

باب ما يتم به البيع

هذه ترجمة زائدة على ما في الباب؛ لأن أركان البيع على ما حكاه غيره - وإن كان في إطلاق ذلك مناقشة ثلاثة-: العاقد وهو ينظم البائع والمشتري، والمعقود عليه وهو ينظم الثمن والمثمن، وصيغة العقد [وهي تنظم] ^(١) الإيجاب والقبول. والمذكور منها في هذا الباب: العاقد والصيغة، والثالث وهو المعقود عليه المذكور في الباب الثاني فكان هذا التبويب به أليق.

والمناقشة التي أشرنا إليها أبدأها ^(٢) الرافي على قول الغزالي لا بد منها؛ لوجود صورة العقد وهي أن المراد إن كان لا بد من وجودها ليدخل صورة البيع في الوجود، فالزمان ^(٣) والمكان وكثير من الأمور بهذه المثابة فوجب أن تعد أركاناً. وإن كان المراد أنه لا بد من حضورها ^(٤) في الذهن ليتصور البيع، فلا نسلم أن العاقد والمعقود عليه بهذه المثابة، وهذا؛ لأن البيع فعل من الأفعال، والفاعل لا يدخل في حقيقة الفعل.

ألا ترى أنا إذا عددنا أركان الصلاة والحج لا نعد المصلي والحاج، وإن كانا في جملتهما، وكذلك مورد الفعل، بل الأشبه أن الصيغة أيضاً ليست جزءاً من حقيقة فعل البيع.

وجوابها: أن المراد الأول وإنما لم يعد الزمان والمكان من الأركان؛ لأنه لا يعقل ^(٥) فعل من الأفعال بدونهما عقداً كان أو غير عقد، والعلم بذلك حاصل بالبديهة؛ فلذلك لم يذكرهما بخلاف ^(٦) ما ذكره فإنه لما اختلف فيه احتاج إلى ذكره؟ ^(٧)

(١) في د: وهو ينظم.

(٢) في د: في الزمان.

(٣) في د: حصولها.

(٤) في ج: يفعل.

(٥) في ج: خلاف.

(٦) قوله: ويعتبر في البيع ثلاثة أشياء: أحدها: العاقد وهو البائع والمشتري، والثاني: المعقود عليه وهو الثمن والمثمن، والثالث: الصيغة وهي الإيجاب والقبول. قال في «الوسيط»: وهذه الثلاثة الأركان لا بد منها لوجود صورة العقد. واعترض الرافي على الغزالي فقال: إن كان المراد أنه لا بد من وجودها في دخول صورة البيع في الوجود فالزمان والمكان وكثير من

تنبيه: المراد بالبيع المبوب عليه بيع الأعيان خاصة، يدل عليه قوله في باب السلم: «السلم صنف من البيع» يتعقد بجميع ألفاظ البيع إلى غير ذلك. [وقوله في باب الإجارة: وهي بيع المنافع بيع يصح ممن يصح منه البيع إلى غير ذلك] ^(١) ولهذا التقرير فائدة تظهر لك من بعد.

قال: [و] ^(٢) لا يصح البيع إلا من مطلق التصرف غير محجور عليه. المراد بهذا اللفظ: بيان أهلية العاقد للبيع والمانع القائم به. فقوله: «مطلق التصرف»، بيان الأهلية وهي تحصل بالبلوغ والعقل؛ لأن أهلية المعاملات عند الشافعي - رضي الله عنه - مستفادة من التكليف.

فلا يصح بيع الصبي والمجنون سواء وافق الغبطة أو خالفها، أذن فيه الولي أو لم يأذن؛ لقوله ﷺ: «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ» ^(٣) رواه الترمذي.

ووجه الدلالة منه: أن البيع لو صح؛ لاستلزم المؤاخذة بالتمكين من التسليم والمطالبة بالعهد، والحديث دال على نفي المؤاخذة.

فإن قيل: لم لا يصح البيع ويكون الولي هو المخاطب بذلك كما يخاطب بإيفاء أروش ^(٤) الجنائيات وتفرقة الزكوات؟ قلنا: أما المجنون فقد قام الإجماع على عدم صحة تصرفه لفسخه شرعاً وعرفاً.

= الأمور بهذه المثابة؛ فوجب أن تعد أركاناً، وإن كان المراد أنه لا بد من حضورها في الذهن ليتصور البيع فلا نسلم أن العاقد والمعقود عليه بهذه المثابة؛ لأن البيع فعل من الأفعال، والفاعل لا يدخل في حقيقة الفعل؛ ألا ترى أننا إذا عددنا أركان الصلاة والحج لا نعد المصلي والحاج أركاناً؟! بل الأشبه أن الصيغة - أيضاً - ليست جزءاً من حقيقة فعل البيع. انتهى كلام الرافعي، وأجاب المصنف فقال ما نصه: وجوابه: أن المراد الأول، وإنما لم نعد الزمان والمكان من الأركان؛ لأنه لا يُعقل فعل من الأفعال بدونهما، عقداً كان أو غير عقد، والعلم بذلك حاصل بالبديهة؛ فلذلك لم يذكرهما، بخلاف ما ذكره؛ فإنه لما اختلف فيه احتاج إلى ذكره. انتهى كلامه.

وهذا الكلام غلط وذهول عجيب؛ فإن المختلف فيه إنما هو الصيغة، وأما العاقد والمعقود عليه والثمن والمثمن فلا بد منها بالاتفاق. واعلم أن المنقول: أن البائع والمشتري ليسا من الأركان، كذا جزم به القاضي الحسين في كتاب الوكالة من «تعليقته»، قال: بخلاف الزوجين في النكاح. وفرق بأنهما مقصودان فيه، بخلاف البيع. [أ و].

- (١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) تقدم.
(٤) في ج: روش.

وأما الصبي فلأننا إنما أقمنا الولي مقامه فيما ذكر للضرورة ولا ضرورة بنا هنا ثم لا فرق في بيع الصبي بين^(١) أن يكون للاختبار أو غيره على الأصح؛ لإمكان اختباره بتقرير الثمن والمساومة والمماكسة المطلوبة في البيع.

وفي الطريقتين حكاية وجه في صحة بيع الاختبار، واختاره ابن أبي عصرون في «المرشد»، هذا حكم بيعه.

وسياتي في قبول روايته وإسلامه ووصيته وتدبيره خلاف في مواضعه إن شاء الله تعالى.

وقوله: «غير محجور عليه» بيان للمانع القائم بذات مطلق التصرف؛ ليخرج به بيع السفية، وشراؤه بغير إذن وليه، فإنه لا يصح مع وجود الأهلية، لا في حق نفسه ولا في حق غيره، وكذا لو أذن له على الأصح في «التهديب»، [وشرح ابن التلمساني]^(٢) هذا ما ظهر لي، ورأيت لبعض من شرح هذا الكتاب أن [مراد] الشيخ بهذا اللفظ: الاحتراز عن حجر عليه لحق غيره؛ كالراهن في العين المرهونة، والمفلس في الأعيان المحجور عليه فيها بدون الإذن، والعبد غير المأذون، وأضاف إلى ذلك بعضهم بيع الفضولي على القول الجديد.

ولم يظهر لي صحة شيء من ذلك، لأن منع الراهن من التصرف في المرهون للحجر عليه في العين لا في ذاته.

وقد احترز عنه الشيخ بقوله في الباب الثاني: «ولا يجوز فيما يبطل به حق آدمي»، فلو كان يدخل فيما احترز عنه هاهنا لم يحتج إلى ذكره ثم، ومنع المفلس من التصرف في الأعيان المحجور عليه فيها يضاهي منع الراهن، ثم لو قدرنا صحة ذلك لم يكن كلام الشيخ جامعاً للمقصود؛ لأنه نفى صحة البيع على الإطلاق عند عدم إطلاق التصرف، وعند وجوده ووجود الحجر.

والراهن ليس ممنوعاً من البيع على الإطلاق فإنه يجوز له بيع غير الرهن وشراء ما أراد لنفسه ولمن^(٣) يوكله وكذلك المفلس في غير الأعيان المحجور عليه فيها على الصحيح وهو الذي جزم به العراقيون.

وأما العبد فمنعه من التصرف بالبيع لعدم الملك أو ضعفه والاحتراز عنه المذكور

(٣) في د: ولم.

(٢) سقط في د.

(١) في د: من.

في الباب الثاني بقوله: «ولا يجوز بيع ما لا يملكه إلا بولاية أو نيابة» وشراؤه عند العراقيين [على ما] ^(١) حكاه القاضي أبو الطيب في «كتاب التفليس» كشراء المفلس. ومقتضاه أن يكون الصحيح جوازه [وحيثئذ] ^(٢) فلا يحسن الاحتراز عنه، نعم إن قلنا: إنه لا يجوز، كما صححه الرافعي وغيره، فيحسن الاحتراز عنه أيضًا، إن كان الشيخ يوافق عليه، كما سنذكره عن بعض العراقيين.

ولو قيل: هل ^(٣) يصح شراؤه للغير بإذن سيده؟

قلنا: بالإذن ارتفع عنه الحجر في ذلك التصرف.

وأما بيع الفضولي فالمنع ^(٤) منه لعدم الملك.

فإن قيل: احترز الشيخ -رضي الله عنه- عن مانع الحجر بما ذكرتموه، ولم يحترز عن مانع الإكراه بغير حق بلفظ الاختيار، فهلا ذكره كما فعل في «المهذب».

قلنا: الموانع الأصل عدماها، وذلك يغني عن الاحتراز عنها، والمحجوج إلى ذكر الاحتراز عن الحجر مخالفة أبي حنيفة في بيع الصبي؛ فإنه إذا جاز بيعه فبيع السفية أولى فاحتاج إلى التنبيه عليه خشية أن يعتقد معتقد موافقته؛ لأجل أنه صحيح العبارة بخلاف الصغير.

فرع: بيع المصادر هل ينعقد؟! فيه خلاف محكي في «الوسيط» في باب الأطعمة. وحكى ابن أبي الدم: أن القاضي أبا منصور ابن أخت الشيخ أبي نصر [سأل أبا نصر] ^(٥) عن هذه المسألة فقال: إن كان له مال غير الذي باعه صح البيع، وإن لم يكن له مال سوى الذي باعه ^(٦) فهل يصح البيع؟ فيه وجهان.

فرع: رجل مجهول الحال لا تعرف حرите ولا رقه، هل تصح المعاملة ^(٧) معه أو لا؟ فيه قولان [في «التتمة» في باب العبد المأذون] ^(٨).

والأظهر: الجواز؛ لأن الأصل في الناس الحرية فيتمسك بالأصل.

ووجه الثاني: بأن الأصل في حق كل إنسان الحجر وعدم ذلك التصرف، فلا

(٢) سقط في ج.

(٤) في د: فالمبيع.

(٦) في ج: أباعه.

(٨) سقط في د.

(١) في ج: كما.

(٣) في ج، د: هو.

(٥) سقط في د.

(٧) في د: معاملته.

يجوز المعاملة معه حتى يعلم أنه من أهله، وهذه العلة تقتضي طرد هذا الوجه فيمن جهل رشده من طريق الأولى وهو [بعينه]^(١) كلام الشيخ حيث قال: «لا يصح إلا من مطلق التصرف غير محجور عليه» فمتى لم يتحقق وجود ذلك لا يصح هذا الإطلاق، ولم أر هذا لأحد.

قال: ولا ينعقد [البيع]^(٢) إلا بإيجاب وقبول [أي على وجه الجزم، سواء كان المعقود عليه من المحقرات أو غيرها كالجوارى والدواب والدور؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحَدَرَةٍ عَنِ الرَّضَى﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله ﷺ: «إنما البيع عن تراض»^(٣)، والرضا أمر خفي لا يطلع عليه فوجب أن يناط الحكم بسبب ظاهر يدل عليه وهو الصيغة.

وروى الخراسانيون، عن ابن سريج تخريج قول للشافعي: أنه يكفي في المحقرات بالمعاطاة وبه أفتى القاضي الروياني وغيره على ما حكاه الرافعي؛ لأن المقصود الرضا والقرائن تعرف [حصوله]^(٤).

وفي «البيان» أن ابن سريج حكاه عن الشافعي من غير أن يذكر لفظ التخريج. وفي «النهاية» في باب حبل الحبل، أن ابن سريج ذكر قولين في المعاطاة مع القرائن في إرادة البيع هل يكون بيعاً؟ ولم يقيد بالمحقرات، وهو يوافق ما في «الوسيط» في كتاب «العارية» حيث قال: «ولهذا ذكر القاضي في المعاطاة في البيع وجهين؛ لأجل القرائن»، ومقتضى هذا الإطلاق [أن الخلاف]^(٥) غير قاصر على المحقرات.

وفي «التتمة»: أنه حكى^(٦) عن ابن سريج: أن كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة ويعدونه بيعاً فهو بيع، وما لم تجر العادة فيه بالمعاطاة كالجوارى والدواب والعقار فلا يكون بيعاً.

وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة: المعاطاة في بيع المحقرات، فأما في الأشياء النفيسة فلا بد من الإيجاب والقبول.

(١) سقط في د. (٢) سقط في د.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٧٣٧/٢) كتاب التجارات، باب بيع الخيار رقم (٢١٨٥)، وابن حبان

مطولاً (٣٤٠/١١) كتاب البيوع: باب البيع المنهى عنه، رقم (٤٩٦٧). عن أبي سعيد

الخدري. قال البوصيري في الزوائد (١٦٨/٢) إسناده صحيح ورجاله موثوقون. رواه ابن

حبان في صحيحه.

(٤) سقط في د. (٥) سقط في د. (٦) في د: حكاه.

ومقتضى هذا أن خلاف ابن سريج ليس قاصراً على المحقرات بل يجري في المحقرات وما فوقها مما جرت العادة فيه بالمعاطاة، ولا يجري فيما لم تجر العادة فيه بالمعاطاة إذ لو لم يكن كذلك لقال عقيب ما حكاه عن ابن سريج: «وبه قال مالك وأبو حنيفة والذي يقتضيه كلام المتولي [و]»^(١) هو الذي رجحه ابن الصباغ.

والمقررون^(٢) لكلام ابن سريج ذكروا لمستند تخريجه صوراً منها: ما إذا دفع إلى غسل ثوبه وأمره بغسله ولم يذكر له أجره، والغاسل ممن يعمل^(٣) بالأجرة، فإنه يستحق الأجر على قول.

ومنها: لو عطب الهدي قبل المحل، وغمس النعل الذي قلده بها في الدم وضرب بها على صفحة سنامه فإنه يجوز للمارين الأكل منه على أحد القولين. ومنها: لو قال لزوجته إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فوضعت بين يديه، ولم تتلفظ بشيء فإنه يملكه على الصحيح.

ومثلوا المحقرات بالباقة من البقل والرطل من الخبز، ومنهم من مثلها بما دون نصاب السرقة.

قال الرافعي: والأشبه الرجوع فيه إلى العادة فما يعتاد فيه الاقتصار على المعاطاة بيعاً ففيه التخريج ولهذا قال صاحب «التتمة» عن التخريج ما جرت العادة فيه بالمعاطاة فهو بيع وما لا؛ كالدواب والجواري والعقار فلا. هذا آخر كلامه، وقد قدمت أن المفهوم من كلام صاحب «التتمة» أن بينهما فرقا، فلا يحسن الاستشهاد به^(٤).

(١) سقط في د. (٢) في د: المفسرون. (٣) في د: يعرف.

(٤) قوله: وروى الخراسانيون عن ابن سريج تخريج قول: أنه يكفي في المحقرات بالمعاطاة، وروي عنه في «التتمة» أنه يكفي بها فيما جرت العادة فيه بالمعاطاة ويعدونه بيعاً، ومقتضى هذا: أن خلاف ابن سريج ليس قاصراً على المحقرات. ثم قال ما نصه: ومثلوا المحقرات بالباقة من البقل، ومنهم من مثلها بما دون نصاب السرقة. قال الرافعي: والأشبه الرجوع فيه إلى العادة، فما يعتاد فيه الاقتصار على المعاطاة بيعاً ففيه التخريج؛ ولهذا قال صاحب «التتمة» معبراً عن التخريج: ما جرت العادة فيه بالمعاطاة فهو بيع، وما لا كالدواب والعقار والجواري فلا. هذا آخر كلامه، وقد قدمت من كلام صاحب «التتمة» أن بينهما فرقاً؛ فلا يحسن الاستشهاد. انتهى كلام ابن الرفعة.

وما ذكره - رحمه الله - في آخر كلامه اعتراضاً على الرافعي من أن الاستشهاد لا يحسن سهو؛ فإن الاستشهاد بما نقله عن صاحب «التتمة» لما ذكره بحثاً، واضح مطابق؛ بل الصواب على هذا التقدير أن نقول: فلا يحسن البحث الذي ذكره وعبر عنه بالأشبه، ووجهه: أن الذي يعد بيعاً =

فرع: حيث قلنا: إن بيع المعاطاة لا يصح، فما حكم ما جرت العادة فيه بالمعاطاة في الأخذ والعطاء؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه إباحة، وبه أجاب القاضي أبو الطيب وابن الصباغ حين سأله عما إذا أخذ بقطعة [ذهب] ^(١) شيئاً، وأكله، ثم عاد يطالبه بالقطعة، هل له ذلك؟ [فقال: لا] ^(٢)، فقال ابن الصباغ: لو كان إباحة لكان له ذلك.

قال القاضي: إنما أباح كل واحد منهما بسبب إباحة الآخر، قال ابن الصباغ: فهو إذن معاوضة.

وأصحهما: أن حكمه حكم المقبوض في سائر العقود الفاسدة وحكي عن الشيخ أبي حامد [أنه] ^(٣) قال: يسقط ذلك عن ذمهم ^(٤) بالتراضي. وهذا يشكل بسائر العقود الفاسدة.

وحيث قلنا: بصحة بيع المعاطاة، فصورتها على ما حكاها مجلي: أن يتفقا على الثمن والمثمن، ثم يعطي المشتري الثمن للبائع ويعطي البائع السلعة للمشتري من غير أن يجري بينهما إيجاب وقبول.

فرع آخر: إذا باع الأب أو الجد مال ابنه الصغير من نفسه، هل يفتقر إلى النطق بلفظ العقد أو يكفي فيه ذلك؟ فيه وجهان متقولان في كتاب «الحاوي» ^(٥) في كتاب الرهن فإن اعتبرنا الإتيان باللفظ به فهل يفتقر إلى القبول؟ ^(٦) فيه وجهان، فإن

= بالمعاطاة أعم من المحقرات كما تقدم؛ فلا يصح تفسير المحقرات به، وجواب هذا أن نقول: إن الرافعي إنما أراد بقوله: والأشبه الرجوع فيه، أي: في التخريج، وهو الظاهر، وعلى هذا فلا إيراد. [أ و].

(١) سقط في د. (٢) سقط في ج.

(٣) سقط في ج. (٤) في د: ذمهم.

(٥) ثبت في حاشية د: حاشية بخطه: حكى القاضي حسين وجهين في أنه: هل يجوز أن يتولى بيع مال ابنه من ابنه الآخر، وهما تحت حجره أم لا.

(٦) قوله: إذا باع الأب أو الجد مال ابنه الصغير هل يفتقر إلى النطق بلفظ العقد، أو تكفي نية ذلك؟ فيه وجهان: فإن اعتبرنا الإتيان باللفظ فهل يفتقر إلى القبول؟ فيه وجهان. انتهى.

ومقتضاه: أن الإيجاب لا بد منه جزماً، وأن الخلاف إنما هو في القبول، وليس كذلك؛ بل الوجهان في أنه لا بد من اللفظين أو يكفي أحدهما، سواء كان إيجاباً أو قبولاً، كذا حكاها الرافعي وغيره، وذكره المصنف على الصواب في «المطلب»، وقال: إنا إذا اكتفينا بأحد اللفظين فلا بد أن يكون يصح الابتداء به. [أ و].

اعتبرناه - وهو مقتضى إطلاق الشيخ - فلا يكفي التوكيل على الأصح. فإن^(١) لم نعتبره وأراد أن يوكل وكيلاً واحداً في الإيجاب والقبول فهل يجوز؟ فيه وجهان مذكوران في «النهاية» في كتاب العارية.

أما إذا حصل الإيجاب والقبول على وجه الهزل فهل ينعقد به البيع؟ قال القاضي حسين في باب البراءة [وفي فتاويه]^(٢) يحتمل وجهين بناء على مسألة السر والعلانية في الصداق.

فإن جعلنا المهر مهر السر ففي هذه المسألة لا ينعقد؛ لأنهما ما قصدا بذلك معاوضة حقيقية وإن قلنا: المهر مهر العلانية انعقد، ولا اعتبار بقصدهما، بل العبرة بالملفوظ.

وفي بيع التلجئة^(٣) : وهو أن يخاف واحد من السلطان فيجيء إلى صديق له ويقول: أبيعك ما لي منك على أن ترد عليّ البيع إذا أمنت من السلطان حتى أقول للسلطان: إنني^(٤) بعته.

[وإذا بعتك]^(٥) لا ينعقد البيع وهم يسمونه بيع أمانة، مثل هذا الخلاف [و]^(٦) المذكور في «الشامل» الجزم بالصحة.

قال: وهو أن يقول - أي البائع - بعتك أو ملكتك أي بكذا؛ لأن اسم البيع يقع على ذلك، قال: وما أشبهه أي مثل أن يقول: شريت منك هذا، وصارفتك^(٧) في عقد الصرف ووليتك هذا العقد وأشركتك معي فيه نصفين، وغير ذلك مما هو في معناه، وهذا هو الإيجاب وضابطه فيما نحن فيه: كل لفظ يدل على التملك بعوض بدلالة ظاهره^(٨) وهذا هو المشهور.

وفي لفظ التملك حكاية وجه مروى في «الحاوي» أنه لا يصح به البيع وأنه الأصح؛ لأن التملك حكم من أحكام البيع وموجبه فاحتاج إلى تقديم العقد ليكون التملك يتعقبه؛ ولأنه يحتمل البيع ويحتمل الهبة على العوض فصار من جملة الألفاظ المجملة، وهذا التعليل منه مبني على اعتقاده: أن البيع لا ينعقد من جهة البائع

- | | |
|-----------------------|----------------------------|
| (١) في ج: وإن. | (٢) سقط في ج. |
| (٣) في د: التلجئة. | (٤) في ج: بأني. |
| (٥) سقط في د. | (٦) سقط في ج. |
| (٧) في د: أو صار فتك. | (٨) في د: دلالة على ظاهره. |

إلا بلفظ واحد وهو قوله: بعتك دون قوله: أبحتك هذا العبد بألف أو سلطتك عليه أو قد أوجبته لك أو جعلته لك وما أشبه ذلك.

وهذا إن أَرَادَهُ مع وجود النية، وجعل القابل كالشاهد فهو خلاف الظاهر من المذهب على ما حكاه الرافعي وغيره، والأصح على ما حكاه الغزالي^(١) في الشرط الخامس من شرائط المبيع.

وإن أراد عند فقد النية فهو موافق للمذهب، ويكون توجيه الوجه القائل بالصحة في لفظ التملك على هذا: إقامة ذكر العوض مقام النية، وله التفات على أن الخلع إذا جعلناه صريحاً في الطلاق فهل مأخذ الصراحة فيه ذكر العوض أو كثرة استعماله لإرادة الفراق؟ وفيه خلاف في موضعه فإن قلنا: مأخذ الصراحة فيه ذكر العوض فيكون لفظ التملك صريحاً أيضاً لوجوده، وهو قصد كلام الشيخ وابن الصباغ حيث قرناه بلفظ البيع وهو ما صرح به المتولي.

ويتجه جريانه في قوله: «خذته بكذا» أو: «جعلناه لك بكذا»، فيكون صورة الكناية التي أجرى فيها الخلاف ما إذا قال: «خذته»، ولم يذكر عوضاً، لكن نواه، وكذلك صورها مجلي^(٢) فيما إذا قال: ملكتك ونوى العوض، وإن قلنا: مأخذ الصراحة، ثم كثرة الاستعمال فالكثرة لم توجد هاهنا [ولا نية]^(٣) فلا ينعقد به البيع.

قال: ويقول المشتري: قبلت - أي البيع - أو ابتعت وما أشبهه أي مثل قوله: «تملكت»، و«اشتريت»، و«أخذته»، وغير ذلك مما هو في معناه، وهذا هو القبول وضابطه: كل لفظ يدل على التملك.

(١) قوله: وهذا التعليل من الماوردي مبني على اعتقاده أن البيع لا ينعقد بقوله: أبحتك هذا العبد بألف، أو: سلطتك عليه، أو: أوجبته لك، أو: جعلته لك، وما أشبه ذلك، وهذا إن أَرَادَهُ مع وجود النية، وجعل القائل كالشاهد فهو خلاف الظاهر من المذهب على ما حكاه الرافعي وغيره، والأصح على ما حكاه الغزالي. انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن ما نقله عن الرافعي وغيره من تصحيح البيع بلفظ الإباحة مع النية غلط؛ ففي الرافعي الجزم بأنه لا يصح، وقال النووي في «شرح المهذب»: إنه لا خلاف فيه.

الثاني: أن الرافعي لم يذكر «أوجبته» بالكلية.

الثالث: أنه لم يصح شيئاً في «سلطتك عليه»، والذي صحح الانعقاد إنما هو النووي في «زوائده». [أ و].

(٣) سقط في د.

(٢) في د: بخلافهما.

