذف فإنه يجوز التوكيل في استيفائهما بحضرة الموكل لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه لأنه قد يكون له حد أو قصاص ولا يحسن أن يستوفيه فجاز أن يوكل فيه غيره، وهل يجوز أن يستوفيه في غيبة الموكل؟ قال في الوكالة: لا يستوفي، وقال في الجنايات: ولو وكل فتنحى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو، وقبل العلم بالعفو: ففي الضمان قولان.

وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتص مع غيبة الموكل، فمن أصحابنا من قال: يجوز قولًا واحدًا، وهو قول أبي إسحاق، لأنه حق يجوز أن يستوفيه بحضرة الموكل فجاز في غيبته كأخذ المال، وحمل قوله لا يستوفي على الاستحباب، ومنهم من قال: لا يجوز قولًا واحدًا، لأن القصاص والحد يحتاط في إسقاطهما، والعفو مندوب إليه فيهما، فإذا حضر رجونا أن يرحمه فيعفو عنه، وحمل قوله في الجنايات على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا ولم يسمع الوكيل فقتل.

ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما: يجوز، والثاني: لا يجوز ووجههما ما ذكرناه.

فصل: ويجوز التوكيل في فسخ العقود لأنه إذا جاز التوكيل في عقدها ففي

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٨١).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٣١٤، ٢٣١٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٩٧، ١٦٩٨) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٤٥) والترمذي في سننه برقم (١٤٣٣) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٤٩).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٧٠٧) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٨٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٧١) وأحمد في المسند (١/ ٨٢).

فسخها أولى، ويجوز أن يوكل في الإبراء من الديون، لأنه إذا جاز التوكيل في إثباتها واستيفائها جاز التوكيل في الإبراء عنها، وفي التوكيل في الإقرار وجهان:

أحدهما: يجوز، وهو ظاهر النص، لأنه إثبات مال في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع.

والثاني: لا يجوز، وهو قول أبي العباس، لأنه توكيل في الإخبار عن حق فلم يجز كالتوكيل في الشهادة بالحق، فإذا قلنا: لا يجوز فهل يكون توكيله إقرارًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: إنه إقرار، لأنه لم يوكل في الإقرار بالحق إلا والحق واجب عليه.

والثاني: أنه لا يكون إقرارًا كما لا يكون التوكيل في الإبراء إبراء.

الشرح: قوله: «قحمًا» أي مهالك، وقوله: «الجزي» جمع جزية وهو ما يؤخذ من أهل الذمة، وقوله: «فتنحى به» أي مضى به إلى ناحية أخرى غير ناحية الموكل.

أما الأحكام: فالوكالة هي تفويض شخص غيره ليقوم مقامه فيما تدخله النيابة، وأركانها أربعة: الركن الأول: ما فيه التوكيل. وله شروط:

الشرط الأول: أن يكون مملوكًا له. فلو وكله في طلاق من سينكحها، أو بيع عبد سيملكه، أو إعتاق من سيملكه، أو قضاء دين سيلزمه، أو تزويج بنته إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها، وما أشبه ذلك، لم يصح على الأصح.

الشرط الثاني: أن يكون قابلًا للنيابة. والذي يفرض فيه النيابة، أنواع. منها العبادات. والأصل، امتناع النيابة فيها. ويستثنى الحج، والزكاة، والكفارات، والصدقات، وذبح الهدي، والأضحية، وركعتا الطواف من الأجير. وفيهما كلام يأتي في الوصايا إن شاء الله تعالى. وفي صوم الولي عن الميت، خلاف سبق في موضعه. وألحق بالعبادات، الشهادات، والأيمان. ومن الأيمان: الإيلاء، واللعان والقسامة، فلا يصح التوكيل في شيء منها قطعًا، ولا في الظهار على الأصح. وفي معنى الأيمان، النذور، وتعليق الطلاق، والعتق، وكذا التدبير على المذهب. وقيل: إن قلنا: إنه وصية، جاز. ومنها، المعاملات، فيجوز التوكيل في طرفي البيع بأنواعه، كالسلم، والصرف، والتولية، وغيرها، وفي الرهن، والهبة، والصلح، والإبراء، والحوالة، والضمان، والكفالة، والشركة، والمضاربة، والإجارة، والجعالة، والمساقاة، والإيداع، والإعارة، والأخذ بالشفعة، والوقف، والوصية، وقبولها. وفي وجه شاذ: لا يجوز التوكيل في الوصية، لأنها قربة. ويجوز التوكيل في طرفي النكاح والخلع، وفي تنجيز الطلاق والإعتاق والكتابة ونحوها. ويجوز في الرجعة على الأصح. ولو أسلم على أكثر من أربع نسوة، فوكل بالاختيار، أو طلق إحدى امرأتيه، أو أعتق أحد عبديه، ووكل بالتعيين، لم يصح.

ولو أشار إلى واحدة وقال: وكلتكَ في تعيين هذه للطلاق، أو النكاح، أو أشار إلى أربع من المسلمات، فقال: وكلتكَ في تعيين النكاح فيهن، فهو كالتوكيل في الرجعة، فيصح على الصحيح، قاله في «التتمة». والله أعلم.

ويجوز التوكيل في الإقالة وسائر الفسوخ، لكن ما هو على الفور، قد يكون التأخير بالتوكيل فيه تقصيرًا. وفي التوكيل في خيار الرؤية، خلاف سبق. ويجوز التوكيل في قبض الأموال، مضمونة كانت أو غيرها، وفي قبض الديون وإقباضها، ومنها: الجزية، يجوز في قبضها وإقباضها. وفي وجه: يمتنع توكيل الذمي مسلمًا فيها. قال أصحابنا: ويجوز توكيل أصناف الزكاة في قبضها لهم. والله أعلم.

ومنها: المعاصي، كالقتل، والسرقة، والغصب، والقذف، فلا مدخل للتوكيل فيها، بل أحكامها تثبت في حق مرتكبها، لأن كل شخص بعينه مقصود بالامتناع منها.

فرع: في التوكيل في تملك المباحات، كإحياء الموات، والاحتطاب، والاصطياد، والاستقاء، وجهان: أصحهما: الجواز. فيحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل له، لأنه أحد أسباب الملك، فأشبه الشراء.

هكذا حكاهما وجهين تقليدًا لبعض الخراسانيين، وهما قولان مشهوران. والله أعلم.

ولو استأجره ليحتطب له، أو ليستقي، قال في «التهذيب»: هو على الوجهين. وبالمنع أجاب ابن كج. وقطع الإمام بالجواز، وقاس عليه وجه جواز التوكيل.

والأصح: قوله في «التهذيب». وسلك الجرجاني في كتابه «التحرير» طريقة أخرى فقال: يجوز التوكيل في الاحتطاب ونحوه بأجرة، وفي جوازه بغيرها وجهان: ولا يجوز في إحياء الموات بلا أجرة، ويجوز بأجرة على الأصح. والله أعلم.

فرع: التوكيل بالإقرار، صورته أن يقول: وكلتك لتُقِرّ عني لفلان بكذا، وفيه وجهان: أصحهما: عند الأكثرين: لا يصح، لأنه خبر، فأشبه الشهادة. فعلى هذا، هل يجعل مقرًا بنفس التوكيل؟ وجهان: أحدهما: نعم، قاله ابن القاص، واختاره الإمام. وأصحهما: عند البغوي: لا، كما أن التوكيل بالإبراء لا يكون إبراءً.

وقول ابن القاص أصح عند الأكثرين. وإذا صححنا التوكيل، لم يلزمه شيء قبل إقرار التوكيل على الصحيح الذي قطع به الجمهور، وفي «الحاوي» و«المستظهري» وجه: أنه يلزمه بنفس التوكيل. والله أعلم.

وإذا صححنا التوكيل، فينبغي أن يبين الوكيل جنس المقرِّ به وقدره. فلو قال:

أقر عني لفلان بشيء، فأقر، أخذ الوكيل بتفسيره. ولو اقتصر على قوله: أقر عني لفلان، فوجهان: أحدهما: هو كقوله: أقر عني بشيء. وأصحهما: لا يلزمه شيء بحال، لاحتمال أنه يريد الإقرار بعلم أو شجاعة، لا بمال.

ولو قال: أقر عني لفلان بألف له عليَّ، فهو إقرار بلا خلاف، صرح به الجرجاني وغيره. والله أعلم.

فرع: للمدعي والمدعى عليه التوكيل في الخصومة، رضي الخصم أم لم يرض، وليس لصاحبه الامتناع من مخاصمة الوكيل، سواء كان للموكل عذر، أم لا، وسواء كان المطلوب بالتوكيل في الخصومة مالًا، أو عقوبة لآدمي، كالقصاص وحد القذف. وأما حدود الله تعالى، فلا يجوز التوكيل في إثباتها، لأنها مبنية على الدرء.

فرع: يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى للإمام، وللسيد في حد مملوكه، ويجوز للوكيل استيفاء عقوبات الآدميين بحضرة المستحق. وفي غيبته، طرق. أشهرها على قولين. أظهرهما: الجواز. والطريق الثاني: الجواز قطعًا. والثالث: المنع قطعًا.

قال ابن الصباغ: ولا يصح التوكيل في الالتقاط قطعًا، كما لا يجوز في الاغتنام. فإن التقط، أو غنم، كان له دون الموكل. قال صاحب «البيان»: ينبغي أن يكون الالتقاط على الخلاف في تملك المباحات. وما قاله ابن الصباغ، أقوى. ولو اصطرف رجلان، فأراد أحدهما أن يفارق المجلس قبل القبض، فوكل وكيلًا في ملازمة المجلس، لم يصح، وينفسخ العقد بمفارقة الموكل، لأن التنفيذ منوط بملازمة العاقد. فلو مات العاقد، فهل يقوم وارثه مقامه في القبض ليبقى العقد؟ فيه وجهان حكاهما الإمام والغزالي في «البسيط» بناءً على بقاء خيار المجلس. والله أعلم.

الشرط الثالث: أن يكون ما وكل فيه معلومًا من بعض الوجوه، بحيث لا يعظم الغرر. وسواء كانت الوكالة عامة أو خاصة. أما العامة، ففيها طريقة لإمام الحرمين والغزالي، وطريقة للأصحاب. فأما طريقتهما، فقالا: لو قال: وكلتك في كل قليل وكثير، فباطلة. وإن ذكر الأمور المتعلقة به مفصلة، فقال: وكلتك في بيع أملاكي، وتطليق زوجاتي، وإعتاق عبيدي، صح توكيله. ولو قال: وكلتك في كل أمر هو إلي مما يقبل التوكيل، ولم يفصل أجناس التصرفات، فوجهان: أصحهما: البطلان. وأما طريقة سائر الأصحاب، فقالوا: لو قال: وكلتك في كل قليل وكثير، أو في كل أموري، أو في جميع حقوقي، أو في كل قليل وكثير من أموري، أو

فوضت إليك جميع الأشياء، أو أنت وكيلي فتصرَّف في مالي كيف شئت، لم تصح الوكالة. قالوا: ولو قال: وكلتك في بيع أموالي، أو استيفاء ديوني، أو استرداد ودائعي، أو إعتاق عبيدي، صحت، وهذه الطريقة هي الصحيحة نقلًا ومعنى، وقد نص عليها الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ. وأما الوكالة الخاصة، ففيها صور:

إحداها: لو وكله في بيع جميع أمواله، أو قضاء ديونه واستيفائها، صح قطعًا. ولا يشترط كون أمواله معلومة على الصحيح. وكلام البغوي، يقتضي اشتراطه. وفي فتاوى القفال: لو قال: وكلتك في استيفاء ديوني على الناس، جاز وإن كان لا يعرف من عليه الدين، وأنه واحد أو جماعة كثيرة، وأي جنس ذلك الدين. أما إذا قال: بع بعض مالي، أو طائفة منه، أو سهمًا، فلا يصح، لجهالته من الجملة. وكأن الشرط أن يكون الموكل فيه معلومًا أو يسهل علمه. ولو قال: بع ما شئت من مالي، أو اقبض ما شئت من ديوني، جاز، ذكراه في «المهذب» و«التهذيب». وفي «الحلية» ما يخالفه، فإنه قال: لو قال: بع من رأيت من عبيدي، لم يصح حتى يميز.

وهذا المذكور عن «المهذب» هو الصحيح المعروف. قال في «التهذيب»: ولا يجوز أن يبيع الكل إلا أن يقبض الكل. وأما قول صاحب «الحلية»، ففي «البيان» أيضًا عن ابن الصباغ نحوه، فإنه قال: لو قال: بع ما تراه من مالي، لم يجز. ولو قال: ما تراه من عبيدي، جاز، وكلاهما شاذ ضعيف. وهذا النقل عن «الحلية»، إن كان المراد به «الحلية» للروياني فغلط، فإن الذي في «حلية» الروياني: لو قال: بع من عبيدي هؤلاء الثلاثة من رأيت، جاز، ولا يبيع الجميع، لأن «من» للتبعيض. ولو وكله أن يزوجه من شاء، جاز، ذكره القاضي أبو حامد، وهذا لفظ الروياني في «الحلية» بحروفه. وقد صرح إمام الحرمين، والغزالي في «البسيط» بأنه إذا قال: بع من شئت من عبيدي، لا يبيع جميعهم، لأن «من» للتبعيض. فلو باعهم إلا واحدًا، جاز، قال أصحابنا: لو قال: بع هذا العبد، أو هذا، لم يصح. ولو وكله ليهب من ماله ما يرى، قال في «الحاوي»: لا يصح. وقياس ما سبق، أنه يصح. والله أعلم.

الثانية: التوكيل في الشراء. ولا يكفي فيه أن يقول: اشتر لي شيئًا، أو حيوانًا، أو رقيقًا، بل يشترط أن يبين أنه عبد أو أمة. والنوع، كالتركي والهندي وغيرهما. ولا يشترط استقصاء أوصاف السلم، ولا ما يقرب منها بلا خلاف. فإن اختلفت أصناف نوع اختلافًا ظاهرًا، قال الشيخ أبو محمد: لا بد من التعرض للصنف. وأما الثمن، فلا يشترط بيان قدره على الأصح. وعلى الثاني: يشترط بيان قدره أو غايته، بأن يقول: من مئة إلى ألف. وحكى صاحب «التقريب» وجهًا: أنه

يصح التوكيل بشراء عبد مطلقًا، وهذا الوجه، ضعيف جدًا. وإذا طرد في قوله: اشتر شيئًا، كان أبعد. قلت: ذكر في «البسيط» ترددًا في قوله: اشتر شيئًا تفريعًا على هذا الوجه. والله أعلم.

ولو قال: اشتر لي عبدًا كما تشاء، فقيل: يصح، كما لو قال في القراض: اشتر من شئت من العبيد. والصحيح الذي عليه الأكثرون: لا يصح. والفرق، أن المقصود هناك، الربح، والعامل أعرف به. ولو وكله في شراء دار، يشترط ذكر المحلة والسكة. وفي الحانوت يذكر السوق، وعلى هذا القياس.

وفي ذكر الثمن، الوجهان. والله أعلم.

الثالثة: التوكيل في الإبراء، يشترط فيه علم الموكل إذا قلنا بالأظهر: إنه لا يصح الإبراء عن المجهول كما سبق في «كتاب الضمان». ولا يشترط علم الوكيل على الأصح، وبه قطع القاضي والغزالي. وفي «المهذب» و«التهذيب»: اشتراط علمه بجنسه وقدره كما لو قال: بع بما باع به فلان فرسه، فإنه يشترط لصحة البيع علم الوكيل دون الموكل. ولا يشترط في الإبراء علم من عليه الحق على الصحيح، والخلاف فيه مبني على ما سبق أن الإبراء إسقاط أو تمليك. فإن قلنا: تمليك، اشترط علمه كالمتهب، وإلا، فلا. ثم إن كانت صيغته: أبرىء فلانًا عن ديني، أبرأه عن جميعه. وإن قال: عن شيء منه، أبرأه عن قليل منه. وإن قال: عما شئت، أبرأه عما شاء، وأبقى شيئًا.

وقوله: أبرئه عن قليل منه، يعني أقل ما ينطلق عليه اسم الشيء، كذا صرح به في «التتمة»، وهو واضح. ولو قال: أبرئه عن جميعه، فأبرأ عن بعضه، جاز، بخلاف ما لو باع بعض ما أمره ببيعه. والله أعلم.

الرابعة: قال: وكلتك في مخاصمة خصماي، وأطلق، صح على الأصح وصار وكيلًا في جميع الخصومات. وقيل: يشترط تعيين من يخاصمه، لاختلاف الغرض به.

الركن الثاني: الموكل. تشترط فيه صحة مباشرته بملك أو ولاية، فيخرج منه الصبي، والمجنون، والمغمى عليه، والنائم، والمرأة في التزويج، والفاسق في تزويج بنته إذا لم نجعله وليًا. وأما السكران، فتوكيله كسائر تصرفاته، ويدخل فيه توكيل الأب والجد في التزويج والمال. وأما الأخ والعم وغيرهما مما لا يجبر، ففي توكيلهم في التزويج وجهان يذكران في النكاح إن شاء الله تعالى. وأما الوكيل في البيع ونحوه، فلا يملك التوكيل إلا إذا أذن له الموكل، أو دلت عليه قرينة. وسيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى. وفي معناه، توكيل العبد المأذون. وأما المحجور

عليه بسفه، أو فلس، أو رق، فيجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات، ولا يجوز فيما لا يستقل به إلا بعد إذن الولي، والمولى، والغريم. ومن جوز التوكيل في بيع عبد سيملكه، فقياسه جواز توكيل المحجور عليه فيما سيأذن فيه الولي، ولم يتعرض له.

وقد يمكن الفرق، بأن الخلل هناك في عبارة المحجور عليه. والله أعلم.

ويستثنى مما سبق، بيع الأعمى، وشراؤه. فإنه يصح التوكيل فيه، وإن لم يصح من الأعمى للضرورة.

قال في «الحاوي»: للأب والوصي والقيم أن يوكل في بيع مال الطفل، إن شاء عن نفسه، وإن شاء عن الطفل. وفي جوازه عن الطفل، نظر. والله أعلم.

الركن الثالث: الوكيل. وشرطه صحة مباشرته ذلك الشيء لنفسه، بأن يكون صحيح العبارة فيه، فلا يصح توكيل الصبي والمجنون في التصرفات. وفي جواز اعتماد قول الصبي في الإذن في دخول الدار والملك عند إيصاله الهدية وجهان، وسبقا في البيع.

فإن جوزناه، فهو وكالة من الآذن والمهدي. وعلى هذا، لو وكل الصبي فيه غيره، فالقياس تخريجه على الخلاف. والتفصيل في أن الوكيل، هل يوكل؟ فإن جاز، صار الصبي أهلًا للتوكيل، ولا يصح كون المرأة والمُحرم وكيلين في النكاح. وفي توكيل العبد في الشراء ونحوه، وجهان سبقا في باب مداينة العبيد. وفي توكيله في قبول النكاح بغير إذن سيده، وجهان: أصحهما: الجواز.

وفي توكيله فيه بإذن السيد أيضًا، وجهان في «الشامل» و«البيان»، وقطعا بالمنع بغير إذنه، والمختار الجواز مطلقًا. والله أعلم.