وفي «النهاية»: أن القبول على الحقيقة ما لا يتأتى الابتداء به مثل قوله: «قبلت»، فأما ما يتأتى الابتداء به مثل قوله: «ابتعت»، وما بعده فذاك قائم مقام القبول. ولو قال: «قبلت»، ولم يقل^(١) «البيع»، صح على الأصح، وفيه وجه حكاة الرافعي في كتاب النكاح؛ أنه لا يصح كما في النكاح على قول. ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يقول البائع: «بعت»، فيقول المشتري: «اشتريت»، أو يقول المشتري: «اشتريت» أو «ابتعت»، ثم يقول البائع: «بعت»، ولا بين أن يتفق اللفظ كما ذكرناه أو يختلف، مثل أن يقول: «بعتك»، فيقول: «ملكك»؛ لأن المعنى واحد. ثم يشترط توافق الإيجاب مع القبول في العدد والنقد والحلول والأجل، وفيما إذا قال: «بعتك بألف»، فقال: «اشتريت بألف وخمسمائة»، أو قال: «اشتريت منك بألف»، قال: «بعتك بخمسمائة» - وجه: أنه يصح حكاة في الأول الرافعي وفي الثاني الغزالي في الخلع.

ويشترط أيضاً: ألا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، وألا يتخللها كلام أجنبي عن العقد، فإن طال أو تخلل لم ينعقد، كذا حكاة الرافعي هنا، وحكى في كتاب النكاح عن أبي سعد^(٢) الهروي^(٣) أنه نقل عن العراقيين من أصحابنا الاكتفاء بوقوع القبول في مجلس الإيجاب، وقالوا: حكم نهاية المجلس حكم بدايته. وحكى في باب الاستثناء من كتاب الطلاق: أن الكلام اليسير لا يقطع الاتصال بين الإيجاب والقبول على الأصح. قلت: ويتجه جريان مثل ذلك هاهنا^(٤).

ويشترط أيضاً: أن يكون الجواب ممن صدر معه الخطاب، فلو مات المشتري بعد

(١) في ج: يقبل. (٢) في د: سعيد.

(٣) هو: القاضي أبو سعد، محمد بن أحمد بن يوسف الهروي، تلميذ أبي عاصم العبادي، وشارح أدب القضاء له، تولى قضاء همذان، قتل شهيداً مع أبيه في جامع همذان سنة ثمانى عشرة وخمسمائة.

ينظر: طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٢٩٩)، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢/٢٩١). (٤) قوله: وحكى - يعني الرافعي - في باب الاستثناء من كتاب الطلاق: أن الكلام اليسير لا يقطع الاتصال بين الإيجاب والقبول على الأصح؛ فيتجه جريان مثل ذلك هنا. انتهى كلامه. واعلم أن الذي حاول تخريجه هو عين ما نقله الرافعي أو داخلٌ فيما نقله؛ فإنه عبّر بالإيجاب والقبول كما تقدم، وهو يتناول الأبواب كلها إن لم نحمله على المتبادر إلى الفهم وهو المعاملات. [أ و].

الخطاب ووارثه حاضر، فقبل، فالأصح أنه لا ينعقد.

تنبيه: قول الشيخ في صدر الفصل: «وهو أن يقول: «بعتك»...». إلى آخره فيه دلالة ظاهرة على أن البيع لا ينعقد بالكتابة مع النية، لا في طرف الإيجاب ولا في طرف القبول؛ لأنها ليست بقول، وكذا لا ينعقد فيما إذا قال: بعته من فلان وأرسل إليه رسولا، فأخبره بذلك وقبل؛ لانعدام الخطاب الذي اعتبره بقوله: «بعتك»، وهو ما جزم به القاضي الحسين في «كتاب الطلاق» وفي كل من صورتين [خلاف] بين الأصحاب، لكن الخلاف في الكتابة مبني على أن الطلاق هل يقع بها أم لا؟ فإن لم نوع الطلاق فالبيع أولى، وإن أوقفناه ففي البيع وجهان.

وأصحهما في «تعليق» القاضي الحسين في «كتاب الطلاق»: عدم الانعقاد.

وفي «النهاية» في «كتاب الوكالة» أن الصحيح إقامة الكتابة في حال الغيبة مقام النطق في الحضرة وسيأتي في «كتاب الطلاق»: حكاية وجه في أن نفس الكتابة بصريح^(١) الطلاق [صريح في الطلاق]^(٢)، ويتجه جريان مثله هاهنا، إذا قلنا: ينعقد بالكتابة مع النية.

إذا عرفت ذلك فهتمت من كلام الشيخ أنه لا يرى انعقاد البيع بالكتابة؛ لأن الكتابة كناية، وقد بينا أنها تخرج من كلام الشيخ وأن الظاهر خلافه.

قال: فإن قال المشتري: بعني فقال: بعته انعقد البيع أي: من غير احتياج إلى أن يقول ثانيا: «ابتعت»؛ لأن المقصود وجود لفظ دال على الرضا بموجب العقد وقد حصل، فصح به كالنكاح.

وفي «الوسيط» حكاية قول علي ما حكاها في النكاح، ووجه علي ما حكاها في البيع: أنه لا ينعقد.

وقال في «الوجيز»: إنه الأصح؛ لأن قوله: «بعني» مما يذكر لاستبانة الرغبة، فينوب عن قوله: «أبتعني» ويخالف النكاح فإنه لا يجري مصافقة في الغالب، فتكون الرغبة معلومة من قبل فيتعين قوله زوجني استدعاء جزما، والأول هو الراجح عند الجمهور والمجزم به في «مجموع المحاملي» و«الشامل».

وقال في «الوسيط»: إنه أقيس، وعليه يبنى ما لو قال: بعني، فقال: قد فعلت ذلك،

(٢) سقط في د.

(١) في ج: الصريح، ود: لصريح.

أو نعم فإنه يصح، على ما حكاه الرافعي في كتاب النكاح.
ولو قال: اشتر مني، ففي «التهذيب»: أنه كما لو قال: بعني. وفي «الحاوي»: أنه لا
ينعقد به.

والفرق: أن المشتري إنما يراد من جهته [القبول مجيباً] ^(١) كقوله بعد قول البائع:
«بعتك»-: «اشترت»، أو الطلب مبتدئاً، كقوله ابتداءً: «اشترت منك»، ولفظ «بعني»
موضوع للطلب، وقد وجد ما هو للطلب من جهته، والمطلوب من جهة البائع البدل
مبتدئاً كقوله: بعتك والإيجاب مجيباً، كقوله بعد قول المشتري: اشترت: بعتك.
وقوله: اشتر مني، لم يوضع للبدل ولا للإيجاب فلم يحصل من جهته المطلوب منه.
وبنى على ذلك: ما لو باع عبداً [بعبد] ^(٢) وعقد البيع بلفظ الأمر، فإن قال أحدهما:
«بعني عبدك بعدي»، فقال: «بعتك»، صح البيع، وإن قال: «اشتر مني عبدي هذا
بعبدك هذا» لم يصح.

فروع:

لو قال البائع: بعتك بألف: أقبلت ^(٣)؟ فقال: نعم، [أو قال: بعتك بألف، فقال:
نعم] ^(٤) انعقد البيع حكاه الرافعي في كتاب النكاح.
وفي «النهاية» في كتاب الإقرار أن قول المشتري: «نعم» لا يكون قبولاً ^(٥).

(١) في د: في القبول كقوله.

(٢) سقط في ج.

(٣) في د: إن قبلت.

(٤) سقط في ج.

(٥) قوله: فروع: لو قال البائع: بعتك بألف أقبلت؟ فقال: نعم، أو قال: بعتك بألف، فقال: نعم -
انعقد البيع؛ حكاه الرافعي في كتاب النكاح، وفي «النهاية» في كتاب الإقرار أن قول
المشتري: نعم، لا يكون قبولاً. انتهى كلامه.

وحاصله: أن الإمام قائل بأن «نعم» لا تكون جواباً للمسألتين، وليس كذلك؛ بل إنما أجاب به في
المسألة الثانية فقط؛ فإنه ذكرها قبيل فصل أوله: قال: والإقرار في الصحة والمرض - فقال ما
نصه: مما أجراه الأئمة: أن الرجل إذا قال لمن يبيعه: بعك منك هذا بألف، فقال: نعم - لم يكن
ذلك قبولاً؛ فإن قول القائل: نعم يترتب على استخبار وهو يقع خبراً، والخبر يتردد بين الصدق
والكذب، وقبول العقد إنشاء لا يتصف بصدق ولا كذب. هذا كلامه، ولا يلزم من المنع في هذه
أن يمنع عند الاستفهام؛ لأن «نعم» إذا لم يتقدمها استفهام لا يكون مدلولها إلا تصديق ما صدر
من المتكلم وهو الإيجاب في مثالنا؛ فكأنه قال: صدقت في أنك رضيت بذلك وأوجبه، وإنما
تكون مفيدة إجابة المتكلم إذا كان مستفهماً، والصورة التي لم يذكرها الإمام قد وجد فيها
الاستفهام، ووقعت «نعم» فيها مترتبة على التماس إنشاء. [أ و].

ولو قال: بعتك بألف إن شئت، فقال: شئت، لم ينعقد.
وفي «التتمة» عند الكلام في نية الوضوء والتبرّد، أنه يصح.
ولو قال: اشتريت، فوجهان^(١)، أظهرهما، وهو اختيار القاضي الحسين وبه أجاب
[القاضي]^(٢) أبو الطيب، وابن الصباغ في كتاب الإقرار: أنه ينعقد.
ولو قال الطالب: اشتريت منك هذا بألف إن شئت، فقال: بعته منك إن شئت.
قال الإمام في كتاب «الإقرار»: الذي يجب القطع به أنه لا ينعقد فإن الموجب علق
الإيجاب بالمشيئة بعد سبق التعليق، والتعليق يقتضي وجود شيء بعده، فلو قال القائل
مرة أخرى: اشتريت أو قبلت، قال: فالذي يظهر^(٣) عندي أن البيع لا يصح على قياس
القاضي أيضًا، فإنه يبعد حمل المشيئة على استدعاء القبول، وقد سبق فتعين حمله على
المشيئة نفسها، وإذا حمل على ذلك كان تعليقًا محققًا، والتعليق يبطل البيع^(٤).

(١) قوله: ولو قال: بعتك بألف إن شئت، فقال: شئت - لم ينعقد، وفي «التتمة» عند الكلام في
نية الوضوء والتبرّد: أنه يصح. ولو قال: اشتريت، فوجهان. انتهى كلامه.
وهذا النقل عن «التتمة» قد نقله - أيضًا - المصنف عنه في «شرح الوسيط»، وهو غلط عجيب؛ فإن
صاحب «التتمة» إنما حكم بصحة الإيجاب فقط، ولم يتعرض لقول المشتري: شئت، فقال: وكما
لو قال رجل لآخر: بعتك هذا الثوب بعشرة إن شئت، كان الإيجاب صحيحًا؛ لأنه لو لم يقل: إن
شئت كان الخيار ثابتًا، فإذا صرح به لم يضره. هذا لفظه. ثم صرح هنا بالمسألة التي ذكرها المصنف،
وجزم فيها بالبطلان فقال: الخامسة عشرة: لو قال: بعتك هذا الثوب بعشرة إن شئت، فإن قال
المشتري: شئت، لم ينعقد البيع؛ لأن لفظ «المشيئة» ليس من ألفاظ التملك، وإن قال: قبلت،
فوجهان. هذا كلامه، وقد ذكر الشيخ محيي الدين أنه لا خلاف في عدم الصحة فيها، كذا ذكره
في «شرح المذهب»، لكن نص الشافعي على الصحة، كذا نقله عنه الكرابيسي في «أدب
القضاء» فقال ما نصه: وقال - يعني الشافعي -: إذا قال لعيده أنت حر بألف، أو: أنت طالق
بألف إن شئت، فشاء العبد والمرأة - عتق العبد وطلقت المرأة وعليهما الألف، وكذلك إذا
قال: قد بعتك هذا العبد بألف إن شئت، فقال: قد شئت - جاز البيع. هذا لفظه بحروفه، ومنه
نقلت، والنسخة التي نقلت منها أصل عتيق كتب ابن الصلاح عليها بالثناء عليه وباستغرابه
وكثرة فوائده، ورأيت في «الأم» في كتاب الإقرار نحوه - أيضًا - فإنه قال: ما نصه: لو قال: هذا
لك بألف درهم إن شئت، فشاء - كان هذا بيعًا لازمًا، ولكل واحد منهما الخيار؛ لأن قوله
إنشاء لا إقرار. هذا لفظه. [أ و].

(٢) سقط في د.

(٣) في ج: يقتضيه.

(٤) قوله - في المسألة -: ولو قال: اشتريت، فوجهان، أظهرها - وهو اختيار القاضي الحسين،
وبه أجاب القاضي أبو الطيب وابن الصباغ في كتاب «الإقرار» -: أنه ينعقد. ولو قال الطالب:
اشتريت هذا منك إن شئت، فقال: بعته منك إن شئت - قال الإمام في كتاب «الإقرار»: الذي
يجب القطع به: أنه لا ينعقد؛ فإن الموجب علق الإيجاب بالمشيئة بعد سبق التعليق، =

ولو قال المتوسط لبائع المتاع: بعث بكذا؟ فقال: نعم. أو بعث وقال للمشتري: اشتريت بكذا فقال: نعم أو اشتريت، فهل ينعقد البيع؟ فيه وجهان:

المذكور منهما في «التتمة» وفي «النهاية» في كتاب «الإقرار» وفي «الوسيط»: في كتاب الطلاق: [عدم]^(١) الانعقاد، وادعى القاضي الحسين في كتاب الوكالة: أنه ظاهر المذهب.

[و]^(٢) قال الرافعي: إن أظهرهما على ما دل عليه إيراد صاحب «التهذيب» والرويانى: الانعقاد، وهو ما جزم به الماوردي.

ولو فسح البيع ثم قال البائع للمشتري: أقررتك على ما مضى، فقال: قبلت، هل يصح؟

فيه وجهان ذكرهما الغزالي في أواخر القراض.

قال: وإذا انعقد [البيع]^(٣) ثبت لهما الخيار ما لم يتفرقا أو يتخيرا لما روى البخاري عن مالك عن نافع عن ابن عمر^(٤) - رضي الله عنهم - أن رسول الله ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه. اختر»^(٥)، والمراد بالمتبايعين هاهنا: من صدر منهما البيع لا المتساومين؛

= والتعليق يقتضي وجود شيء بعده، فلو قال الطالب مرة أخرى: اشتريت، أو: قبلت - قال: فالذي يقتضيه القياس عندي أن البيع لا يصح على قياس القاضي - أيضًا - فإنه يبعد حمل المشيئة على استدعاء القائل، وقد سبق فتعين حمله على المشيئة نفسها، وإذا حمل على ذلك كان تعليقًا محضًا، والتعليق يبطل البيع. انتهى كلامه.

وما نقله عن الإمام في كتاب الإقرار من تصوير المسألة بما إذا علق المشتري - أيضًا - كلامه، وأن تعليقه مقتضى للبطلان - قد نقله عنه المصنف في موضع آخر أيضًا، وهو غلط؛ بل أجاب الإمام بالبطلان مع كون المشتري لم يعلق كلامه، فقال ما نصه: ولو قال الطالب: اشتريت منك هذا العبد بألف، فقال: بعته منك إن شئت - فيجب القطع بأن البيع لا ينعقد؛ فإن الموجب علق الإيجاب بالمشيئة بعد سبق القبول، والتعليق يقتضي وجود شيء بعده. هذا لفظه، ثم ذكر ما نقله عنه المصنف إلى آخره. [أ و].

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) سقط في د.

(٤) ثبت في حاشية د: ولفظ البخاري بطريق آخر عن ابن عمر قال النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول...».

(٥) تقدم تخريجه.

لأنه قد جاء في بعض طرق الحديث من اشترى شيئاً فوجب له فهو بالخيار إلى أن يفارقه صاحبه و[المراد]^(١) بالترفق: أن يتفرقا بالأبدان^(٢) عن مجلسهما الذي تبايعا فيه^(٣) لا في الأقوال على المذهب؛ لأنه جاء في بعض طرق الحديث أيضاً «ما لم يتفرقا عن مكانهما الذي تبايعا فيه» وروى عن ابن عمر أنه كان إذا باع بيعاً^(٤) مشى أذرعاً^(٥)، وهو راوي الحديث، وأعرف بتفسيره، وقد قال ابن سلمة: - وهو من أهل اللغة-: العرب تقول: افترقا بالأقوال وتفرقا بالأجسام.

وفي زوائد العمراني حكاية وجه عن الفروع: أن الخيار ينقطع إذا شرعا في أمر آخر، وأعرضا عن أمر العقد، وطال الفصل. والمذهب الأول لما ذكرناه.

ثم الرجوع فيما يحصل به التفرق إلى العرف، فإن الشرع علق عليه حكماً، ولم يبينه ولا له لفظ يحصره من حيث اللغة، فيرجع فيه^(٦) إلى العرف كالحرز في السرقة، ثم ذلك يختلف باختلاف الأماكن فإن كانا في دار صغيرة، أو سفينة صغيرة، فالتفرق أن يخرج أحدهما.

ولو كانا قريبين من الباب فخرج أحدهما، ومشى خطوتين مثلاً، حصل التفرق أيضاً على الظاهر عند الإمام.

وإن كانت الدار كبيرة فيصعد السطح، أو يدخل من صحنها إلى صفة أخرى، أو يخرج إلى دهليزها.

وفي السفينة الكبيرة يصعد أحدهما إلى أعلاها، ويبقى الآخر في أسفلها وإن كانا في صحراء فالمعتبر أن يصير إلى مكان، لو أراد التخاطب لافتقر إلى رفع الصوت رفعاً يزيد على المعتاد.

وضبط الشيخ في «المهذب» التفرق من غير [تعرض إلى ما]^(٧) ذكرناه من الأحوال بأن: يتفرقا إلى موضع لو كلم أحدهما صاحبه على العادة لم يسمع كلامه. وحكى ابن الصباغ هذا الضابط عن الإصطخري.

(١) زيادة للإيضاح.

(٢) في د: يفترقا بأبدانها.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في د: شيئاً.

(٥) أخرجه الصنعاني في الأمالي في آثار الصحابة، ص (٤٠) برقم (٢٨).

(٦) في ج: فرجع.

(٧) في د: عرض لما.

وفي الجيلي [أنه قيل:]^(١) إن ضابطه أن يبعد أحدهما عن الآخر عشرة أذرع. وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه إذا مشى أحدهما وتبعه الآخر وكان بينهما قدر ما بين الصفين لم يحصل التفرق، وإن كان أكثر من ذلك حصل التفرق، وهذا يشعر بأن التفرق يحصل بما إذا مشى أحدهما ولم يتبعه الآخر وكان بينهما أكثر مما بين الصفين ثم هو مفرع أيضًا على أنهما إذا اصطحبا إلى مجلس آخر أن الخيار لا ينقطع، وهو الصحيح أما إذا قلنا إنه ينقطع على ما حكاه العمراني في زوائده، فلا فرق أن يكون بينهما قدر ما بين الصفين أو أكثر. ولا يحصل التفرق بإرخاء ستر بينهما.

وهل يحصل بناء جدار؟ أطلق بعضهم فيه وجهين، وأصحهما عدم الحصول، وهو المذكور في «الحاوي».

وفصل بعضهم فقال: إن كان بجعل أحدهما بغير^(٢) إذن الثاني فهو كما لو هرب، وإن كان الجاعل غيرهما فهو كما لو حمل أحدهما، ومساق كلامه يقتضي أنه إذا كان بإذنها أنه^(٣) يحصل.

ثم ما ذكرنا أن التفريق يحصل به فذاك إذا كان في حال العقل والاختيار، وسواء فيه حالة الذكر والنسيان، وأما إذا فارق أحدهما المجلس في حال جنونه فهل يحصل به التفرق؟ يبني على أن الجنون هل يقطع الخيار أم لا؟ والمذهب: [أنه]^(٤) لا يقطع، وادعى الإمام فيه الاتفاق، فيقوم وليه [فيه]^(٥) مقامه، ويفعل ما فيه المصلحة.

وفيه وجه مخرج من الموت: أنه ينقطع. فإن فرعنا عليه لم يحتج إلى التفرق، وإن فرعنا على المذهب، قال الإمام: فيه احتمال يلاحظ إخراج أحد المتعاقدين عن مجلس العقد، ويجوز أن يقال: لا يحصل؛ لأن التصرف انقلب إلى الولي، ويعارضه أنه لو كان كذلك لكان الجنون كالموت.

ولو أكره أحدهما على الخروج وترك التخاطر بأن سُدَّ فاه فهل ينقطع خياره؟ فيه وجهان.

(٢) في ج: من غير.

(٤) سقط في د.

(١) سقط في د.

(٣) زاد في د: لم.

(٥) سقط في د.

أصحهما: لا ينقطع، وهو المذكور في «الشامل»، وادعى المحاملي فيه نفي الخلاف.

وإن لم يسد فاه بل أكره على الخروج فقط، ففيه طريقان: أحدهما القطع بانقطاع خياره.

والثاني: طرد الوجهين.

وهذا ما يوجد في طريق العراق، والمذهب منهما على ما حكاه المحاملي، والبندنجي بقاؤه فإن قلنا: يبطل خيار المكره فيبطل خيار الباقي.

وإن قلنا: لا يبطل خيار المكره فله التصرف بالفسخ والإجازة.

وإذا وجد التمكين: فهل يكون على الفور؟ فيه خلاف.

فإن قلنا: بعدم الفورية وكان مستقرًا في المجلس امتد الخيار امتداد المجلس، وإن كان ماضيًا انتهى الخيار بمفارقتها مكان التمكين وهل يبطل خيار الباقي؟ ننظر: فإن ضُبط حتى لا يساوق المخرج، فلا يبطل خياره إذ تحقق الإكراه^(١) في حقه كما تحقق في حق المكره، وإن كان يمكنه أن يساوقه فلم يفعل فذاك منه بمثابة إجازته للعقد مع دوام المجلس، وفيه خلاف سيأتي.

ثم لا فرق عند الغزالي بين أن يحمل مكرها [ويخرج]^(٢)، وبين أن يكره حتى يخرج بنفسه؛ لأن هذا حكم منوط بصورة المفارقة.

وجزم في «التهذيب» بأنهما إذا حملا أو أحدهما والآخر لا يمكنه أن يتبعه لا يبطل خيارهما، وإن أكرها حتى تفرقا بأنفسهما، فهل يبطل خيارهما؟ فيه الخلاف المذكور من قبل ولو هرب أحدهما ولم يتبعه الآخر لزم العقد عند ابن الصباغ.

وفي الرافعي: أن هذا فيما إذا أمكنه أن يتابعه أما إذا لم يتمكن من المتابعة ففي «التهذيب»: أنه يبطل خيار الهارب دون الآخر.

وعلى الأول: هل يعصي الهارب؟ نقل ابن التلمساني أن بعض أصحابنا قال: بعصيانه لإبطاله على صاحبه حقًا لازمًا.

ولا فرق في دوام الخيار بقاء المجلس بين أن تزيد مدة المقام على ثلاثة أيام أو

لا تزيد.

(٢) سقط في د.

(١) في ج: بالإكراه.

وفي «الوسيط»، حكاية وجه لطيف: أنه ينقضي بثلاثة أيام.

فروع:

أحدها: إذا تباعا في موضع لو انتهى إليه أحدهما بطل الخيار، هل يثبت فيه الخيار؟ قال الإمام: يحتمل أن يقال لا خيار؛ لأن التفرق الطارئ قاطع للخيار، فالمقارن يمنع ثبوته، ويحتمل أن يقال: يثبت ما دام في موضعهما، وهذا ما أورده المتولي ثم قال: إذا فارق أحدهما موضعه بطل خياره، وهل يبطل خيار الآخر أو يدوم إلى أن يفارق مكانه؟ فيه احتمالان.

الثاني: إذا مات أحد المتعاقدين قبل التفرق فالنص أنه ينتقل إلى وارثه، والنص فيما إذا مات المكاتب أن العقد يجب، فمن الأصحاب من خرجهما على قولين: وأصحهما: أنه يثبت للوارث والسيد.

وبعضهم قطع بهذا القول.

وبعضهم أقر النصين، وفرق بأن الوارث خليفة الموروث فيقوم مقامه، والسيد ليس خليفة للمكاتب وإنما يأخذ ما يأخذه بحق الملك.

وحكم العبد المأذون إذا باع أو اشترى ثم مات حكم المكاتب.

ثم حيث قلنا: إن الخيار لا يثبت للوارث، فلا يثبت للحي أيضًا على ما حكاه الإمام، وفي «التهذيب»: أنه لا يسقط حتى يفارق ذلك المجلس.

وحيث أثبتناه للوارث، فإن كان حاضرًا بالمجلس امتد الخيار حتى يتفرق هو والعاقد الآخر، أو يتخيرا. وكذا إذا كانوا جماعة، ولا ينقطع الخيار بمفارقة بعضهم على الأصح، وهو ما حكاه ابن الصباغ بخلاف ما إذا فسخ أحدهم، فإنه يفسخ العقد في حق الكل على الأصح؛ كما لو فسخ المورث^(١) العقد في بعض المبيع [وأجاز في بعض]^(٢).

ولو اختار بعضهم فسخ البيع في نصيبه وبعضهم الإجازة في نصيبه، قال مجلي: لم يكن لهم ذلك وجها واحدا.

وفي «الحاوي»: حكاية وجه أنه يجوز لكل واحد منهم أن ينفرد برد حصته دون

(١) في د: الموروث.

(٢) سقط في د.

شركائه؛ لأنه يرد جميع ما استحققه بالعقد فصاروا في حكم المشتريين صفقة واحدة. وإن كان غائبًا ثبت له الخيار إذا وصل الخبر إليه على الأصح. وفي «الشامل»: أنه حكى عن بعض أصحابنا أنه قال: يثبت له الخيار إذا نظر إلى السلعة ليعرف الحظ في الفسخ أو الإجازة.

وفي «التتمة» حكاية وجه آخر: أنه إنما يثبت إذا اجتمع مع العاقد في مجلس واحد ثم هو على الفور أو يتقيد بمفارقة موضعه، أو يحتاج أن يصير إلى موضع يتعذر عليه سماع المخاطبة على الاعتياد^(١) فيه خلاف.

ولو كان الوارث أكثر من واحد، قال في «التتمة»: إن قلنا: في حق الواحد يثبت له الخيار في مجلس مشاهدة المبيع، فإذا اجتمعوا في مجلس ثبت لهم الخيار، وإن قلنا: خياره إذا حضر مع العاقد في مجلس فهانئنا خيارهم إذا اجتمعوا معه في مجلس وأما الحي فيدوم خياره إلى أن ينقطع خيار الوارث، وقيل: لا يتصرف قبل بلوغ الخبر إلى الوارث وقيل: يتأخر خياره إلى أن يجتمع مع الوارث في مجلس، حكاية المتولي مع وجه آخر أنه يدوم ما دام في مجلسه، فإذا قام بطل وفي شرح ابن التلمساني: حكاية وجه آخر: أنه يكون على الفور، فإن فسخ انفسخ وإلا لزم.

الثالث: الوكيل في البيع إذا عقد بحضرة الموكل، فالخيار يتعلق بالوكيل، وينتهي بمفارقتها، قال الإمام: ويجب القطع بأنه لا ينفذ فسخ الموكل وإجازته، فإنه لا تعلق له بالمجلس وكذا قاله في «الوسيط»، وزاد عليه أن الموكل إذا كان في المجلس وحجر على الوكيل في الخيار.

فإن قلنا: عليه الامتثال رجح حقيقة الخيار للموكل، وإن قلنا: لا يمثل فإنه من لوازم السبب السابق كان بعيدًا أيضًا.

وفيه تأمل للناظر، وفي هذه العبارة قلق؛ لأنها توهم ترددًا في امتثال الوكيل أمر الموكل، وليس كذلك، بل المراد استشكال ما قاله الأصحاب من ثبوت الخيار للوكيل دون الموكل؛ ولأنه لو حجر على وكيله في الفسخ والإجازة، فإما أن يجب على الوكيل الامتثال أو لا، إن أوجبناه رجح الخيار إلى الموكل حتى إذا أمره بالفسخ فسخ، وإذا أمره بالإجازة أجاز، وإن لم نوجبه كان بعيدًا عن حقائق الوكالات، فإنها

(١) في ج: الاعتبار.

مبنية على وجوب الامتثال ومتابعة الموكلين فيما يروونه من زيادة أو نقصان، فكيف يخالف أمره هاهنا ولا يتابعه على ما يعتقده مصلحة، والمصير إلى هذا فيه نظر فليتأمل ولأجل ذلك، حكى بعض الأصحاب أن الاعتبار بمجلس الموكل، على ما حكاه الرافعي وسأذكر في أواخر باب اللقطة عن الماوردي ما يقتضي^(١) الجزم بثبوت الخيار للموكل.

فإن فرعنا على المذهب فمات الوكيل قبل التفرق، هل ينتقل الخيار إلى الموكل؟ المذهب أنه لا ينتقل.

وفيه وجه ألا يقوم مقامه؛ لأن المجلس تعلق بالوكيل، وليس الموكل وارثاً له، كذا قاله ابن الصباغ.

قال: وهو أن يقولاً: اخترنا إمضاء البيع؛ لأن التخايير تفاعل كالتخاصم والتضارب وذلك لا بد فيه من اثنين وقد يستعمل حيث لا تعدد، كقولك: طارقت النعل^(٢)، وهذا متعذر هنا؛ لأن المقصود بالخيار دفع الغبن فلو اكتفي باختيار أحدهما الإمضاء في لزوم العقد لم يعجز الغابن عن المبادرة إلى الإمضاء وذلك يسقط ثمرة^(٣) الخيار^(٤).

على أن فيه وجهها حكاه [المتولي وأشار إليه]^(٥) الإمام عند الكلام في الإكراه على التفرق أنه يكتفي بقول أحدهما: اخترت [حتى يسقط خيار الآخر؛ لأن المخير ينقطع خياره بقوله: اخترت]^(٦) إمضاء العقد وخيار المجلس لا يتبعض في الثبوت فلا يتبعض في السقوط.

وهذا التعليل يمكن أن يعكس فيقال: لا ينقطع خيار الساكت؛ لأنه لم يجز منه ما يدل على الرضا؛ فوجب أن يبقى خيار المتكلم أيضاً؛ لأن خيار المجلس لا يتبعض في الثبوت فلا يتبعض في السقوط.

وقد حكاه الإمام وجهاً أيضاً، فتحصل من مجموع النقلين ثلاثة أوجه: ثالثها: ينقطع خيار المتكلم دون الساكت وهو الأصح.

(١) في ج: ينفي. (٢) في د: النقل. (٣) في د: عنه.

(٤) ثبت في حاشية د: هذا التفسير للتخايير وهو تفاعل من اثنين، واعتباره في طرق الإمضاء صحيح.

(٥) سقط في د. (٦) سقط في ج.

ويقوم مقام قولهما: اخترنا إمضاء البيع قولهما: اخترنا العقد أو الزمناء أو تخايرنا وإشارتهما بذلك إذا كانا أخرسين، والإشارة مفهومة.

وكذا^(١) لو قالوا: قطعنا الخيار أو رفعناه، ولو قالوا: أبطلنا الخيار أو أفسدناه ففيه وجهان عن روايه الشيخ أبي محمد.

ولو قال أحدهما لصاحبه: اختر، فقال: اخترت. قام مقام قولهما: اخترنا إمضاء العقد، أما إذا سكت فلا ينقطع خياره، وينقطع خيار القائل على الأصح في «التهذيب» وغيره، وهو ظاهر المذهب في «الشامل».

واعلم أنه يوجد في بعض النسخ أصلا، وبعضها ملحقا^(٢) في تفسير التخاير: وهو أن يقولوا: اخترنا إمضاء البيع أو فسخه.

وهذه الزيادة غير صحيحة من جهة النقل والفقهاء؛ أما النقل فلأن الموجود في النسخ العتق وما عليه خط المصنف منها ويوجهه [ابن الخل]^(٣) ما اقتصر على ذكره أولا من غير ذكر الفسخ.

وأما الفقه: فقد اتفق الأصحاب على أن الفسخ ينفذ إذا صدر من أحدهما، ولو اعتبر فيه توافقه لم يعجز الغابن عن عدم الموافقة حتى يلزم العقد وتبطل فائدة الخيار.

وما نقل عن الشيخ يقتضي اعتباره^(٤)؛ لأنه معطوف على قوله: اخترنا إمضاء البيع، والمعطوف شريك المعطوف عليه، فيكون تقديره: أو اخترنا فسخه.

وأجاب عن ذلك الحموي؛ لاعتقاده صحة ذلك وتوهمه كمن أثبت هذه الزيادة، أن الشيخ أراد بيان الحالة التي ينقطع فيها الخيار مع بقاء العقد ومع فسخه، فقال: مراد الشيخ بقوله: «أو فسخه» بطريق البدل إما بأن يفسخ البائع أو المشتري بطريق الصلاحية لكل واحد منهما ولم يرد بطريق الاستقلال؛ ولهذا لو زاد مع قوله: «اخترنا فسخه»: «بطريق البدل» لكان جائز الاستعمال بطريق المجاز.

وما قاله صدر كلام الشيخ يأباه، وهو قوله: «أو يتخايرا»، وقد ذكرنا أن التخاير

(١) في ج: وهكذا.

(٢) في ج: لحقا.

(٣) سقط في د.

(٤) في ج: اختياره.

تفاعل لا بد فيه من اثنين.

والأقرب في الجواب - إن صح هذا أن الشيخ لم يرد بقوله: «اخترنا إمضاء البيع أو فسخه أن يقع منهما هذا القول على هذا النسق، لاتفاق^(١) الأصحاب على أن ذلك ليس بشرط، بل المراد: أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر إمضاء العقد أو فسخه، فيقول الآخر: اخترت إمضاء العقد أو فسخه، كما ذكره في «المهذب»، ويكون الأول بتفويضه للآخر الإمضاء والفسخ، كأنه قائلاً عند نطق الآخر بالإمضاء: أمضيت، وعند نطقه بالفسخ: فسخت؛ لرضاه بما يقوله، فالقول صادر من أحدهما بالصريح ومن الآخر في ضمن تخييره لصاحبه. لكن الصحيح ما ذكرته أولاً فلا حاجة إلى هذا التعسف وما توهمه من توهمه كما ذكرته فغير صحيح؛ لأن قوله: «ما لم يتفرقا» بيان لانتهاؤ مدة الخيار مع بقاء ما أوجبه، وهو العقد فليكن المراد بالتخاير مثل ذلك، ولهذا حسن الإتيان بـ «أو» وإلا فكل واحد يعلم أن الشيء إذا رفع أصله الذي شرط وجوده بقاؤه لا يبقى، والله أعلم.

تنبيه: كلام الشيخ يقتضي [ثبوت]^(٢) هذا الخيار في كل بيع صدر من متعاقدين، سواء كان المبيع ممن يعتق على المشتري لقرابته أو لشرائه لنفسه، أو لشهادته بعته ولم تسمع شهادته لمانع إذا جعلناه بيعاً، [أولاً]^(٣) ايعتق عليه، وسواء كان المبيع حاضراً أو غائباً وصححنا بيعه: وسواء كان مما يبقى مدة الخيار أو لا يبقى، كالجمد في شدة الحر، ويقتضي عدم الثبوت فيما إذا كان العاقد واحداً، وفي كل من ذلك خلاف في الطرق لا غنى عن ذكره.

فنقول: إذا اشترى قريبه الذي يعتق عليه صح شراؤه بالاتفاق وهل يثبت فيه الخيار؟ الذي ذهب إليه الأكثرون أنه يثبت للبائع، وفي ثبوته للمشتري خلاف مبني على أقوال الملك.

فإذا^(٤) قلنا: إن الملك للبائع أو موقوف ثبت له أيضاً، وإن قلنا: إنه للمشتري لم يثبت على الصحيح.

(٢) سقط في ج.

(٤) في ج: فإن.

(١) في د: لا تفارق.

(٣) في د: ولا.

وفي «الحاوي»: حكاية وجه أنه يثبت أيضا^(١).

وقال صاحب «التهذيب»: يحتمل أن يثبت له إذا قلنا: إنه لا يعتق إلا بانقضاء الخيار، وهو ظاهر المذهب.

ثم متى يحكم بالعتق؟ الحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتق المشتري العبد المشتري في زمن الخيار وسنذكره؛ كذا قاله [ابن الحداد]^(٢) وابن الصباغ.

والذي حكاه الإمام والفوارني وتابعهما الغزالي: أنه لا يثبت للمشتري على المذهب المشهور، وأن الأودني قال: بثبوتيه.

وزاد الإمام في الحكاية عنه: أن المشتري لو فسخ في المجلس انفسخ، ولو أعتقه أو ألزم العقد كما لو اشترى عبدا لا يعتق عليه وتمسك [في ذلك]^(٣) بعموم قوله ﷺ «المتبايعان بالخيار»^(٤)، ويقوله ﷺ كما خرجه مسلم وغيره: «لا يَجْزِي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه»^(٥).

وقال: هذا ظاهر في إثبات إنشاء إعتاق بعد العقد، وأنا إذا قلنا: بأنه لا خيار للمشتري، فلا خيار للبائع أيضا.

وحكى في كتاب الإقراء: أن العراقيين ذكروا وجها بعيدا أنه يثبت له دون

(١) قوله: فنقول: إذا اشترى قريبه الذي يعتق عليه ثبت فيه الخيار للبائع، وفي ثبوته للمشتري خلاف مبني على أقوال الملك، فإن قلنا إن الملك للبائع أو موقوف، ثبت له - أيضا - وإن قلنا: إنه للمشتري، لم يثبت على الصحيح، وفي «الحاوي» حكاية وجه أنه يثبت أيضا. انتهى كلامه.

وما نقله - رحمه الله - عن الحاوي من كونه قد حكى وجها ليس كذلك؛ بل جزم به. نعم، حكاه الماوردي في خيار الشرط، ولا يلزم من التردد هناك حصوله هنا، وقد قال الإمام في كتاب الإقراء: إن من يثبت الخيار لمن يشتري أباه يتردد في خيار الشرط، ويقول: إنما يثبت خيار المجلس من جهة أنه خيار شرعي، فأما الخيار الذي يتعلق بثبوتيه بالشرط والاختيار فلا وجه لثبوته. هذا كلامه. [أ و].

(٢) سقط في ج. (٣) سقط في ج. (٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه مسلم (١١٤٨/٢)، كتاب العتق: باب فضل عتق الوالد (٢٥-١٥١٠)، وأبو داود (٣٣٥/٤)، كتاب الأدب: باب في بر الوالدين (٥١٣٧)، الترمذي (٢٧٨/٤)، كتاب البر والصلة: باب ما جاء في حق الوالدين (٥١٣٧)، الترمذي (٢٧٨/٤)، كتاب البر والصلة: باب ما جاء في حق الوالدين (١٩٠٦)، ابن ماجه (١٢٠٧/٢)، كتاب الأدب: باب بر الوالدين (٣٦٥٩)، أحمد في المسند (٢٣٠/٢)، البيهقي في السنن (٢٨٩/١٠).

المشتري، ومساق^(١) ما حكاه عن الأودني: أن العتق لا يحصل إلا بإنشائه إياه. وإن قلنا: إن الملك له.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أن الأودني استدل بالحديث على أن الملك في زمان الخيار للبائع إذا كان الخيار للمشتري وحده وأنه إذا أعتقه يصح؛ لأننا لو قلنا: الملك للمشتري لم يصح عتقه؛ لأنه يعتق عليه بنفس الملك ومساق هذا يقتضي أن الخيار إذا انقضى حصل العتق عند الأودني من غير إنشاء إعتاق. والله أعلم.

وإذا اشترى العبد نفسه صح الشراء على الأصح، وهل يثبت فيه الخيار؟ قال القاضي الحسين في التعليق: حكمه حكم البيع^(٢).

وفيه وجه: أنه لا يثبت، كما لو أعتقه على مال، وهذا ما حكاه في «الإبانة»، والإمام في باب الإقرار.

وقال في كتاب الكتابة: الوجه تنزيل ذلك منزلة ما لو اشترى الإنسان من يعتق عليه حتى يخرج الكلام في أن خيار المجلس هل يثبت؟ وهل يقع فيه شرط الخيار؟ وحكى أن الشيخ أبا علي^(٣) حكى عن الأصحاب أنهم خرجوا عتق العبد على ما إذا اشترى الإنسان عبداً ثم أعتقه في زمان الخيار. وإذا شهد بعتق عبد ثم اشتراه صح العقد في الظاهر؛ لكن هل هو بيع أو فداء؟ أو بيع من^(٤) جانب البائع^(٥) فداء من جانب المشتري؟

فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: ثالثها، وأضعفها ثانيها، فإن جعلناه بيعاً من الجانبين ثبت للبائع والمشتري الخيار. وإن جعلناه بيعاً من جانب البائع ثبت له دون المشتري، وإن جعلناه فداء من الجانبين فلا خيار لواحد منهما، كذا حكاه الرافعي، وحكى الإمام عن القاضي الجزم بأن الخيار لا يثبت للمشتري، وإن أثبتناه في شراء القريب؛ لأن العقد على القريب يتضمن ملكاً ثم يترتب على حصول الملك العتق وليس كذلك ما نحن فيه، فإننا لا نقضي بحصول الملك للمشتري أصلاً، وإذا لم يثبت الخيار للمشتري، فهل يثبت للبائع؟ فيه وجهان.

(٢) في د: المبيع.

(٤) في ج: في.

(١) في د: وساق.

(٣) في ج: مكى.

(٥) في ج: البيع.

وإذا اشترى ما لم يره وصححناه فهل يثبت فيه الخيار؟ فيه وجهان: فإن قلنا: يثبت، ففي وقته أربعة أوجه: أحدها: وقت الرؤية، وهو أبعدها، والثاني: وقت العقد، وهو أصحها، والثالث: يثبت وقت العقد للبائع وحده، قال الإمام: وهو أمثل من الأول، والرابع: يثبت للبائع وحده [وقت] ^(١) الرؤية.

وإذا اشترى الجمد في شدة الحر، ففي ثبوت الخيار فيه وجهان يقربان من الوجهين في ثبوته في إجارة العين.

وإذا اشترى من ولده الصغير لنفسه شيئاً أو بالعكس صح، وهل يثبت فيه الخيار؟ فيه وجهان:

المذكور منهما في «الشامل» و«التهذيب»: الثبوت، ثم بماذا ينقطع؟ فيه وجهان: أحدهما في «التهذيب» ولم يذكر في «الشامل» سواه: أنه ينقطع بمفارقتة مجلس العقد، ونسبه الماوردي إلى أبي إسحاق، والثاني لا ينقطع إلا بالفسخ أو الإجازة، قال الماوردي: وهو الذي عليه جمهور الأصحاب ^(٢) ويجري فيه الوجه الذي حكيناه من قبل أن نهايته ثلاثة أيام.
فروع ^(٣):

إذا جاء المتعاقدان معاً، فقال أحدهما: تفرقنا بعد البيع فلزم، وأنكر الثاني وأراد الفسخ، فالقول قوله مع يمينه.

ولو اتفقا على التفرق، وقال أحدهما: فسخت قبله، وأنكر الآخر، فالقول قول المنكر مع يمينه، وعن صاحب «التقريب»: أن القول قول من يدعى الفسخ. وهما المذكوران في تعليق أبي الطيب في باب التحالف عن رواية أبي علي في الإفصاح، والذي صححه الماوردي منهما في باب الربا الثاني.

ولو توافقا على عدم التفرق وتنازعا هكذا، ففي «التهذيب» أن دعوى مدعي الفسخ فسخ بالشرع.

قال: وإن ^(٤) تبايعا على ألا خيار لهما يعني خيار المجلس - لم يصح العقد ^(٥)؛

(٢) في ج: أصحابنا.

(٤) في ج: شرطنا.

(١) سقط في د.

(٣) في د: فرع.

(٥) في التنبيه: فإن.

لأنه خيار ثابت، فإذا شرطاً^(١) ففيه فقد شرطاً^(٢) ما ينافي مقتضى العقد، فأبطله كشرط عدم التسليم وهذا هو الأصح في «التهذيب»، والرافعي، وبه جزم بعضهم. قال: [و]^(٣) قيل: يصح، ولا خيار لهما، لقوله ﷺ: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار»^(٤) فاستثنى بيع الخيار، وهو استثناء من إثبات فيكون نفيًا، ويكون^(٥) التقدير: إلا يبيعا شرط فيه نفي الخيار؛ ولأن فيه نوع غرر، [لأنه يمنع]^(٦) مقصود العقد، والشرع أثبتة رفقا بالمتعاقدين، فإذا أسقطاه سقط؛ لأن الحق لهما ولا يعدوهما، وهذا ما نص عليه البويطي في القديم.

ومن قال بالأول، أول الحديث بما قال الشافعي: أنه أظهر التأويلين، وهو أنه أراد يبيعا قطع فيه الخيار وقد فسره في الحديث الآخر، وهو قوله: «أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر»، وأجاب عن قولهم: إنه غرر، بأنه: مقتضى العقد فيثبت كيف كان. قال: وقيل: يصح؛ لما قلناه، ويثبت لهما الخيار؛ لأنه خيار ثبت بعد تمام البيع، فلا يجوز إسقاطه قبل تمام البيع كخيار الشفيع.

واحترزنا بقولنا: بعد تمام البيع، من خيارهما بعد الإيجاب وقبل القبول، والقائل بسقوط الخيار يمكن أن يفرق بينه وبين الشفعة بأن الشرط إنما يؤثر على الأصح إذا اقترن بالعقد، وإذا اقترن بالعقد فقد وجد^(٧) بعد سبب الوجوب فأقمناه مقام الوجوب، وفي مسألة الشفعة وجد إسقاط الحق قبل ثبوته وسبب ثبوته، فلم يوجد ما يمكن أن يسند المنع^(٨) إليه.

ونظير هذه المسألة: ما إذا وقع البيع بشرط البراءة من العيوب، أو بشرط نفي خيار الرؤية، إذا صححنا بيع ما لم ير، لكن القول بالفساد في نفي خيار الرؤية قطع به الأكثرون.

فرع: لو قال لعبده: إن بعتك فأنت حر، فباعه بشرط أن لا خيار بينهما، فهل يعتق؟ بناء الأصحاب على الأقوال المتقدمة.

(٢) في ج: شرطنا.

(٤) تقدم.

(٦) في د: لا.

(٨) في د: البيع.

(١) في التنبيه: البيع.

(٣) سقط في د.

(٥) في د: أو يكون.

(٧) في د: وجب.

فإن قلنا: إن البيع باطل، لم يعتق وكذا إن قلنا: إنه يصح ولا خيار، وإن قلنا: بثبوت الخيار عتق؛ لأنه لو^(١) نجز عتقه في خيار المجلس نفذ، فكذلك إذا وجدت الصفة فيه.

قلت: وفي حصول العتق، إذا قلنا: بأن الملك للمشتري نظرًا لباحث؛ لأننا حيث حكمنا بنفوذ عتقه المنجز في زمن الخيار، قدرناه بالعتق فاسخًا للعقد قبيله، وأن العتق وقع في ملكه ضرورة توقف صحته على وقوعه في الملك، وفي مسألة التعليق لم يصدر منه بعد العقد ما يقتضي الفسخ ولا ما يتضمنه، والتعليق لا يصلح متضمنًا للفسخ؛ لكونه صدر قبل البيع، والفسخ لا يقبل التعليق والله أعلم.

[وجوابه ما قاله القاضي حسين في كتاب الزكاة: حيث حكى نفوذ العتق عن نص الشافعي، وكذلك غيره: أنا نسلم أن الفسخ لا يقبل التعليق قصداً، لكن نقول: قد يقبله ضمناً كالإبراء. فأما ما لا يقبل التعليق قصداً ويقبله ضمناً، وذلك فيما إذا علق عتق المكاتب فأما [ما] يضمنه الإبراء عن النجوم عند وجود الصفة حتى يبيعه إكسابه ولو لم يضمنه الإبراء لكان عتقه غير واقع عنها، فلا يستتبع الإكساب.

وهذا الجواب فيه نظر أيضًا: لأنه في مسألتنا علق الشيء قبل ملكه له، وقاعدتنا: أن من لا يملك الشيء لا يملك تعليقه.

وفي مسألة الإبراء: التعليق وجد بعد الملك له.

ومما يشابه مسألة الكتابة: إذا أسلم الزوج على أكثر من أربع، فقال: من دخلت الدار فهي طالق فدخلت واحدة، طلقت، وكان ذلك اختيارًا للزوجية فيها.

ولو قال: من دخلت الدار فهي مختارة، لم يصح، فظهر أنه يغتفر في التعليق الضمني ولا يغتفر في المقصود والله أعلم^(٢).

قال: وإن تبايعا بشرط الخيار إلى ثلاثة أيام فما دونها جاز. الأصل في صحة شرط الخيار للمتعاقدين: الإجماع، وفي جوازه ثلاثة أيام ما روى مسلم وأبو داود عن محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي قد بلغ مائة وثلاثين سنة، وما زال يُخدع،

(١) زاد في ج: لم.

(٢) ما بين المعقوفين سقط في د.

فقال له رسول الله ﷺ: «من بايعته فقل: لا خلافة وأنت بالخيار ثلاثاً»^(١)»^(٢).

وزاد البخاري في تاريخه بعد قوله: «فقل: لا خلافة، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال»^(٣).

وحكى الإمام: أن سبب ضعفه ما أصابه من شجة في رأسه مأمومة. وكان قد ثقل لسانه لأجل الشجة فكان يقول لا خدابة.

(١) قوله: وفي جواز الخيار ثلاثة أيام ما رواه مسلم وأبو داود عن محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي قد بلغ مائة وثلاثين سنة وما زال يُخدع، فقال له رسول الله ﷺ: «من بايعته فقل: لا خلافة، وأنت بالخيار ثلاثاً». انتهى كلامه.

واعلم أن هذه الزيادة التي ساق الحديث لأجلها، وهي قوله: «وأنت بالخيار ثلاثاً» - قد وهم في نسبتها إلى مسلم، والذي رواه مسلم عن ابن دينار: أنه سمع ابن عمر يقول: ذُكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع، فقال رسول الله ﷺ: «من بايعت فقل: لا خلافة» فكان إذا بايع يقول: لا خيانة. وأورده - أيضاً - البخاري في «صحيحه» في باب ما ينهى عن إضاعة المال، وفي باب من باع على الضعيف، ولم يذكر فيه هذه الزيادة. نعم، ذكرها في «تاريخه»، ورواها - أيضاً - الشافعي وغيره، وما وقع فيه المصنف هاهنا قد تفتن له في «المطلب» فذكره على الصواب أيضاً. [أ و].

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٩/٥) كتاب الاستقراض، باب: ما ينهى عن إضاعة المال (٢٤٠٧) عن ابن عمر قال: قال رجل للنبي ﷺ إني أخدع في البيوع قال: «إذا بايعت فقل لا خلافة».