وفي توكيله في الإيجاب وجهان: أصحهما: المنع، لأنه لا يزوج بنته، فبنت غيره أولى، كذا صححه الجمهور، وقطع به جماعة. وتوكيل المحجور عليه لسفه في طرفي النكاح، كتوكيل العبد. والفاسق في الإيجاب إذا سلبناه الولاية، كالعبد، وفي القبول يصح قطعًا. والمحجور عليه لفلس، يوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة قطعًا، وفيما يلزمها أيضًا على الأصح، كما يصح شراؤه على الصحيح.

فرع: يصح توكيل المرأة في طلاق غيرها على الأصح، كما يصح أن يفوض إليها طلاق نفسها. قال في «التتمة»: ولا يصح توكيلها في رجعة نفسها، ولا رجعة غيرها، لأن الفرج لا يستباح بقول النساء. ولا يصح توكيلها في الاختيار في النكاح إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة. وفي الاختيار للفراق وجهان: لأنه يتضمن اختيار الأربع للنكاح. والأصح: لا يصح. والله أعلم.

فرع: توكيل المرتد في التصرفات المالية، يبنى على بقاء ملكه وزواله. إن أبقيناه، صح، وإن قطعناه، فلا، وإن وقفناه، فكذا التوكيل. ولو وكل، ثم ارتد، ففي انقطاع التوكيل، الأقوال الثلاثة. ولو وكل رجل مرتدًا، أو ارتد الوكيل، لم يقدح في الوكالة، لأن الخلاف في تصرفه لنفسه، لا لغيره، كذا نقل الأصحاب عن ابن سريج. وفي «التتمة»: أنه مبني على أنه يصير محجورًا عليه، إن قلنا: نعم، انعزل، وإلا، فلا.

ولو وكل المسلم كافرًا ليقبل له نكاح مسلمة، لا يصح. ولو وكله في قبول كتابية، صح. وإن وكله في طلاق مسلمة، فوجهان: لأنه لا يملك طلاق مسلمة، لكن يملك طلاقًا في الجملة. وللمكاتب أن يوكل غيره في البيع والشراء وسائر التصرفات التي تصح منه، ولا يملك التوكيل في التبرع بغير إذن سيده. وبإذنه قولان، بناءً على صحته بإذنه. ولو وكل رجل مكاتبًا بجعل يفي بأجرته، جاز. وبغير جعل، له حكم تبرعه. والله أعلم.

الركن الرابع: الصيغة. فيه مسائل: المسألة الأولى: لا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضى، كقوله: وكلتك في كذا، أو فوضته إليك، أو أنبتك فيه، وما أشبهه. ومثله: بع أو أعتق ونحوهما. وأما القبول، فيطلق بمعنيين. أحدهما: الرضى والرغبة فيما فوض إليه، ونقيضه الرد. والثاني: اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات. ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول. حتى لو رد فقال: لا أقبل، أو لا أفعل، بطلت الوكالة. فلو رد ثم ندم، وأراد أن يفعل، لم يجز، بل لا بد من إذن جديد، لأن الوكالة جائزة، ترتفع في الدوام بالفسخ، فارتدادها بالرد في الابتداء أولى. وأما المعنى الثاني وهو القبول لفظًا، ففيه أوجه: أصحها: لا يشترط. والثاني: يشترط. والثالث: إن أتى بصيغة عقد، كـ: وكلتك، وفوضت إليك، اشترط. وإن أتى بصيغة أمر، نحو: بع، واشتر، لم يشترط. فإن شرطنا القبول لفظًا، فهل يشترط على الفور كالبيع، أم في المجلس وإن طال؟ أم يجوز أبدًا وإن فارق المجلس، كالوصية؟ فيه أوجه: الصحيح: الثالث. وأما القبول بالمعنى الأول، فلا يشترط فيه التعجيل بحال بلا خلاف. وإذا لم نشرط القبول، فوكله، والوكيل لا يعلم، ثبتت وكالته على الأصح. فعلى هذا لو تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة، ثم بان وكيلًا، ففي صحة تصرفه الخلاف السابق فيمن باع مال أبيه يظنه حيًا، فبان ميتًا. وإن لم نثبت الوكالة، فهل نحكم بنفوذها حالة بلوغ الخبر؟ وجهان:

فرع: حيث لا نشترط القبول، تكفي الكتابة والرسالة، ونجعله مأذونًا في

التصرف. وحيث شرطنا، فحكمه كما لو كتب بالبيع، وقطع الروياني في الوكالة بالجواز.

وقطع الماوردي أيضًا، وكثيرون بالجواز وهو الصواب. والله أعلم.

فرع: إذا شرطنا القبول، فقال: وكلني في كذا، فقال: وكلتك، فهل يكفي، أم لا بد من قبول بعده؟ فيه الخلاف السابق في البيع ونحوه. ثم قيل: الوكالة أحوج إلى الاشتراط، لأنها ضعيفة، ولو قيل: عكسه، لأن الوكالة يحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع، لكان أقرب.

المسألة الثانية: إذا علق الوكالة بشرط، فقال: إذا قدم زيد، أو جاء رأس الشهر، فقد وكلتك في كذا، أو أنت وكيلي، لم يصح على الأصح. فلو نجّز الوكالة وشرط للتصرف شرطًا، بأن قال: وكلتك الآن في بيع هذا العبد، ولكن لا تبعه حتى يجيء رأس الشهر، صح التوكيل بلا خلاف، ولا يبيعه إلا إذا حصل الشرط. وإذا أفسدنا الوكالة بالتعليق، فتصرَّف الوكيل بعد حصول الشرط، صح تصرفه على الأصح، لحصول الإذن. وإن كان العقد فاسدًا كما لو شرط للوكيل جعلًا مجهولًا، بأن قال: بع كذا ولك عشر ثمنه، تفسد الوكالة، ويصح البيع. فعلى هذا، فائدة فساد الوكالة سقوط الجعل المسمى إن كان، والرجوع إلى أجرة المثل، كما أن الشرط الفاسد في النكاح يفسد الصداق، ويوجب مهر المثل، ولا يؤثر في صحة النكاح.

فرع: لو قال: وكلتك، ومتى عزلتك فأنت وكيلي، ففي صحة الوكالة في الحال، وجهان: أصحهما: الصحة. فإذا قلنا: بالصحة، أو كان قوله: متى عزلتك، مفصولًا عن الوكالة، فعزله، نظر، إن لم يعلم به الوكيل، واعتبرنا علمه في نفوذ العزل، فهو على وكالته. وإن لم نعتبره، أو كان عالمًا به، ففي عوده وكيلًا بعد العزل وجهان بناءً على تعليق الوكالة، لأنه علَّق الوكالة ثانيًا على العزل، أصحهما: المنع. فإن قلنا: يعود، نظر في اللفظ الموصول بالعزل. فإن كان قال: إذا عزلتك، أو مهما، أو متى، لم يقتض ذلك عود الوكالة إلا مرة واحدة. وإن قال: كلما عزلتك، اقتضى العود مرة بعد مرة أبدًا، لأن «كلما» للتكرار. فإن أراد أن لا يعود وكيلًا، فطريقه أن يوكل غيره في عزله، فينعزل، لأن المعلَّق عليه عزل نفسه. فإن كان قال: كلما عزلتك، أو عزلك أحد عني، فطريقه أن يقول: كلما عدت وكيلًا، فأنت معزول. فإذا عزله، ينعزل لتقاوم التوكيل والعزل، واعتضاد العزل بالأصل، وهو الحجر في حق الغير. والخلاف في قبول الوكالة التعليقَ، جارٍ في أن العزل هل يقبله، ولكن بالترتيب؟ والعزل أولى بقبوله، لأنه لا يشترط فيه قبول قطعًا.

وتصحيح إدارة الوكالة والعزل جميعًا، مبني على قبولهما التعليق. قال الإمام: وإذا نفذنا العزل، وقلنا: تعود الوكالة، فلا شك أن العزل ينفذ في وقت وإن لطف، ثم ترتب عليه الوكالة. فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف، ففي نفوذ تصرفه وجهان:

المسألة الثالثة: تصح الوكالة الموقتة، كقولك: وكلتك إلى شهر رمضان.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ولا يصح التوكيل إلا ممن يملك التصرف في الذي يوكل فيه بملك أو ولاية فأما من لا يملك التصرف في الذي يوكل فيه كالصبي والمجنون والمحجور عليه في المال والمرأة في النكاح والفاسق في تزويج ابنته، فلا يملك التوكيل فيه لأنه لا يملكه، فلا يملك أن يملك ذلك غيره، وأما من لا يملك التصرف إلا بالإذن كالوكيل والعبد المأذون، فإنه لا يملك التوكيل إلا بالإذن لأنه يملك التصرف بالإذن، فكان توكيله بالإذن، واختلف أصحابنا في غير الأب والجد من العصبات، هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة؟ فمنهم من قال: يملك، لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع، فملك التوكيل من غير إذن كالأب والجد، ومنهم من قال: لا يملك لأنه لا يملك التزويج إلا بإذن فلا يملك التوكيل إلا بإذن كالوكيل والعبد المأذون.

فصل: ومن لا يملك التصرف في حق نفسه لنقص فيه كالمرأة في النكاح والصبي والمجنون في جميع العقود لم يملك أن يتوكل لغيره لأنه إذا لم يملك ذلك في حق نفسه بحق الملك لم يملكه في حق غيره بالتوكيل، ومن ملك التصرف فيما تدخله النيابة في حق نفسه جاز أن يتوكل فيه لغيره، لأنه يملك في حق نفسه بحق الملك فملك في حق غيره بالإذن.

واختلف أصحابنا في العبد، هل يجوز أن يتوكل في قبول النكاح؟ فمنهم من قال: يجوز، لأنه يملك قبول العقد لنفسه بإذن المولى، فملك أن يقبل لغيره بالتوكيل، ومنهم من قال: لا يجوز لأنه لا يملك النكاح، وإنما أجيز له القبول لنفسه للحاجة إليه ولا حاجة إلى القبول لغيره، فلم يجز، واختلفوا في توكيل المرأة في طلاق غيرها، فمنهم من قال: يجوز كما يجوز توكيلها في طلاقها، ومنهم من قال: لا يجوز، لأنها لا تملك الطلاق، وإنما أجيز توكيلها في طلاق نفسها للحاجة، ولا حاجة إلى توكيلها في طلاق غيرها، فلم يجز، ويجوز للفاسق أن يتوكل في قبول النكاح للزوج، لأنه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق، فجاز أن يقبل لغيره، وهل يجوز أن يتوكل في الإيجاب؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا يجوز، لأنه موجب للنكاح فلم يجز أن يكون فاسقًا كالولي.

والثاني: يجوز، لأنه ليس بولي. وإنما هو مأمور من جهة الولي، والولي عدل.

فصل: ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول، لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والإجارة، ويجوز القبول على الفور وعلى التراخي.

وقال القاضي أبو حامد المروروذي: لا يجوز إلا على الفور لأنه عقد في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع ـ والمذهب الأول ـ لأنه أذن في التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع فيه، فجاز القبول. ويجوز القبول بالفعل، لأنه أذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالإذن في أكل الطعام.

فصل: ولا يجوز التوكيل إلا في تصرف معلوم. فإن قال: وكلتك في كل قليل وكثير لم يصح، لأنه يدخل فيه ما يطيق وما لا يطيق، فيعظم الضرر ويكثر الغرر، وإن قال وكلتك في بيع جميع مالي أو قبض جميع ديوني صح؛ لأنه يعرف ماله ودينه، وإن قال: بع ما شئت من مالي أو اقبض ما شئت من ديوني جاز لأنه إذا عرف ماله ودينه عرف أقصى ما يبيع ويقبض فيقل الغرر.

وإن قال: اشتر لي عبدًا لم يصح لأن فيه ما يكون بمائة وفيه ما يكون بألف، فيكثر الغرر، وإن قال: اشتر لي عبدًا بمائة لم يصح، لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع فيكثر الغرر.

وإن قال اشتر لي عبدًا تركيًا بمائة جاز، لأن مع ذكر النوع وقدر الثمن يقل الغرر، فإن قال: اشتر لي عبدًا تركيًا ولم يقدر الثمن ففيه وجهان. قال أبو العباس: يصح لأنه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمنًا فيقل الغرر، ومن أصحابنا من قال: لا يصح لأن أثمان الترك تختلف وتتفاوت؛ فيكثر الغرر، وإن وكله في الإبراء لم يجز حتى يبين الجنس الذي يبرىء منه، والقدر الذي يبرىء منه، وإن وكله في الإقرار وقلنا: أنه يصح التوكيل فيه لم يجز حتى يبين جنس ما يقر به، وقدر ما يقر به؛ لأنه إذا أطلق عظم الضرر وكثر الغرر فلم يجز، وإن وكله في خصومة كل من يخاصمه ففيه وجهان:

أحدهما: يصح، لأن الخصومة معلومة.

والثاني: لا يصح، لأنها قد تقل الخصومات وقد تكثر فيكثر الغرر.

فصل: ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل. ومن أصحابنا من قال: يجوز لأنه أذن في التصرف فجاز تعلقه على شرط مستقبل كالوصية، والمذهب الأول لأنه عقد تؤثر الجهالة في إبطاله فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والإجارة، ويخالف الوصية فإنها لا يؤثر فيها غرر الجهالة فلا يؤثر فيها غرر الشرط، والوكالة تؤثر الجهالة في إبطالها فأثر غرر الشرط.

فإن علقها على شرط مستقبل ووجد الشرط وتصرف الوكيل صح التصرف لأن مع فساد العقد الإذن قائم فيكون تصرفه بإذن فصح، فإن كان قد سمى له جعلًا سقط المسمى ووجب له أجرة المثل لأنه عمل في عقد فاسد لم يرض فيه

بغير بدل فوجب أجرة المثل كالعمل في الإجارة الفاسدة، وإن عقد الوكالة في الحال وعلق التصرف على شرط، بأن قال وكلتك أن تطلق امرأتي أو تبيع مالي بعد شهر صح، لأنه لم يعلق العقد على شرط، وإنما علق التصرف على شرط فلم يمنع صحة العقد.

فصل: ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلا ما يقتضيه الإذن، والإذن يعرف بالنطق وبالعرف فإن تناول الإذن تصرفين ـ وفي أحدهما إضرار بالموكل ـ لم يجز ما فيه إضرار لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[1] فإن تناول تصرفين وفي أحدهما نظر للموكل لزمه ما فيه النظر للموكل لما روى ثوبان مولى رسول الله ﷺ قال: قال ﷺ: «رأس الدين النصحية؛ قلنا: يا رسول الله لمن؟ قال: لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وللمسلمين عامة»[2] وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل.

فصل: وإن وكل في تصرف وأذن له أن يوكل إذا شاء نظرت، فإن عين له من يوكله وكله أمينًا كان أو غير أمين لأنه قطع اجتهاده بالتعيين وإن لم يعين من يوكل لم يوكل إلا أمينًا لأنه لا نظر للموكل في توكيل غير الأمين، فإن وكل أمينًا فصار خائنًا فهل يملك عزله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملك عزله، لأن الوكالة تقتضي استعمال أمين، فإذا خرج عن أن يكون أمينًا لم يجز استعماله، فوجب عزله.

والثاني: لا يملك عزله، لأنه أذن له في التوكيل دون العزل، وإن وكله ولم يأذن له في التوكيل نظرت، فإن كان ما وكله فيه مما يتولاه الوكيل ويقدر عليه، لم يجز أن يوكل فيه غيره، لأن الإذن لا يتناول تصرف غيره من جهة النطق، ولا من جهة العرف، لأنه ليس في العرف إذا رضيه أن يرضى غيره، وإن وكله في تصرف وقال: اصنع فيه ما شئت ففيه وجهان:

أحدهما أنه يجوز أن يوكل فيه غيره لعموم قوله: اصنع فيه ما شئت.

والثاني: لا يجوز، لأن التوكيل يقتضي تصرفًا يتولاه بنفسه، وقوله: اصنع فيه ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل في تصرفه بنفسه، وإن كان ما وكله فيه مما لا يتولاه بنفسه كعمل لا يحسنه، أو عمل يترفع عنه، جاز أن يوكل فيه غيره، لأن توكيله فيما لا يحسنه أو فيما يترفع عنه، إذن في التوكيل فيه من

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط برقم (١١٨٤)، وقد أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٥٥) وأبو داود في سننه برقم (٤٩٤٤) والنسائي في سننه (٧/ ١٥٦) وأحمد في المسند (٤/ ١٠٢) من حديث تميم الداري رضي الله عنه.

جهة العرف. وإن كان مما يتولاه إلا أنه لا يقدر على جميعه لكثرته، جاز له أن يوكل فيما لا يقدر عليه منه؛ لأن توكيله فيما لا يقدر عليه إذن في التوكيل فيه من جهة العرف، وهل يجوز أن يوكل في جميعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: له أن يوكل في جميعه، لأنه ملك التوكيل فملك في جميعه كالموكل.

والثاني: ليس له أن يوكل فيما يقدر عليه منه، لأن التوكيل يقتضي أن يتولى الوكيل بنفسه، وإنما أذن له فيما لا يقدر عليه للعجز، وبقي فيما يقدر عليه على مقتضى التوكيل، وإن وكل نفسين في بيع أو طلاق فإن جعله إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد به، لأنه أذن لكل واحد منهما في التصرف وإن لم يجعل إلى كل واحد منهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد به، لأنه لم يرض بتصرف أحدهما، فلا يجوز أن ينفرد به، وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاه في حرز لهما.

وخرج أبو العباس وجهًا آخر أنه إن كان مما ينقسم، جاز أن يقتسما ويكون عند كل واحد منهما نصفه، وإن لم ينقسم جعلاه في حرز لهما كما يفعل المالكان والصحيح هو الأول؛ لأنه تصرف أشرك فيه بينهما. فلم يجز لأحدهما أن ينفرد ببعضه فيه كالبيع، ويخالف المالكين، لأن تصرف المالكين بحق الملك ففعلا ما يقتضي الملك، وتصرف الوكيلين بالإذن، والإذن يقتضي اشتراكهما، ولهذا يجوز لأحد المالكين أن ينفرد ببيع بعضه ولا يجوز لأحد الوكيلين أن ينفرد ببيع بعضه.

فصل: وإن وكل رجلًا في الخصومة لم يملك الإقرار على الموكل، ولا الإبراء من دينه ولا الصلح عنه، لأن الإذن في الخصومة لا يقتضي شيئًا من ذلك، وإن وكله في تثبيت حق فثبته لم يملك قبضه، لأن الإذن في التثبيت ليس بإذن في القبض من جهة النطق، ولا من جهة العرف، لأنه ليس في العرف أن من يرضاه للتثبيت يرضاه للقبض، وإن وكله في قبض حق من رجل فجحد الرجل الحق، فهل يملك أن يثبته عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يملك، لأن الإذن في القبض ليس بإذن في التثبيت من جهة النطق؛ ولا من جهة العرف، لأنه ليس في العرف أن من يرضاه للقبض يرضاه للتثبيت.