(٣) أخرجه البخاري في التاريخ الكبير (١٧/٨)، والصغير كما في تلخيص الحبير (٢١/٣)، وابن ماجه (٧٨٩/٢) كتاب الأحكام، باب: الحجر على من يفسد ماله، حديث (٢٣٥٥)، والدارقطنى (٥٥/٣) كتاب البيوع، حديث (٢٢٠)، والبيهقى (٢٧٣/٥) كتاب البيوع، باب: الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار. من طريق محمد بن إسحاق قال: حدثني محمد بن يحيى بن حبان قال: «كان جدي منقذ بن عمرو أصابته أمه في رأسه فكسرت لسانه، ونازعت عقله، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: إن بعت فقل: لا خلافة، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، وعاش ثلاثين ومائة سنة، وكان في زمن عثمان حين كثر الناس يبتاع في السوق، فيغبن فيصير إلى أهله، فيلومونه فيرده ويقول: إن النبي ﷺ جعلنى بالخيار ثلاثاً، حتى يمر الرجل من أصحاب النبي ﷺ فيقول: صدق». وقد أعل الزيلعي في نصب الراية (٧/٤) هذا الطريق بالإرسال. أما البوصيرى فقال في الزوائد (٢٢٦/٢) هذا إسناد ضعيف لتدليس ابن إسحاق أ. هـ. وهذا فيه نظر فقد صرح ابن إسحاق بالتحديث في روايات أخرى. وله طريق آخر أخرجه الدارقطنى (٥٤/٣) الحديث (٢١٦)، والطبرانى في «الأوسط» كما في نصب الراية (٨/٤) من طريق ابن لهيعة ثنا حبان ابن واسع عن طلحة بن يزيد بن ركانة «أنه كلم عمر بن الخطاب في البيوع قال: ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ، إنه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام، إن رضى أخذ، وإن سخط ترك».

وما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ جعل له عهدة ثلاثة أيام، إن رضى أخذ وإن سخط ترك^(١). وغير ذلك من الأحاديث المذكورة في كتب الفقهاء.

وإذا ثبت جواز شرط الثلاث، فما دونها أولى؛ لأن فيه تخفيفاً للغرر.

وأما الزيادة على الثلاث فلا يجوز اشتراطها؛ لأن ما حد في الشرع بحد فلا بد أن يفيد المنع من الزيادة أو النقصان، ولما لم يفد هذا الحد المنع من النقصان وجب أن يمنع الزيادة.

ولأن الخيار غرر جوز شرطه ثلاثة أيام؛ لأنها مدة قريبة والحاجة تدعو إليها في الغالب بخلاف ما فوقها.

ولأن الخيار مخالف لوضع البيع في منع نقل الملك أو لزومه فثبوته حائد عن الوضع فتعين التوقيف فيه، وقد ورد الخبر في إثبات الثلاث فلا مزيد عليها، ولو شرط زيادة عليها بطل العقد.

ويقوم مقام قولهما: «شرطنا خيار الثلاث» قولهما: «لا خلاصة»، إذا كانا عالمين بمعناها، وهو اشتراط الخيار ثلاثة أيام وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار، وإن علم البائع دون المشتري ففيه وجهان، عن ابن القطان.

قال مجلي: ويتخرج الوجهان أيضًا إذا كان المشتري عالمًا والبائع جاهلاً، وفيما إذا كانا جاهلين [أو أحدهما]^(٢) وعلى ذلك جرى ابن التلمساني فقال: إن كانا عالمين بمعناها ثبت، وإن كانا جاهلين أو أحدهما فوجهان، وهذا منه فيه نظر: لأنه فسر قوله: «لا خلاصة» بمعنى: لا خديعة، وإذا كان هذا معناه لم يلزم من قوله: «لا خلاصة» اشتراط الثلاث، وإن كانا عالمين بمعناها؛ إذ لا يلزم من عدم الغبن والخديعة اشتراط الثلاث.

واعلم أن لصحة اشتراط ما دون الثلاث شرطين:

أحدهما: أن يقيد بمدّة معلومة فلو لم يقيد بل قال: يكون لنا الخيار وقتا من

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٧٤)، وقال: ينفرد به ابن لهيعة، إشارة إلى ضعفه.

(٢) سقط في د.

النهار أو [وقتاً]^(١) من الليل، أو لا ينتهي إلى ثلاثة أيام لم يصح. والعلم تارة يحصل بأن يقال: إلى طلوع الشمس، أو إلى وقت طلوعها من الغد، وإلى غروب الشمس، أو إلى وقت غروبها من الغد.

وخالف الزبيرى وقال: التقييد بطلوع الشمس لا يصح. وتارة بأن يقال: إلى يوم أو ساعة فيصح وإن أطلق؛ لأنه يحمل على اليوم الذي هو فيه كما لو حلف [أنه]^(٢) لا يكلمه شهراً، ثم ينظر: إن كان العقد نصف النهار ثبت له الخيار إلى أن ينتصف النهار من الغد، والليل يدخل في حكم النهار للضرورة، وإن كان العقد بالليل فلا بد أن يشترط الخيار في بقية الليل، كذا قاله في «التتمة» وفيه نظر، من حيث إنه جعل اليوم محمولاً على اليوم الذي هو فيه، وفي نظيره من الإجارة لا يصح، ولم يظهر لي فرق بينهما^(٣).

(١) سقط في ج. سقط في ج.

(٢) قوله: والعلم بالأجل تارة يحصل بأن يقال: إلى يوم أو ساعة، فيصح وإن أطلق؛ لأنه يحمل على اليوم الذي هو فيه، كما لو حلف لا يكلم شهراً ثم ينظر: إن كان العقد نصف النهار ثبت له الخيار إلى أن ينتصف النهار من الغد، والليل يدخل في حكم النهار للضرورة، وإن كان العقد بالليل فلا بد أن يشترط الخيار في بقية الليل؛ كذا قاله في التتمة، وفيه نظر من حيث إنه جعل اليوم محمولاً على اليوم الذي هو فيه، وفي نظيره من الإجارة لا يصح، ولم يظهر لي فرق بينهما. انتهى كلامه.

وما اعترض به على المتولي من أن نظيره في الإجارة لا يصح، واستشكل الفرق بينهما - فغريب جداً؛ فإن الصحيح في «الرافعي» و«الروضة» فيما إذا قال: أجزتكَ شهراً، وأطلق - أنه يصح، ويحمل على الشهر الذي هو فيه، ويكمل من الشهر الذي بعده إذا كان في أثناءه، ولا فرق في التنكير بين اليوم والشهر والسنة، وقد صرح الرافعي في الإجارة باليوم بخصوصه، ولم يحك فيه إلا الصحة، فقال في الكلام على استئجار الثياب: وإن قال: يوماً، وأطلق - قال الصيمري: كان من وقته إلى مثله من الغد. هذا كلامه، والغريب أن المتولي في «التتمة» قد صرح هنا بالصحة في الإجارة - أيضاً - فقال في الباب التاسع من أبواب البيع: التاسعة: إذا قال: بعتك بشرط خيار يوم، اقتضى إطلاقه اليوم الذي وقع فيه العقد؛ كما لو قال: أجزتكَ شهراً، انصرف إلى الشهر المتصل بالعقد، وإذا قال: والله لا أكلمك شهراً، انصرف إلى الشهر الذي بعد اليمين. هذا لفظ المتولي، ثم ذكر بعده ما نقله عنه المصنف إلى آخره، فحذف استدلاله بالإجارة، ثم نسي؛ فظن أنه يقول بالبطلان؛ فاعترض عليه، لا سيما أن المصنف قد صحح في الإجارة عدم الصحة على عكس ما صححه الرافعي، فقال: إنه الصحيح الذي قطع به العراقيون.

واعلم أن ما نقله عن «التتمة» من أنه إذا كان العقد بالليل فلا بد أن يشترط الخيار في بقية الليل، هو كذلك في «التتمة». فاعلمه؛ فإن النووي قد نقل المسألة عنه في «شرح المهذب» على غير الصواب، فقد يقف عليه واقف فيظن صحة ذلك ويطلان ما ذكره المصنف. [أ.و.]

الشرط الثاني: أن يكون متواليا، فلو قال: على أن يكون لنا الخيار اليوم وبعد غد ويكون العقد لازماً في الغد لم يصح وكذا لو شرطا الخيار [في الغد دون اليوم؛ لأن العقد بعد لزومه لا يتقلب جائزاً بالشرط ولهذا لو شرطا الخيار]^(١) ثلاثة أيام ثم أسقط الخيار في اليوم الأول سقط الكل.

ولصحة شرط خيار الثلاث شرط ثالث غير اتصالها بالعقد أو بلزومه، وهو: أن يكون المبيع مما لا يفسد فيها، فلو كان مما يفسد فيها، فهل يصح العقد ويبيع عند الإشراف على الفساد أو يبطل العقد؟ فيه وجهان محكيان في البيان عن الفقيه زيد بن عبد الله.

قلت: ويتجه أن يكونا مفرعين على القول بأن خيار المجلس يثبت فيه، وأما إذا قلنا: لا يثبت فيه فخيار الشرط أولى لضعفه، بسبب افتقاره للشرط، وإذا لم يثبت بطل العقد؛ لأنه شرط فاسد انضم إليه.

قال: إلا في الصرف وبيع الطعام بالطعام؛ لأن الشرع اعتبر في ذلك التقابض، ليتمكن من التصرف فيه، وينقطع العلق، والخيار يمنع التصرف ويبقي علقه، فهو مناقض لموضوع الشرع، ولأن ذلك لا يقبل الأجل لما فيه من الغرر، والخيار أحق أن يكون غرراً من الأجل؛ لأنه يمنع الملك أو لزومه فهو أولى بألا يحتمل.

وفي «النهاية»: أن الخيار في الحقيقة تأجيل لنقل الملك أو تأجيل لزومه.

والمراد بالصرف: تباع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو أحدهما بالآخر.

قال النووي: وسمي بذلك لصرفه عن مقتضى باقي البيوع، وقيل: لصريفه، وهو صوته في كفة الميزان، وقال الماوردي: لأن الشرع أوجب على كل واحد مصارفة صاحبه، أي: مصافقته^(٢).

تنبيه: قال ابن يونس: واعلم أن هاهنا موضعين آخرين لا بد من استثنائهما: السلم، وكل شراء يستعقب العتاقة، فإنه لا يثبت فيه خيار الشرط، ولا خيار المجلس على المذهب الصحيح ووافقه ابن التلمساني على ذلك، وزاد موضعاً ثالثاً وهو: المعاوضة على ما في الذمة حيث يجوز الاعتياض عنه.

وما قالاه غير محتاج إليه؛ لأن السلم بيع دين، وكذا المعاوضة على ما في الذمة،

(٢) في د: مصابيه.

(١) سقط في د.

وقد بينا في أول الباب أن المراد بالبيع المبوب عليه: بيع الأعيان. وشراء القريب قد بينا أن خيار المجلس ثابت فيه عند الجمهور كما فصلناه.

وخيار الشرط عندهم [كذلك]^(١) كما أشار إليه الرافعي بقوله: والقول الجُملي في خيار الشرط: أنه مع خيار المجلس متلازمان في الأغلب، فإن أردت التفصيل فراجع ما سبق في خيار المجلس، وما قاله مطرد في كل ما يسمى: بيعًا، وقد صرح القاضي الحسين بثبوته جزمًا في كتابه الوصية عند الكلام فيما إذا أوصى له بقريبه، وقلنا: إنه يملك بالموت.

[تنبيه]^(٢) آخر: إطلاق الشيخ القول بجواز اشتراط خيار الثلاث فما دونها من غير أن يعين من يثبت له فيه إشعار بجواز اشتراطه لهما ولأحدهما، كما حكاه غيره، ومنه يستنبط جواز اشتراطه لأحدهما ثلاثة أيام وللآخر دونها^(٣)؛ لأنه إذا جاز أن ينفرد أحدهما به فانفراداه ببعضه أولى ويجوز اشتراطه لغيرهما سواء كان ذلك الغير العبد المبيع أو غيره كما جزم به الإمام، وادعى اتفاق الأصحاب [عليه]^(٤)؛ إذ لو لم يكن كذلك لكان مطلقا للفظ في موضع لا بد فيه من التفصيل، ومما يؤيد ذلك: أن خيار المجلس لما كان مختصًا بالمتعاقدين ولا يجوز انفراد أحدهما به ابتداء، قال فيه: وإذا انعقد البيع ثبت لهما الخيار.

وفي طريقة العراق - على ما حكاه في «المهذب» و«الشامل»، وطريق المراوزة على ما حكاه البغوي والمتولي - حكاية قول فيما إذا شرط لغير المتعاقدين أنه يبطل العقد.

وعلى المذهب: هل يثبت الخيار لمن اشترطه للأجنبي مع الأجنبي؟ فيه قولان: أصحهما: أنه لا يثبت اقتصارًا على الشرط. والثاني: يثبت لمعنيين.

أحدهما: أن شرط الخيار للأجنبي يشعر بإثباته^(٥) لنفسه من طريق الأولى. والثاني: أنه يستحيل ثبوت الخيار لغير المتعاقدين إلا على سبيل النيابة. وعليهما يخرج ما لو شرط الخيار لأجنبي دونهما، فعلى الأول يختص به.

(٢) زيادة للإيضاح.

(٤) سقط في ج.

(١) سقط في د.

(٣) في ج: دونهما.

(٥) في ج: بإيثاته.

وعلى الثاني: يبطل، ثم حيث حكمنا بثبوته لهما فلا يتوقف اختيار أحدهما الفسخ والإجازة على أمر الآخر، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر، كان الفسخ أولى، وحيث حكمنا بثبوته للثالث خاصة، فإذا مات الوكيل في زمن الخيار ثبت للموكل على الأصح في «التهذيب» وهو قريب مما حكيناه في خيار المجلس.

فروع:

[الأول]^(١) إذا اشترى شيئاً على أن يؤامر فلانا فيأتي بما يأمره [به]^(٢)، المنقول عن نصه في «الإملاء»: أنه يجوز، وليس له الرد حتى يقول استأمرته فأمرني بالفسخ، فمن الأصحاب من قال: لا يفسخ إلا بالإذن وفاءً بالشرط، ومنهم من قال: [يجوز]^(٣) بغير إذنه، وحمل النص على مراعاة الصدق وذلك فيما إذا قيد المؤامرة بالثلاث فما دونها، وقيل: يحمل على الإطلاق كما في خيار الرؤية.

[الثاني]^(٤) الوكيل بالبيع أو الشراء يجوز أن يشترط الخيار بإذن موكله، ولمن^(٥) يثبت عند الإطلاق؟

فيه ثلاثة أوجه: ثالثها لهما، ولا يجوز أن يشترطه بغير إذن موكله لغيره ويجوز أن يشترطه لموكله على الأصح.

وفي اشتراطه لنفسه وجهان.

وفي «النهاية» في كتاب الوكالة حكاية وجه: أنه يجوز أن يشترطه لغير موكله من بائع أو مشتر.

ثم حيث أثبتناه له لم يفعل إلا ما فيه الحظ للموكل؛ لأنه مؤتمن، بخلاف الأجنبي المشروط له الخيار فإنه لا يلزمه رعاية الحظ.

قال الرافعي: ولناظر أن يجعل شرط الخيار له ائتماناً، وهذا أظهر إذا جعلناه نائباً عن الشارط.

الثالث إذا باعه على أنه إن لم ينقد الثمن في ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، أو باع على أنه إن رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، فهذا شرط فاسد، وعن أبي إسحاق

(٢) سقط في د.

(٤) زيادة للإيضاح.

(١) زيادة للإيضاح.

(٣) سقط في د.

(٥) في د: لم.

المروزي: أنه يصح العقد، والمذكور في الصورة الأولى شرط الخيار للمشتري، وفي الثانية شرطه للبائع.

وإذا شرط الخيار في أحد العينين على الإبهام لم يصح وإن كانت معينة ففي الصحة قولاً تفريق الصفقة في الحكم ولا فرق عند الشيخ أبي حامد في جريان القولين بين أن يكون قد قدر ثمن كل عين منهما أو أطلق.

وقال صاحب التلخيص: إن كان ثمن كل عين مقدراً صح وقلته تخريجاً قال العمراني في الزوائد: فمن أصحابنا من وافقه ومنهم من وافق أبا حامد.

وعلى قول الصحة إذا أجاز البيع في الذي شرط الخيار فيه أخذهما بالثمن، وإن لم يجزه جاز^(١) البيع في الآخر وأخذه بقسطه من الثمن، كذا قاله أبو الطيب في تعليقه.

[الرابع]^(٢) إذا مات أحد المتعاقدين في مدة الخيار، انتقلت بقية المدة لوارثه، فإن كان غائباً وتصرفت بقية المدة قبل اطلاعه ففي «الحاوي»: أنه يسقط الخيار ويلزم العقد^(٣).

وفي «الشامل» وغيره: أنه لا يسقط ولكن هل يثبت له على الفور، أو بقدر ما بقي من المدة؟ فيه خلاف. ولو ارتد في مدة الخيار ومات حكي الرافعي في كتاب الشفعة: أن للإمام الرد.

قال: ويعتبر ابتداء المدة - أي: في خيار الشرط - من حين العقد؛ لأنه خيار ثبت بالشرط والشرط وجد في العقد؛ ولأن زمان التفرق مجهول، ووجهه الشيخ وغيره من العراقيين: بأن مدة الخيار [مدة]^(٤) ملحقة بالعقد فكانت من حين العقد كالأجل، وقاسوا على الأجل؛ لأن الشافعي نص فيه على ذلك؛ كما قاله ابن الحداد.

واحترزوا بقولهم: «ملحقة بالعقد»، من^(٥) الاستبراء فإن ابتداء مدته من حين القبض على وجه، ومن حين اللزوم على وجه.

ووجه مشابهة الخيار الأجل: أن كلا منهما مانع من المطالبة وهو مماثل له في هذا المعنى، وقد اجتمعوا، فكذلك خيار الشرط [مع]^(٦) خيار المجلس.

(٢) زيادة للإيضاح.

(٤) سقط في ج.

(٦) سقط في ج.

(١) في د: كان.

(٣) في د: العاقد.

(٥) في ج: عن.

أو لأن الخيار في الحقيقة تأجيل لنقل الملك أو للزومه، والأجل تأجيل للمطالبة، وقد اجتمع أحد التأجيلين مع خيار المجلس فكذلك الآخر، وهذا هو الصحيح في الخيار والأجل. وفي طريق المراوغة حكاية وجه في الأجل، أن ابتداءه من حين انقطاع خيار المجلس.

قال الإمام: ومن قال به فقياسه يقتضي أن يقول: إذا اشترط في البيع خيار^(١) ثلاثة أيام وأجل الثمن أن يكون ابتداء الأجل من انقضاء خيار الشرط [لأنه عنده في معناه ولا سبيل إلى الجمع بين المتماثلين هكذا حكاه هاهنا، وحكى في آخر باب الشرط [الذي يفسد البيع وجهين في أنه يثبت من وقت انقضاء خيار المجلس، أو من وقت انقضاء خيار الشرط]^(٢). ثم قال: والوجه القطع بأن ابتداء الأجل من انقضاء الخيار المشروط على الوجه الذي عليه نفرع، فإن الأجل أحق بمجانسة خيار الشرط منه بمجانسة خيار المجلس، والمجانسة تؤثر^(٣) في منع الجمع^(٤).

قال: وقيل من حين التفرق، أي: أو التأخير؛ لأن الجمع بين خيارين متماثلين في وقت واحد لاغ لا معنى له، وكل شرط لم يتضمن فائدة: لغو، هكذا حكاه الإمام. وعبر عنه الغزالي: بأن اجتماع خيارين متماثلين في وقت واحد لا يعقل.

والمراد بالمتماثلين: أنهما: [خيار الشرط والمجلس]^(٥)؛ ولأن الشارط إنما يبغى الإثبات لنفسه في وقت يقتضي العقد لزومه، وهذا ميل النص إليه أكثر، كما قاله الإمام في آخر باب الشرط الذي يفسد البيع، وقاله الماوردي أيضًا ثم إنه ظاهر [مذهب الشافعي]^(٦)، وكذا أبو الطيب في «شرح الفروع»، وقال: إن لفظه ولو اشترط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة بعد التفرق فسد البيع.

وللقائل الأول أن يجيب عن الأولى: بأن الخيار واحد، لكن له جهتان: المجلس والشرط، وذلك لا تعدد فيه، كما أنه يثبت بجهة الخلف والعيب معًا.

وعن الثانية بأن تنزيل الشرط على ما ذكرتموه يورث الجهالة؛ لأن وقت انقطاع خيار المجلس [مجهول فإن قيل: هذا جهل من أحد طرفي الخيار، وذلك غير ممنوع بدليل خيار المجلس فإن انتهاءه غير معلوم.

- | | |
|--------------------|-------------------|
| (١) في د: جاز. | (٢) سقط في د. |
| (٣) زاد في د: منه. | (٤) في د: الجميع. |
| (٥) سقط في د. | (٦) في د: المذهب. |

قلنا: الفرق من جهتين:

أحدهما^(١): أن ما ذكرتموه يؤدي إلى تكثير الجهالة.

والثاني: أن خيار المجلس^(٢) ثابت بالشرع فهو أقوى، فلا يقاس عليه الأضعف.

التفريع:

إن قلنا، بالقول الأول، وهو ما ذهب إليه ابن الحداد، فلو اصطحبا حتى مضت مدة خيار الشرط، بطل خيار الشرط، وبقي خيار المجلس، فإن أسقطا أحد الخيارين لم يسقط الآخر، ولو قالوا: ألزمتنا العقد وأسقطنا^(٣) الخيار مطلقاً سقطا، ولو شرطاً الاحتساب من وقت التفرق بطل الشرط والعقد، وحكى صاحب «التقريب» وجهاً: أن الشرط لا يبطل، وضعفه الإمام، وقال: لا أصل له.

وإن قلنا: بالقول الثاني، وهو طريقة أبي إسحاق المروزي، على ما هو محكي في «شرح الفروع»، فلو قالوا: أسقطنا الخيارين، أو قطعناهما انقطع خيار المجلس، وهل ينقطع خيار الشرط؟ فيه وجهان: حكاها الإمام، وفي «التهذيب» تصوير محلها بما إذا أوجب أحدهما البيع في المجلس^(٤).

ووجه عدم السقوط: أنه غير ثابت بعد.

ولو شرطاً الاحتساب من حين العقد ففيه وجهان، حكاها ابن الحداد عن أبي إسحاق أصحابهما عند العراقيين الصحة، وهما مبنيان عند الشيخ أبي علي، وصاحب «التقريب» على العلتين، فعلى^(٥) الأولى، لا يصح العقد؛ لأن الجمع غير ممكن، ولا سبيل إلى إسقاط خيار المجلس لقوته، وإذا لم يسقط كان حقيقة الشرط ترجع إلى اشتراط ما يبقى من الثلاث من حين التفرق، وذلك مجهول مبطل، وعلى الثانية يصح مع الشرط؛ لأن التصريح يبين أنه لم يرد بالشرط ما بعد التفرق.

وقد حكى ذلك الإمام والغزالي، والبناء ظاهر على عبارة الغزالي.

وأما على عبارة الإمام ففيه نظر، من حيث إنه إذا كان الشرط لا يتضمن فائدة، وقد

(١) كذا في جميع النسخ: جاء بالعدد في قوله: «أحدهما»، و«الثاني» مذكراً مراعاة للفرق وهو مذكر، ولم يراع تأنيث الجهة.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: أو أسقطنا.

(٤) في ج: ففي.

(٥) في ج: مجلس.

ألغى فكيف يفسد به العقد، إذ العقد إنما يفسد بالشرط [الفاسد]^(١) الذي يتأثر به العقد ويبقى علقه. [على]^(٢) ما سيأتي.

وقد أبدى الإمام ذلك احتمالاً في عدم الإبطال، في آخر باب الشرط الذي يفسد البيع، وقال الماوردي فيه أيضاً: يجب أن يكون الخلاف مخرجاً من اختلاف الوجهين في البيع، إذا شرط فيه نفي خيار المجلس؛ لأنهما إذا شرطاً خيار الثلاث من وقت العقد، فقد أسقطا خيار المجلس.

فرع: لو شرطاً الخيار بعد العقد وقبل التفريق، وقلنا: بثبوتها على ما سنذكره - إن شاء الله تعالى - في باب المرابحة فالحكم على الوجه الثاني لا يختلف، وعلى الأول يكون الاحتساب من وقت الشرط لا من وقت العقد.

قال: وينتقل المبيع إلى المشتري بنفس العقد في أحد الأقوال.

هذا مستنبط من نص الشافعي - رضي الله عنه - فيما إذا باع عبداً بشرط الخيار، ثم أعتقه في زمان الخيار، حيث قال: ينفذ عتقه، ويعود إلى ملكه، فلولا أنه يزول عن ملكه، وإلا لما قال: إنه يعود؛ لأن العود إنما يكون بعد الزوال، كذا قاله القاضي الحسين.

وقال الماوردي: إنه نص عليه في زكاة الفطر.

ووجهه: قوله ﷺ: «من باع عبداً وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»^(٣)، وجه الدلالة منه: أنه جعل المال للمبتاع بالشرط وحده، ولأن البيع قد تم بالإيجاب والقبول، فثبوت الخيار فيه لا يمنع الملك كخيار العيب؛ لأن البيع موضوع لنقل الملك، فلو استأخر عنه لكان في معنى تعليق العقد على أمر مجهول، وهو زوال الخيار.