والثاني: أنه يملك لأنه يتوصل بالتثبيت إلى القبض، فكان الإذن في القبض إذنًا في التثبيت، وإن وكله في بيع سلعة فباعها لم يملك الإبراء من الثمن، لأن الإذن في البيع ليس بإذن في الإبراء من الثمن. وهل يملك قبضه أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يملك، لأن الإذن في البيع ليس بإذن في قبض الثمن من

جهة النطق ولا من جهة العرف، لأنه قد يرضى الانسان للبيع من لا يرضاه للقبض.

والثاني: أنه يملك؛ لأن العرف في البيع تسليم للمبيع وقبض الثمن، فحملت الوكالة عليه، وإن وكله في شراء عبد فاشتراه وسلم الثمن ثم استحق العبد فهل يملك أن يخاصم البائع في درك الثمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملك، لأنه من أحكام العقد.

والثاني: لا يملك، لأن الذي وكل فيه هو العقد، وقد فرغ منه فزالت الوكالة.

فصل: وإن وكل في البيع في زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده، لأن الإذن لا يتناول ما قبله ولا ما بعده من جهة النطق ولا من جهة العرف، لأنه قد يؤثر البيع في زمان لحاجة، ولا يؤثر في زمان قبله ولا زمان بعده؛ وإن وكله في البيع في مكان ـ فإن كان الثمن فيه أكثر أو النقد فيه أجود ـ لم يجز البيع في غيره، لأنه قد يؤثر البيع في ذلك المكان لزيادة الثمن أو جودة النقد، فلا يجوز تفويت ذلك عليه، وإن كان الثمن فيه وفي غيره واحدًا ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يملك البيع في غيره، لأن المقصود فيهما واحد، فكان الإذن في أحدهما إذنًا في الآخر.

والثاني: لا يجوز لأنه لما نص عليه دل على أنه قصد عينه لمعنى هو أعلم به من يمين وغيرها فلم تجز مخالفته.

فصل: وإن وكله في البيع من رجل لم يجز أن يبيع من غيره، لأنه قد يؤثر تمليكه دون غيره؛ فلا يكون الإذن في البيع منه إذنًا في البيع من غيره، وإن قال: خذ مالي من فلان فمات لم يجز أن يأخذ من ورثته، لأنه قد لا يرضى أن يكون ماله عنده، ويرضى أن يكون عند ورثته، فلا يكون الإذن في الأخذ منه إذنًا في الأخذ من ورثته، وإن قال: خذ مالي على فلان فمات، جاز أن يأخذ من ورثته، لأنه قصد أخذ ماله، وذلك يتناول الأخذ منه، ومن ورثته، وإن وكل العدل في بيع الرهن فأتلفه رجل، فأخذت منه القيمة لم يجز له بيع القيمة، لأن الإذن لم يتناول بيع القيمة.

فصل: وإن وكل في بيع فاسد لم يملك الفاسد، لأن الشرع لم يأذن فيه، ولا يملك الصحيح، لأن الموكل لم يأذن فيه.

فصل: وإن وكل في بيع سلعة لم يملك بيعها من نفسه من غير إذن، لأن العرف في البيع أن يوجب لغيره فحمل الوكالة عليه، ولأن إذن الموكل يقتضي البيع ممن يستقصي في الثمن عليه، وفي البيع من نفسه لا يستقصي في الثمن، فلم يدخل في الإذن، وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه فيه وجهان:

أحدهما: يملك، وهو قول أبي سعيد الإصطخري، لأنه يجوز أن يبيع منه ماله، فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبي.

والثاني: لا يجوز وهو قول أبي إسحاق، لأنه متهم في الميل إليهما كما يتهم في الميل إلى نفسه، ولهذا لا تقبل شهادته لهما، كما لا تقبل شهادته لنفسه، فإن أذن له في البيع من نفسه، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز كما يجوز أن يوكل المرأة في طلاقها.

والثاني: لا يجوز، وهو المنصوص لأنه يجتمع في عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل، والاسترخاص لنفسه فتمانعا، ويخالف الطلاق، فإنه يصح بالزوج وحده، فصح بمن يوكله والبيع لا يصح بالبائع وحده، فلم يصح بمن يوكله، وإن وكل رجلاً في بيع عبده ووكله آخر في شرائه لم يصح، لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان، فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه.

وإن وكله في خصومة رجل ووكله الرجل في خصومته، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح لأنه توكيل في أمر يجتمع فيه غرضان متضادان، فلم يصح، كما لو وكله أحدهما في بيع عبده ووكله آخر في شرائه.

والثاني: يصح، لأنه لا يتهم في إقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم فإن وكل عبدًا لرجل ليشتري له نفسه أو عبدًا غيره من مولاه، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنه لما جاز توكيله في الشراء من غير مولاه جاز توكيله في الشراء من مولاه.

والثاني: لا يجوز، لأن يد العبد كيد المولى، ولهذا يحكم له بما في يد العبد كما يحكم له بما في يده. ثم لو وكل المولى في الشراء من نفسه لم يجز فكذلك إذا وكل العبد.

فصل: وإن وكل في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتري معيبًا لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة من العيب، ولهذا لو اشترى عينًا فوجد بها عيبًا ثبت له الرد، فإن اشترى معيبًا نظرت، فإن اشتراه وهو يعلم أنه معيب لم يصح الشراء للموكل، لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه، فلم يصح له، وإن اشتراه وهو لا يعلم أنه معيب ثم علم لم يخل إما أن يرضى به أو لا يرضى، فإن لم يرض به نظرت، فإن علم الموكل ورضي به له يجز للوكيل رده، لأن الرد لحقه وقد رضي به فسقط. وإن لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد، لأن ظلامة حصلت بعقده فجاز له رفعها كما لو اشترى لنفسه.

فإن قال له البائع: أخر الرد حتى تشاور الموكل، فإن لم يرض قبلته لم يلزمه التاخير، لأنه حق تعجل له فلم يلزمه تأخيره، وإن قبل منه واخره بهذا الشرط فهل يسقط حقه من الرد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يسقط لأنه ترك الرد مع القدرة.

والثاني: لا يسقط لأنه لم يرض بالعيب، فإن ادعى البائع أن الموكل علم

بالعيب ورضي به فالقول قول الوكيل مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرضا، فإن رضي الوكيل بالعيب سقط خياره، فإن حضر الموكل ورضي بالعيب استقر العقد، وإن اختار الرد نظرت فإن كان قد سماه الوكيل في الابتياع أو نواه وصدقه البائع جاز أن يرده، لأن الشراء له وهو لم يرض بالعيب، وإنما رضي وكيله فلا يسقط حقه من الرد، وإن لم يسمه الوكيل في الابتياع ولا صدقه البائع أنه نواه فالمنصوص أن السلعة تلزم الوكيل؛ لأنه ابتاع في الذمة للموكل ما لم يأذن فيه له. ومن أصحابنا من قال: يلزم الموكل، لأن العقد وقع له وقد تعذر الرد بتفريط الوكيل في ترك الرد، ويرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب، لأن الوكيل صار كالمستهلك له بتفريطه.

وفي الذي يرجع به وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي يحيي البلخي: أنه يرجع بما نقص من قيمته معيبًا عن الثمن، فإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة مائة لم يرجع بشيء، وإن كان الثمن مائة (وقيمة السلعة تسعون) رجع بعشرة، كما نقول في شاهدين شهدا على رجل أنه باع سلعة بمائة؛ فأخذت منه ووزن له المشتري الثمن، ثم رجع الشهود عن الشهادة فإن الحكم لا ينقض ويرجع البائع على الشهود بما نقص من القيمة عن الثمن، فإن كان الثمن والقيمة سواء لم يرجع عليهم بشيء، وإن كانت القيمة مائة (والثمن تسعون) رجع بعشرة.

والثاني: أنه يرجع بأرش العيب، وهو الصحيح؛ لأنه عيب فات الرد به من غير رضاه فوجب الرجوع بالأرش. وإن وكل في شراء سلعة بعينها فاشتراها ووجد بها عيبًا فهل له أن يرد من غير إذن الموكل؟ فيه وجهان:

أحدهما: له أن يرد، لأن البيع يقتضي السلامة من العيب ولم يسلم من العيب فثبت له الرد كما لو وكل في شراء سلعة موصوفة فوجد بها عيبًا فعلى هذا يكون حكمه في الرد على ما ذكرناه في السلعة الموصوفة.

والثاني: لا يرد من غير إذن الموكل لأنه قطع نظره واجتهاده بالتعيين.

فصل: وإن وكل في بيع عبد أو شراء عبد لم يجز أن يعقد على بعضه، لأن العرف في بيع العبد وشرائه أن يعقد على جميعه، فحمل الوكالة عليه، ولأن في تبعيضه إضرارًا بالموكل فلم يملك من غير إذن. وإن وكل في شراء عبد أو بيع جاز أن يعقد على واحد واحد، لأن العرف في العبيد أن تباع وتشترى واحدًا واحدًا، ولأنه لا ضرر في إفراد بعضهم عن بعض، وإن وكله أن يشتري له عشرة أعبد صفقة واحدة فابتاع عشرة أعبد من اثنين صفقة واحدة، ففيه وجهان، قال أبو العباس: يلزم الموكل، لأنه اشتراهم صفقة واحدة ومن أصحابنا من قال: لا يلزم الموكل لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان.

فصل: ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد من غير إذن، ولا

للوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد من غير إذن، لأن إطلاق البيع يقتضي نقد البلد، ولهذا لو قال: بعتك بعشرة دراهم حمل على نقد البلد؛ وإن كان في البلد نقدان باع بالغالب منهما، لأن نقد البلد هو الغالب، فإن استويا في المعاملة باع بما هو أنفع للموكل لأنه مأمور بالنصح له، ومن النصح أن يبيع بالأنفع، فإن استويا باع بما شاء منهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فخير بينهما وإن أذن له في العقد بنقد لم يجز أن يعقد بنقد آخر لأن الإذن في جنس ليس بإذن في جنس آخر، ولهذا لو أذن له في شراء عبد لم يجز أن يشتري جارية، ولو أذن له في شراء حمار لم يجز أن يشتري فرسًا.

فصل: وإن دفع إليه ألفًا وقال اشتر بعينها عبدًا، فاشترى في ذمته لم يصح الشراء للموكل لأنه لم يرض بالتزام غير الألف، فإذا ابتاع بألف في الذمة فقد ألزمه في ذمته ألفًا لم يرض بالتزامها فلم يلزمه. وإن قال: اشتر لي في الذمة وانقد الألف فيه فابتاع بعينها ففيه وجهان:

أحدهما: أن البيع باطل؛ لأنه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف الألف فعقد عقدًا ينفسخ بتلف الألف، وذلك لم يأذن فيه ولم يرض به.

والثاني: أنه يصح لأنه أمره بعقد يلزمه الثمن مع بقاء الألف ومع تلفها وقد عقد عقدًا يلزمه الثمن مع بقائها ولا يلزمه مع تلفها فزاده بذلك خيرًا، وإن دفع إليه ألفًا. وقال: اشتر عبدًا ولم يقل بعينها، ففيه وجهان:

أحدهما: أن مقتضاه الشراء بعينها لأنه لما دفع إليه الألف دل على أنه قصد الشراء بها، فعلى هذا إذا اشترى في ذمته لم يصح الشراء.

والثاني: أنه لا يقتضي الشراء بعينها لأن الأمر مطلق، فعلى هذا يجوز أن يشتري بعينها، ويجوز أن يشتري في الذمة وينقد الألف فيه.

فصل: فإن وكله في الشراء ولم يدفع إليه الثمن فاشتراه، ففي الثمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه على الموكل، والوكيل ضامن، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه، والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه، فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه، فإن وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل؛ وإن وزن الموكل لم يرجع على الوكيل.

الثاني: أن الثمن على الوكيل دون الموكل، لأن الذي التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه، فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل، لأن الثمن عليه، ولا يجوز له مطالبة الموكل لأنه لا شيء عليه، فإن وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم بإذنه، وإن لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه: إنه إذا وزن رجع، وإذا لم يزن لم يرجع، وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن.

والثالث: أن الثمن على الوكيل، وللوكيل في ذمة الموكل مثل الثمن، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع.

فصل: ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بثمن مؤجل من غير إذن، لأن الأصل في البيع النقد، وإنما يدخل التأجيل لكساد أو فساد، فإذا أطلق حمل على الأصل، فإن أذن له في بيع مؤجل وقدر الأجل لم يبع إلى أجل أكثر منه، لأنه لم يرض بما زاد على المقدر، فبقي على الأصل في المنع، وإن أطلق الأجل ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح التوكيل، لأن الآجال تختلف فيكثر الغرر فيه فلم يصح.

والثاني: يصح ويحمل على العرف في مثله، لأن مطلق الوكالة يحمل على المتعارف وإن لم يكن فيه عرف باع بأنفع ما يقدر عليه، لأنه مأمور بالنصح لموكله، ومن أصحابنا من قال: يجوز القليل والكثير لأن اللفظ مطلق، ومنهم من قال: يجوز إلى سنة، لأن الديون المؤجلة في الشرع مقدرة بالسنة، وهي الدية والجزية، والصحيح هو الأول.

وقول القائل الثاني: إن اللفظ مطلق لا يصح، لأن العرف يخصه، ونصح الموكل يخصه.

وقول القائل الثالث: لا يصح لأن الدية والجزية وجبت بالشرع فحمل على تأجيل الشرع، وهذا وجب بإذن الموكل فحمل على المتعارف، وإن أذن له في البيع إلى أجل فباع بالنقد نظرت، فإن باع بدون ما يساوي نسيئة لم يصح لأن الإذن في البيع نسيئة يقتضي البيع بما يساوي نسيئة فإذا باع بما دونه لم يصح، وإن باع نقدًا بما يساوي نسيئة؛ فإن كان في وقت لا يأمن أن ينهب أو يسرق لم يصح، لأنه ضرر لم يرض به فلم يلزمه، وإن كان في وقت مأمون، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح، لأنه قد يكون له غرض في كون الثمن في ذمة مليء ففوت عليه ذلك فلم يصح.

والثاني: يصح؛ لأنه زاده بالتعجيل خيرًا، وإن وكله أن يشتري عبدًا بألف فاشتراه بألف مؤجل ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح الشراء للموكل لأنه قصد أن لا يكون عليه دين وأن لا يشتري إلا بما معه.

والثاني: أنه لا يصح لأنه حصل له العبد وزاده بالتأجيل خيرًا.

فصل: ولا يجوز للوكيل في البيع أن يشترط الخيار للمشتري ولا للوكيل في الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن لأنه شرط لاحظ فيه للموكل، فلا يجوز من غير إذن كالأجل، وهل يجوز أن يشترط لنفسه أو للموكل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن إطلاق البيع يقتضي البيع من غير شرط.

والثاني: يجوز لأنه احتاط للموكل بشرط الخيار.

فصل: ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بدون ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن، ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن، لأنه منهي عن الإضرار بالموكل مأمور بالنصح له وفي النقصان عن ثمن المثل في البيع والزيادة على ثمن المثل في الشراء إضرار، وترك النصح، ولأن العرف في البيع ثمن المثل، فحمل إطلاق الإذن عليه، فإن حضر من يطلب بالزيادة على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل لأنه مأمور بالنصح والنظر للموكل، ولا نصح ولا نظر للموكل في ترك الزيادة.

وإن باع بثمن المثل ثم حضر من يزيد في حال الخيار ففيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه فسخ البيع، لأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزمه الفسخ بالشك.

والثاني: يلزمه الفسخ وهو الصحيح، لأن حال الخيار كحال العقد. ولو حضر في حال العقد من يزيد وجب البيع منه، فكذلك إذا حضر في حال الخيار وقول القائل الأول: إنه قد لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك لا يصح، لأن الظاهر أنه يثبت فلا يكون الفسخ بالشك، وإن باع بنقصان يتغابن الناس بمثله، بأن باع ما يساوي عشرة بتسعة صح البيع. وإن اشترى بزيادة يتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوي عشرة بأحد عشرة صح الشراء ولزم الموكل لأن ما يتغابن الناس بمثله يعد ثمن المثل؛ ولأنه لا يمكن الاحتراز منه فعفى عنه.

فصل: وإن اشترى بزيادة لا تتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوي عشرة باثني عشر فإن كان بعين مال الموكل بطل الشراء، لأنه عقد على ماله عقدًا لم يأذن فيه، وإن كان في الذمة لزم الوكيل لأنه اشترى في الذمة بغير إذن فوقع الملك له. وإن باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله بأن باع ما يساوي عشرة بثمانية لم يصح البيع لأنه بيع غير مأذون فيه، فإن كان المبيع باقيًا رد. وإن كان تالفًا وجب ضمانه.

وللموكل أن يضمن الوكيل لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه؛ وله أن يضمن المشتري لأنه قبض ما لم يكن له قبضه، فإن اختار تضمين المشتري ضمن جميع القيمة، وهو عشرة، لأنه ضمن المبيع بالقبض فضمنه بكمال البدل، وإن اختار تضمين الوكيل ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يضمنه جميع القيمة، لأنه لزمه رد المبيع فضمن جميع بدله.

والثاني: يضمنه تسعة لأنه لو باعه بتسعة جاز، فلا يضمن ما زاد ويضمن المشتري تمام القيمة وهو درهم.

والثالث: يضمنه درهمًا لأنه لم يفرط إلا بدرهم، فلا يضمن غيره ويضمن

المشتري تمام القيمة وهو تسعة؛ وما يضمنه الوكيل يرجع به على المشتري، وما يضمنه المشتري لا يرجع به على الوكيل، لأن المبيع تلف في يده فاستقر الضمان عليه.

وإن قدر الثمن فقال: بع بألف درهم، لم يجز أن يبيع بما دونها، لأن الإذن في الألف ليس بإذن فيما دونها وإن باع بألفين نظرت، فإن كان قد عين من يبيع منه لم يجز؛ لأنه قصد تمليكه بألف فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه، وإن لم يعين من يبيع منه جاز. لأن الإذن في الألف اذن فيما زاد من جهة العرف. لأن من رضي بألف رضي بألفين.

وإن قال: بع بألف ولا تبع بما زاد لم يجز أن يبيع بما زاد، لأنه صرح بالنهي فدل على غرض قصده فلم يجز مخالفته. وإن قال: بع بألف فباع بألف وثوب ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح لأنه حصل له الألف وزيادة، فصار كما لو باع بألفي درهم.

والثاني: أنه لا يصح، لأن الدراهم والثوب تتقسط على السلعة فيكون ما يقابل الثوب من السلعة مبيعًا بالثوب، وذلك خلاف ما يقتضيه الإذن، فإن الإذن يقتضي البيع بالنقد، فعلى هذا هل يبطل العقد في الدراهم؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة.

وإن وكله في بيع عبد بألف فباع نصفه بألف جاز، لأنه مأذون له فيه من جهة العرف، لأن من يرضى ببيع العبد بألف يرضى ببيع نصفه بالألف، فإن باع نصفه بما دون الألف لم يصح، لأنه ربما لم يمكنه بيع الباقي بتمام الألف، وإن وكله في بيع ثلاثة أعبد بألف فباع عبدًا بدون الألف لم يصح، لأنه قد لا يشتري الباقي بما بقي من الألف، وإن باع أحد الثلاثة بألف جاز، لأن من رضي ببيع ثلاثة بألف رضي ببيع أحدهم بألف.

وهل له أن يبيع الأخرين؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يملك لأنه قد حصل المقصود وهو الألف.

والثاني: أنه يجوز لأنه له في بيع الجميع فلا يسقط الأمر ببيع واحد منهم، كما لو لم يقدر الثمن. وإن وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين لزم الموكل لأنه مأذون فيه من جهة العرف. لأن من رضي أن يشتري عبدًا بمائة رضي أن يشتريه بخمسين، وإن قال: اشتر بمائة ولا تشتر بخمسين جاز أن يشتري بمائة، لأنه مأذون فيه، ولا يشتري بخمسين لأنه منهي عنه، ويجوز أن يشتري بما بين الخمسين والمائة، لأنه لما أذن في الشراء بالمائة دل على أنه رضي بالشراء بما دونها، ثم خرج الخمسون بالنهي، وبقي فيما زاد على ما دل عليه المأمور به.

وهل يجوز أن يشتري بأقل من الخمسين؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه لما نص على المائة دل على أن ما دونها أولى إلا فيما أخرجه النهي.

والثاني: لا يجوز لأنه نهى عن الخمسين دل على أن ما دونها أولى بالمنع. وإن قال: اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة لم يلزم الموكل.

وقال أبو العباس:: يلزم الموكل بمائة ويضمن الوكيل ما زاد على المائة لأنه تبرع بالتزام الزيادة، والمذهب الأول، لأنه زاد على الثمن المأذون فلم يلزم الموكل. كما لو قال: اشتر لي عبدًا فاشتراه بأكثر من ثمن المثل، ولأنه لو قال: بع هذا العبد بمائة فباعه بمائة إلا عشرة لم يصح، ثم يضمن الوكيل ما نقص من المائة، فكذلك إذا قال: اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة. لم يلزم الموكل. ثم يضمن الوكيل ما زاد على المائة.

وإن وكله في شراء عبد بمائة فاشترى عبدًا بمائتين وهو يساوي المائتين، لم يلزم الموكل لأنه غير مأذون فيه من جهة النطق ولا من جهة العرف، لأن رضاه بعبد بمائة لا يدل على الرضا بعبد بمائتين، وإن دفع إليه دينارًا وأمره أن يشتري شاة فاشترى شاتين، فإن لم تساو كل واحدة منهما دينارًا لم يلزم الموكل لأنه لا يطلب بدينار ما لا يساوي دينارًا، وإن كان كل واحدة منهما تساوي دينارًا نظرت، فإن اشترى في الذمة ففيه قولان:

أحدهما: أن الجميع للموكل، لأن النبي ﷺ: «دفع إلى عروة البارقي دينارًا ليشتري له شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وأتى النبي ﷺ بشاة ودينار فدعا له بالبركة» ولأن الاذن في شاة بدينار إذن في شاتين بدينار، لأن من رضي شاة بدينار رضي شاتين بدينار.

والثاني: أن للموكل شاة لأنه أذن فيه، والأخرى للوكيل لأنه لم يأذن فيه الموكل، فوقع الشراء للوكيل. فإن قلنا: أن الجميع للموكل فباع إحداهما، فقد خرج أبو العباس فيه وجهين:

أحدهما: أنه لا يصح لأنه باع مال الموكل بغير إذنه فلم يصح.

والثاني: أنه يصح لحديث عروة البارقي، والمذهب الأول، والحديث يتأول.

وإن قلنا: أن للوكيل شاة استرجع الموكل منه نصف دينار، وإن اشترى الشاتين بعين الدينار، فإن قلنا فيما اشترى في الذمة: أن الجميع للموكل كان الجميع ههنا للموكل، وإن قلنا: إن إحداهما للوكيل والأخرى للموكل صح الابتياع للموكل في أحداهما ويبطل في الأخرى، لأنه لا يجوز أن يحصل الابتياع له بمال الموكل فبطل.

فصل: إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل انتقل الملك إلى الموكل لأن العقد له فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه، وإن اشترى ما لم يأذن فيه، فإن كان قد اشتراه بعين مال الموكل، فالعقد باطل، لأنه عقد على مال لم يؤذن في

العقد عليه، فبطل كما لو باع مال غيره بغير إذنه، وإن اشتراه بثمن في الذمة نظرت، فإن لم يذكر الموكل في العقد لزمه ما اشترى لأنه اشترى لغيره في الذمة ما لم يأذن فيه فانعقد الشراء له كما لو اشتراه من غير وكالة، وإن ذكر الموكل في العقد ففيه وجهان:

أحدهما: أن العقد باطل، لأنه عقد على أنه للموكل والموكل لم يأذن فيه فبطل.

والثاني: أنه يصح العقد ويلزم الوكيل ما اشتراه، وهو قول أبي إسحاق، وهو الصحيح، لأنه اشترى في الذمة ولم يصح في حق الموكل فانعقد في حقه كما لو لم يذكر الموكل.

فصل: وإن وكله في قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء، لأنه مأمور بالنظر والاحتياط للموكل؛ ومن النظر أن يشهد عليه لئلا يرجع عليه، فإن ادعى الوكيل أنه قضاه وأنكر الغريم لم يقبل قول الوكيل على الغريم، لأن الغريم لم يأتمنه على المال، فلا يقبل قوله عليه في الدفع، كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى الصبي، وهل يضمن المال للموكل؟ ينظر فيه، فإن كان في غيبة الموكل وأشهد شاهدين ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن، لأنه لم يفرط، وإن لم يشهد ضمن لأنه فرط.

وأن أشهد شاهدًا واحدًا ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن، لأن الشاهد مع اليمين بينة.

والثاني: يضمن لأنه فرط حيث إنه اقتصر على بينة مختلف فيها وإن كان بمحضر الموكل وأشهد لم يضمن، وإن لم يشهد ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن، لأن المفرط هو الموكل. فإنه حضر وترك الإشهاد.

والثاني: إنه يضمن لأن ترك الإشهاد يثبت الضمان فلا يسقط حكمه بحضور الموكل، كما لو أتلف ماله وهو حاضر، وإن وكله في إيداع ماله عند رجل فهل يلزمه الإشهاد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه لأنه لا يأمن أن يجحد فيشهد عليه الشهود.

والثاني: لا يلزمه، لأن القول قول المودع في الرد والهلاك، فلا فائدة في الإشهاد وإن وكله في الإيداع فادعى أنه أودع وأنكر المودع لم يقبل قول الوكيل عليه، لأنه لم يأتمنه المودع فلا يقبل قوله عليه، كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى اليتيم، وهل يضمن الوكيل؟ ينظر فيه فإن أشهد ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن؛ لأنه لم يفرط، وإن لم يشهد ـ فإن قلنا: إنه يجب الإشهاد ضمن لأنه فرط، وإن قلنا. لا يجب لم يضمن لأنه لم يفرط.

فصل: وإن كان عليه حق لرجل فجاء رجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق في قبضه وصدقه، جاز أن يدفع إليه؛ ولا يجب الدفع إليه. وقال المزني؛ يجب

الدفع إليه، لأنه أقر له بحق القبض، وهذا لا يصح لأنه دفع غير مبرىء فلم يجبر عليه، كما لو كان عليه دين بشهادة فطولب به من غير إشهاد. فإن دفع إليه ثم حضر الموكل وأنكر التوكيل فالقول قوله مع يمينه: أنه ما وكل، لأن الأصل عدم التوكيل، فإذا حلف نظرت. فإن كان الحق عينًا أخذها إن كانت باقية ورجع ببدلها إن كانت تالفة، وله أن يطالب الدافع والقابض. لأن الدافع سلم إلى من لم يأذن له الموكل، والقابض أخذ ما لم يكن له أخذه. فإن ضمن الدافع لم يرجع على القابض. وإن ضمن القابض لم يرجع على الدافع. لأن كل واحد منهما يقول: إن ما يأخذه المالك ظلم فلا يرجع به على غيره.

وإن كان الحق دينًا فله إن يطالب به الدافع. لأن حقه في ذمته لم ينتقل. وهل له أن يطالب القابض؟ فيه وجهان:

أحدهما: له أن يطالب. وهو قول أبي إسحاق لأنه يقر بأنه قبض حقه فرجع عليه كما لو كان الحق عينًا.

والثاني: ليس له. وهو قول أكثر أصحابنا. لأن دينه في ذمة الدافع لم يتعين فيما صار في يد القابض فلم يجز أن يطالب به. وإن جاء رجل إلى من عليه الحق وادعى أنه وارث صاحب الحق فصدقه وجب الدفع إليه لأنه اعترف بأنه لا مالك له غيره وإن دفعه إليه دفع مبرىء فلزمه. وإن جاء رجل فقال: أحالني عليك صاحب الحق فصدقه. ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه الدفع إليه، لأنه أقر له أنه انتقل الحق إليه فصار كالوارث.

والثاني: أنه لا يلزمه لأن الدفع غير مبرىء لأنه ربما يجيء صاحب الحق فينكر الحوالة فيضمنه، وإن كذبه لم يلزمه الدفع إليه في المسائل كلها وهل يحلف؟ إن قلنا: إنه إن صدقه لزمه الدفع إليه حلف، لأنه قد يخاف اليمين فيصدقه فيلزمه الدفع إليه. وإن قلنا لا يلزمه الدفع إليه إذا صدقه لم يحلف لأن اليمين يعرض ليخاف فيصدق، ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين.

فصل: ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل إذا شاء، ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه متى شاء، لأنه إذن في متصرف في ماله فجاز لكل واحد منهما إبطاله كالإذن في أكل طعامه، وإن رهن عند رجل شيئًا وجعلاه على يد عدل واتفقا على أنه يبيعه إذا حل الدين ثم عزله الراهن عن البيع انعزل لأنه وكيله في البيع فانعزل بعزله كالوكيل في بيع غير الرهن.

وإن عزله المرتهن ففيه وجهان:

أحدهما: أنه ينعزل؛ وهو ظاهر النص لأنه يبيع الرهن لحقه، فانعزل بعزله كالراهن.

والثاني: لا ينعزل، وهو قول أبي إسحاق لأنه ليس بوكيل له في البيع، فلم

ينعزل بعزله، وإن وكل رجلًا في تصرف وأذن له في توكيل غيره نظرت، فإن أذن له في التوكيل عن الموكل فهما وكيلان للموكل، فإن بطلت وكالة أحدهما لم تبطل وكالة الآخر، وإن أذن له في توكيله عن نفسه فإن الثاني وكيل الوكيل، فإن عزله الموكل انعزل لأنه يتصرف له فملك عزله كالوكيل، وإن عزله الوكيل انعزل، لأنه وكيله فانعزل بعزله، وإن بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته، لأنه فرع له، فإذا بطلت وكالة الأصل بطلت وكالة الفرع.

وإن وكل رجلًا في أمر ثم خرج عن أن يكون من أهل التصرف في ذلك الأمر بالموت أو الجنون أو الاغماء أو الحجر أو الفسق بطلت الوكالة، لأنه لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته، وإن أمر عبده بعقد ثم أعتقه أو باعه ففيه وجهان:

أحدهما: لا ينعزل كما لو أمر زوجته بعقد ثم طلقها.

والثاني: أنه ينعزل، لأن ذلك ليس بتوكيل في الحقيقة، وإنما هو أمر ولهذا يلزم امتثاله، وبالعتق والبيع سقط أمره عنه، وإن وكل في بيع عين فتعدى فيها بأن كان ثوبًا فلبسه، أو دابة فركبها، فهل تبطل الوكالة أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: تبطل فلا يجوز له البيع، لأنه عقد أمانة فتبطل بالخيانة كالوديعة.

والثاني: أنها لا تبطل، لأن العقد يتضمن أمانة وتصرفًا؛ فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقي التصرف، كالرهن يتضمن أمانة ووثيقة، فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقيت الوثيقة.

وإن وكل رجلًا في تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالعزل، ففيه قولان:

أحدهما: لا ينعزل، فإن تصرف صح تصرفه، لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهي كأمر صاحب الشرع.

والثاني: أنه ينعزل، فإن تصرف لم ينفذ تصرفه لأنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق.

فصل: والوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل، فإن تلف في يده من غير تفريط لم يضمن، لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل فلم يضمن.

وإن وكله في بيع سلعة وقبض ثمنها فباعها وقبض ثمنها. وتلف الثمن واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل لأن البيع له فكان الرجوع بالعهدة عليه. كما لو باع بنفسه.

الشرح: أحكام الوكالة الصحيحة: الأول: صحة تصرف الوكيل إذا وافق، والموافقة والمخالفة تعرفان بالنظر إلى اللفظ تارة، وبالقرائن أخرى. فإن القرينة قد تقوى، فيترك لها إطلاق اللفظ. ولهذا لو أمره في الصيف بشراء الجمد، لا يشتريه

في الشتاء. وقد يتعادل اللفظ والقرينة، ويحصل من تعادلهما خلاف في المسألة. وهذا القول الجملي، نوضحه بصور تعرف بها أخواتها:

إحداها: وكله في بيع شيء وأطلق، لا يصح بيعه بغير نقد البلد، ولا بثمن مؤجل، ولا بغبن فاحش على المشهور. وفي قول: يصح كل ذلك موقوفًا على إجازة الموكل، وهذا هو القول المنقول في بيع الفضولي، والصواب: الأول، وعليه التفريع. فلو كان في البلد نقدان، لزمه البيع بأغلبهما. فإن استويا في المعاملة، باع بأنفعهما للموكل. فإن استويا، تخير فيهما على الصحيح. وفي وجه: لا يصح الوكيل حتى يبين. ثم إذا باع الوكيل على أحد الأوصاف الممنوعة، لم يصر ضامنًا للمبيع ما لم يسلمه إلى المشتري. فإذا سلم، ضمن. ثم القول فيه إذا كان المبيع باقيًا، أو تالفًا. وفي كيفية تغريم الموكل الوكيلَ والمشتري على ما بيناه فيما إذا باع العدل الرهنَ بغبن فاحش أو بغير نقد البلد، أو بنسيئة. فأما بيع الوكيل بغبن يسير، فجائز. واليسير هو الذي يتغابن الناس به ويحتملونه غالبًا. وبيع ما يساوي عشرة بتسعة، متحمل. وبثمانية غير متحمل قال الروياني: ويختلف القدر المتحمل باختلاف أجناس الأموال من الثياب والعبيد والعقار وغيرها.

فرع: لا يجوز للوكيل أن يقتصر على البيع بثمن المثل وهناك طالب بزيادة. فلو باع بثمن المثل، ثم حضر المجلسَ طالبٌ بزيادة، فالحكم على ما سبق في عدل الرهن.

فرع: لو قال الموكل: بعه بكم شئت، فله البيع بالغبن الفاحش، ولا يجوز بالنسيئة، ولا بغير نقد البلد. ولو قال: بما شئت، فله البيع بغير النقد، ولا يجوز بالغبن، ولا بالنسيئة. ولو قال: كيف شئت، فله البيع بالنسيئة. ولا يجوز بالغبن، ولا بغير نقد البلد، وعن القاضي حسين، جواز الجميع. ولو قال: بعه بما عزّ وهان، قال في «التتمة»: هو كقوله: بكم شئت. وقال العبادي: له البيع بالعرض والغبن، ولا يجوز بالنسيئة، وهو الأولى.

فرع: الوكيل بالبيع مطلقًا، هل يجوز بيعه لأبيه وابنه وسائر أصوله وفروعه؟ وجهان: أصحهما: الجواز، كما لو باع صديقه، وكالعم يزوج موليته لابنه البالغ إذا أطلقت الإذن، وقلنا: لا يشترط تعيين الزوج، فإنه يصح قطعًا. ويجري الوجهان في البيع للزوج والزوجة إذا قلنا: لا تقبل شهادته له، أو فيما لو باع لمكاتبه، والوجهان في الفروع المستقلين. أما ابنه الصغير، فلا يصح البيع له مطلقًا. وكذا لا يبيع من نفسه على الصحيح المعروف. وعن الإصطخري، جوازه. فعلى الصحيح: لو صرح في الإذن في بيعه لنفسه، فوجهان: قال ابن سريج: يصح. وقال الأكثرون: لا

يصح. ولو أذن في بيعه لابنه الصغير، قال في «التتمة»: هو على هذا الخلاف. وقال البغوي: وجب أن يجوز. ويجري الوجهان، فيما لو وكله في الهبة لنفسه، أو تزويج بنته لنفسه. وفي تولي ابن العم طرفي النكاح، أن يتزوج بنت عمه بإذنها وهو وليها، والنكاح أولى بالمنع.

وفيما لو وكل مستحق الدين المدينَ باستيفائه من نفسه، أو وكل مستحق القصاص الجاني باستيفائه من نفسه في النفس أو الطرف، أو وكل الإمام السارقَ في قطع يده، أو وكل الزاني ليجلد نفسه. والصحيح: المنع في كل ذلك، وطردوهما في الوكيل في الخصومة من الجانبين، والأصح: المنع. فعلى هذا يتخير ويخاصم لأيهما شاء. ولو توكل في طرفي النكاح أو البيع، فعلى الوجهين. وقيل: بالمنع قطعًا. ولو وكل من عليه الدين في إبراء نفسه، فقيل: على الوجهين. وقيل: يجوز قطعًا، وهو بناء على اشتراط القبول في الإبراء. فإن اشترطناه، جرى الوجهان، وإلا فيجوز قطعًا، كما لو وكل من عليه القصاص في العفو، والعبد في إعتاق نفسه. والوكيل في الشراء كالوكيل في البيع في أنه لا يشتري من نفسه، ولا مال ابنه الصغير. وفي ابنه الكبير، الوجهان في سائر الصور.

وإذا وكل الابن الكبير أباه في بيع، لم يجز أن يبيع لنفسه على الأصح. وحكى في «الحاوي» وجهًا: أنه يجوز تغليبًا للأبوة، كما لو كان في حجره. والله أعلم.

فرع: إذا أذن في البيع مؤجلًا، نظر. إن قدَّر الأجل، صح التوكيل. وإن أطلق، فوجهان: أحدهما: لا يصح، لاختلاف الغرض. وأصحهما: يصح. وفيما يحمل عليه، أوجه: أصحها: أنه ينظر إلى المتعارف في مثله. فإن لم يكن فيه عرف، راعى الأنفع. والثاني: له التأجيل إلى ما شاء. والثالث: إلى سنة.

الصورة الثانية: في قبض الثمن، وإقباض المبيع. فإذا وكله بالبيع مطلقًا، فهل يملك الوكيل قبض الثمن؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه لم يأذن فيه، وقد يرضاه للبيع، ولا يرضاه لقبض الثمن. وأصحهما: نعم، لأنه من توابع البيع ومقتضياته. وهل يملك تسليم المبيع إذا كان معه؟ أشار كثيرون إلى الجزم بجوازه. وقال الشيخ أبو علي: هو على الوجهين في قبض الثمن. ولو صرح بهما، لم يملك التسليم ما لم يقبض الثمن، وعلى هذا جرى صاحب «التهذيب» وغيره.

والأصح: جواز تسليمه، ولكن بعد قبض الثمن. فهذا هو الراجح في الدليل، وفي النقل أيضًا، وقد صححه الرافعي في «المحرر». والله أعلم.