ووجهه الشيخ في «المهذب» وغيره: بأنه عقد معاوضة، فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح، وفيه نظر؛ لأن الخلاف في نقل الملك جاء لأجل الخيار، والنكاح لا خيار فيه، فنظيره إن تبايعا على أن لا خيار مجلس بينهما، وصححنا العقد، فإن الملك

(٢) سقط في ج.

(١) سقط في ج.

(٣) أخرجه البخاري (٦٣/٥) كتاب المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، حديث (٢٣٧٩) (٤/٤٠١)، ومسلم (٣/١١٧٣) كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها تمر، الحديث (٨٠/١٥٤٣).

فيه ينتقل بنفس العقد وجهاً واحداً، وعلى هذا يكون الملك في الثمن للبائع. فائدة: هل نقول [على] ^(١) هذا القول حصل الملك مع آخر اللفظ أو مترتباً بعده؟ فيه خلاف حكاه الغزالي في ضمن ضابط. ذكره في كتاب الطهارة، عند قوله: أعتق عبدك عني.

قال: وبانقضاء الخيار في الثاني:

هذا مستنبط من نص الشافعي فيما إذا باع جارية بشرط الخيار، وكانت حاملاً فوضعت [فإنه قال] ^(٢): يلزم المشتري الاستبراء، ولو كان الملك فيها للمشتري؛ لحصل الاستبراء بالولادة.

ووجهه ما روى مسلم [والبخاري] ^(٣) أنه ﷺ قال: «كل يبيعان بينهما حتى يتفرقا، إلا يبيع الخيار» ^(٤).

وجه الدلالة منه: أن البيع ليس منفيًا بالاتفاق، فيتعين أن يكون المنفي حكماً من أحكامه، وأقربها لنفي الذات نفي الملك، ولأنه إيجاب غير لازم مع سلامة المعقود عليه، فلم ينتقل الملك ما لم يلزم، كعقد الهبة، وعلى هذا يكون الثمن للمشتري. قال: وموقوف في القول ^(٥) الثالث، فإن تم البيع بينهما حكماً بأنه انتقل بنفس العقد، وإن لم يتم حكماً بأنه لم ينتقل هذا مستنبط من نص الشافعي، حيث قال: لو اشترى زوجته بشرط الخيار، لا يحل له وطؤها في زمن الخيار، لأنه لا يدري أبطاً زوجته أو مملوكته.

ووجهه أن ما يدل على انتقال الملك قد عارضه ما يدل على بقاءه، وليس لأحدهما رجحان على الآخر فيقفان، ولأن البيع سبب الزوال، [إلا أن] ^(٦) شرط الخيار يشعر بأنه لم يرض بالزوال ^(٧) جزماً، فوجب أن يترصد ويتنظر عاقبة الأمور، كذا قاله الرافعي.

ومقتضى هذا التعليل أن يكون محل هذا القول خيار الشرط، دون خيار المجلس،

(١) سقط في ج. (٢) سقط في د. (٣) سقط في ج.

(٤) أخرجه البخاري (٣٩١/٤) في كتاب البيوع، باب: إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع (٢١١٣)، ومسلم (٣/١١٦٣)، في كتاب البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٥٣١/٤٣).

(٥) زاد في التنبيه: القول. (٦) في د: لأنه. (٧) في ج، د: بعد الزوال.

وليس كذلك بل الأقوال تجري فيه أيضًا، وعلى هذا القول يكون الثمن أيضًا موقوفًا. ثم الأقوال تجري عند العراقيين فيما إذا كان الخيار لهما أو لأحدهما، وكذلك حكى الفوراني في إبانته.

ورواه طريقة أخرى للمراوزة، أن محلها: إذا كان الخيار لهما، أما إذا كان لأحدهما فهو المالك للمبيع.

ومنهم من نفي الخلاف في المسألة^(١)، وقال: إن كان الخيار للبائع وحده فالمبيع على ملكه، وإن كان للمشتري وحده فالمبيع منتقل إليه، وإن كان لهما فالملك في المبيع موقوف، وهذه الطريقة اختارها القاضي الروياني في الحلية. ثم إذا جرت الأقوال، فما الأظهر منها؟

الذي رجحه الشيخ أبو حامد ومن نحا نحوه القول الأول، وبه قال الإمام ورجح آخرون قول الوقف، وبه قال البغوي، واختاره ابن عسرون في «المرشد».

وذهب بعض المحققين على ما حكاه الإمام هنا، وفي كتاب الإقرار، واختاره الفوراني أن الخيار إن كان للمشتري وحده فالأصح انتقال الملك إليه، وإن كان للبائع وحده فالأصح بقاء الملك في المبيع [له]، وإن كان الخيار لهما فالأصح قول الوقف. وتظهر فائدة الخلاف في مسائل.

منها: إذا اكتسب المبيع شيئًا في زمن الخيار لمن^(٢) يكون؟ ينظر إن تم البيع وقلنا: إن الملك للمشتري أو موقوف [فهو له]^(٣).

وإن قلنا: إنه للبائع، فوجهان: الجمهور على أنه له، وعن أبي علي الطبري: أنه للمشتري؛ لأن سبب ملكه موجود أولاً، وقد استقر عليه آخراً، فيكتفى به.

وإن فسخ، فإن قلنا: الملك للبائع، أو موقوف فهو له، وإن قلنا: إنه للمشتري فوجهان: أصحهما أنه له.

وبنى صاحب «التتمة» الوجهين على أن الفسخ رفع العقد من حينه، أو من أصله، وفيه خلاف حكاه، فإن قلنا: بالأول فهو للمشتري، وإن قلنا بالثاني فهو للبائع.

قلت: يتجه أن يكون هذا الخلاف مبنيًا على الخلاف المتقدم، فإن قلنا ثم: إنه يكون للمشتري فيكون هنا للبائع، وإن قلنا ثم: يكون للبائع، فهاهنا، هل يكون

(٣) في د: فله.

(١) في ج: للمسألة. (٢) في د: بأن.

للمشتري؟ فيه الخلاف، بناء على أن الفسخ يرفع العقد من أصله أو من حينه. وفي معنى الكسب اللبن، والبيض والثمرة المؤبرة، ومهر الجارية إذا وطئت بالشبهة، وكذا الولد إن فرض حصوله، وانفصاله في زمان الخيار لامتداد المجلس، أما إذا كان مختبئاً حالة البيع، وانفصل في زمن الخيار، فإن قلنا: لا يأخذ قسطاً من الثمن فهو كالكسب، وإن قلنا: إنه يأخذ قسطاً منه وهو الصحيح فهو لمن استقر له الملك.

وحيث حكمنا بأن الولد للمشتري، هل يكون مضموناً على البائع حتى يسلمه؟ فيه وجهان مخرجان من اختلاف قوله^(١) في نماء الصداق، هل يكون مضموناً على الزوج؟ كذا حكاه الماوردي وأجراه في الكسب والثمرة، وفي «تعليق» القاضي الحسين في باب بيع الطعام: الجزم بأنه يكون أمانة في يده، وحيث حكمنا بأن الولد للبائع وانفسخ العقد، قيل: يكون مضموناً على المشتري.

قلت: ويتجه أن يكون ضمانه مخرجا على أنه يضمن الأم إذا تلفت في يده، كما في ولد العارية، وسنذكره.

ومنها: نفقة المبيع على من تجب؟^(٢)

(١) في د: قوله.

(٢) قوله: وينتقل المبيع إلى المشتري بنفس العقد في أحد الأقوال، وبانقضاء الخيار في الثاني، وموقوف في الثالث. ثم قال: ومن فوائد الخلاف: نفقة المبيع على من تجب؟ وقد ذكره الجيلي، وقال: إذا قلنا بالوقف كانت عليهما... إلى آخر ما ذكر.

وهذه المسألة التي لم ينقلها إلا عن الجيلي مشهورة للأصحاب المعبرين على غير هذا الحكم الخارج عن القياس: فقد ذكرها الروياني في «البحر» في باب بيع المال الذي فيه الزكاة، وهو قبل زكاة المعدن، وصرح بأننا إذا قلنا بالوقف كانت - أيضاً - موقوفة تجب على من تبين الملك له، وذكرها أيضاً. وذكر الرافعي: أن نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف على الرجلين، فإذا ألحقه بأحدهما رجع الآخر عليه. وقيدته في العدة بما إذا أنفق بإذن الحاكم، وإلا لم يرجع. والقاضي الحسين في كتابه المسمى بـ «أسرار الفقه» قال: إن قلنا: إن الملك للبائع، فالنفقة عليه، وإن قلنا: للمشتري، فعليه، ذكر ذلك قبيل كتاب النفقات، ويعلم منه - أيضاً - من عليه النفقة على القول الثالث؛ لأن كون الملك فيه للبائع أو المشتري تظهر عند انقضاء الخيار، إلا أن المطالب منهما في مدة الوقف لا يعلم مما ذكره. ثم إن الفطرة تتبع النفقة، وفطرة هذا العبد تبني على أقوال الملك كما ذكره الرافعي في آخر باب زكاة الفطر؛ فلزم ما ذكرناه، والحاصل: أن المسألة المذكورة في غير موضعها، فلم يتفطن لها المصنف؛ فقلد هذا الناقل الضعيف في حكم ضعيف. [أ و].

قال الجيلي: إن قلنا: بانتقاله إلى المشتري فعليه، وإن قلنا: ببقائه على ملك البائع فعليه، وإن قلنا: بالوقف فعليهما، ويجبر كل منهما صاحبه على النفقة، والحاكم يجبرهما إذا امتنعا أو يفسخان، وهو موافق لما ذكر في زكاة الفطر، وكان يتجه أن يكون الحكم في النفقة كالحكم في الكسب، ويجعل الغنم في مقابلة الغرم.

ويعضد بما حكاه الرافعي في نفقة العبد الموصى به بعد موت الموصى، وقبل القبول^(١) والرد: من أن حكمها حكم الكسب، وإن كان في «الوسيط»: أنها مع الفطرة على الموصى له إذا قبل على كل قول، وعلى الوارث إن رد على كل قول، ولا يعود فيها الوجه المذكور في الزيادات، وإن كان يحتمل أن يقال: الغرم في مقابلة الغنم، لكن إدخال شيء في الملك قهراً أهون من إلزام مؤنته^(٢) قهراً، وهذا لا يجيء مثله هاهنا؛ لأنه هو المتسبب للإلزام بالعقد.

ومنها: إذا اشترى زوجته هل يحل له وطؤها في زمن الخيار؟ إن قلنا: إن الملك للبائع حل له وإن قلنا: [إنه للمشتري]^(٣) لم يحل له؛ لأنه ملك ضعيف، وكذا إن قلنا: إنه موقوف؛ لأنه لا يدري أيطأ^(٤) زوجته فيحل، أو مملوكته بملك ضعيف فلا يحل، هكذا قاله الغزالي في حل إشكال النص في باب الإقرار.

وحكى الرافعي هنا: أنه ليس له الوطاء من غير بناء، ثم قال: وفيه وجه آخر، ولم يزد على ذلك، وما ذكره الغزالي أحسن.

ومقتضاه: أنا إذا قلنا: بأن^(٥) الملك للمشتري أن النكاح يفسخ به مع ضعفه، وقد صرح بذلك فيما إذا وصى له بزوجه، فقال: إن قلنا: إنه يملك انفسخ النكاح، وإن كان ضعيفاً وموضع الكلام في هذا «باب ما يحرم من النكاح» فليطلب منه.

ومنها: لو طلقها في زمن الخيار ثلاثاً، فإن تم البيع، وقلنا: إن الملك له أو موقوف [لم يقع]^(٦).

وإن قلنا: [إن الملك للبائع ففي وقوع الطلاق وجهان، وإن فسخ وقع إن قلنا: لا ملك له أو موقوف، وإن قلنا:]^(٧) إنه ملك بنفس العقد ففي وقوع الطلاق وجهان.

(٢) في ج: ثبوته.

(٤) في د: أيضاً أنها.

(٦) سقط في د.

(١) في ج: المقبول.

(٣) في د: بأن الملك للمشتري.

(٥) في ج: أن.

(٧) سقط في د.

[ومنها: لو كان المبيع جارية وحاضت بعد العقد، وقبل انقضاء الخيار، فإن قلنا: إن الملك للبائع لم يعتد بهذه الحيضة عن الاستبراء، وإن قلنا: إنه للمشتري أو موقوف، ففي الاعتداد بها وجهان]^(١) ظاهر النص منهما على ما هو محكي في كتاب الاستبراء أنه لا يعتد بها أيضًا؛ لأن الفرج في زمن الخيار محظور عليه، وينبغي أن يقع الاستبراء في زمن الإباحة وحكم الولادة في زمان الخيار لولد الزنا كالحيض، قاله الماوردي.

وفي مجموع المحاملي الجزم بالاعتداد بذلك: إذا قلنا: بأن الملك للمشتري أو موقوف، وكان الخيار له وحده، والجزم بعدم الحصول إذا كان للبائع أو لهما. قال: ولا يملك المشتري التصرف في المبيع حتى ينقطع خيار البائع، ويقبض المبيع.

اعلم أن الألف واللام في «التصرف» إن استعملهما الشيخ لإرادة العموم حتى يتناول المنع كل تصرف، كان ذلك منه اختياريًا لغير الصحيح من المذهب في بعض الصور؛ لأنه عنى ملك التصرف بانقطاع خيار البائع وقبض المبيع، ومن التصرفات ما لم يتوقف على القبض على الصحيح، كما ستعرفه من بعد، ومنها أيضًا ما ينفذ في زمن الخيار وهو العتق - على ما سنبينه - ونفوذه دليل على ملكه له.

وقد يجاب عن هذا، بأن نفوذ الشيء لا يدل على ملكه، ألا ترى أن أحد الشريكين إذا وطئ الجارية المشتركة نفذ حكم وطئه في ثبوت الاستيلاء وغيره، وإن كان لا يملك الوطاء.

وعلى تقدير التسليم فالمراد نفي ملك تصرف ينفذ حكمه في الحال، من غير أن ينتظر أمرًا آخر، والعتق ليس كذلك.

وإن استعملهما^(٢) لإرادة حقيقة الجنس، لزم منه ما ذكرناه أيضًا، لأنه نفي المطلق، ونفي المطلق يقتضي نفي الجميع.

وإن استعملهما لإرادة المعهود^(٣)، وهو البيع المتقدم ذكره كان ماشيا على قاعدة

(١) سقط في د.

(٢) قوله: «وإن استعملهما» يعني: الألف واللام.

(٣) في ج: المعهودة.

المذهب، غير أن كلامه لا يكون شاملاً لكل تصرف هو ممنوع منه قبل وجود^(١) ما ذكره، وذلك أسهل من مخالفة المذهب.

فوجهه ونقول: توقف ملك التصرف المذكور على انقضاء الخيار ظاهر، إن قلنا: لا يملك [إلا به، وإن قلنا: إنه يملك بنفس العقد فهو ملك ضعيف معرض للسقوط، فوجب ألا يملك]^(٢) التصرف فيه [لضعفه]^(٣) كملكه [للمكاتب]^(٤)، وإن قلنا: إن ملكه موقوف، فلأنه إذا لم يملكه مع القول بأن الملك له في الحال لضعفه^(٥)، فلأن لا يملكه وهو يجهل حصول الملك له كان أولى.

وأما توقفه على قبض المبيع فوجهه ما روى الإمام أحمد عن حكيم بن حزام أنه قال: قلت يا رسول الله: إني أبتاع بيوعاً، فما الذي يحل لي منها؟ وما الذي يحرم؟ فقال: إذا ابتعت بيبعا فلا تبعه حتى تقبضه.

[وفي رواية أخرى، أخرجها الترمذي وأبو داود]: «لا تبع ما ليس عندك»^(٦).

وروى أبو داود عن زيد بن ثابت، قال: نهى رسول ﷺ أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم^(٧).

وروى البيهقي بسنده عن ابن عباس أنه ﷺ كتب إلى عتاب بن أسيد، وكان قد

(١) في د: وجوب.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

(٥) في ج: ضعفه.

(٦) أخرجه أبو داود (٨٦٨/٣ - ٨٦٩) كتاب البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث (٣٥٠٣)، والترمذي (٥٣٤/٣) كتاب البيوع، باب: كراهية بيع ما ليس عندك، حديث (١٢٣٢)، والنسائي (٢٨٩/٧) كتاب البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع، وابن ماجه (٢/٧٣٧) كتاب التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك، حديث (٢١٧٨)، وأحمد (٣/٤٠٢، ٤٣٤)، وابن الجارود رقم (٦٠٢)، والبيهقي (٣١٧/٥) كتاب البيوع، باب: ما ورد في كراهية التبايع بالعينة، والطبراني في الصغير (٤/٢) من حديث حكيم بن حزام.

(٧) أخرجه أبو داود (٣٠٤/٢)، كتاب البيوع، باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفي حديث (٣٤٩٩)، وأحمد (١٩١/٥)، وابن حبان (١١٢٠ - موارد)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٨/٤، ٣٩)، والدارقطني (١٣/٣)، كتاب البيوع، باب: قبض ما ابتاعه جزافاً بالنقل والتحويل إذا كان مثله ينقل، من طريق ابن إسحاق حدثني أبو الزناد عن عبيد بن حنين عن ابن عمر عن زيد بن ثابت به وصححه الحاكم وابن حبان. وقال صاحب التنقيح: سنده جيد كما في التعليق المغني (١٣/٣)، وقال النووي في المجموع (٣٢٨/٩) رواه أبو داود بإسناد صحيح.

ولاه مكة: «انهم عن بيع ما لم يقبضوا، وبيع ما لم يضمنا»^(١).
 واختلف الأصحاب في تعليل المنع بماذا؟ على وجهين: نذكرهما مع ما يظهر من
 فائدتهما في الباب الثاني، إن شاء الله تعالى.

وفي «المهذب» وغيره وراء ما ذكرناه حكاية وجهين آخرين:
 أحدهما: أنه إن باع بإذن البائع صح إن قلنا: إن الملك له؛ لأن المنع من التصرف
 لحق البائع فزال بإذنه، وكذلك حكاها في «الشامل» أيضًا وقال: إن العقد يلزم على
 الوجهين جميعًا.

وقياس ما سنذكره من الخلاف في أن التصرف المردود، هل يبطل الخيار أن
 يجري هاهنا؟ وهذا^(٢) الوجه لم يحك الفوراني سواه، لكنه لم يفرعه على قول
 الملك، بل أطلق القول به، وكذلك حكاها الرافعي مع الأول من غير تفريع على قول
 الملك وصححه، وبه جزم الماوردي أيضًا.

والثاني عن الإصطخري: أن البيع يصح إن قلنا: إن الملك له، وإن لم يأذن له
 البائع، وللبيع الخيار فإن فسخ بطل تصرف المشتري.
 ووجهه بأن تصرفه صادف ملكه الذي ثبت فيه للغير حق الانتزاع، فأشبهه ما إذا
 اشترى شقصًا في شفعة فباعه.

والذي يقتضيه إيراد الشيخ ترجيح عدم الصحة، وإن أذن فيه البائع، فإنه علق ملك
 التصرف على القبض، وعلى انقطاع الخيار، وبالإذن له في البيع لا يظهر أنه ينقطع
 خياره، كما لا يبطل حق الوثيقة في الرهن بإذن المرتهن للراهن في البيع ما لم يوجد
 البيع.

وإذا لم ينقطع الخيار فالملك غير تام؛ فلذلك لم يصح البيع، ويخالف الرهن فإنه
 يصح بيعه؛ لأن الملك فيه تام، وإنما امتنع التصرف لمحض^(٣) حق المرتهن وقد أذن،
 وقد يقال: إن الإذن في البيع يبطل الخيار، لأنه يسقط بمثل ذلك في قول أحدهما

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٣/٥) من طريق يحيى بن صالح عن إسماعيل بن أمية
 عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس به. وقال البيهقي: تفرد به يحيى بن صالح الأيلي وهو
 منكر بهذا الإسناد.

(٢) في ج: ولا.

(٣) في د: بمحض.

للآخر: اختر، فيقوم الإذن مقام قوله: اختر.

والفرق بين المشتري هاهنا وبين مشتري الشقص المشفوع: أن الشفيع لا يرفع ملك المشتري، وإنما يقرره ويقطعه، وذلك يدل على قوته؛ فلذلك صح تصرفه، وإن لم يأذن والبائع هاهنا إذا أخذ المبيع رفع ملك المشتري إما من أصله أو من حينه على اختلاف الطريقتين، وذلك يدل على ضعفه فانقطع الإلحاق.

واعلم أن تعميم الشيخ المنع يدل على أنه لا فرق^(١) عنده في التصرف قبل انقضاء الخيار، وقبل القبض بين أن يكون مع البائع أو غيره، والمشهور فيما إذا باعه من البائع في زمن الخيار صحة البيع، وهو اختيار ابن سريج؛ لأن صدوره منهما رضا بلزوم الأول كما لو تخايرا.

وقال الماوردي في أواخر^(٢) باب الربا: هذا غير صحيح؛ لأن العقد الأول لم يستقر بالافتراق ولا بالتخاير، وما ذكر من التعليل فغلط، والفرق بينه وبين التخاير: أنهما إذا اختارا الإمضاء فقد رضي كل واحد منهما بإقرار^(٣) ملك صاحبه على ما انتقل إليه، فاستقر بذلك الملك.

وإذا اتفقا^(٤) على البيع الثاني^(٥) فكل واحد منهما لم يرض باستقرار ملك [صاحبه على ما انتقل إليه، فلم يستقر بذلك الملك، فكان حكم التخاير والبيع مختلفًا، فلم يجز أن يكون في لزوم العقد متفقا]^(٦).

وعن صاحب «التقريب»: أنه مبني على أن الخيار هل يمنع انتقال الملك؟ إن قلنا: يمنع لا يصح.

وحكى الإمام عن شيخه الخلاف في صحة البيع أيضًا.

ووجه المنع بأن المشتري لا يجوز له الانفراد بالبيع، فإذا ابتدأ بالإيجاب^(٧) بطل، والقبول يترتب عليه. ثم قال: وما ذكره يقتضي ترددا في صحة بيع المرهون من المرتهن من غير تقديم فك الرهن، والذي أقطع به نقلا جواز البيع.

وفي «الوسيط» عند الكلام في التولية: حكاية خلاف فيما إذا باع المبيع من البائع

(٢) في د: آخر.

(٤) في ج: انقضى.

(٦) سقط في د.

(١) زاد في ج: بين.

(٣) في د: باستقرار.

(٥) في د: التالي.

(٧) في ج: الإيجاب.

قبل القبض هل يصح؟ وحكاة البندنجي في باب [بيع الطعام]^(١)، وفي الرافي: أن الصحيح: عدم الصحة.

وفي «تعليق» القاضي الحسين وغيره كلام سنذكره [في الباب الثاني]^(٢) إن شاء الله تعالى.

ولا غنى بنا عن ذكر ما قاله الأصحاب في التصرف من الهبة والعتق، وغيرهما قبل انقضاء الخيار فنقول: الهبة والوقف ملحقان بالبيع فيما ذكرناه، على ما حكاه ابن الصباغ وغيره.

وفي «الحاوي»: إلحاق الوقف والتدبير بالعتق، وحكاية خلاف في الكتابة هل تلحق^(٣) بالبيع أو بالعتق؟

وأما العتق إذا صدر منه بغير إذن البائع فقد بناه العراقيون عند الإجازة، والرد على أقوال الملك فقالوا: إن تم العقد نفذ إن قلنا: إن الملك له [أو موقوف، وكذا إن قلنا: لا ملك له، وإن فسخ وقلنا: لا ملك له أو موقوف لم ينفذ، وكذا إن قلنا: إن الملك له]^(٤) على المذهب. وعن ابن سريج أنه ينفذ إذا كان موسراً دون ما إذا كان معسراً كعتق المرهون.

وحكى الرافي: أن من الأصحاب من أطلق الحكاية عنه بنفوذه من غير تقييد باليسار.

فإن قلنا: يعتق، فهل يرجع البائع بالثمن أو بالقيمة؟ فيه وجهان، عن ابن سريج أيضاً، وإن كان العتق قد صدر بإذن البائع نفذ، ولم يحكوا فيه خلافاً، وكان يتجه أن يخرج على أقوال الملك والممكن في توجيهه أن يقال: البائع بالإذن له [فيه]^(٥) مبطلا لخيار نفسه، كما هو مبطل له بقوله له اختر على المذهب، وإذا كان كذلك فقد انفرد المشتري بالخيار، فينفذ عتقه كما لو كان الخيار له وحده ابتداءً، فإنه ينفذ عتقه على ما سيأتي.

ولكن يلزم على هذا إن كان هذا هو المأخذ أن يصح بيعه أيضاً إذا أذن له فيه جزماً، كما حكيناه عن الفوراني، وقد حكينا عنهم إجراء خلاف فيه.

(٢) سقط في د.

(٤) سقط في د.

(١) في د: الإطعام.

(٣) في ج: تلتحق.

(٥) سقط في د.

ويمكن أن يفرق بأن العتق للشارع تَشَوُّفٌ إلى تحصيله؛ ولذلك لو قال لغيره: أعتق عبدك عني، صح منه هذا الاستدعاء، وإذا أعتقه عنه قدرنا انتقال الملك في المعتق إلى المستدعي قبيل العتق حتى يقع العتق في ملكه، وإذا صح مثل^(١) ذلك ولم يجر سبب يقتضي نقل الملك، فمع وجود الملك أو سببه أولى، وليس هذا الحكم ثابتا لغير العتق.