والوكيل في الصرف، يملك القبض والإقباض بلا خلاف، لأنه شرط في

صحة العقد، وكذلك في السلم يدفع وكيل المسلم رأس المال، ويقبضه وكيل المسلَم إليه قطعًا.

فرع: إذا باع الوكيل بمؤجل حيث يجوز، سلّم المبيع على المذهب، إذ لا حبس بالمؤجل، ويجيء وجه مما ذكره أبو علي: أنه لا يسلم، إذْ لم يفوَّض إليه. ثم إذا حل الأجل، لا يملك الوكيل قبض الثمن إلا بإذن مستأنف. وإذا باع بحالّ، وجوزنا قبض الثمن، لم يسلم المبيع حتى يقبضه كما لو أذن فيهما صريحًا، وله مطالبة المشتري بتسليم الثمن. وإذا لم نجوز له القبض، فلا تجوز له المطالبة، وللموكل المطالبة بالثمن على كل حال. ولو منعه من قبض الثمن، لم يجز قبضه قطعًا.

ولو منعه من تسليم المبيع، فكذلك عند الشيخ أبي علي. وقال آخرون: هذا الشرط فاسد، فإن التسليم مستحق بالعقد. وفي فساد الوكالة به وجهان: أحدهما: تفسد، ويسقط الجعل المسمى، فيرجع بأجرة المثل. والصواب أن يقال: المسألة مبنية على أن في صورة الإطلاق، هل للوكيل التسليم، أم لا؟ إن قلنا: لا، فعند المنع أولى، وإن قلنا: نعم، فذلك من توابع العقد وتتماته، لا لأن تسليمه مستحق بالعقد، فإن المستحق هو التسليم، لا تسليمه بعينه، والممنوع منه تسليمه. فلو قال: امنع المبيع منه، فهذا شرط فاسد، لأن منع الحق عمن يستحق، وإثبات يده عليه، حرام. وفَرْقٌ بين قوله: لا تسلِّمه إليه، وقوله: أمسكه أو امنعه.

فرع: الوكيل بالشراء، إن لم يسلم الموكلُ إليه الثمنَ، واشترى في الذمة، فسيأتي الكلام ـ في أن المطالبة بالثمن، على من تتوجه؟ ـ في الحكم من الباب الثاني إن شاء الله تعالى. وإن سلمه إليه واشترى بعينه، أو في الذمة، فهل يملك تسليم الثمن وقبض المبيع بمجرد الإذن في الشراء؟ قال في «التتمة» و«التهذيب»: فيه الخلاف السابق في وكيل البائع، وجزم الغزالي بالجواز، فإن العرف يقتضيه.

والصحيح: القطع بالجواز، وهو الذي جزم به صاحب «الحاوي» والأكثرون. وقال صاحب «الشامل»: يسلم الثمن قطعًا، ويقبض المبيع على الأصح، ففرق بينهما. والله أعلم.

فرع: إذا سلم المشتري الثمن إلى الموكل أو الوكيل حيث يجوز قبضه، لزم الوكيل تسليم المبيع وإن لم يأذن الموكِّل فيه، لأن الثمن إذا قبض صار دفع المبيع مستحقًا، وللمشتري الانفراد بأخذه. فإن أخذه المشتري، فذاك، وإن سلمه الوكيل، فالأمر محمول على أخذ المشتري، فلا حكم للتسليم.

فرع: ذكرنا أن الوكيل لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن. فلو فعل، غرم

للموكل قيمته إن كانت القيمة والثمن سواء، أو كان الثمن أكثر. فإن كانت القيمة أكثر، بأن باعه بغبن محتمل، فهل يغرم جميع القيمة، أم يحط قدر الغبن؟ وجهان: أصحهما: أولهما. فإن باعه بغبن فاحش بإذن الموكل، فقياس الوجه الثاني: أن لا يغرم إلا قدر الثمن، ثم إذا قبض الوكيل الثمن بعدما غرم، دفعه إلى الموكل، واسترد المغروم.

فرع: الوكيل باستيفاء الحق، هل يثبته، أو بإثباته، هل يستوفيه عينًا كان أو دينًا؟ فيه أوجه: أصحها: لا. والثاني: نعم. والثالث: يثبت ولا يستوفي. فلو كان الحق قصاصًا أو حدًا، لم يستوفه على المذهب. وقال ابن خيران: على الوجهين.

الصورة الثالثة: في شرائه المعيب. فللوكيل بالشراء حالان:

أحدهما: أن يوكل في شراء موصوف، فلا يشتري إلا سليمًا، فإن اشترى معيبًا، نظر، إن كان مع العيب يساوي ما اشتراه به، فإن جهل العيب، وقع عن الموكل، وإن علمه، فأوجه: أصحها: لا يقع عنه، لأن الإطلاق يقتضي سليمًا. والثاني: يقع. والثالث: إن كان عبدًا يجزىء في الكفارة، وقع عنه، وإلا، فلا، إلا أن يكون كافرًا، فإنه يجوز للوكيل شراؤه. وإن لم يساوِ ما اشتراه به، فإن علم، لم يقع عن الموكل، وإن جهل، وقع عنه على الأصح عند الأكثرين، كما لو اشتراه بنفسه جاهلًا. وحيث قلنا بوقوعه عن الموكل، فإن كان جاهلًا، فللموكل الرد قطعًا، وكذا للوكيل على الصحيح. وعن ابن سريج: أنه لا ينفرد بالرد. وإن كان الوكيل عالمًا، فلا رد له، وللموكل الرد على الأصح. فعلى هذا، هل ينتقل الملك إلى الوكيل، أم ينفسخ العقد من أصله؟ وجهان: فمن قال: بالانتقال، كأنه يقول: ينعقد موقوفًا حتى يتبين الحال، وإلا، فيستحيل ارتداد الملك من الموكل إلى الوكيل، قاله الإمام. وهذا الخلاف، تفريع على وقوعه للموكل مع علم الوكيل، وهو خلاف ظاهر المذهب.

الحال الثاني: أن يكون وكيلًا في شراء معين. فإن لم ينفرد الوكيل في الحال الأول بالرد، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: الأصح المنصوص: الجواز، لأن الظاهر أنه يريده بشرط السلامة. ولم يذكروا في هذا الحال، متى يقع عن الموكل، ومتى لا يقع؟ والقياس: أنه كما سبق في الحال الأول. لكن لو كان المبيع معيبًا يساوي ما اشتراه به وهو عالم، فإيقاعه عن الموكل هنا أولى، لجواز تعلق الغرض بعينه. وكل ما ذكرناه في الحالين، فيما إذا اشترى في الذمة. أما إذا اشترى بعين مال الموكل، فحيث قلنا هناك: لا يقع عن الموكل، لا يصح هنا أصلًا. وحيث قلنا: يقع، فكذا هنا، وليس للوكيل الرد على الأصح. ومتى ثبت الرد للوكيل في صورة

الشراء في الذمة، فاطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل أو بعده، ورضيه، سقط خيار الوكيل، ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره.

وإذا أخر الوكيل الرد، أو صرح بالزام العقد، فهل له العود إلى الرد، لأن أصل الحق باقٍ وهو نائب، أم لا، لأنه بالتأخير كالعازل نفسه عن الرد؟ وجهان: أصحهما: الثاني. فإذا قلنا به، وأثبتنا له العود ولم يعد، فاطلع الموكل عليه، وأراد الرد، فله ذلك إن سماه الوكيل في الشراء، أو نواه وصدَّقه البائع، وإلا، فوجهان: أحدهما: يرده على الوكيل، ويلزمه المبيع، لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل. فانصرف إليه. وبهذا قطعا في «التهذيب» و«التتمة». والثاني وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه: أن المبيع للموكل، وقد فات الرد لتفريط الوكيل. ويضمن الوكيل، وفيما يضمنه وجهان: قال أبو يحيى البلخي: يضمن قدر نقص قيمته من الثمن. فلو كانت القيمة تسعين، والثمن مئة، رجع بعشرة. فإن تساويا، فلا رجوع. وقال الأكثرون: يرجع بإرش العيب من الثمن.

والمذكور عن «التهذيب» و«التتمة» أصح، وقد نقله صاحب «المهذب» عن نص الشافعي رحمه الله. والله أعلم.

فرع: لو أراد الوكيل الرد بالعيب، فقال البائع: أخر حتى يحضر الموكل، لم يلزمه إجابته. وإذا رد، فحضر الموكل ورضيه، احتاج إلى استئناف الشراء. ولو أخر كما التمس البائع، فحضر الموكل ولم يرضه، قال البغوي: المبيع للوكيل، ولا رد، لتأخيره مع الإمكان. وقيل: له الرد، لأنه لم يرض بالعيب. ولقائل أن يقول للبغوي: أنت وسائر الأصحاب متفقون على أنه إذا رضي الوكيل بالعيب، ثم حضر الموكل وأراد الرد، فله ذلك إن كان الوكيل سماه أو نواه، وهنا الوكيل والموكل والبائع متصادقون على أن الشراء وقع للموكل، ومن ضرورة ذلك أن يكون سماه أو نواه، فوجب أن يقال: المبيع للموكل، وله الرد.

فرع: إذا أراد الوكيل الرد، فقال البائع: قد عرفه الموكل ورضيه، ولا رد لك، نظر، إن لم يحتمل بلوغ الخبر إليه، لم يلتفت إلى قوله، وإن احتمل، وأنكر الوكيل، حلف على نفي العلم برضى الموكل. وفي وجه ضعيف: لا يحلف. فإن عرضنا اليمين على الوكيل، فحلف، رده. فإن حضر الموكل، فصدق البائع، فعن ابن سريج: أن له استرداد المبيع من البائع، لموافقته إياه على الرضى قبل الرد. وعن القاضي حسين: لا يسترد، وينفذ فسخ الوكيل.

والمنقول عن ابن سريج أصح، وبه قطع صاحبا «الشامل» و«البيان». والله أعلم. وإذا نكل الوكيل، حلف البائع، وسقط رد الوكيل. ثم إذا حضر الموكل،

وصدق البائع، فذاك. وإن كذبه، قال في «التهذيب»: يلزم العقد الوكيل، ولا رد له، لإبطال الحق بالنكول. وفيه الإشكال السابق في الفرع قبله.

فرع: الوكيل بالبيع إذا باع، فوجد المشتري بالمبيع عيبًا، رده عليه إن لم يعلمه وكيلًا، وإن علمه، فإن شاء رده عليه، ثم هو يرد على الموكل، وإن شاء رد على الموكل. وهل للوكيل حط بعض الثمن للعيب؟ فيه قولان.

وينبغي أن يكون أصحهما: عدم الحط. والله أعلم.

ولو زعم الموكل حدوث العيب في يد المشتري، وصدق الوكيل المشتري، رد على الوكيل، ولم يرد الوكيل على الموكل.

فرع: سيأتي في كتاب القراض إن شاء الله تعالى: أن الوكيل بالشراء، هل يشتري من يعتق على الموكل؟ فإن قلنا: يشتريه، فكان معيبًا، فللوكيل رده، لأنه لا يعتق على الموكل قبل رضاه بالعيب، ذكره في «التهذيب».

الصورة الرابعة: في توكيل الوكيل، فإن سكت الموكل عنه، نظر، إن كان أمرًا يتأتَّى له الإتيان به، لم يجز أن يوكل فيه. وإن لم يتأتّ منه، لكونه لا يحسنه، أو لا يليق بمنصبه، فله التوكيل على الصحيح، لأن المقصود من مثله الاستنابة. وفي وجه: لا يوكل، لقصور اللفظ. ولو كثرت التصرفات الموكَّل فيها، ولم يمكنه الإتيان بجميعها، لكثرتها، فالمذهب: أنه يوكِّل فيما يزيد على الممكن، ولا يوكل في الممكن. وفي وجه: يوكل في الجميع. وقيل: لا يوكل في الممكن. وفي الباقي وجهان: وقيل: في الجميع وجهان: وإن أذن له في التوكيل، فله أحوال:

الحال الأول: إذا قال: وكل عن نفسك، ففعل، انعزل الثاني بعزل الأول إياه، وبموته وجنونه على الصحيح في الجميع، لأنه نائبه. ولو عزل الموكل الأول، انعزل. وفي انعزال الثاني بانعزاله هذا الخلاف. ولو عزل الموكل الثاني، انعزل على الأصح، كما ينعزل بموته وجنونه. والثاني: لا، لأنه ليس وكيلًا من جهته. والذي يجمع هذه الاختلافات، أن الوكيل الثاني، هل هو وكيل الوكيل الأول كما لو صرح به، أم وكيل الموكل، ويكون تقديره: أقم غيرك مقام نفسك؟ والأصح: أنه وكيل الوكيل الأول.

الحال الثاني: أن يقول: وكل عني، فالثاني وكيل الموكل، وله عزل أيهما شاء، وليس لأحدهما عزل الآخر، ولا ينعزل أحدهما بانعزال الآخر.

الحال الثالث: إذا قال: وكلتك في كذا، وأذنت لك أن توكل فيه، ولم يقل: عنك، ولا عني، فهذا كالصورة الأولى، أم كالثانية؟ وجهان: أصحهما: الثاني. وإذا جوزنا له أن يوكل في صورة سكوت الموكل، فينبغي أن يوكل عن موكله. فلو

وكل عن نفسه، فوجهان: قلت: أصحهما: لا يجوز. والله أعلم.

فرع: حيث ملك الوكيل أن يوكل، فشرطه أن يوكل أمينًا، إلا أن يعين له غيره. ولو وكل أمينًا، ثم فسق، هل له عزله؟ وجهان: قلت: أقيسهما: المنع. والله أعلم.

فرع: لو وكله في تصرف، وقال: افعل فيه ما شئت، لم يكن ذلك إذنًا في التوكيل على الأصح. قلت: لو قال: كل ما تصنعه، فهو جائز، فهو كقوله: افعل ما شئت. والله أعلم.

الصورة الخامسة: في امتثال تقييد الموكل. والصور المذكورة من أول الباب إلى هنا، مفروضة في التوكيل المطلق، ومن هنا إلى آخره في التوكيل المقرون بتقييد. وحاصله: أنه يجب مراعاة تقييد الموكل، ورعاية المفهوم منه بحسب العرف، وفيه مسائل:

إحداها: إذا عين الموكل شخصًا، بأن قال: بع لزيد. أو عيَّن وقتًا، بأن قال: بع يوم الجمعة، لم يجز أن يبيع لغير زيد، ولا قبل الجمعة، ولا بعده.

قلت: هكذا قال الأصحاب في البيع قبل الجمعة وبعده: إنه لا يصح. قالوا: وكذا حكم العتق، لا يجوز قبل الجمعة ولا بعده. وأما الطلاق، فنقل صاحبا «الشامل» و«البيان» عن الداركي، أنه قال: إن طلقها قبل الجمعة، لا يقع، وإن طلقها بعده يقع، لأنها إذا كانت مطلقة يوم الجمعة، كانت مطلقة يوم السبت، بخلاف الخميس. ولم أر هذا لغيره، وفيه نظر. والله أعلم.

لو عين مكانًا من سوق ونحوها، نظر، إن كان له في ذلك المكان غرض ظاهر، بأن كان الراغبون فيه أكثر، أو النقد فيه أجود، لم يجز البيع في غيره. وإلا، فوجهان: أحدهما: يجوز، وبه قال القاضي أبو حامد، وقطع به الغزالي. وأصحهما: عند ابن القطان والبغوي: المنع.

وقطع بالجواز أيضًا صاحبا «التنبيه» و«التتمة» وغيرهما، لكن الأصح على الجملة: المنع، وهو الذي صححه الماوردي، والرافعي في «المحرر».

وهذا إذا لم يقدّر الثمن. فإن قال: بع في سوق كذا بمئة، فباع بمئة في غيرها، جاز، صرح به صاحبا «الشامل» و«التتمة» وغيرهما. والله أعلم.

ولو نهاه صريحًا عن البيع في غيره، امتنع قطعًا. ولو قال: بع في بلد كذا، قال ابن كج: هو كقوله: بع في سوق كذا، حتى لو باع في بلد آخر، جاء فيه التفصيل المذكور، وهذا صحيح، لكنه يصير ضامنًا بالنقل من ذلك البلد، ويكون الثمن مضمونًا في يده. بل لو أطلق التوكيل في البيع في بلد، فليبع فيه. فإن نقل، ضمن.

المسألة الثانية: قال: بع بمئة درهم، لم يبع بدونها، وله البيع بأكثر. والمقصود بالتقدير: أن لا ينقص فيهما من العرف. وفي وجه شاذ حكاه العبادي: لا يجوز البيع بأكثر من مئة. والصحيح المعروف: الأول. ولو نهاه عن الزيادة صريحًا، لم يزد قطعًا.

وحكي في «النهاية» و«البسيط» عن صاحب «التقريب» أنه لو قال: بع بمئة ولا تزد، فزاد، أو اشتر هذا العبد بمئة ولا تنقص، فنقص، ففي صحته وجهان: قالا: والوجه أن يقال: إن أتى بما هو نص في المنع، لم ينفذ، لمخالفته، وإن احتمل أنه يريد: لا تتعب نفسك في طلب الزيادة والنقص، اتجه التنفيذ. والله أعلم.

وهل له البيع بمئة وهناك راغب بزيادة على المئة؟ فيه وجهان: قلت: أصحهما: المنع، لأنه مأمور بالإحتياط والغبطة. والله أعلم.

قال الأصحاب: ولو كان المشتري معينًا، فإن قال: بعه لزيد بمئة، لم يجز أن يبيع بأكثر منها قطعًا، لأنه ربما قصد إرفافة.

فرع: لو قال: بع ثوبي، ولا تبعه بأكثر من مئة، لم يبعه بأكثر من مئة، ويبيع بها وبما دونها ما لم ينقص عن ثمن المثل. ولو قال: بعه بمئة، ولا تبعه بمئة وخمسين، فليس له بيعه بمئة وخمسين، ويجوز بما دون ذلك ما لم ينقص عن مئة، ولا يجوز بما زاد على مئة وخمسين على الأصح.

فرع: الشراء كالبيع فيما سبق. فإذا قال: اشتر بمئة، فله الشراء بأقل، إلا أن ينهاه، ولا يشتري بما فوقها. ولو قال: اشتر بمئة، ولا تشتر بخمسين، فله الشراء بالمئة وبما بينها وبين خمسين، ولا يجوز بخمسين. وفيما دونها، الوجهان.

قال أصحابنا: لو قال: اشتر عبد فلان بمئة، فاشتراه بأقل منها، صح، وهذا يخالف ما سبق في قوله: بعه لزيد بمئة. قال صاحب «الحاوي»: والفرق أنه في البيع ممنوع من قبض ما زاد على المئة، فلا يجوز قبض ما نهي عنه. وفي الشراء، مأمور بدفع مئة، ودفع الوكيل بعض المأمور به جائز. والله أعلم.