وسلك الغزالي في العبارة عن التصرف طريقًا آخر، فقال: إذا صدر العتق من المشتري لا بإذن البائع، فإن قلنا: لا ملك له لم ينفذ.

وإن قلنا: الملك له، فوجهان يقربان من القولين في عتق الراهن.

فإن قلنا: ينفذ - وهو ما جزم به المتولي - قال الغزالي: فالظاهر أنه لا يبطل خيار البائع، ولكن في فائدته وجهان: [أحدهما]: يفسخ العقد ويرجع إلى القيمة؛ إذ العتق لا مرد له.

والثاني: أن له رد العتق، وكأنه نفذ بشرط أن لا يرد.

وقيل: إن خيار البائع يبطل، والبيع كالعتق، وفي محل الخلاف يترتب عليه، وأولى بالأداء ينفذ وإن نفذ فلا يتجه إبطال خيار البائع، بل يتعين أن يتسلط على فسخ البيع إن شاء؛ إذ البيع يحتمل الرد.

وإن قلنا: لا ينفذ العتق والبيع، أي إما لعدم الملك، أو مع وجوده لرعاية حق الغير على ما صرح به الإمام، [ومجلي]^(٢).

قال: فهل ينفذ بإجازة البائع، أي: العقد وإلزامه التصرف؟

قال: أما البيع فلا؛ فإنه لا يقبل الوقف، وفي العتق خلاف.

فإن قلنا: ينفذ فيستند إلى وقت العتق، أو من وقت الإجازة^(٣)؟ فيه وجهان: هذا آخر كلامه.

وبنى القاضي الحسين في التعليق الخلاف: في أن العتق هل ينفذ عند الإجازة على القولين في عتق الراهن؛ إذا رد وانفك الرهن هل ينفذ؟ ثم قال: والصحيح هاهنا أنه لا ينفذ.

(٣) زاد في ج: فهل ينفذ.

(٢) سقط في د.

(١) في ج: قبل.

والفرق بينه وبين الرهن، أن عتق الراهن صادف ملكه، وهاهنا العتق صادف ملك الغير وهذا منه يدل على أنا إذا منعنا العتق مع القول بأنه على ملكه، يكون الصحيح عند الإجازة نفوذ العتق، وهو ما جزم به العراقيون على ما حكيناه.

ثم جميع ما ذكرناه أولاً وآخرًا فيما إذا كان الخيار للبائع وحده أو لهما، أما إذا كان الخيار للمشتري وحده فالذي حكاه الإمام والغزالي، والرافعي: القطع بنفوذ العتق؛ لأنه إذا لم يكن ملكه كان إجازة للعقد، وهو ينفرد بها، والبيع عند الغزالي في هذه الحالة كالعتق - كما حكيناه عنه - وحكاه^(١) الإمام أيضًا عن الإمام، وكأنه يشير إلى والده، وبناءه الفوراني على أقوال الملك أيضًا، [فقال]^(٢) : إن قلنا: إن الملك للبائع لم يصح.

وإن قلنا: إنه للمشتري ففي صحته وجهان: والأصح الصحة؛ ولذلك حكى الإمام هذا البناء أيضًا، وقال عقبيه: ما ذكره الإمام أفقه، وهو الظاهر أيضًا من حيث أن الفوراني جزم بصحة البيع عند وجود الإذن، وذلك الجزم عند الانفراد بالخيار أولى.

فائدة: تقييد الشيخ - رضي الله عنه - عدم ملك المشتري للتصرف في المبيع، يعرفك أن تصرفه في الثمن مغاير له، وكذا تقييده في المسألة الثانية منع تصرف البائع في الثمن المعين يعرفك أن تصرفه في المبيع مغاير له، والحكم في تصرف المشتري في الثمن، حكم تصرف البائع في المبيع، فليقتصر على الكلام في أحدهما، وهو تصرف البائع في المبيع فإنه المشهور على ألسنة الفقهاء.

ونقول: تصرف البائع في المبيع في زمن الخيار بالعتق نافذ على الأصح، إذا كان الخيار له أو لهما؛ لأنه فسخ للعقد، وهو مستقل به.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أنا إذا قلنا: إن الملك للمشتري لا ينفذ، وحكاه مجلي عن القاضي الحسين، وخص محله بما إذا قلنا: إن عتق^(٣) المشتري ينفذ. وتصرفه بالوطاء فسخ على الأصح.

وقيل: لا، وقيل: إنما يكون فسخًا إذا نوى به الفسخ، وهو حلال له على كل قول عند الشيخ أبي محمد وعند غيره، إن جعلنا الملك له.

(٣) في د: الإعتاق.

(٢) سقط في د.

(١) في د: وحكى.

وإن لم نجعله له، فوجهان.

وقيل: إن لم يجعل الملك له فهو حرام، وإن جعلناه له فوجهان.

وظاهر المذهب الحل^(١) إن جعلنا الملك له، والتحرير إن نفينا عنه.

ويخالف وطء المشتري حيث جزم فيه بالتحريم، على كل قول، إذا كان الخيار لهما أو للبائع لأننا قلنا: لا ملك له، فلعدم الملك، وإن قلنا: إن الملك له فلضعفه، كملك المكاتب، أما إذا كان له وحده، فهو كوطء البائع، وعلى كل حال لو وطأ لم يجب عليه الحد، ويكون الولد حرًا نسيبًا، والحكم في قيمته وفي المهر حكم الكسب.

وهل يثبت به الاستيلاء؟

إن قلنا: إن الملك للبائع، فلا.

وإن قلنا: إنه له^(٢) فوجهان مرتبان على عتقه، وأولى بالنفوذ، وقيل: عكسه.

قال الإمام: ولا يبعد استواءهما^(٣)؛ لتقابل الجهتين.

فإن لم ينفذ في الحال، وتم البيع، أو فسخ، ثم ملكها يومًا، كان في ثبوت

الاستيلاء قولان: محل ذكرهما باب عتق أم الولد.

واعلم أن إطلاق الأئمة أن وطء المشتري حلال، إذا كان الخيار له وحده،

[فيه]^(٤) نظر من حيث إنا إذا حكمنا بأن الملك للبائع، [لم يحصل الاستبراء في زمن

الخيار، فكيف يحسن إطلاق القول بأنه حلال، وكذلك إذا قلنا: إن الملك]^(٥) له ولم

نجعل الاستبراء يحصل في زمن الخيار.

ويمكن أن يجاب عن ذلك: بأن مرادهم حله بالنسبة إلى الملك لا بالنسبة إلى أمر

آخر.

وتصرفه بالبيع نافذ على أصح الوجهين، إن جعلناه فسحًا، وهو الصحيح، وإن لم

نجعله فسحًا لم ينفذ وجهاً واحداً.

ويجري [في]^(٦) مثل هذا الخلاف في الإجارة والتزويج، وكذا في الرهن، والهبة

(٢) قوله: «له»، يعني: للمشتري.

(٤) سقط في ج.

(٦) سقط في د.

(١) في ج: الحلال.

(٣) في ج: إثباتهما.

(٥) سقط في د.

إن اتصل بهما القبض.

وفي «الحاوي»: الحزم بصحة الجميع، وجعله فسخا. وهل يكون العرض على البيع أو على التوكيل فيه فسخا؛ إن جعلنا البيع فسخا؟ فيه وجهان، كالوجهين في القبلة والمباشرة بالشهوة، إذا جعلنا الوطاء فسخا. أما إذا كان الخيار للمشتري وحده، لم ينفذ من تصرفات البائع ما عدا العتق على كل قول.

وكذا العتق إن قلنا: لا ملك له أو موقوف، وأجيز العقد. وإن قلنا: إن الملك له؛ ففي نفوذه قولان كما في عتق المرهون، والظاهر أنه لا ينفذ.

[والفرق]^(١): أن الراهن إذا نفذ^(٢) عتقه غرم^(٣) القيمة فتقوم مقامه، وهاهنا لا يغرم القيمة، وإنما يسقط حق المشتري عنه بالكلية، ويرد إليه ما بذله.

فرعان:

أحدهما: إذا اشترى عبداً بجارية، والخيار لهما، فأعتقتهما معاً، عتقت الجارية دون العبد على الأصح، وفيه وجه: أن المعتق العبد دونها، تفرعاً على قولنا: إن عتق المشتري نافذ.

وإن كان الخيار للمشتري وحده لم يعتق أيضاً، وفيمن يعتق منهما؟ وجهان:

أحدهما - وهو ما أورده ابن الصباغ -: الجارية.

وأصحهما - وبه أجاب ابن الحداد -: العبد.

قال الشيخ أبو علي: وهما مبنيان على انتقال الملك.

فإن قلنا: بانتقاله عتق العبد، وإلا فالجارية.

وحكي وجه: أنه لا يعتق واحد منهما، وحكم المشتري إذا أعتقتهما، والحالة هذه

حكم البائع.

الثاني: التصرف الصادر من المشتري في زمن الخيار، هل يجعل إجازة؟

فيه وجهان:

(٣) في د: فغرم.

(٢) في ج: ظهر.

(١) سقط في د.

[أصحهما]^(١) - وبه قال الإصطخري -: نعم.

والثاني - حكاه الرافعي عن أبي إسحاق -: لا، وحكى^(٢) عنه المحاملي في المجموع: أن التصرف الذي يمنع الرد [بالعيب]^(٣) [كالعتق والإحبال يقطع خياره، دون التصرف الذي لا يمنع الرد بالعيب]^(٤)، ولا تتلف به العين كالوطء والإجارة، وما أشبه ذلك فإنه لا يقطعه، وفي «الحاوي»: أن خيار الشرط ينقطع به.

وأما خيار المجلس: فإن أجاز البائع العقد على الفور كان ذلك اختياراً منهما، وإن لم يجزه على الفور، فإن كان ذلك التصرف عتقاً، أو وقفاً، أو تديراً، كان ذلك إجازة من جانبه، وخيار البائع باق بحاله، وإن كان بيعاً أو إجارة فالذي ذهب إليه البغداديون أن يكون قاطعاً لخياره [أيضاً، والذي اختاره البصريون - وهو الصحيح - ألا يكون قاطعاً لخياره]^(٥).

قال: ولا ينفذ تصرف البائع في الثمن إذا^(٦) كان معيناً - حتى ينقطع خيار المشتري ويقبض الثمن؛ كما ذكرنا في تصرف المشتري في المبيع، إذ هو مشتر له، كما أن المشتري مشتر للمبيع.

قال: وإن كان في الذمة لم ينفذ تصرفه فيه قبل انقطاع^(٧) الخيار - لما مر [فيما إذا كان]^(٨) عينا - وهل يجوز قبل قبضه؟ فيه قولان: أصحهما: أنه يجوز لأنه يؤمن انفساخ العقد فيه بتلفه فأشبه المبيع المقبوض، وهذا هو الجديد.

والثاني: لا يجوز، وهو الأصح في «تعلق» القاضي الحسين في كتاب الهبة. وفي الجيلي: أنه الأصح - في المحرر - لمطلق النهي عن بيع ما لم يقبض؛ ولأنه عوض في معاوضة، فلا يجوز بيعه قبل قبضه كالمثمن.

قال المتولي: والفرق على الأول أن المثمن [لا يستقر في الذمة إلا بالقبض، ولهذا لو انقطع المسلم فيه، كان له تأثير في العقد بفسخ أو انفساخ، والثمن مما]^(٩) يستقر في الذمة من غير قبض بدليل أن جنس الثمن إذا انقطع [من]^(١٠) أيدي الناس لا

(٢) في د: وحكاه.

(٤) سقط في د.

(٦) في التنبيه: إن.

(٨) في د: فيهما إذا كانا.

(١٠) في د: عن.

(١) سقط في د.

(٣) في د: من العيب

(٥) سقط في د.

(٧) في ج، د: انقضاء.

(٩) سقط في د.

ينفسخ العقد، وما قاله ممنوع فإن الإمام قال في كتاب التفليس: إنا إن لم نجوز
الاعتياض عن الثمن، كان حكمه حكم المسلم فيه.

وسنذكر ذلك عن الرافعي في الباب الثاني عند الكلام في الثمن.
وفي الجيلي: أن بعضهم بنى الخلاف في المسألة على أن العلة في منع بيع المبيع
قبل قبضه، ماذا؟

فإن قلنا: ضعف الملك، لم يجر هاهنا؛ لوجوده فيما في الذمة.
وإن قلنا: توالى الضامنين، فيجوز هاهنا، إذ لا توالى.
وهذا البناء ضعيف؛ لأن اختيار العراقيين من العلتين العلة الأولى على ما حكاها
مجلي.

ومقتضى ذلك - لو صح البناء - أن يكون الصحيح عندهم عدم الصحة، وقد قال
الشيخ خلافه.

واستدل ابن يونس على القول الثاني بأنه لا يؤمن [انفساخ] العقد فيه، بهلاك
المبيع فأشبهه المبيع قبل القبض، وهذا يوهم أمرين:

أحدهما: أن محل الخلاف ما إذا كان المبيع لم يقبض، أما إذا كان قد قبض
[فيجوز وجها واحدا، وليس كذلك بل المنقول في الزوائد عن العدة: أن بعض
الأصحاب خص محل الخلاف بما إذا كان المبيع قد قبض^(١)]، أما إذا لم يقبض فلا
يجوز [وجها] واحدا، ومنهم من لم يفرق بينهما، وهو قضية ما في «التهذيب» فإنه
قال: لا فرق في ذلك بين أن يكون بعد قبض المبيع أو قبله، وما أفهمه كلام
ابن يونس يوافقه ما حكاها ابن الصباغ والبندنجي [وغيرهما]^(٢) في «باب الهبة» أن
الشافعي ذكر في كتاب الشروط: أنه يجوز بيع الدين المستقر وهبته من غير من هو
عليه، وأنه قال في الرهن: لا يجوز رهنه.

وأن من الأصحاب من قال بعدم صحة البيع، والهبة والرهن، والثمن إذا قبض
مقابله صار مستقراً فاندرج تحت هذا الإطلاق.

الثاني: أن كلا من الثمن المعين والمثمن لا يجوز بيعه بعد قبضه ما لم يقبض

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

مقابله؛ لأنه لا يؤمن انفساخ العقد فيه إذا لم يقبض مقابله بتلفه، وليس كذلك، بل المنقول عن ابن سريج وفي «الحاوي» وغيره: صحة بيع المقبوض وإن لم يقبض مقابله، وعليه يدل كلام الشيخ حيث عنى التصرف بوجود القبض في المبيع، والتمن وانقضاء الخيار.

تنبيه: المراد بالتصرف هاهنا -أيضاً- البيع؛ لأن ما في الذمة يتصرف فيه بالإبراء، وهو قبل القبض جائز، بل لا يتصور إلا كذلك وفي زمن الخيار إما ألا يصح أو يصح، وفيه تفصيل نذكره في باب المرابحة ولا يجوز التصرف فيه بالهبة والرهن على المذهب - كما سنذكره.

وكذا لا يجوز أن يقارض عليه سواء كان العامل الذي عليه الدين أو غيره.

والحوالة: إن قلنا: إنها استيفاء فتكون نفس القبض، وإن قلنا: إنها معاوضة [فهي كالبيع]^(١) وغير ذلك إما في معنى البيع، أو لا يتصور؛ فتعين ما ذكرناه، فإن قيل: هل الخلاف في جواز بيعه من غير المشتري أو من المشتري؟ قلنا: ظاهر كلام الشيخ يدل على أنه لا فرق بينهما، ويعضده حكاية الخلاف في بيع نجوم الكتابة وما قررناه من كلام ابن الصباغ في كتاب الهبة، والمذكور في طريقة المراوزة: الاختلاف في جواز بيعه من المشتري، وعبروا^(٢) عن ذلك بالاستبدال عنه، وأثبتته الإمام أقوالاً، والغزالي وجوهاً ثلاثة:

أحدها: المنع، قياساً على التمن^(٣).

والثاني: الجواز؛ لما روى أبو داود عن ابن عمر أنه قال: قلت: يا رسول الله، إنني أبيع الإبل بالبيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير؟ فقال ﷺ: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء»^(٤).

وفي رواية: كنت أبيع الذهب بالفضة، والفضة بالذهب، فأتيت رسول الله ﷺ فقال: «إذا بعت صاحبك فلا تفارقه وبينك وبينه لبس»^(٥).

(١) في د: فهو كالمبيع. (٢) في ج: وعزوا. (٣) في د: التمن.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٧٠/٢) كتاب البيوع، باب: في اقتضاء الذهب من الورق (٣٣٥٤)،

(٣٣٥٥) من طريق سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، وإسناده حسن.

(٥) أخرجه النسائي (٧/٢٨٢) كتاب البيوت، باب: أخذ الورق من الذهب والذهب من الورق

وذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر ابن عمر فيه، من الطريق السابق.

قال الغزالي: والقائل الأول يحمل الحديث على جريانه في مجلس العقد، فيكون تغييراً للعقد في وقت الجواز.

ومن هذا التعليل يؤخذ أن إطلاق الشيخ في «المهذب» وابن الصباغ: هاهنا القولين في جواز بيعه - محمول على ما إذا كان من المشتري؛ لأنهما استدلا لقول الجواز بالحديث وهو لا يدل على جواز بيعه من غير المشتري؛ لما في ذلك من المعنى المذكور. وهذا القول نسبة المتولي إلى الجديد، وبه قطع القاضي أبو حامد وأبو الحسين، والأول إلى القديم.

والفرق على الأول بينه وبين المثلث^(١) أن المقصود بالثلث المالية منه، والاستبدال^(٢) يديم المالية وحكمها، والمثلث^(٣) القصد منه العين؛ كسائر الأعيان. قال الإمام: وهذا الفرق ضعيف في القياس.

والثالث: أنه يستبدل أحد التقدين بالآخر^(٤)، للحديث، ولا يستبدل سائر الأجناس عنهما للقياس.

قال الغزالي: [وهذا عدل]^(٥)، ومحلّه إذا لم يكن الثمن مؤجلاً، أو مؤجلاً ولا اشتراك في علة الربا بينه وبين الثاني، أو كان مشتركاً لكنهما جنسان كالذهب والفضة. أما لو اتحد الجنس كالطعام عن الطعام لم يجز.

وهذا ما حكاه القاضي الحسين في باب بيع الطعام.

وقال البندنجي قبيل باب المصراة: قال الشيخ - يعني: أبا حامد - وعندي يجوز؛ لأنه إذا قبض منه الطعام بما له في ذمته، برئت ذمة من عليه الطعام منه، وكيف يبقى في ذمته إلى أجل؟

وفي «الحاوي» في الفروع المذكورة في آخر الربا: الجزم بأن ما^(٦) في الذمة إذا كان مؤجلاً لم يجز أخذ البدل عنه، وإن لم يكن من مال الربا؛ لأن المؤجل لا يملك المطالبة به^(٧) فلم يجز المعاوضة عنه، ويظهر لي أن يكون ما قاله الشيخ أبو حامد

(١) في د: المثلث. (٢) في د: الاستدلال. (٣) في د: الثلث.

(٤) في ج، د: عن الآخر. (٥) في د: عدل. (٦) في ج: ماله.

(٧) قوله: ويجوز الاستبدال عن الثمن على الجديد. ثم قال: ومحلّه إذا لم يكن الثمن مؤجلاً، أو كان ولكن لا اشتراك في علة الربا بينه وبين الثاني، أو كان مشتركاً لكنهما جنسان كالذهب والفضة، أما لو اتحد الجنس كالطعام عن الطعام لم يجز، وهذا ما حكاه القاضي الحسين في باب بيع الطعام. هذا كلامه، ثم نقل عن الشيخ أبي حامد جواز ما منعه القاضي، وعن =

مستمداً من تغليب شائبة الاستيفاء.

واعلم أنه يتفرع على الخلاف ما إذا باع بغير النقدين في الذمة، فجواز الاستبدال عنه ينبغي على أن الثمن ماذا؟ وفيه ثلاثة أوجه يحتاج إلى ذكرها:

أحدها: أنه ما التصق به بآء الثمين، ويحكى عن القفال.

والثاني: أنه النقدان لا غير، والمثمن^(١) ما يقابلهما، على اختلاف الوجهين، وهذا الوجه ما دل عليه كلام الشيخ، وابن الصباغ في باب السلم حيث قالوا: يجوز السلم في الأثمان.

والثالث - وهو الأصح - أن الثمن [هو النقد، والمثمن]^(٢) ما يقابله، فإن لم يكن في العقد نقد أو كان العوضان نقدين، فالثمن ما اتصل به الباء والمثمن ما يقابله. فإن قلنا بالوجه الأول فيجوز الاستبدال عنه كالنقدين، وادعى في «التهذيب» أنه المذهب. وإن قلنا بغيره، فلا يجوز^(٣).

= الماوردي منع الاستبدال عن المؤجل مطلقاً؛ لأنه لا يملك المطالبة به. إذا علمت ذلك فحاصل ما حكاه عن القاضي: أنه يمتنع استبدال الطعام عن الطعام المؤجل إذا كانا من جنس واحد، فإن كانا من جنسين كالقمح عن الشعير لم يمتنع، وهو خلاف ما ذكره القاضي؛ فإن الذي ذكره أن المؤجل إن لم يكن طعاماً جاز، وإن كان طعاماً فباعه بطعام لم يجز، وإن باعه بغيره جاز إذا تقابضا، وحاصله: منع بيعه بطعام آخر، ولم يشترط فيه أن يكون من الجنس، ومأخذه أنه بيع للربوي الحال بالمؤجل، وقبض المؤجل إذا بيع والحالة هذه إنما هو قبض حكمي، وذلك لا يكفي في الربويات كما أوضحوه في بابه، بل يتعين حمل كلام القاضي على أنه من غير الجنس؛ لأنه إذا كان بجنسه ونوعه كان أخذ الحال عن المؤجل تعجيلاً للمؤجل، وليس باعتياض كما جزم به الرافعي هنا. وهذا التقرير لكلام القاضي هو الصواب المطابق لما ذكره، وقد قرره المصنف كذلك في «شرح الوسيط» على خلاف ما قرره هنا، ونقل فيه عن نص الشافعي ما قاله القاضي من التفصيل، وينبغي إذا كان المؤجل نقداً فباعه بنقد أن يكون كالطعام بالطعام عند القاضي. [أ. و].

(١) في د: والثمن.

(٢) سقط في د.

(٣) قوله: وفي الثمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه ما التصق به الباء.

والثاني: أنه النقدان لا غير، والمثمن ما يقابلهما على اختلاف الوجهين.

والثالث - وهو الأصح - أن الثمن هو النقد، والمثمن: ما يقابله.

فإن لم يكن في العقد نقد، أو كان العوضان نقدين - فالثمن: ما اتصلت به الباء، والمثمن: ما يقابله، فإذا باع بغير النقدين في الذمة: فإن قلنا بالوجه الأول فيجوز الاستبدال عنه كالنقدين، وإن قلنا بغيره فلا يجوز. انتهى ملخصاً.

= وما ذكره من أنا إذا فرعنا على جواز الاستبدال عن الثمن: أنه يجوز الاستبدال هذا على الوجه

ويظهر الاختلاف^(١) في أن الثمن ماذا؟ فوائد آخر:
 منها: إذا كان العوضان [نقدين فعلى الأول لا بيع^(٢)، فيجري في جواز الاستبدال
 عن كل منهما الخلاف المذكور^(٣).
 ومنها: إذا كان العوضان^(٤) عرضين فلا يجوز على الثاني الاستبدال عن واحد
 منهما وجهاً واحداً^(٥).

ومنها: لو قال: بعثك هذه الدراهم بهذا العبد، فعلى الثاني والثالث في صحة
 العقد خلاف كالسلم في الدراهم.

قال: ولا يدخل المبيع في ضمان المشتري إلا بالقبض [أي للمبيع]^(٦) خلافاً
 لأبي ثور، أما دخوله بالقبض؛ فلائنه لا غاية بعده تنتظر، وأما عدم دخوله في ضمانه
 قبله؛ فلائنه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض، وبيع ما لم يضمن^(٧)، فأخبر أن بيع

= الأول، فواضح؛ لأنه الثمن عند هذا القائل؛ فإن الباء قد التصقت به. وأما منعه الاستبدال على
 الوجهين الأخيرين فصحيح بالنسبة إلى الوجه الثاني، وهو القائل بأن الثمن هو النقدان لا غير،
 وأما بالنسبة إلى الوجه الثالث فلا؛ بل حكمه حكم الوجه الأول؛ لالتصاق الباء - أيضاً - وهو
 واضح. [أ و].

(١) في ج: للاختلاف. (٢) في ج: المبيع.

(٣) قوله - في المسألة أيضاً-: ويظهر للاختلاف في أن الثمن ماذا، فوائد آخر، منها: إذا كان
 العوضان نقدين، فعلى الأول: لا يمتنع فيجري في جواز الاستبدال عن كل منهما الخلاف
 المذكور. انتهى كلامه.
 فيه أمران:

أحدهما: أن الوجه الأول السابق في كلامه هو أن الثمن ما دخلت عليه الباء، وما لم تدخل عليه
 يكون مبيعاً، وحيثئذ فيكون نفي المبيع في المسألة المذكورة إنما هو على الوجه الثاني لا على
 الوجه الأول، فانعكس على المصنف.

الأمر الثاني: أن ما ذكره من حكاية الخلاف في هذه المسألة لم ينقله عن أحد، ولم أفق عليه
 لغيره، وهو فاسد؛ لأن هذا مصارفة، والمعتبر في الصرف هو القبض الحقيقي؛ ولهذا جزم
 الماوردي بمنع الإبراء منه، وقد جزم به المصنف - أيضاً - في آخر باب الربا. [أ و].

(٤) سقط في د.

(٥) قوله: ومنها: إذا كان العوضان عرضين؛ فلا يجوز على الثاني الاستبدال عن واحد منهما
 وجهاً واحداً. انتهى.

وما ادعاه من نفي الخلاف إذا قلنا: إن الثمن هو النقدان لا غير، باطل؛ وذلك لأن مثل هذا العقد
 ليس سلماً على الصحيح، بل بيعاً تثبت فيه أحكامه، غير أن المبيع فيه دين، ولنا في بيع المبيع من
 بائنه قبل القبض خلاف مشهور، وهذا فرض منه. [أ و].

(٦) سقط في د. (٧) تقدم تخريجه.

ما لم يقبض غير مضمون فممنع من طلب الربح فيه، وقال عليه السلام: «أرأيت لو منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟»^(١)، فممنع من المطالبة بالثمن لتلف الثمرة قبل القبض، ونبه به على [كل]^(٢) مبيع تلف قبل القبض.

ولأنه لو دخل في ضمانه قبله؛ لكان حال البائع فيه كما بعد القبض، وليس كذلك؛ فإن ما يحدث بالمبيع من عيب قبل القبض يستحق المشتري به الفسخ، هكذا أورده الماوردي، وفي الثاني دلالة على أن ما ذكره متفق عليه، وإلا لم يحسن التمسك به. والمراد بالدخول في الضمان بالقبض: أن المبيع لو تعيب لم يثبت له بسببه فسخ، ولو تلف لا يفسخ العقد، وإن كان في مدة الخيار، كما ستعرفه من بعد؛ هذا هو المشهور.

وفي «الحاوي» [عند الكلام في الجائحة]^(٣) أن ابن أبي هريرة قال: المقبوض في خيار الثلاث يستحق رده بما يحدث من العيوب في زمن الخيار، وإن كان القبض تامًا، وأبدى من عند نفسه منع ذلك.

واعلم أن الشيخ ذكر هذا الفصل؛ لأمرين:

أحدهما: الاحتراز عن مذهب من صار إلى دخوله في ضمانه بمجرد العقد، وهو الإمام مالك على ما حكاه المتولي، والبخوي أيضًا، وعن أبي ثور. وخصص ابن الصباغ محل الخلاف^(٤)، بما إذا لم يكن المبيع مكيلًا، ولا موزونًا، ولا معدودًا، وأن الإمام أحمد وافقه. وحكى المتولي وغيره عنه أنه استدل بقوله عليه السلام: «الخراج بالضمان»^(٥)،

(١) أخرجه البخاري (١٤٤/٥) كتاب البيوع، باب: إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٨)، مسلم (٣/١١٩٠) كتاب المساقاة، باب: وضع الحوائج (١٥/١٥٥٥)، النسائي (٧/٢٦٤) كتاب البيوع، باب: شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

(٢) سقط في ج. (٣) سقط في د. (٤) في ج: خلافه.

(٥) أخرجه أبو داود (٣/٢٨٤)، كتاب البيوع، باب: فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، حديث (٣٥٠٨)، والترمذي (٣/٥٧٢، ٥٧٣)، كتاب البيوع: باب: كما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا حديث (١٢٨٥)، والنسائي (٧/٢٥٤)، كتاب البيوع، باب: الخراج بالضمان، حديث (٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢/٧٥٣، ٧٥٤)، كتاب التجارات، باب: الخراج بالضمان حديث (٢٢٤٢)، وأحمد (٦/٤٩، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧)، وعبد الرزاق (١٤٧٧٧)، والطيالسي (١/٢٦٧ - منحة) رقم (١٣٤٧)، وأبو يعلى (٨/٣٠) رقم (٤٥٣٧)، وابن حبان (١١٢٥ - موارد)، والدارقطني (٣/٥٣) رقم (٢١٤)، والطحطاوي في شرح معاني الآثار (٤/ =

ومعناه: خراج الشيء وفوائده [لمن الشيء في ضمانه]^(١) وفوائد المبيع للمشتري؛ فوجب أن يكون من ضمانه.

وأجيب عن ذلك بأنه - عليه السلام - جعل الخراج بالضمان، وما جعل الضمان بالخراج؛ فدل الخبر على أن من كان الشيء من ضمانه كان الخراج له، فأما أنه يدل على أن من استحق الخراج يكون الشيء من ضمانه فلا.

قال القاضي أبو الطيب: ولأن الخبر ورد على سبب؛ لأنه روي أن رجلاً اشترى عبداً فاستعمله^(٢)، ثم وجد به عيباً فرده، فقال الراوي: قضى رسول الله ﷺ في مثل هذا أن الخراج بالضمان^(٣)، وكان ذلك بعد القبض، فلا يتناول ما قبل القبض.

الثاني: بيان أن غير القبض لا يحصل هذا الغرض، وهو الصحيح، وفي «التهذيب»: أن المشتري لو أبرأ البائع عن ضمان المبيع برأ على قول، حتى لو تلف لا يفسخ العقد، ولا يسقط الثمن.

قال: ولا يستقر ملكه عليه إلا بالقبض، والاستقرار: عبارة عن الأمن من سقوط [الملك بسبب انفساخ]^(٤) العقد لا فسخه، فإن كلا من العوضين بعد قبضه الملك فيه مستقر وإن لم يؤمن [زوال الملك]^(٥) فيه بسبب الفسخ [بالعيب]^(٦).

وقد رأيت في «تعليق» القاضي أبي الطيب في كتاب الضمان عن أبي إسحاق إشارة إلى هذا، وفي «تعليق» البندنجي في كتاب الضمان - أيضاً - أن المستقر ما لا

= (٢١)، والبيهقي (٣٢١/٥)، كتاب البيوع، باب: المشتري يجد بما اشتراه عيباً، والحاكم (٢/١٤، ١٥)، كلهم من طريق ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة به. وقال الترمذي: حسن صحيح غريب. وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. وصححه أيضاً ابن حبان. وأخرجه أبو داود (٢٨٥/٣)، كتاب البيوع، باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، حديث (٣٥١٠)، وابن ماجه (٧٥٤/٢)، كتاب التجارات، باب: الخراج بالضمان، حديث (٢٢٤٣)، والدارقطني (٥٣/٣)، والحاكم (١٥/٢)، وابن الجارود في المنتقى، رقم (٦٢٦)، كلهم من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة. وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. وقد تويع مسلم بن خالد تابعه خالد بن مهران. أخرجه الخطيب (٢٩٧/٨، ٢٩٨)، وتابعه أيضاً عمر بن علي المقدمي. وأخرجه الترمذي (٥٧٣/٣)، كتاب البيوع، باب: كما جاء فيمن يشتري العبد، حديث (١٢٨٦)، وقال: حسن صحيح غريب.

- (١) سقط في د.
 (٢) في ج: فاستغله.
 (٣) تقدم تخريجه.
 (٤) سقط في د.
 (٥) سقط في د.
 (٦) سقط في د.

يخشى سقوطه بزوال سببه، كضمن المبيع بعد قبض المبيع على وجه الصحة، والأجرة بعد انقضاء المدة، والمهر بعد الدخول، والعوض في الخلع، وقيم المتلفات، وأروش الجنائيات، وهذا وإن كان كلاماً^(١) في الدين، فيمكن أن يقاس عليه العين.

والمراد بالقبض هاهنا: قبض المقابل؛ لأن الملك قبل قبض المقابل متعرض للسقوط بتلفه وإن أفاد قبض المبيع التصرف، كما ذكرناه.

وعلى هذا التقدير يكون الشيخ بين في هذا الباب: متى ينتقل الملك في المبيع إلى المشتري؟

ومع القول بانتقاله متى يملك التصرف فيه؟ ومع ملك التصرف، بماذا يدخل في ضمانه؟ ومع الدخول في الضمان، متى يستقر؟

وهذا ترتيب حسن، ويدل على إرادته ذلك أن البندنجي صرح به فقال: إذا وقع القبض من الطرفين استقر العقد به.

وكل منهما أخذ من كلام الشيخ أبي حامد، وما ذكرناه في استقرار الأجرة باستيفاء المنافع أو تفويتها، وما ذكرناه في استقرار الصداق بالدخول، وهو قبض المقابل بعد حكاية الشيخ أنها تملك التصرف فيه بالقبض.

واعلم أنه يوجد في بعض النسخ: ولا يستقر ملكه عليه إلا بالقبض، وانقضاء الخيار. وهذه الزيادة غير محتاج إليها كما ستعرفه من بعد إن شاء الله تعالى.

قال: فإن هلك قبل القبض - أي المبيع - بأفة سماوية انفسخ البيع؛ لأنه فات التسليم المستحق بالعقد؛ فبطل كما في عقد الصرف، ثم من ضرورة الانفساخ انقلاب الملك إلى البائع؛ فإنه لو هلك ملكا للمشتري، لاستحال أن يسترد الثمن ويقضى بالانفساخ، لكن متى ينقلب إليه؟ فيه وجهان: حكاهما الفوراني:

أصحهما - وهو ما رجحه الإمام [واختاره ابن الحداد: أنه ينقلب عينا قبيل^(٢) تلفه. والثاني: أنه يستند إلى أول العقد]^(٣).

[قال الإمام:]^(٤) وحقيقة هذا؛ أنا نتبين بالأخرة أن لا عقد أصلاً؛ فيكون العقد قبل

(٢) في ج: كماً. (١)

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

القبض موقوفا على ما يتبين.

وعلى الوجهين: لو كان المبيع عبداً كانت مؤنة تجهيزه، ودفنه على البائع، وعلى القول الأول تكون الزوائد والفوائد للمشتري، لكن لو تلفت في يد البائع قبل المطالبة بها لم يضمنها؛ لأن يده عليها يد أمانة.

قال^(١) ابن الصباغ: قبيل^(٢) باب المصراة: وتكون للبائع على الثاني.

وقد قال الغزالي فيما إذا وقع الفسخ قبل القبض كلاماً يأتي مثله هاهنا، وصورته: فإن قيل: فما وجه رجوع الزوائد إلى البائع، وقد حدثت في ملك المشتري كما بعد القبض؟

قلنا: قائله تعلق بما روي أنه عليه السلام سئل عن غلة المبيع تسلم للمشتري بعد الفسخ وبعد^(٣) القبض؟

فقال: «الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ»^(٤)، أي: هو على خطر الضمان بالقبض، والغنم بالغرم، ومفهومه: أنها لا تسلم قبل القبض له.

والقائل الأول - أي: بكونها للمشتري - يتبع القياس ويقول: ذلك علة لمنع الرجوع، ذكره لقطع استبعاد السائل، وقبل القبض لا رجوع لعلة أخرى، وهو أنها حدثت على ملكه، والحكم قد يعلل بعلتين، هذا آخر كلامه.

وكثيراً ما يستشكل قوله: «[وقد]^(٥) يعلل بعلتين»؛ فإن هذا من قبيل الواحد بالنوع؛ فإن الملك في الزوائد الحاصلة قبل القبض، غير الملك في الزوائد الحادثة بعده، ولا خلاف في أن الحكم في مثل ذلك يعلل بعلتين، وإنما الخلاف في الواحد بالشخص، فما وجه الإتيان بـ «قد»؟

وجوابه: أن الملك الحاصل بعد القبض قد وجد له علتان: كونه حدث في ملكه^(٦)، وكون المبيع من ضمانه فكلامه عائد إليه، وهو واحد بالشخص؛ فاندفع الإشكال.

واعلم أن تعذر تسليم المبيع بما سنذكره، وما في معناه يقوم مقام التلف في الانفساخ، وذلك مثل أن يكون المبيع أرضاً فتغرق، أو يقع عليها صخرة لا يمكن

(٢) في د: قبل.

(٤) تقدم.

(٦) في د: ملكهم.

(١) في د: قاله.

(٣) في ج: وقبل.

(٥) سقط في د.

رفعها، أو حيواناً لم يألف الذهب، والإياب فيطير أو ينفلت^(١)، أو جامداً فيقع فيما لا يمكن استخراج منه.

وفي الرافعي حكاية وجهه في غرق الأرض، ووقوع الصخرة عليها: أن ذلك لا ينزل منزلة التلف؛ لكن يثبت له الخيار، ورجّحه.

واختلاط المبيع بمثله، هل ينزل منزلة التلف؟ فيه خلاف، وسنذكر مثله.

وأما اختلاطه بما ليس بمثل له إذا تعذر تمييزه؛ كالثوب والشاة، فالأصح: الانفساخ أيضاً.

وإباق العبد لا يقوم مقام التلف على الأصح، وكذا وقوع الجامد في الماء الذي يرجى حصوله.

وانقلاب العصير خمراً، هل يقوم مقامه؟ فيه قولان في «التتمة»، وفي «الوسيط» في كتاب الرهن: أن حكمه حكم الرهن بعد القبض، والذي ذكره في الرهن بعد القبض، أنه إذا عاد خلاً عادت وثيقة الرهن، ومساقه يقتضي أن العقد يستمر إذا عاد خلاً.

وهو ما حكاه القاضي الحسين في كتاب الرهن عن النص، وأنه يثبت له الخيار؛ لتبدل الحلاوة بالحموضة.

وفي «النهاية»: أنه يفسد العقد، ولم يعد ملك المشتري بعوده خلاً.

والفرق بينه وبين الرهن^(٢): أن الرهن عاد لبقاء ملك الراهن، وهاهنا يعود إلى ملك البائع؛ لعدم العقد فلا يصح أن يبيعه بملك المشتري، وهذا ما صححه القاضي الحسين قبيل باب بيع المصرة، ثم قال: ولو سلم الخمر إلى المشتري فصارت في يده خلا، فهل يتم البيع؟

فيه وجهان مبنيان^(٣) على ما لو غصب خمراً فتخللت في يده، فهل يجب ردها؟ تنبيه: تقييد الشيخ انفساخ العقد بتلف المبيع بما قبل القبض، يشعر بأنه إذا تلف بعد القبض لا يفسخ. وما بعد القبض فيه حالتان:

إحدهما: بعد انقضاء الخيار، والحكم ظاهر فيها.

والثانية: في زمن الخيار، والحكم فيها عند الشيخ أبي حامد كذلك.

(١) في د: يبنينان.

(٢) في ج: يتلف. (٢) الراهن.

وقد ينفرد منه فيحتاج إلى ذكر ما قيل فيه، وبه يظهر صحته، إن شاء الله تعالى. فنقول: حكى ابن الصباغ فيما إذا تلف المبيع بعد^(١) القبض في زمن الخيار، عن القاضي أبي الطيب: أن الشافعي نص في بعض كتبه: على أن البيع يفسخ، ويجب على المشتري القيمة.

وقال في كتاب الصرف^(٢): يلزمه الثمن - قال القاضي: ويحتمل أن يكون المراد بالثمن القيمة، ويحتمل أن يكون المراد به إذا كان الخيار للمشتري وحده، وقلنا: أن المبيع ينتقل إليه بنفس العقد.

وحكى الشيخ أبو حامد: أن الخيار لا يسقط، فإن فسخ العقد وجبت القيمة، وإن انقضى الخيار بني انفساخه على أقوال الملك، فإن قلنا بانتقاله بنفس العقد، أو توقفه استقر عليه الثمن، وإن قلنا بأنه لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار، قال أصحابنا: تجب القيمة؛ لأنه تلف في ملك البائع.

قال الشيخ - يعني أبا حامد -: وعندي أنه يضمن بالثمن؛ لأنه مسمى يثبت بالعقد فلا ينقطع مع بقاء العقد، واحتج لقوله: بأن القبض إذا وقع استقر البيع، وإذا استقر لم يفسخ بهلاك المبيع.

قال ابن الصباغ: والطريقة الأولى أصح؛ لأننا إذا قلنا: إن المبيع في ملك البائع، فتلف لا يجوز أن ينتقل إلى المشتري بعد تلفه، وما ذكره من أن العقد ثابت فيثبت فيه المسمى غير مسلم؛ لأن العقد يفسخ إذا تعذر إمضاء أحكامه بتلفه، وأما إذا قلنا: المبيع في ملك المشتري، فلا يمكننا أن نثبت استقرار العقد بتلفه؛ لأن في ذلك إبطالاً لخيار البائع، فمتى شاء المشتري أتلفه وأبطل خياره، ولا يمكن بقاءه على حكم الخيار؛ لأنه إذا لم يتم العقد فلا يمكن إتمامه فيه بعد تلفه، كما لا يمكن العقد عليه بعد ذلك، وما ذكره من أن العقد يستقر به فغير صحيح؛ لأن القبض لا يستقر به العقد مع بقاء الخيار؛ ولهذا لا يدخل الخيار في الصرف لوجوب التقابض فيه، هذا آخر كلامه.

قلت: وقد يقال في الجواب عن ذلك: إن قولك: لا يجوز أن ينتقل إلى المشتري بعد تلفه، مسلم، لكننا نقول: ينتقل قبيل التلف، كما إذا تلف المبيع في يد البائع بل

(٢) في د: الصداق.

(١) في ج: قبل.

أولى؛ لأنه يتضمن إجازة العقد.

فإن قيل: هذا خلاف الأصل، وصرنا إليه في حق البائع لضرورة دل عليها نهيهِ عليه السلام عن بيع ما لم يقبض، وبيع ما لم يضمن، ولا ضرورة بنا هاهنا. قلنا: قد قيل به في محل لا ضرورة فيه، ولا تشوف للشارع، وهو: ما إذا أدى الضامن ما ضمنه في صورة يكون له الرجوع فيها على المضمون عنه، فإننا نقدر دخول المدفوع^(١) في ملك المضمون عنه قبيل الدفع للمضمون له، حتى يتمكن الضامن من مطالبته، ويرجع^(٢) المضمون عنه إلى عينه عند فسخ العقد الذي وجب^(٣) بسببه الدين.

وقد صرح بذلك الإمام في ضمن^(٤) ما إذا ضمن الرجل للمرأة صداقا عن زوجها، وغرم، ثم ارتدت قبل المسيس. وقولك: إن العقد يفسخ إذا تعذر إمضاء أحكامه بتلفه، مسلم، لكن مضى حكمه قد بينا أنه لم يتعذر.

وقولك: إن في ذلك إبطالا لخيار البائع غير مسلم؛ لأن الكلام فيما إذا أجزى العقد بعد التلف، أو^(٥) مضت مدته من غير فسخ، وقد قلت مثل^(٦) ذلك فيما إذا أعتق المشتري العبد المبيع في زمن الخيار، وحكمنا^(٧) بنفوذ العتق بعد إلزام العقد، إذا قلنا: [إن]^(٨) الملك للمشتري أو موقوف، ولم يكن عتقه قاطعا لخيار البائع. وقولك: لا يمكن بقاؤه على حكم الخيار؛ لأنه إذا لم يتم العقد فلا يمكن إتمامه فيه بعد تلفه، كما لا يمكن العقد عليه بعد ذلك.

قلنا: لا نسلم؛ فإن إتمامه يقع بطريق الضمن والتبع^(٩)، وذلك يغتفر فيه [ما لا يغتفر]^(١٠) فيما يقع ابتداء.

وقولك: إن القبض لا يستقر به العقد مع بقاء الخيار، فذاك مبني عندك على اعتقادك أن العقد يفسخ بتلفه، وقد منعناه.

وقولك: ولهذا لا يدخل الخيار في الصرف؛ لوجوب التقابض فيه، مسلم، لكن

(١) في د: المدخول. (٢) في د: ورجع. (٣) في د: يوجب.

(٤) في ج: الضمان. (٥) في د: و. (٦) في د: بمثل.

(٧) في ج: وحكمت. (٨) سقط في د. (٩) في ج: والبيع.

(١٠) سقط في ج.

ذلك لا يدل على أنه لا يستقر بالقبض. والله أعلم.

والذي حكاه الماوردي: الجزم بانفساخ العقد في خيار المجلس على الأقوال كلها، فيضمن القيمة سواء كان المبيع مما له مثل، أو مما لا مثل له؛ لأن ما له مثل إنما يضمن بالمثل في الغضب، أما إذا كان مضموناً على وجه المعاوضة، كالمقبوض للسوم، أو بعقد [بيع]^(١) فاسد أو مفسوخ، فإنه يضمنه بالقيمة دون المثل. وأما خيار الشرط فإن كان لهما، أو للبائع وحده فالحكم كذلك، وإن كان للمشتري وحده فإن قلنا: لا يملك إلا بانقضاء الخيار، أو هو موقوف، فهو ضامن له بالقيمة دون الثمن أيضاً.

فإن^(٢) قيل: إنه قد ملكه بنفس العقد فعلى وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر نصه في البيوع أنه ضامن بالقيمة دون الثمن. والوجه الثاني - وقد أشار إليه في «كتاب الصداق» - أنه ضامن له بالثمن المسمى دون القيمة؛ لأن ثبوت الخيار له وحده يجري مجرى خيار البيع^(٣). والذي حكاه الإمام عن صاحب «التقريب» وأصحاب الفقهاء - وقال: إنه المرضي، بناء ذلك على أقوال الملك.

فإن قلنا: إن الملك للبائع انفسخ؛ لأننا إذا حكمنا بالانفساخ عند بقاء يده، فمع بقاء ملكه أولى. وعلى هذا يغرم قيمة المبيع للمشتري.

قال: ويقطع باعتبارها وقت التلف؛ فإن المبيع قبله ملك للمشتري، وهذا منه تفرع على أن الفسخ بتلف المبيع قبل القبض يستند [إلى قبيل التلف، أما إذا قلنا: إنه يستند إلى]^(٤) أصل العقد؛ فيتجه أن يكون حكمه حكم المستأمن^(٥) أيضاً.

وإن قلنا: بعدم الانفساخ، فهل ينقطع الخيار؟ حكى الرافعي فيه وجهين: [أصحهما: أنه لا ينقطع، وفي «النهاية»: أنه]^(٦) إذا كان الثمن [عينا فخيار]^(٧) البائع لا ينقطع، وهل ينقطع خيار المشتري؟ فيه وجهان، وهما جريان أيضاً في حق البائع، إذا

(١) سقط في د.

(٢) في ج: وإن.

(٣) في ج: العيب، و د: البائع.

(٤) سقط في ج.

(٥) في ج: المستأمن.

(٦) بدل ما بين المعقوفين في د: وهما جريان أيضاً في حق البائع.

(٧) في د: عند الخيار.

كان الثمن في الذمة، فإن قلنا ببقاء الخيار وأجيز العقد ثبت الثمن، وإن فسخ وجبت القيمة، وإن قلنا بانقطاعه استقر العقد به ولزم الثمن.

فرع: إذا قبض المشتري المبيع في زمن الخيار، ثم أودعه البائع وتلف في يده قال الصيدلاني: هو كما لو تلف في يد المشتري، وكذلك صرح به المحاملي والبندنجي، وقال الماوردي: إن المشتري يغرّم القيمة، وهو ماش على ما ادعاه في أن العقد يفسخ بتلف المبيع في يد المشتري.

وأبدى الإمام احتمالاً في رجوع البائع بالقيمة، إذا فرعنا [على] ^(١) أن الملك له من حيث إن العين ^(٢) المملوكة [له] ^(٣) إذا عادت إلى يد صاحبها، وتلفت في يده يظهر أن يقال: لا ضمان على المشتري.

قال: وإن أتلّفه المشتري استقر عليه الثمن؛ لأنه تصرف فيه تصرفاً يبطل به حق الملك فكان ذلك قبضاً منه، كما لو كان عبداً فأعتقه، ولأن الإتلاف ينزل منزلة القبض فيما إذا أتلّف المالك العين المغصوبة في يد الغاصب، حتى يبرأ الغاصب من عهدها ^(٤)، وكذلك ها هنا.

وحكى الشيخ أبو علي الطبري: وجهاً أن إتلافه ليس بقبض، فيتلف من ضمان البائع وينفسخ العقد.

وعلى الأول: إنما يجعل الإتلاف قبضاً إذا علم المشتري أنه المبيع، أما إذا لم يعلم، وكان المبيع طعاماً، فقدمه البائع إليه فأكله؛ ففي جعله قابضاً له حتى يبرأ ^(٥) البائع الخلاف المذكور في مثله من الغصب، فإن لم نجعله قابضاً فهو كما لو أتلّفه البائع.

ثم حيث قلنا بعدم الانفساخ، فهل يأخذ من المشتري القيمة، وتحبس لوفاء الثمن؟ الذي أجاب به الإمام هنا، أنه لا يلزمه ذلك وجهاً واحداً، وحكى في باب الحميل والرهن: أن صاحب «التقريب» روى وجهاً [واحداً] ^(٦) في أن إتلافه لا يكون قبضاً، وأن القيمة تلزمه وتكون محبوسة بالثمن.

فرع: إذا كان المبيع عبداً مرتدداً فقتله المشتري؛ ففي فتاوى صاحب «التهذيب»

(٣) سقط في د

(٢) في ج: العتق.

(١) سقط في د.

(٦) سقط في ج، د.

(٥) في ج: يبري.

(٤) في ج: عدتها.

كما حكاه الرافعي قبل^(١) باب الديات: أن المشتري إن كان الإمام، وقصد قتله عن الردة انفسخ البيع، ووقع القتل عن الردة.

وإن كان غير إمام استقر العقد، سواء قصد القتل عن الردة أو لا؛ لأنه لا يجوز له ذلك بخلاف الإمام.

[فرع] آخر: إذا أتلّف المشتري بعض المبيع في يد البائع، جعل كالقابض له، إن كان مما يتقسط الثمن عليه، كأحد العبدین، وإن كان مما لا يتقسط الثمن عليه كأرّش البكارة، فيما إذا وطئ المشتري الجارية المبيعة في يد البائع ففي «الحاوي»: أن الجارية إذا تلفت انفسخ العقد ووجب على المشتري أرّش بكارتها.