المسألة الثالثة: لو قال: بعه إلى أجل، وبيّنْ قدره، أو قلنا: لا حاجة إلى بيانه، وحملناه على المعتاد، فخالف وباع حالًّا، نظر، إن باعه بقيمته حالًّا، لم يصح، لأنه أقل مما أمره به. وإن باعه حالًّا بقيمته إلى ذلك الأجل، نظر، إن كان في وقت لا يؤمن النهب والسرقة، أو كان لحفظه مؤونة في الحال، لم يصح أيضًا. وإن لم يكن شيء من ذلك، صح على الأصح. ولا فرق فيما ذكرنا بين ثمن المثل عند الإطلاق، وبين ما قدره من الثمن، بأن قال: بع بمئة نسيئة، فباع بمئة نقدًا. ولو قال: بع بكذا إلى شهرين، فباع به إلى شهر، ففيه الوجهان. ولو قال: اشتر

حالًّا، فاشتراه مؤجلًا بقيمته مؤجلًا، لم يصح للموكل، لأنه أكثر، وإن اشتراه بقيمته حالًّا، فوجهان كما في طرف البيع. قال صاحب «التتمة»: هذا إذا قلنا: إن مستحق الدين المؤجَّل إذا عجل حقه، يلزمه القبول. وأما إذا قلنا: لا يلزمه، فلا يصح الشراء هنا للموكل بحالٍ. وذكر هو وغيره تخريجًا على المسألة التي نحن فيها: أن الوكيل بالشراء مطلقًا، لو اشترى نسيئة بثمن مثله نقدًا، جاز، لأنه زاد خيرًا، وللموكل تفريغ ذمته بالتعجيل.

وهذا المنقول أولًا عن «التتمة» قد عكسه صاحب «الشامل» فقال: هذا الخلاف حيث لا يجبر صاحب الدين على قبول تعجيله، وحيث يجبر، يصح الشراء قطعًا. وهذا الذي قاله، أصح وأفقه وأقرب إلى تعليل الأصحاب. والله أعلم.

فرع: لو دفع إليه دينارًا، وقال: اشتر به شاة، ووصفها، فاشترى به شاتين بتلك الصفة، نظر، إن لم تساوِ واحدة منهما دينارًا، لم يصح الشراء للموكل وإن زادت قيمتهما جميعًا على الدينار، لفوات ما وكل فيه. وإن ساوت كل واحدة دينارًا، فقولان: أظهرهما: صحة الشراء، وحصول الملك فيهما للموكل، لأنه حصل غرضه وزاد خيرًا. والثاني: لا تقع الشاتان للموكل، لأنه لم يأذن فيهما، بل ينظر، إن اشتراهما في الذمة، فللموكل واحدة بنصف دينار، والأخرى للوكيل، ويرد على الموكل نصف دينار. وللموكل أن ينتزع الثانية منه، ويقرر العقد فيهما، لأنه عقد العقد له. وفي قول شاذ: لا يصح الشراء للموكل في واحدة منهما، بل يقعان للوكيل. وإن اشتراهما بعين الدينار، فقد اشترى شاة بإذنه، وشاة بلا إذنه، فيبنى على وقف العقود. فإن قلنا: لا توقف على الإجازة، بطل العقد في شاة. وفي الأخرى قولًا تفريق الصفقة. وإن قلنا: توقَف، فإن شاء الموكل أخذهما بالدينار، وإن شاء اقتصر على واحدة ورد الأخرى على البائع. وهذا القول مشكل، لأن تعين الشاة للموكل أو لإبطال العقد فيها، ليس بأولى من تعين الأخرى، والتخيير يشبه بيع شاة من شاتين، وهو باطل. فإذا صححنا الشراء فيهما للموكل، فباع الوكيل إحداهما بغير إذن الموكل، ففي صحة بيعه، قولان. وعلى هذا يخرَّج ما إذا اشترى شاة بدينار، وباعها بدينارين. وقيل: هذا الخلاف، هو القولان في بيع الفضولي، فعلى الجديد: يلغو، وعلى القديم: ينعقد موقوفًا على إجازة الموكل.

والأظهر: أنه لا يصح بيعه. قال أصحابنا: ولو اشترى به شاتين، تساوي إحداهما دينارًا، والأخرى بعض دينار، فطريقان. الأصح منهما عند القاضي أبي الطيب والأصحاب: صحة البيع فيهما جميعًا، ويكون كما لو ساوت كل واحدة دينارًا على ما سبق. فعلى الأظهر: يلزم البيع فيهما جميعًا للموكل، وبه قطع

المحاملي وغيره. والطريق الثاني: لا يصح في حق الموكل واحدة منهما. فعلى الأظهر: لو باع الوكيل التي تساوي دينارًا، لم يصح قطعًا، وإن باع الأخرى، فعلى الخلاف. وإن قلنا: للوكيل إحداهما، كان له التي لا تساوي دينارًا بحصتها، وللموكل انتزاعها كما سبق. والله أعلم.

فرع: قال: بع عبدي بمئة درهم، فباعه بمئة وعبد أو وثوب يساوي مئة، فعن ابن سريج: أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين، وأولى بالمنع، لأنه عدل عن الجنس. فإن أبطلنا، فهل يبطل في القدر المقابل لغير الجنس وهو النصف، أم في الجميع؟ قولان. فإن قلنا: في ذلك القدر، قال في «التتمة»: لا خيار له، لأنه إذا رضي ببيع الجميع بمئة، فالبعض أولى. وأما المشتري، فإن لم يعلم أنه وكيل بالبيع بدراهم، فله الخيار، وإن علم، فوجهان: لشروعه في العقد مع العلم بأن بعض المعقود عليه لا يسلم له.

ولو باعه بمئة درهم ودينار، ففي «التتمة» و«التهذيب»: أنه على الخلاف في مئة وثوب. وقطع صاحب «الشامل» بالصحة، لأنه من جنس الأثمان، وينبغي أن يكون الأصح في الجميع: الصحة. والله أعلم.

فرع: لو قال: بع بألف درهم، فباع بألف دينار، لم يصح، لأنه غير المأمور به، وفيه احتمال ذكره ابن كج، والغزالي في «الوجيز». وعلى هذا الاحتمال: البيع بعرض يساوي ألف دينار، يشبه أن يكون كالبيع بألف دينار.

الصورة السادسة: في الوكالة في الخصومة، وفيها مسائل:

إحداها: الوكيل بالخصومة من جهة المدعي، يدعي ويقيم البينة ويسعى في تعديلها، ويحلِّف ويطلب الحكم والقضاء، ويفعل ما هو وسيلة إلى الإثبات. والوكيل من جهة المدعى عليه، ينكر ويطعن في الشهود، ويسعى في الدفع بما أمكنه.

الثانية: هل يشترط في التوكيل في الخصومة بيان ما فيه الخصومة، من دم، أو مال، أو عين، أو دين، أو أرش جناية، أو بدل مال؟ حكى العبادي فيه وجهين كالوجهين في بيان من يخاصمه.

الثالثة: لو أقر وكيل المدعي بالقبض، أو الإبراء، أو قبول الحوالة، أو المصالحة على مال، أو بأن الحق مؤجل، أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق للمدعي، لم يقبل، سواء أقر في مجلس الحكم، أم في غيره، كما لا يصح إبراؤه ومصالحته، لأن اسم الخصومة لا يتناولهما، فكذا الإقرار. ثم وكيل المدعي، إذا أقر بالقبض، أو الإبراء، انعزل، وكذا وكيل المدعى عليه، إذا أقر بالحق، انعزل،

لأنه بعد الإقرار ظالم في الخصومة. وأطلق ابن كج وجهين في بطلان وكالته بالإقرار.

ولو أبرأ وكيل المدعي خصمه، لم ينعزل، لأن إبراءه باطل، ولا يتضمن اعترافًا بأن المدعي ظالم، بخلاف الإقرار، وكذا فرق صاحب «الحاوي» وغيره. والله أعلم.

فرع: نقل في «النهاية» أن الوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه، لا يُقبل تعديلُه بينةَ المدعي، لأنه كالإقرار في كونه قاطعًا للخصومة، وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار.

الرابعة: تقبل شهادة الوكيل على موكله، وتقبل لموكله في غير ما توكل فيه. وإن شهد بما توكل فيه، نظر، إن شهد قبل العزل، أو بعده وقد خاصم فيه، لم يقبل، للتهمة. وإن كان بعده ولم يخاصم، قبلت على الأصح. هذه هي الطريقة الصحيحة المشهورة. وقال الإمام: قياس المراوزة، أن يعكس فيقال: إن لم يخاصم، قبلت، وإلا، فوجهان: قال: وهذا التفصيل، إذا جرى الأمر على تواصل. فإن طال الفصل، فالوجه: القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه.

الخامسة: لو وكل رجلين بالخصومة، ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما، فوجهان: الأصح: لا يستقل واحد منهما، بل يتشاوران ويتباصران. كما لو وكلهما في بيع أو طلاق أو غيرهما، أو وصى إليهما. ولو وكل رجلين في حفظ متاع، فالأصح: أنه لا ينفرد واحد منهما بحفظه، بل يحفظانه في حرز بينهما. والثاني: ينفرد. فإن قبل القسمة، قسم ليحفظ كل واحد بعضه.

السادسة: ادعى عند القاضي أنه وكيل زيد، فإن كان المقصود بالخصومة حاضرًا، وصدَّقه، ثبتت الوكالة، وله مخاصمته، وإن كذبه، أقام البينة على الوكالة. ولا يشترط في إقامة البينة تقدُّم دعوى حق الموكل على الخصم. وإن كان غائبًا، وأقام الوكيل بينة بالوكالة، سمعها القاضي وأثبتها. ولا يعتبر حضور الخصم في إثبات الوكالة، خلافًا لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ حيث قال: لا تسمع البينة إلا في وجه الخصم. قال الإمام: وهو بناء على مذهبه، في امتناع القضاء على الغائب. ثم حكى الإمام عن القاضي حسين: أنه لا بد وأن ينصب القاضي مسخرًا ينوب عن الغائب، ليقيم المدعي البينة في وجهه. قال الإمام: وهذا بعيد لا أعرف له أصلًا، مع ما فيه من مخالفة الأصحاب. وحكى عنه أيضًا أن القضاة اصطلحوا على أن من وكل في مجلس القضاء وكيلًا بالخصومة، اختص التوكيل بالمخاصمة في ذلك المجلس. قال الإمام: والذي نعرفه للأصحاب أنه يخاصم في ذلك المجلس وبعده، ولا نعرف للقضاة العرف الذي ادعاه.

السابعة: وكل رجلًا عند القاضي بالخصومة عنه، وطلب حقوقه، فللوكيل أن يخاصم عنه ما دام حاضرًا في المجلس، اعتمادًا على العيان. فإن غاب وأراد الوكيل الخصومة عنه اعتمادًا على اسم ونسب يذكره، فلا بد من إقامة بينة على أن فلان ابن فلان وكله، أو على أن الذي وكله هو فلان ابن فلان، ذكره أصحابنا العراقيون، والشيخ أبو عاصم العبادي. وعبارة العبادي: إنه لا بد وأن يعرِّف الموكلَ شاهدان يعرفهما القاضي ويثق بهما. ثم إن الإمام حكى عن القاضي حسين رحمهما الله أن عادة الحكام التساهل في هذه البينة، والاكتفاء بالعدالة الظاهرة، وترك البحث والاستزكاء تسهيلًا على الغرباء. وقال القاضي أبو سعد ابن أبي يوسف في شرح «مختصر العبادي»: يمكن أن يكتفى بمعرِّف واحد إذا كان موثوقًا به، كما قال الشيخ أبو محمد: إن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها، يحصل بمعرِّف واحد، لأنه إخبار لا شهادة.

وإذا ادعى على وكيل مالًا، وأقام بينة وقضى بها الحاكم، ثم حضر الغائب وأنكر الوكالة، أو ادعى عزله، لم يكن له أثر، لأن الحكم على الغائب جائز. قال في «التتمة»: وإذا اعترف الخصم عند القاضي بأنه وكيل، جاز له المحاكمة قطعًا. وفي وجوبها عليه، الخلاف فيما إذا اعترف بأنه وكيل في قبض الدين، هل يلزمه دفعه إليه، أم لا يجب حتى يقيم بينة؟ والله أعلم.

الصورة السابعة: وكله في الصلح عن الدم على خمر، ففعل، حصل العفو ووجبت الدية كما لو فعله الموكل بنفسه. فلو صالح على خنزير، فهو لغو على الأصح، فيبقى القصاص، لأنه غير مأذون فيه. والثاني: أنه كالعفو على خمر. وعلى هذا، لو صالح على الدية، أو على ما يصلح عوضًا، جاز. ولو جرت هذه المخالفة بين الموجب والقابل في الصلح، لغا قطعًا، لعدم انتظام الخطاب. ولو وكله في خلع زوجته على خمر، فخالعها على خمر أو خنزير، فعلى ما سبق في الصلح عن الدم.

فرع: وكله في بيع أو شراء فاسد، لم يملك فاسدًا ولا صحيحًا، لعدم الإذن.

الصورة الثامنة: في مخالفته، فإذا سلّم إليه ألفًا، وقال: اشتر بعينه ثوبًا، فاشترى في الذمة لينقذ الألف، لم يصح للموكل. ولو قال: اشتر في الذمة وسلِّم الألف في ثمنه، فاشترى بعينه، لم يصح على الأصح. ولو سلمه إليه، وقال: اشتر ثوبًا، ولم يقل: بعينه، ولا في الذمة، فوجهان: أحدهما: أنه كقوله: اشتر بعينه، لأن قرينة التسليم تشعر به. وأصحهما: أن الوكيل يتخير بين الشراء بعينه أو في الذمة، لأن الاسم يتناولهما.

وإذا قال: اشتر في الذمة وسلِّمه فيه، فاشترى للموكل في الذمة، ونقد الوكيل الثمن من ماله، برىء الموكل من الثمن، ولا يرجع عليه الوكيل بشيء، لأنه متبرع بقضاء دينه، ويلزمه رد الألف المعينة إلى الموكل، صرح به الماوردي وغيره، وهو ظاهر. والله أعلم.

فصل: في حكم البيع والشراء المخالفين أمر الموكل، أما البيع، فإذا قال: بع هذا العبد، فباع آخر، فباطل. وأما الشراء، فإن وقع بعين مال الموكل، فباطل. وإن وقع في الذمة، نظر، إن لم يسم الموكل، وقع عن الوكيل، وكذا إن سماه على الأصح. وتلغو التسمية، لأن تسمية الموكل غير معتبرة في الشراء، فإذا سماه، ولم يكن صَرَفه إليه، صار كأنه لم يسمه. والثاني: العقد باطل. فإذا قلنا: بالأصح، فذلك إذا قال: بعتك، فقال: اشتريت لموكلي فلان. فأما إذا قال البائع: بعت فلانًا، فقال الوكيل: اشتريته له، فالمذهب بطلان العقد، لأنه لم تجر بينهما مخاطبة. ويخالف النكاح حيث يصح من الولي ووكيل الزوج على هذه الصيغة، بل لا يصح إلا كذلك، لأن للبيع أحكامًا تتعلق بالمجلس كالخيار وغيره، وتلك الأحكام، إنما يمكن اعتبارها بالمتعاقدين، فاعتبر جريان المخاطبة بينهما، والنكاح سِفارة محضة. ثم ما ذكرناه في هذا الفصل، تفريع على الجديد، وهو منع وقف العقود، وإلغاء تصرف الفضولي. وأما على القديم، فالوكيل كأجنبي، فيقف الشراء في الذمة على إجازته. فإن أجاز، وقع عنه، وإلا، فعن الوكيل، وكذا الشراء بعين ماله، وبيع العبد الآخر، ينعقدان موقوفين على هذا القول كما ذكرنا في بابه.

فرع: وكيل المتهب في القبول، يجب أن يسمي موكلَه، وإلا فيقع عنه، لجريان الخطاب معه، ولا ينصرف بالنية إلى الموكل، لأن الواهب قد يقصد بتبرعه المخاطب، وليس كل أحد يسمح بالتبرع عليه، بخلاف الشراء، فإن المقصود منه حصول العوض.

قال في «البيان»: لو وكله أن يزوج بنته زيدًا، فزوجها وكيل زيد لزيد، صح. ولو وكله في بيع عبده لزيد، فباعه لوكيل زيد، لم يصح. والفرق أن النكاح لا يقبل نقل الملك، والبيع يقبله. ولهذا يقول وكيل النكاح: زوّج موكّلي، ولا يقول: زوِّجني لموكِّلي. وفي البيع يقول: بعني لموكلي ولا يقول: بع موكلي. والله أعلم.

الحكم الثاني: للوكالة حكم الأمانة. فيد الوكيل يد أمانة، فلا يضمن ما تلف في يده بلا تفريط، سواء كان بجعل، أو متبرعًا، فإن تعدى، بأن ركب الدابة، أو لبس الثوب، ضمن قطعًا، ولا ينعزل عن المذهب، بل يصح تصرفه، وإذا باع وسلم المبيع، زال عنه الضمان، لأنه أخرجه من يده بإذن المالك. وفي زوال الضمان بمجرد البيع، وجهان: أحدهما: نعم، لزوال ملك الموكل. وأصحهما: لا، لأنه

يرتفع العقد بتلفه قبل القبض. وأما الثمن الذي يقبضه، فلا يكون مضمونًا عليه، لأنه لم يتعد فيه. ولو رد عليه المبيع بعيب، عاد الضمان.

فرع: لو دفع إلى وكيله دراهم ليشتري بها شيئًا، فتصرف فيها على أن يكون قرضًا عليه، صار ضامنًا. وليس له أن يشتري للموكل بدراهم نفسه، ولا في الذمة، فلو حصل، كان ما اشتراه لنفسه دون موكله. ولو عادت الدراهم التي تصرف فيها إليه، فاشترى بها للموكل، فهو على الخلاف في انعزاله بالتعدي. فعلى المذهب: لا ينعزل، فيصح شراؤه، ولا يكون ما اشتراه مضمونًا عليه، لأنه لم يتعد فيه. فلو رد ما اشتراه بعيب، واسترد الثمن، عاد مضمونًا عليه.

فرع: متى طالب الموكل الوكيل برد ماله، لزمه أن يخلِّيَ بينه وبينه، فإن امتنع، صار ضامنًا كالمودع.

الحكم الثالث: في العهدة، فيه مسائل: إحداها: الوكيل بالشراء إذا اشترى لموكله ما وكله في شرائه فلمن يقع الملك؟ وجهان: أحدهما: للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل، لأن الخطاب جرى معه. وأحكام العقد تتعلق به. والصحيح: أنه يقع أولًا للموكل، كما لو اشترى الأب للطفل، فإنه يقع للطفل ابتداءً، ولأنه لو وقع للوكيل، لعتق عليه أبوه إذا اشتراه لموكله، فلا يعتق قطعًا.

الثانية: أحكام العقد في البيع والشراء، تتعلق بالوكيل دون الموكِّل، حتى تعتبر رؤية الوكيل للمبيع دون الموكل، وتلزم بمفارقة الوكيل المجلس دون الموكل، وكذا تسليم رأس المال في السلم والتقابض حيث يشترط، يعتبران قبل مفارقة الوكيل. والفسخ بخيار المجلس وخيار الرؤية، إن أثبتناه يثبت للوكيل دون الموكل، حتى لو أراد الموكل الإجازة، كان للوكيل الفسخ، ذكره في «التتمة».

الثالثة: إذا اشترى الوكيل بثمن معين، طالبه به البائع، إن كان في يده، وإلا، فلا. وإن اشترى في الذمة، فإن كان الموكل قد سلم إليه ما يصرفه في الثمن، طالبه البائع، وإلا، فإن أنكر البائع كونه وكيلًا، أو قال: لا أدري، هل هو وكيل، أم لا؟ طالبه به. وإن اعترف بوكالته، فهل يطالب به الموكل فقط؟ أم الوكيل فقط؟ أم يطالب أيهما شاء؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث. فإن قلنا: بالثاني، فهل للوكيل مطالبة الموكل قبل أن يغرم؟ فيه وجهان: أصحهما: المنع. وإذا غرم الوكيل للبائع، رجع على الموكل، ولا يشترط لثبوت الرجوع اشتراط الرجوع على المذهب. وإذا قلنا: بالثالث، فالوكيل كالضامن، والموكل كالمضمون عنه، فيرجع الوكيل إذا غرم. والقول في اعتبار شرط الرجوع، وفي أنه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم، كما سبق في الضمان. وفرع ابن سريج على الأوجه فقال: لو سلم دراهم إلى الوكيل

ليصرفها إلى الثمن الملتزم في الذمة، ففعل، ثم ردها البائع بعيب، فإن قلنا: بالوجه الأول أو الثالث، لزم الوكيل تلك الدراهم بأعيانها إلى الموكل، وليس له إمساكها ودفع بدلها. وإن قلنا بالثاني، فله ذلك، لأن ما دفعه الموكل إليه على هذا الوجه، أقرضه إياه ليبرىء ذمته. فإن عاد، فهو ملكه. وللمستقرض إمساك ما استقرضه وردُّ مثله. ولك أن تقول: لا خلاف أن للوكيل أن يرجع على الموكل في الجملة، وإنما الكلام في أنه متى يرجع؟ وبأي شيء يرجع؟ فإذا كان كذلك، اتجه أن يكون تسليم الدراهم دفعًا لمؤنة التراجع، لا إقراضًا.

الرابعة: الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن، إما بإذن صريح، وإما بمقتضى البيع. إذا قلنا به، فتلف المقبوض في يده، ثم خرج المبيع مستحقًا، والمشتري معترف بالوكالة، فهل يرجع بالثمن على الوكيل لحصول التلف عنده؟ أم على الموكل لأنه سفيره ويده يده؟ أم على من شاء منهما؟ فيه الأوجه السابقة. فإن قلنا: على الموكل أو الوكيل، فغرم، لا يرجع أحدهما على صاحبه. وإن قلنا: يغرم أيهما شاء، فثلاثة أوجه: أصحها: وأشهرها: أنه إن غرم الموكل، لم يرجع على الوكيل، وإن غرم الوكيل، رجع على الموكل. والثاني: يرجع الموكل دون الوكيل، لحصول التلف في يده. والثالث: لا يرجع واحد منهما. والذي يفتى به من هذه الاختلافات: أن المشتري يغرم من شاء منهما، والقرار على الموكل. ولذلك اقتصرنا على هذا الجواب في بدل الرهن وإن كان يطرد فيه الخلاف.

الخامسة: الوكيل بالشراء إذا قبض المبيع وتلف في يده، ثم بان مستحقًا، فللمستحق مطالبة البائع بقيمة المبيع أو مثله، لأنه غاصب. وفي مطالبته الوكيل أو الموكل، الأوجه الثلاثة. قال الإمام: والأقيس في المسألتين: أنه لا رجوع إلا على الوكيل، لحصول التلف في يده، وبظهور الاستحقاق بان أن لا عقد، وصار الوكيل قابضًا ملك غيره بلا حق. ويجري الخلاف في القرار في هذه الصورة.

السادسة: الوكيل بالبيع، إذا باع بثمن في الذمة، واستوفاه ودفعه إلى الموكل، وخرج مستحقًا أو معيبًا، فرده، فللموكل أن يطالب المشتري بالثمن، وله أن يغرِّم الوكيل، لأنه صار مسلمًا للمبيع قبل أخذ عوضه. وفيما يغرمه وجهان: أحدهما: قيمة العين، لأنه فوّتها. والثاني: الثمن، لأن حقه انتقل إليه. فإن قلنا: بالأول، فأخذ منه القيمة، طالب الوكيل المشتري بالثمن. فإذا أخذه، دفعه إلى الموكل واسترد القيمة.

السابعة: دفع إليه دراهم ليشتري عبدًا بعينها، ففعل، فتلفت في يده قبل التسليم، انفسخ البيع، ولا شيء على الوكيل. وإن تلفت قبل الشراء، ارتفعت

الوكالة. ولو قال: اشتر في الذمة، واصرفها إلى الثمن، فتلفت في يد الوكيل بعد الشراء، لم ينفسخ العقد. ولكن هل ينقلب إلى الوكيل ويلزمه الثمن؟ أم يبقى للموكل. وعليه مثل الدراهم؟ أم يقال للموكل: إن أردته فادفع مثل تلك الدراهم، وإلا فيقع عن الوكيل وعليه الثمن؟ فيه ثلاثة أوجه: ولو تلفت قبل الشراء، لم ينعزل. فإن اشترى للموكل، فهل يقع له، أم للوكيل؟ فيه الوجهان الأولان من هذه الثلاثة.

هكذا ذكره صاحب «التهذيب»: وقطع في «الحاوي» بأنه إذا قال: اشتر في الذمة أو بعينها، فتلفت، انفسخت الوكالة، وانعزل، فإذا اشترى بعده، وقع للوكيل قطعًا. والله أعلم.

فرع: إذا اشترى الوكيل شراءً فاسدًا، وقبض، وتلف المبيع في يده، أو بعد تسليمه إلى الموكل، فللمالك مطالبته بالضمان، ثم هو يرجع على الموكل.

فرع: لو أرسل رسولًا ليستقرض له، فاقترض، فهو كوكيل المشتري. وفي مطالبته ما في مطالبة وكيل المشتري بالثمن. والمذهب: أنه يطالب، وأنه إذا غرم، رجع على الموكل.

الحكم الرابع: الجواز من الجانبين، فلكل واحد منهما العزل. ولارتفاعها أسباب:

الأول: أن يعزله الموكل بقوله: عزلته، أو رفعت الوكالة، أو فسختها، أو أبطلتها، أو أخرجته عنها، فينعزل سواء ابتدأ توكيله، أو وكله بسؤال الخصم، بأن سألت زوجها أن يوكل في الطلاق، أو الخلع، أو المرتهن الراهن أن يوكل ببيع الرهن، أو سأله خصمه أن يوكل في الخصومة. وهل ينعزل قبل بلوغ العزل إليه؟ قولان. أظهرهما: ينعزل. فإن قلنا: لا ينعزل حتى يبلغه الخبر، فالمعتبر خبر من تقبل روايته، دون الصبي والفاسق. وإذا قلنا: ينعزل، فينبغي للموكل أن يشهد على العزل، لأن قوله بعد تصرف الوكيل: كنت عزلته، لا يقبل.

الثاني: إذا قال الوكيل: عزلت نفسي، أو أخرجتها عن الوكالة، أو رددتها، انعزل قطعًا، كذا قاله الأصحاب. وقال بعض المتأخرين: إن كانت صيغة الموكل: بع واعتق ونحوهما من صيغ الأمر، لم ينعزل بردّ الوكالة، وعزله نفسه، لأن ذلك إذن وإباحه، فأشبه ما لو أباحه الطعام لا يرتد برد المباح له، ولا يشترط في انعزاله بعزل نفسه حصول علم الموكل.

الثالث: ينعزل الوكيل بخروجه، أو خروج الموكل عن أهلية تلك التصرفات بالموت أو الجنون. وفي وجه: لا ينعزل بجنون لا يمتد، بحيث تتعطل المهمات. ويخرج إلى نصب قوَّام. والإغماء، كالجنون على الأصح. والثاني: لا ينعزل به،

واختاره الإمام، والغزالي في «الوسيط»، لأن المغمى عليه، لا يلتحق بمن تولى عليه. والمعتبر في الانعزال، التحاق الوكيل والموكل بمن تولى عليه. وفي معنى الجنون، الحجر عليه بسفه، أو فلس في كل تصرف لا ينفذ منهما. وكذا لو طرأ الرق، بأن وكل حربيًا، ثم استرق. وإذا جن الموكل، انعزل الوكيل في الحال وإن لم يبلغه الخبر قطعًا، بخلاف العزل.

الرابع: خروج محل التصرف عن ملك الموكل، بأن باع الموكل ما وكله في بيعه أو أعتقه. فلو وكله ببيعه. ثم آجره، قال في «التتمة»: ينعزل، لأن الإجارة إن منعت البيع، لم يبق مالكًا للتصرف، وإلا، فهي علامة الندم، لأن من يريد البيع لا يؤاجر لقلة الرغبات. وتزويج الجارية، عزل. وفي طحن الحنطة وجهان: وجه الانعزال، بطلان اسم الحنطة. وأما العرض على البيع وتوكيل وكيل آخر، فليس بعزل قطعًا.

الخامس: لو وكل عبده في بيع أو تصرف آخر، ثم أعتقه أو باعه، ففي انعزاله أوجه: ثالثها: أنه إن كانت الصيغة: وكلتك، بقي الإذن. وإن كانت: بع، أو نحوه، ارتفع. والكتابة، كالبيع. وعبد غيره كعبده. وإذا حكمنا ببقاء الإذن في صورة البيع، لزمه استئذان المشتري، لأن منافعه صارت له. فلو لم يستأذن، نفذ تصرفه لبقاء الإذن وإن عصى، قال الإمام: وفيه احتمال.

قال الإمام النوري رَحِمَهُ اللَّهُ: لم يصحح الرافعي شيئًا من الخلاف في انعزاله، ولم يصححه الجمهور. وقد صحح صاحب «الحاوي» والجرجاني في المعاياة انعزاله. وقطع به الجرجاني في كتابه «التحرير». وأما عبد غيره، فطرد الرافعي فيه الوجهين متابعة لصاحب «التهذيب». ولكن المذهب، والذي جزم به الأكثرون: القطع ببقائه. قال صاحب «البيان»: والخلاف في عبد غيره، هو فيما إذا أمره السيد ليتوكل لغيره. فأما إن قال: إن شئت فتوكل لفلان، وإلا، فلا تتوكل، ثم أعتقه أو باعه، فلا ينعزل قطعًا كالأجنبي. والله أعلم.

السادس: لو جحد الوكيل الوكالة، هل يكون ذلك عزلًا؟ فيه أوجه: أصحها: ثالثها: إن كان لنسيان أو غرض في الإخفاء، لم يكن عزلًا، وإن تعمد ولا غرض في الإخفاء، انعزل. ولو أنكر الموكل التوكيل، ففي انعزاله الأوجه.

ومن فروع هذه، لو وكل رجلين، فعزل أحدهما لا بعينه، فوجهان في «الحاوي» و«المستظهري»، أصحهما: لا ينفذ تصرف واحد منهما حتى يميز، للشك في أهليته. والثاني: لكلٍ التصرفُ، لأن الأصل بقاء تصرفه. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا ادعى رجل على رجل أنه وكله في تصرف فأنكر المدعى عليه فالقول قوله، لأنه ينكر عقدًا الأصل عدمه فكان القول قوله.

وإن اتفقا على الوكالة واختلفا في صفتها. بأن قال الوكيل: وكلتني في بيع ثوب. وقال الموكل: بل وكلتك في عبد، أو قال الوكيل: وكلتني في البيع بألف وقال: بل وكلتك في البيع بألفين. أو قال الوكيل: وكلتني في البيع بثمن مؤجل وقال الموكل: بل وكلتك في البيع بثمن حال فالقول قول الموكل لأنه ينكر إذنًا والأصل عدمه. ولأن من جعل القول قوله في أصل التصرف كان القول قوله في كيفيته كالزوج في الطلاق.

فصل: وإن اختلفا في التصرف فادعى الوكيل أنه باع المال وأنكر الموكل أو اتفقا على البيع واختلفا في قبض الثمن فادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف وأنكر الموكل ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قول الوكيل لأنه يملك العقد والقبض. ومن ملك تصرفًا ملك الإقرار به. كالأب في تزويج البكر.

والثاني: أنه لا يقبل قوله، لأنه إقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن، فلم يقبل كما لو أقر عليه أنه باع ماله من رجل وقبض ثمنه، وإن وكله في ابتياع جارية فابتاعها ثم اختلفا، فقال الوكيل: ابتعتها بإذنك بعشرين، وقال الموكل: بل أذنت لك في ابتياعها بعشرة، فالقول قول الموكل لما بيناه. فإن حلف الموكل صارت الجارية للوكيل في الظاهر، لأنه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الاذن، فإن كان الوكيل كاذبًا كانت الجارية له في الظاهر والباطن، وإن كان صادقًا كانت الجارية للموكل في الباطن، وللوكيل في الظاهر.

قال المزني: ويستحب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فبعه إياها بعشرين، فإن قال له: بعتك هذه الجارية بعشرين صارت الجارية للوكيل في الظاهر والباطن.

وإن قال كما قال المزني: إن كنت أذنت لك في ابتياعها بعشرين فقد بعتكها بعشرين، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا يصح، لأنه بيع معلق على شرط فلم يصح، وجعل ما قاله المزني من كلام الحاكم لا من كلام الموكل. ومنهم من قال: يصح، لأن هذا الشرط يقتضيه العقد لأنه لا يصح أن يبيعها إلا أن يكون قد أذن له في الابتياع بعشرين، وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه، فإن امتنع الموكل من البيع قال المزني: يبيعها الوكيل ويأخذ حقه من ثمنها. وقال أبو سعيد الإصطخري: فيه وجهان:

أحدهما: ما قال المزني.

والثاني: أنه يملكها ظاهرًا وباطنًا بناء على القولين فيمن ادعى على رجل أنه اشترى منه دارًا وأنكر المشتري وحلف، أن المستحب للمشتري أن يقول للبائع: إن كنت اشتريتها منك فقد فسخت البيع، وإن لم يفعل المشتري ذلك ففيه قولان:

أحدهما: أن البائع يبيع الدار ويأخذ ثمنها.

والثاني: أن البائع يملك الدار لأن المشتري صار كالمفلس بالثمن لتعذر الثمن من جهته، فيكون البائع احق بعين ماله.

وقال أبو إسحاق: لا يملك الوكيل الجارية قولًا واحدًا، وتخالف الدار لأنها كانت للبائع، فإذا تعذر الثمن انفسخ البيع وعاد المبيع إليه كما يعود إذا تحالف المتبايعان، والجارية لم تكن للوكيل، فتعود إليه عند التعذر، فإن قلنا: يملكها ظاهرًا وباطنًا تصرف فيها بالوطء وغيره. وإن قلنا: إنها للموكل في الباطن كان كمن له على رجل دين لا يصل إليه، ووجد له مالًا من غير جنس حقه.

فصل: وإن اختلفا في تلف المال فادعي الوكيل أنه تلف وأنكر الموكل فالقول قول الوكيل، لأن التلف يتعذر إقامة البينة عليه فجعل القول قوله.

فصل: وإن اختلفا في رد المال فقال الوكيل: رددت عليك المال وأنكر الموكل نظرت، فإن كانت الوكالة بغير جعل فالقول قول الوكيل مع يمينه؛ لأنه قبض العين لمنفعة المالك، فكان القول في الرد قوله كالمودع؛ وإن كانت الوكالة بجعل ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعة نفسه، فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر والمرتهن.

والثاني: أنه يقبل قوله لأن انتفاعه بالعمل في العين، فأما العين فلا منفعة له فيها، فقبل قوله في ردها كالمودع في الوديعة.

فصل: إذا كان لرجل على رجل آخر حق فطالبه به فقال: لا أعطيك حتى تشهد على نفسك بالقبض نظرت، فإن كان مضمونًا عليه كالغصب والعارية ـ فإن كان عليه فيه بينة ـ فله أن يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض، لأنه لا يأمن أن يقبض، ثم يجحد، ويقيم عليه البينة فيغرمه، وإن كان أمانة كالوديعة أو ما في يد الوكيل والشريك أو مضمونًا لا بينة عليه فيه، ففيه وجهان:

أحدهما: أن له أن يمتنع حتى يشهد بالقبض، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد، فيحتاج أن يحلف أنه لا يستحق عليه، وفي الناس من يكره أن يحلف.

والثاني: أنه ليس له أن يمتنع؛ لأنه إذا جحد كان القول قوله: أنه لا يستحق عليه شيئًا، وليس عليه في اليمين على الحق ضرر فلم يجز له أن يمتنع والله أعلم.

الشرح: قوله: «الاستقصاء للموكل» أي طلب الأقصى وهو البعيد، أي يجتهد أقصى الجهد أي أبعده، والبركه: النماء والزيادة، وقوله: «يتأول» أي ينظر ما يؤول إليه أمره في تفسيره وهو تأويله.

أما الأحكام: فالاختلاف في الوكالة على ثلاثة أضرب: الأول: في أصل

العقد. فإذا اختلفا في أصل الوكالة، أو كيفيتها، أو قدر ما يشترى به، فقال: وكلتني في بيع كله، أو بيع نسيئة، أو بعشرة، فقال: بل في بيع بعضه، أو بحالّ، أو بخمسة، فالقول قول الموكل.

فرع: أذن في شراء جارية، فاشتراها الوكيل بعشرين، وقال: أذنتَ لي في العشرين، وقال الموكل: بل في عشرة، وحلفناه، فحلف، فينظر في الشراء، أكان بعين مال الموكل، أم في الذمة؟ فإن كان بعينه، فإن ذكر في العقد أن المال لفلان، وأن الشراء له، فهو باطل. وإن لم يذكر في العقد، وقال بعد الشراء: إنما اشتريت له، فإن صدقه البائع، فالعقد باطل، فإذا بطل، فالجارية للبائع وعليه رد ما أخذ. وإن كذبه البائع، وقال: إنما اشتريت لنفسك والمال لك، حلف على نفي العلم بالوكالة، وحكم بصحة الشراء للوكيل في الظاهر، وسلم الثمن المعين إلى البائع، وغرم الوكيل مثله للموكل. وإن كان الشراء في الذمة، نظر، إن لم يسم الموكلَ بل نواه، كانت الجارية للوكيل بالشراء له ظاهرًا، وإن سماه، فإن صدقه البائع بطل الشراء، لاتفاقهما على أنه للغير. وإن كذبه، وقال: أنت مبطل في تسميته، لزم الشراء للوكيل.

وهل يكون كما لو اقتصر على النية، أم يبطل الشراء؟ وجهان سبق نظائرهما. أصحهما: صحته ووقوعه للوكيل. وحيث صححنا الشراء، وجعلنا الجارية للوكيل ظاهرًا، وهو يزعم أنها للموكل، قال المزني: والشافعي: يستحب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالآمر للمأمور، فيقول: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين، فقد بعته إياها بعشرين. فيقول الآخر: قبلت ليحل له الفَرْج. قال أصحابنا: إن أطلق الموكل وقال: بعتكها بعشرين. فقال المشتري: اشتريت، صارت الجارية له ظاهرًا وباطنًا. وإن علق كما ذكره المزني، فوجهان: أحدهما: لا يصح، للتعليق. قالوا: والتعليق فيما حكاه المزني، من كلام الحاكم، لا من كلام الموكل. وأصحهما: الصحة، لأنه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط، فلا يضر التعرض له. وسواء أطلق البيع، أو علقه، لا نجعل ذلك إقرارًا بما قاله الوكيل. وإن امتنع الموكل من الإجابة، أو لم يرفق به الحاكم، نظر، إن كان الوكيل كاذبًا، لم يحل له وطؤها، ولا التصرف فيها ببيع ولا غيره إن كان الشراء بعين مال الموكل، لأن الجارية للبائع. وإن كان في الذمة، ثبت الحل، لوقوع الشراء للوكيل، لكونه مخالفًا للموكل. وذكر في «التتمة»: أنه إذا كان كاذبًا والشراء بعين مال الموكل، فللوكيل بيعها بنفسه أو بالحاكم، لأن البائع يكون أخذ مال الموكل بغير استحقاق، وقد غرم الوكيل للموكل، وكان له أن يقول للبائع: رد مال الموكل، لكن تعذر ذلك باليمين، فله أخذ حقه من الجارية التي هي ملكه.

وإن كان الوكيل صادقًا، ففيه أوجه:

أحدها: يحل للوكيل ظاهرًا وباطنًا، فيحل له الوطء وكل تصرف، حكي عن الإصطخري، وهو بناء على أن الملك يقع للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل. فإذا تعذر نقله، بقي له. ومنهم من خص هذا الوجه بما إذا اشترى في الذمة، وإليه مالَ الإمام.

والوجه الثاني: إن ترك الوكيل مخاصمة الموكل، فالجارية له ظاهرًا وباطنًا، وكأنه كذب نفسه، وإلا، فلا.

والوجه الثالث: وهو الأصح: أنه لا يملكها باطنًا، بل هي للموكل، وللوكيل عليه الثمن، فهو كمن له على رجل دين لا يؤديه، فظفر بغير جنس حقه، ففي جواز بيعه وأخذ الحق من ثمنه، خلاف. الأصح: الجواز. ثم هل يباشر البيع بنفسه، أم يرفع الأمر إلى القاضي ليبيع؟ فيه خلاف. والأصح هنا: له البيع بنفسه، لأن القاضي لا يجيبه إلى البيع. وإذا قلنا: ليس له أخذ حقه من ثمنها، فهل يوقف في يده حتى يظهر مالكها، ويأخذها الحاكم ويحفظها؟ وجهان: يأتي نظائرهما إن شاء الله تعالى.

فرع: لو اشترى جارية، فقال الموكل: إنما وكلتك بشراء غيرها، وحلف عليه، بقيت الجارية في يد الوكيل، والحكم على ما ذكرناه في الصورة السابقة، فيتلطف الحاكم ويرفق.

فرع: باع الوكيل مؤجلًا، ثم ادعى أنه مأذون له فيه، فقال الموكل: ما أذنت لك إلا في حال، فالقول قول الموكل. ثم لا يخلو، إما أن ينكر المشتري الوكالة، أو يعترف بها.

الحال الأول: أن ينكر، فالموكل يحتاج إلى البينة. فإن لم تكن فالقول قول المشتري مع يمينه على نفي العلم بالوكالة، فإن حلف، قرر المبيع في يده، وإلا، فترد العين على الموكل. فإن حلف، حكم ببطلان البيع، وإلا، فهو كما لو حلف المشتري. ونكول الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري، لا يمنعه من الحلف على الوكيل. وإذا حلف عليه، فله أن يغرم الوكيل قيمة المبيع، أو مثله إن كان مثليًا، ولا يطالب الوكيل المشتري حتى يحل الأجل، مؤاخذة له بمقتضى تصرفه، فإذا حل، نظر، إن رجع عن قوله الأول وصدق الموكل، لم يأخذ من المشتري إلا أقل الأمرين من الثمن والقيمة. وإن لم يرجع، بل أصر على قوله، طالبه بالثمن بتمامه. فإن كان مثل القيمة أو أقل، فذاك. وإن كان أكثر، فالزيادة في يده للموكل بزعمه، والموكل ينكرها، فهل يحفظها أم يلزمه دفعها إلى القاضي؟ فيه خلاف

مذكور في مواضع ثم إن كان ما أخذه من جنس حقه، فذاك، وإلا فعلى الخلاف السابق، كذا قاله الجمهور وهو المذهب. وقال الإمام، والغزالي: يقطع هنا بأخذه، لأن المالك في غير الجنس يدعيه لنفسه، والموكل هنا لا يدعي الثمن، فأولى مصارفه التسليم إلى الوكيل الغارم.

الحال الثاني: أن يعترف المشتري بالوكالة، فينظر، إن صدق الموكل، فالبيع باطل، وعليه رد المبيع. فإن تلف، فالموكل بالخيار، إن شاء غرَّم الوكيل، لتعديه، وإن شاء غرَّم المشتري. وقرار الضمان على المشتري، لحصول الهلاك في يده، ويرجع بالثمن الذي دفعه على الوكيل. وإن صدق الوكيل، فالقول قول الموكل مع يمينه، فإن حلف، أخذ العين. وإن نكل، حلف المشتري وبقيت له. الموضع الثاني: في المأذون فيه، إذا وكله في بيع، أو هبة، أو صلح، أو طلاق، أو إعتاق، أو إبراء، فقال: تصرفت كما أذنت، وقال الموكل: لم تتصرف بعد، نظر، إن جرى هذا الاختلاف بعد انعزال الوكيل، لم يقبل قوله إلا ببينة، لأنه غير مالك للتصرف حينئذ. وإن جرى قبل الانعزال، فهل القول قول الموكل، أم الوكيل؟ قولان. أظهرهما عند الأكثرين: الأول، وهو نصه في مواضع. وقيل: ما يستقل به الوكيل، كالطلاق، والإعتاق، والإبراء، يقبل قوله فيه بيمينه، وما لا، كالبيع، فلا. ولو صدق الموكل الوكيل في البيع ونحوه، لكن قال: عزلتك قبل التصرف، وقال الوكيل: بل بعد التصرف، فهو كما لو قال الزوج: راجعتك قبل انقضاء العدة، فقالت: انقضت عدتي قبل الرجعة. ولو قال الموكل: باع الوكيل، فقال: لم أبع. فإن صدق المشتري الموكل، حكم بانتقال الملك إليه، وإلا، فالقول قوله.

فرع: دعوى الوكيل تلف المال، مقبولة بيمينه قطعًا، وكذا دعواه الرد إن كان بلا جعل، وكذا إن كان بجعل على الأصح، وقد ذكرناه في كتاب الرهن. وكل ما ذكرناه هنا وهناك، إذا ادعى الرد على من ائتمنه. فإن ادعى الرد على غيره، لم يقبل، وسيأتي إيضاحه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى. ومن ذلك، أن يدعي الوكيل الرد على رسول المالك، لاسترداد ما عنده، وينكر الرسول، فالقول قول الرسول بلا خلاف، ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح، لأنه يدعي الرد على من لم يأتمنه. وقيل: يلزمه، لأنه معترف بالرسالة، ويد رسوله يده، فكأنه ادعى الرد عليه. الموضع الثالث: في القبض، فإذا وكله بقبض دين، فقال: قبضته، وأنكر الموكل، نظر، إن قال: قبضته وهو باقٍ في يدي، فخذه، لزمه أخذه، ولا معنى لهذا الاختلاف. وإن قال: قبضته وتلف في يدي، فالقول قول الموكل مع يمينه على نفي العلم بقبض الوكيل، لأن الأصل بقاء حقه، هذا هو المذهب.

وقيل: بطرد الخلاف في اختلافهما في البيع ونحوه. فعلى المذهب، إذا حلف الموكل، أخذ حقه ممن كان عليه، ولا رجوع له على الوكيل، لاعترافه بأنه مظلوم. ولو وكله في البيع وقبض الثمن، أو في البيع مطلقًا، وجوزنا له قبض الثمن، فاتفقا على البيع، واختلفا في قبض الثمن، فقال الوكيل: قبضته وتلف في يدي، أو دفعته إليك وأنكر الموكل، ففي المصدق منهما طريقان. أحدهما: على الخلاف السابق في البيع ونحوه. وأصحهما: أنهما إن اختلفا قبل تسليم المبيع، فالقول قول الموكل، وإن كان بعد تسليمه، فوجهان: أحدهما: قول الموكل. وأصحهما: قول الوكيل، وبه قال ابن الحداد، لأن الموكل يدعي تقصيره وخيانته بالتسليم بلا قبض، والأصل عدمه.

وهذا التفصيل فيما إذا أذن في البيع مطلقًا. فإذا أذن في التسليم قبل قبض الثمن، أو في البيع بمؤجل وفي القبض بعد الأجل، لم يكن خائنًا بالتسليم بلا قبض، فالاختلاف كالاختلاف قبل التسليم، فإذا صدقنا الوكيل فحلف، ففي براءة المشتري، وجهان: أصحهما عند الإمام: يبرأ. وأصحهما: عند البغوي: لا. فعلى الأول، إذا حلف وبرىء المشتري، ثم وجد المشتري بالمبيع عيبًا، فإن رده على الموكل وغرمه الثمن، لم يكن له الرجوع على الوكيل، لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئًا. وإن رده على الوكيل وغرَّمه، لم يرجع على الموكل، والقول قوله بيمينه أنه لم يأخذ منه شيئًا، ولا يلزم من تصديقنا للوكيل في الدفع عن نفسه بيمينه أن نثبت بها حقًا على غيره. ولو خرج المبيع مستحقًا، رجع المشتري بالثمن على الوكيل، لأنه دفعه إليه، ولا رجوع له على الموكل لما سبق. ولو اتفقا على قبض الوكيل الثمن، وقال الوكيل: دفعته إليك، وقال الموكل: بل هو باقٍ عندك، فهو كما لو اختلفا في رد المال المسلَّم إليه. والمذهب: أن القول قول الموكل. ولو قال الموكل: قبضت الثمن فادفعه إليَّ، فقال الوكيل: لم أقبضه بعد، فالقول قول الوكيل مع يمينه، وليس للموكل طلبه من المشتري، لاعترافه بقبض وكيله، لكن لو سلم الوكيل المبيع حيث لا يجوز التسليم قبل قبض الثمن، فهو متعد، فللموكل أن يغرمه قيمة المبيع.

فصل: دفع إليه مالًا، ووكله بقضاء دينه به، ثم قال الوكيل: قضيت به، وأنكر رب الدين، صدق رب الدين بيمينه، فإذا حلف، طالب الموكل بحقه، وليس له مطالبة الوكيل. وهل يقبل قول الوكيل على الموكل؟ قولان. أظهرهما: لا. والثاني: نعم بيمينه. فعلى الأظهر: ينظر، إن ترك الإشهاد على الدفع، فإن دفع بحضرة الموكل، فلا رجوع للموكل عليه على الأصح. وإن دفع في غيبته، رجع،

وسواء صدقه الموكل في الدفع، أم لا، على الصحيح. وفي وجه: لا يرجع إذا صدقه. فلو قال: دفعت بحضرتك، صدق الموكل بيمينه. وإن كان قد أشهد، لكن مات الشهود، أو جنوا، أو غابوا، فلا رجوع. وإن أشهد واحدًا أو مستورَين، فبانا فاسقين، فوجهان: وكل ذلك، على ما ذكرناه في رجوع الضامن على الأصيل. ولو أمره بالإيداع، ففي لزوم الإشهاد وجهان مذكوران في الوديعة.

فصل: إذا ادعى قيم اليتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ، لم يقبل إلا ببينة على الصحيح.

فصل: إذا طالب المالك مَن في يده المال بالرد، فقال: لا أرد حتى تشهد عليك، نظر، إن كان ممن يقبل قوله في الرد كالمودعَ والوكيل، فأوجه: أصحها: ليس له ذلك. والثاني: بلى. والثالث: إن كان التوقف إلى الإشهاد يؤخر التسليم، فليس له، وإلا، فله. وإن كان ممن لا يقبل قوله كالغاصب، فإن كان عليه بينة بالأخذ، فله الامتناع، وإلا، فوجهان: صحح البغوي الامتناع، وقطع العراقيون بعدمه، لأنه يمكنه أن يقول: ليس له عندي شيء، ويحلف، والمديون في هذا الحكم كمن لا يقبل قوله في رد الأعيان.

فصل: إذا كان عليه دين لزيد، أو عين في يده، فقال رجل: أنا وكيله بالقبض منك فأقبضنيه، فله حالان:

أحدهما: أن يصدقه في دعوى الوكالة، فله دفعه إليه. فإن دفع فحضر زيد، وأنكر الوكالة، فالقول قوله بيمينه. فإذا حلف، فإن كان الحق عينًا، أخذها، فإن تلفت، فله تغريم من شاء منهما، ولا رجوع للغارم على الآخر، لأنه مظلوم بزعمه، فلا يؤاخذ غير ظالمه. قال في «التتمة»: هذا إذا تلفت بلا تفريط وإن تلفت بتفريط القابض، نظر، إن غرم القابض، فلا رجوع. وإن غرم الدافع، رجع، لأن القابض وكيل عنده، والوكيل يضمن بالتفريط، وزيد ظالمه بأخذ القيمة منه، وماله في ذمة القابض، فيستوفيه بحقه. وإن كان الحق دينًا، فله مطالبة الدافع بحقه. وإذا غرمه، قال المتولي: إن كان المدفوع باقيًا، فله استرداده وإن كان ذلك لزيد في زعمه، لأنه ظالمه بتغريمه، وقد ظفر بماله. وإن كان تالفًا، فإن فرط فيه، غرمه، وإلا، فلا. وهل لزيد مطالبة القابض؟ نظر، إن تلف المدفوع عنده، فلا، وكذا إن كان باقيًا على الأصح، وبه قال الأكثرون، لأن الآخذ فضولي بزعمه، والمأخوذ ليس حقه، وإنما هو مال المديون. وقال أبو إسحاق، والشيخ أبو حامد: له مطالبته، لأنه في معنى وكيله بالدفع إليه. فعلى هذا، إذا أخذه، برىء الدافع، هذا كله في جواز الدفع إذا صدقه في الوكالة، وهل يلزم الدفع، أم له الامتناع إلى قيام البينة؟ نص

هنا، أن له الامتناع. ونص فيما لو أقر بدين أو عين لزيد، وأنه مات وهذا وارثه: أنه يلزمه الدفع بلا بينة؟ فقيل قولان فيهما. والمذهب: تقرير النصين.

الحال الثاني: أن لا يصدقه، فلا يكلف الرفع إليه. فإن دفع ثم حضر زيد وحلف على نفي الوكالة، غرم الدافع، وكان له أن يرجع على القابض دينًا كان أو عينًا، لأنه لم يصرح بصدقه. ولو أنكر الوكالة أو الحق، وكان الوكيل مأذونًا له في إقامة البينة، أو قلنا: الوكيل بالقبض مطلقًا له إقامة البينة، أقامها وأخذ الحق. فإن لم تكن بينة، فهل له التحليف؟ يبنى على أنه لو صدقه، هل يلزمه الدفع؟ إن قلنا: نعم، حلفه، وإلا، فيبنى على أن النكول مع يمين الرد كالبينة، أم كالإقرار؟ وإن قلنا: بالأول، حلفه، وإلا، فلا.

فرع: جاء رجل وقال لمن عليه الدين: أحالني به مالكه، فصدقه. وقلنا: إذا صدق مدعي الوكالة، لا يلزمه الدفع، فهنا وجهان: أصحهما: يلزمه كالوارث. ولو كذبه ولم تكن بينة، هل له تحليفه؟ إن ألزمناه الدفع، فنعم، وإلا، فكما سبق. ولو قال: مات فلان وله عندي كذا، وهذا وصيه، فهو كقوله: وارثه. فلو قال: مات، وقد أوصى به لهذا الرجل، فكإقراره بالحوالة.

فرع: إذا أوجبنا الدفع إلى الوارث والوصي، أو لم نوجب، فدفع، ثم بان حياة المستحق، وغرم الدافع، فله الرجوع على المدفوع إليه. ولو جحد الحوالة، فكجحد الوكالة.

فصل: إذا ادعى على رجل أنه دفع إليه متاعًا ليبيعه ويقبض ثمنه، وطالبه برده، أو قال: بعتَه وقبضتَ ثمنه فسلمْه إليّ، فأنكر المدعي عليه، فأقام المدعي بينة بما ادعى، فادعى المدعى عليه أنه كان تلف، أو رد، نظر في صيغة جحوده، فإن قال: ما لك عندي شيء، أو لا يلزمني تسليم شيء إليك، قبل قوله في الرد والتلف. وإن أقام بينة، سمعت، إذ لا تناقض بين كلاميه. وإذا كانت صيغته: ما وكلتني، أو ما دفعت إليَّ شيئًا، أو ما قبضت، فإن ادعى التلف أو الرد قبل الجحود، لم يقبل، لمناقضته، ولزمه الضمان. وإن أقام بينة بما ادعاه، فوجهان: أصحهما: تسمع دعواه وبينته. وأصحهما: عند الإمام، والغزالي: لا تسمع. ولو ادعى أنه رد بعد الجحود، لم يصدق، لمصيره خائنًا. فلو أقام بينة، سمعت على المذهب، وهو المعروف، لأن غايته أن يكون كالغاصب، ومعلوم أنه تسمع بينته بالرد. وقال الإمام: فيه الوجهان، للتناقض، وهو حسن. ولو ادعى التلف بعد الجحود، صدق بيمينه لتنقطع عنه المطالبة برد العين، ولكن يلزمه الضمان، لخيانته، كما إذا ادعى الغاصب التلف.

فصل: إذا ادعى عليه خيانة، لم تسمع حتى يبين ما خان به، بأن يقُول: بعتَ بعشرة، وما دفعت إليّ إلا خمسة.

فصل: وكل بقبض دين أو استرداد وديعة، فقال المديون والمودَع: دفعت، وصدقه الموكل، وأنكر الوكيل، هل يغرم الدافع بترك الإشهاد؟ وجهان كما لو ترك الوكيلُ بقضاء الدين الإشهاد. قلت: الأصح: أنه لا يغرم. والله أعلم.

فصل: من قال: أنا وكيل في النكاح أو البيع، وصدقه من يعامله، صح العقد. فلو قال الوكيل بعد العقد: لم أكن مأذونًا فيه، لم يلتفت إليه، ولم يحكم ببطلان العقد، وكذا لو صدقه المشتري، لأن فيه حقًا للموكل، إلا أن يقيم المشتري بينة على إقراره بأنه لم يكن مأذونًا في ذلك التصرف.

المحتويات

تابع كتاب البيوع ٥
باب بيع المصراة والرد بالعيب ٥
باب بيع المرابحة ٣٤٢
باب النَّجَش البيع على بيع أخيه وبيع الحاضر للبادي وتلقِّي الركبان والتسعير والاحتكار ٣٥١
باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع ٣٥٧
باب السلم ٣٧٠
باب تسليم المسلم فيه ٣٧٦
باب القرض ٣٩٣
كتاب الرهن ٤٠١
باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز ٤٢٥
باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل وما يملكه الراهن وما لا يملكه .. ٤٣٠
باب اختلاف المتراهنين ٤٣٨
باب التفليس ٤٥٢
باب الحجر ٤٩٦
كتاب الصلح ٥١٢
كتاب الحوالة ٥٤٠
كتاب الضمان ٥٥١
كتاب الشركة ٥٨١
كتاب الوكالة ٥٩٦
المحتويات ٦٤٧