وفي «شرح الفروع» للقاضي أبي الطيب: أنه يجب منسوباً من الثمن، وطرّد ذلك فيما إذا قطع يد العبد ثم مات في يد البائع بأفة سماوية أنه يستقر العقد في نصف المبيع بنصف الثمن.

وكذلك فيما إذا قطع يديه^(٢)، قال: يستقر العقد بجملة الثمن، حتى إذا تلف العبد بعد ذلك، لا يرجع^(٣) المشتري على البائع بشيء.

وفي «الحاوي» حكاية خلاف في صورة قطع اليد في أن البائع يرجع على المشتري عند تلف العبد، بماذا؟ هل بالأرّش المقدر كالأجنبي، أو بما نقص من القيمة؛ لأن الجنائية كانت في ملكه، بخلاف الأجنبي.

وفي «التهذيب» أنه يستقر على المشتري من الثمن بنسبة^(٤) ما انتقص من القيمة، وهو المذهب في «تعلیق» القاضي الحسين والمجزوم [به]^(٥) في «شرح الفروع» للفقهاء، وقال الإمام في باب الديات عند الكلام في ضمان جراح^(٦) العبد: إنه يستحيل أن يجعل المشتري قابضاً لجميع المبيع بقطع يد العبد؛ إذ يستحيل القول به مع بقاء العبد في يد البائع؛ فلا يتأتى في ذلك إلا اعتبار النقصان.

قال: وإن أتلّفه أجنبي - أي بغير حق - ففيه قولان:

أحدهما: ينفسخ البيع؛ لأن المعقود عليه قد فات، فأشبهه الفوات بالآفة السماوية، فعلى هذا يسترد المشتري الثمن إن كان قد أنفذه، ويطالب البائع الأجنبي بالبدل، وهذا ظاهر المذهب في «التتمة»، والصحيح في «تعلیق» القاضي أبي الطيب. والثاني: لا ينفسخ، بل يثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء، والرجوع

(١) في ج: قبيل. (٢) في د: يده. (٣) زاد في د: إلى.

(٤) في ج: بسببه. (٥) سقط في د.

(٦) في د: خراج.

على الأجنبي بالقيمة - أي كما تقدم - وأما عدم الانفساخ؛ فلأن هذا الإتلاف يستعقب ضمناً على المتلف، والبدل إذا ثبت خلف المتلف في الأعيان المالية. وأما ثبوت الخيار فلفوات غرضه المتعلق بالعين، وهذا القول هو الصحيح في الرافعي، و«تعليق» القاضي الحسين، والمذهب في «النهاية» في آخر باب اختلاف المتبايعين، ولم تعرف^(١) المراوزة غيره على ما حكاه الإمام قبل ذلك. وفي «الوسيط»: أن العراقيين قطعوا بأنه لا يفسخ، وقالت المراوزة: فيه قولان. وهذا مما استدرك عليه؛ فإن صوابه العكس على المشهور.

وفي «العدة» للطبري عن أبي العباس: أنه لا يفسخ البيع قولاً واحداً. فرع: إذا أجاز المشتري العقد وأخذ البدل لم يكن للبائع حبه لوفاء الثمن على أظهر الوجهين، بخلاف المرهون إذا تلف^(٢). والفرق: قوة الرهن وضعف حق الحبس، ومقابله مجزوم به في «تعليق» القاضي الحسين؛ فإن للبائع مطالبة الأجنبي بالقيمة كما للمشتري مطالبته، كما للراهن والمرتهن مطالبة متلف الرهن بقيمته، وهو الذي صدر به الإمام كلامه في باب التحالف، وذكر بعده ما قاله القاضي من تمكينه من المطالبة، ثم قال: ومن أصحابنا من يقول: ينقطع حق الحبس، وظاهر ذلك يقتضي ترجيح ثبوت حق الحبس. ثم إذا قلنا به فتلف البدل قبل القبض لم يفسخ العقد على الأظهر من الوجهين.

[فرع] آخر: لو أراد الفسخ بعد الإجازة كان له ذلك على ما حكى عن جواب القفال. وقال القاضي: لم يكن له؛ لأنه رضي بما في ذمة الأجنبي فأشبهه الحوالة، أما إذا كان إتلاف الأجنبي بحق؛ كما إذا قتل العبد المبيع قصاصاً فإنه كالأفة السماوية وجهاً واحداً.

قال: وإن أتلفه البائع انفسخ العقد^(٣)؛ لأنه يضمه بالثمن إذا تلف في يده بحكم عقد البيع، فكذلك إذا أتلفه؛ لأنه لا يجوز أن يكون مضموناً عليه بالقيمة والثمن. قال: وقيل: هو كالأجنبي؛ لأنه تلف بفعل آدمي غير المشتري فأشبهه الأجنبي، ولأن إتلاف الراهن العين المرهونة كإتلاف الأجنبي؛ فكذلك هاهنا، لكن الأصح على هذه الطريقة من القولين انفساخ العقد كما حكاه الرافعي، وعلى القول بعدم

(١) في ج: يعرف. (٢) في د: أتلف. (٣) في التنبية: البيع.

الانفساخ يعود الخلاف في حبس القيمة، وعن الشيخ أبي محمد: القطع هاهنا بأنه لا يجبسها لتعديده بإتلاف العين، ويقوم مقام إتلاف البائع عتقه لما بقي في ملكه من العبد الذي باع بعضه، وهو موسر وإتلاف الأعجمي، والصبي الذي لا يميز بإذنه، وإذا طالبه المشتري بتسليمه فامتنع تعدياً ثم تلف أقامه^(١) كيد العدوان مقام الإتلاف، كما حكاه الإمام عن القاضي عند الكلام في مسألة العلق، ثم قال: وهذا فيه احتمال من جهة أن الإتلاف إذا لم نوجهه كاليد القائمة يد عقد؛ ولهذا لا يتصرف المشتري في المبيع والحالة هذه، فتغليب ضمان العقد أولى^(٢).

ويقوم مقام إتلاف المشتري إتلاف الأعجمي والصبي الذي لا يميز بأمره، وإتلاف الأجنبي بأمره.

وقال القاضي الحسين: إنه يلغو إذنه وإذا أتلفه كان له الخيار، وإذنه للبائع في الأكل والإحراق لا يخرج الفعل عن نسبته إلى البائع حتى يكون في ضمانه.

ولو صال العبد المبيع على المشتري فقتله دفعاً فعن الشيخ أبي علي: أنه لا يستقر عليه الثمن وهو موافق لما حكاه الرافعي في مثل هذه الصورة في كتاب الغصب، أن الغاصب لا يبرأ، سواء علم المالك بأن الصائل عليه عبده أم لا، ونحا القاضي إلى أنه يستقر، ويظهر أن يكون محله إذا علم بأنه المبيع، كما حكى الرافعي في الغصب وجهاً مثله.

وإتلاف عبد البائع أو المشتري المبيع بغير الإذن كإتلاف الأجنبي، فإن أجاز العقد وكان المتلف عبده جعل قابضاً كما لو أتلفه بنفسه.

وإتلاف بهيمة المشتري المبيع بالنهار يفسخ البيع، وبالليل لا، وللمشتري الخيار: فإن أجاز فهو قابض، وإلا طالبه البائع بقيمة ما أتلفته بهيمته، وإتلاف بهيمة البائع أطلق القفال في فتاويه أنه كالآفة السماوية، وإن كان قد فصل في بهيمة المشتري كما ذكرناه، ثم ما ذكرناه مفروض فيما إذا لم يكن مالكةا معها، أما إذا كان معها فالتلف منسوب إليه ليلاً كان أو نهاراً.

وبيع البائع المبيع وتسليمه، وعجزه عنه منزل منزلة جنائته، على ما هو محكي في فتاوي القاضي، والقول: قوله إنه عاجز مع اليمين.

وفي «الإشراف»: أن البائع إذا طوّل بتسليم المبيع وادعى حدوث العجز عنه حبس حتى يقيم البيعة. فإن قال البائع: المشتري يعلم عجزني فله تحليفه، لكن على

(٢) سقط في د.

(١) في ج: إقامته.

البت أو على النفي؟ فيه خلاف.

فرع: إذا انتفع البائع بالمبيع قبل القبض لم يجب عليه الأجرة على ظاهر المذهب؛ بناء على أن جنايته كالأفة السماوية، وإن جعلت كإتلاف الأجنبي وجبت، قاله البغوي والغزالي في كتاب الصداق.

وحكى في الفتاوى: أن الصحيح أنه يضمن الأجرة إذا أمسك المبيع بعد تسليم الثمن مدة لمثلها أجرة، ومقتضى ذلك أن يقول به عند الانتفاع من طريق الأولى. قال: والقبض فيما ينقل النقلُ أي: مثل الأخشاب والأمتعة الثقيلة والطعام الكثير والمراكب، والرقيق والبهائم وما أشبه ذلك - النقل.

[قال] ^(١): وفيما يتناول باليد أي: مثل الذهب والفضة واللائي والثوب والطاقر، وما أشبه ذلك - تناول.

[قال] ^(٢): وفيما سواهما أي: مثل الأراضي والدور والأخشاب ^(٣) القائمة في الأرض التخلية.

والدليل على ذلك: أن الشرع أطلق القبض في البيع، وأناط به أحكاماً ولم يبينه، ولا له حد في اللغة يرجع إليه؛ فكان المرجع فيه إلى العرف كالحرز في السرقة والإحياء، والعرف قاض باعتبار ما ذكرناه.

وفي «الوسيط» حكاية قول عن حرمة: أن التخلية تكفي في المنقول كالعقار، ووجه: أنها تكفي لنقل الضمان دون ملك التصرف، ونسبه الإمام إلى العراقيين، لكن بشرط أن ^(٤) يوجد من المشتري قبول ذلك، أما إذا لم يكن منه قبول فلا ينتقل إليه الضمان. وفي الجيلي حكاية وجه: أن تناول باليد يكتفى به في الرقيق والبهائم، والمذهب: أن التخلية لا تكفي؛ لنهيه عليه السلام: أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم، وما روي عن ابن عمر أنه قال: «كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً؛ فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه» ^(٥).

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) في ج: والأنشاب.

(٤) في ج: أنه.

(٥) أخرجه مالك (٢/٦٤١) كتاب البيوع، باب: العينة وما يشبهها، حديث (٤٢)، ومسلم (٣/

١١٦٠) كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث (٣٣/١٥٢٧)، والنسائي

(٧/٢٨٧) كتاب البيوع، باب: بيع ما يشتري من الطعام جزافاً، وأحمد (١/٥٦)، والبيهقي

(٥/٣١٤) كتاب البيوع، باب: قبض ما ابتاعه جزافاً بالنقل والتحويل إذا كان مثله ينقل، من

حديث ابن عمر. وليس عندهم ذكر الجزاف. وأخرجه أبو داود (٣/٧٦٠ - ٧٦١) كتاب =

وأن القبض في الرقيق بأن يستدعيه فيأتيه، وفي البهائم أن يسوقها أو يقودها. وفي «الحاوي»: أن شراء الموضع الذي فيه المبيع مع التخلية يقوم مقام قبض المبيع، ولو استأجره؛ فوجهان، بخلاف ما لو استعاره. وضعف الشاشي قوله. وقد حكى القاضي الحسين في تعليقه ما حكاه الماوردي: فيما إذا اشترى الموضع وجهًا، وطرده فيما إذا اشترى الزرع بشرط القطع ثم اشترى الأرض. وفي «التتمة» وغيرها: أنه إذا اشترى دارًا مع طعام فيها، أن التخلية تكفي فيهما على وجه. وهو ما حكاه الماوردي، وإن لم يكتف بها فيما إذا بيع منفردًا. وعلى وجه: لا تكفي، وهو الأصح في الرافي.

تنبيه: المراد بالنقل: أن يحوله المشتري - بإذن البائع أو بغير إذنه ولم يكن له حق الحبس - إلى مكان لا يختص بالبائع، سواء كان يختص بالمشتري كملكه، أو ما هو مستأجر معه، أو مستعار. أو لا يختص به كالمساجد والشوارع.

وفي «الحاوي» أن المعتبر فيه إخراجه من الحرز الذي كان فيه، وإن لم يجعله المخرج في حرز.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه لو وضعه في جواليق لنفسه، وخرج ليحضر الجمال فهو قبض وإن كانت الجواليق في دار البائع، وكذلك لو استعار منه الجواليق. أما إذا كان للبائع حق الحبس ونقله بغير إذنه، فقد حصل نقل الضمان. وهل

⁼ البيوع، باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفى، حديث (٣٤٩٣) من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر قال: كنا في زمن رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبعث إلينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه يعني جزافًا. وهذه الزيادة مدرجة في الحديث.

وقد زاد ذكر الجزاف عبيد الله بن عمر: أخرجه مسلم (١١٦١/٣) كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث (١٥٢٧/٣٤)، وأبو داود (٧٦١/٣)، (٧٦٢) كتاب البيوع، باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفى، حديث (٣٤٩٤)، والنسائي (٢٨٧/٧) كتاب البيوع، باب: بيع ما يشتري من الطعام جزافًا، وابن الجارود في المنتقى رقم (٦٠٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨/٤)، والبيهقي (٣١٤/٥) كتاب البيوع، باب: قبض ما ابتاعه جزافًا بالنقل، كلهم من طريق عبيد الله عن نافع عن ابن عمر.

وأخرجه بذكر المجازفة أيضًا: البخاري (٣٤٧/٤) باب ما يذكر في بيع الطعام، حديث (٢١٣١)، ومسلم (١١٦١/٣) كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض (٣٨/١٥٢٧)، والنسائي (٢٨٧/٧)، والبيهقي (٣١٤/٥) كتاب البيوع، باب: قبض ما ابتاعه جزافًا بالنقل، كلهم من طريق الزهري عن سالم عن أبيه.

يملك التصرف؟ فيه وجهان في «الوسيط» والمذكور في الرافي و«الحاوي»: العدم، وفي «النهاية» حكاية^(١) عن الشيخ أبي محمد: أن الاستيلاء - كما ذكرنا - لا يقتضي نقل الضمان، كما لا يقتضي التصرف، وهو بعيد^(٢).

ولو حصل النقل والتحويل من البائع بأن وضعه في بيت المشتري، أو في حجره، أو بين يديه بإذنه حصل القبض، وإن كان بغير إذنه ورضاه فالمذهب في «النهاية» أنه يحصل أيضًا، إذا مكنه من قبضه والاحتواء عليه.

وفي بعض التصانيف وجه آخر: أن هذا لا يكون قبضًا^(٣) ما لم ينقله^(٤) المشتري، قال الإمام: وهذا الوجه عندي يخرج على قول من يرى بعدم الإيجاب على قبول الدين الحال.

والأول يخرج على القول بوجوبه، وهو^(٥) المذهب.

وقال في باب اختلاف المتبايعين: إن سبب الوجوب تخليص البائع من^(٦) عرضة الضمان، وبه جزم ثم. وفي الرافي قياس القول على ما إذا وضع الغاصب المغصوب بين يدي المغصوب منه فإنه يبرأ.

وفرق المتولي بينهما: بأن المالك في الغصب يده سابقة، وإنما وجد من الغاصب

(١) زاد في ج: وجه.

(٢) قوله: أما إذا كان للبائع حق الحبس، ونقله بغير إذنه - فقد حصل نقل الضمان، وهل يملك التصرف؟ فيه وجهان في «الوسيط»، والمذكور في «الرافي» و«الحاوي»: العدم، وفي «النهاية» - حكاية عن الشيخ أبي محمد أن الاستيلاء كما ذكرنا لا يقتضي نقل الضمان كما لا يقتضي التصرف، وهو بعيد. انتهى كلامه.

وما ذكره من أن الاستيلاء مع النقل لا ينقل الضمان على هذا الوجه غلط، بل محله إذا وجد الاستيلاء ولم يوجد النقل؛ بأن كان بساطًا فجلس عليه، أو دابة فركبها ولم يشترها، كذا صرح به في «النهاية» في ضمن فصل أوله: «قال: من ابتاع جزأً»، وذلك أنه حكم بضمان ما اشتراه جزأً وقبضه مكاملة، وبأن قبض المنقول يتوقف على القبض على الأصح، ثم قال ما نصه إن قلنا: لا بد من النقل في قبض المبيع، وجعلنا الاستيلاء قبض عدوان - فلو وجد الاستيلاء من المشتري من غير نقل فهو كالمقبوض جزأً فيما اشترى مكاملة، وذكر شيخنا وجهًا آخر: أن الاستيلاء - كما صورنا - لا يقتضي نقلًا للضمان؛ كما لا يقتضي التسلط على التصرف، وهذا بعيد. هذا لفظ الإمام، وقد تفتن المصنف في شرح الوسيط لذلك، فذكره فيه على الصواب. [أ و].

(٣) في د: إقباضًا.

(٤) في د: يتلفه.

(٥) في د: وهذا.

(٦) في د: عن.

نوع تعدد، وقد ترك العدوان، فعاد الشيء إلى يد مالكه، وهاهنا المشتري لم يكن له يد سابقة ويد البائع ثابتة بحق فلا تزول إلا بتمام الاستيلاء.

ثم على القول بحصول القبض لو خرج المبيع مستحقاً ولم يوجد من المشتري وضْعُ يَدٍ عليه لم يكن للمستحق مطالبته. وعلى القول بعدم حصوله، للحاكم [أن يجبره على أخذه، فإن امتنع أمر الحاكم مَنْ يقبضه عنه، كما لو كان غائباً، كذا حكاه الرافعي] ^(١).

ومقتضى ما وجه به الإمام عدم حصول القبض ألا يجبره الحاكم، ولا يستنيب من يقبضه عنه.

وفي «الوسيط» عند الكلام في وجوب البداية بالتسليم: أن صاحب «التقريب» قال: للبائع أن يقبضه من نفسه؛ لتصير يده يد أمانة، وله أن يدفع ذلك إلى القاضي [حتى يودعه تحت يده.

ثم قال: وهو بعيد. وقبض القاضي وإيداعه أقرب.

وحكى الإمام عنه: أن للقاضي ^(٢) أن يبرئه من ضمان المبيع فتصير يده يد أمانة، فإن لم يجد قاضياً؛ فيقبضه البائع من نفسه للضرورة، وعلى ذلك يحمل إطلاق الغزالي الخلاف عنه.

والمراد بالتخلية: أن يحضرا عند المبيع ويرفع البائع يده عنه، ويمكن المشتري من التصرف فيه، فيقول له: دونك هذا، ويدفع إليه المفتاح، سواء دخل أو لم يدخل، لكن يشترط ألا يكون ثمَّ مانع شرعي ولا حسي.

وفي «الشامل» في كتاب الرهن: أن الدار إذا كان فيها قماش للراهن، وسلم الراهن للمرتهن المفتاح - حصل القبض. وقال أبو حنيفة: لا يصح ثم قال: وهذا ليس بصحيح؛ لأن كل ما كان قبضاً في البيع كان قبضاً في الرهن، وهذا منه يدل على أن القبض في البيع يحصل بذلك.

ولو لم يحضر المبيع فلا يكفي ذلك على وجه، وقيل: يكتفى بحضور المشتري وحده. وقيل: لا يشترط حضور واحد منهما، وهو الأظهر. نعم يشترط مضي زمان يمكن المضي إليه فيه على أصح الوجهين، وهو المحكي في «التتمة».

(٢) سقط في د.

(١) سقط في د.

فرع: إذا باع الأب مال ولده المنقول من نفسه، أو بالعكس، ففي كيفية القبض وجهان حكاهما الماوردي:

أحدهما: بالنقل والتحويل، كما ذكرناه.

والثاني: بالنية، إذا كان تحت يده من غير نقل وتحويل.

فرع [آخر]: إذا باع الجمد في المجمدة، وقد رآها قبل وضعه فيها، فتسليمه يكون على حسب الإمكان كما في بيع الدار المشحونة قماشاً، والسفينة المملوءة طعاماً. وفيه وجه: أنه يلزمه تسليمه على حسب العرف والعادة، يأخذ الجمد منه في كل يوم وقرراً، أو قرين، أو ثلاثة. والصحيح هو الأول. حكاه القاضي الحسين في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

واعلم أن جميع ما ذكرناه فيما إذا لم يكن المبيع [تحت يد المشتري، وكان المبيع جزءاً غير مقدر بكيل ولا وزن ولا ذرع، أما إذا كان المبيع]^(١). في يد المشتري، فإن كانت يده يد أمانة كيد المودع والمرتهن وغيرهما، أو يد ضمان كيد الغاصب والمستعير وغيرهما، فإن كان المبيع حاضرًا كان مقبوضًا بنفس العقد، ولا يحتاج فيه إلى إذن من جهة البائع، وإن كان له حق الحبس، قال المتولي: لأنه لما باع منه [مع]^(٢) كون المال في يده فقد رضي بدوام يده. وفي الغصب وجه: بأن البيع جهة ضمان، والمال في يده مضمون؛ فسقط حكم ضمان القيمة وتقرر ضمان الثمن.

وفي «الحاوي» حكاية وجه آخر: أنه لا بد من النقل والتحويل بإذن البائع إذا كان له حق الحبس. وإن كان المبيع غائبًا، فهل يشترط مضي زمان يمكن المضي فيه إليه؟ [فيها]^(٣) وجهان، أحدهما: ما حكاه الرافعي في كتاب الرهن: نعم. وهو ما جزم به المحاملي والبندنجي.

ثم هل يشترط المضي إليه؟ فيه ثلاثة أوجه، ثالثها: التفرقة بين ما ينتقل كالحيوان فيشترط، أو لا ينتقل كالعرض فلا يشترط.

وفي «النهاية»: الفرق بين أن يكون مأمون التلف فلا يشترط، أو غير مأمون فيشترط.

وعلى القول باشتراط المضي، هل يشترط النقل والتحويل؟ فيه وجهان: أحدهما

(٣) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(١) سقط في د.

- وبه قطع بعضهم - أنه لا يشترط.

وهل يحتاج في التصرف إلى إذن البائع على القول بعدم اشتراط النقل؟ ينظر: إن كان له حق الحبس فنعم، وإن لم يكن له حق الحبس فلا، على الأصح. ومقتضى ما ذكرنا فيما إذا كان المبيع في يده أنه لا يحتاج إلى إذنه وإن ثبت له حق الحبس على الأصح. وهو ما يقتضيه^(١) كلام الإمام في «كتاب الرهن» فإنه قال: وذكر أبو علي في الشرح وجهًا أن القبض لا يحصل، ولا يبطل حق البائع في حبس المبيع إذا أثبتناه ما لم يأذن أو يتوفر عليه الثمن. وهذا غريب ثم قال: والذي ينقذ لنا في هذا أنه إذا لم يحصل القبض حتى يتوفر الثمن فينبغي أن تكون العين في يد المشتري بمثابة المبيع يقبضه قبل توفية الثمن. وأما إذا كان المبيع مقدرًا فلا بد مع ما ذكرناه في^(٢) الصورة السابقة من الذرع أو الوزن أو الكيل، فلو قبض جزأً فاشتراه مكايلة دخل المقبوض في ضمانه، وفي صحة بيعه لما تيقن أنه له، وجهان:

أحدهما - وبه قال ابن أبي هريرة وساعده الجمهور - : أنه لا يصح. وقال أبو إسحاق: إنه يصح.

وقبض ما اشتراه كيلاً بالوزن ووزناً بالكيل كقبضه جزأً، وكذا قبضه بكيل من غير جنس الكيل الذي اشترطه.

ولو اشترى منه قفيزاً من طعام فاكتاله بالمكوك - الذي هو ربع القفيز - فوجهان وكذا لو اكتال الصاع بالمد على وجهين في «الحاوي».

وسياتي في الباب الثاني أن النووي حكى ما يقتضي أن المكوك ثمن القفيز. ولو قال الدافع: خذه فإنه كذا، فأخذه مصدقاً له، فالقبض فاسد أيضاً، حتى يجري^(٣) اكتيال صحيح.

ولو كان للبائع على غيره طعام، فقال للمشتري: اذهب معي لأقبضه وأكتاله لك، ففعل - فهو فاسد أيضاً؛ لنهيه عليه السلام: عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، يعني: صاع البائع، وصاع المشتري.

ولو اكتاله البائع لنفسه ثم سلمه إلى المشتري في المكيال؛ ففي صحة القبض وجهان محكيان في «تعليق» البندنجي وغيره.

(٣) في د: يخرج.

(٢) في ج: من.

(١) في ج: قضيه

أحدهما: لا يصح، حتى يفرغه ويبتدئ كيله.
وأظهرهما عند الأكثرين أن استدامة المكيال كابتداء الكيل.
ثم إذا فرغ واكتيل ثانيًا فزاد زيادة يمكن أن تكون من اختلاف الكيلين فهي للقباض الأول.

وإن كانت أكثر من ذلك فهي للمقبض الأول وإن نقص فهو على القباض الأول.
ثم ليس على البائع الرضا بكيل المشتري، ولا على المشتري الرضا بكيل البائع.
[و^(١)] قال الرافعي: فإن لم يتراضيا نصب الحاكم أمينًا يتولاه، وعزاه إلى «الحاوي». فظاهر هذا يدل على أنهما لو تراضيا بكيل أحدهما جاز.
وحكى من بعد فيما لو أذن لمستحق الحنطة أن يكتال من الصبرة بحقه وجهين:
أصحهما [أنه]^(٢) لا يجوز؛ لأن الكيل أحد ركني القبض، وقد صار نائبًا فيه من جهة البائع متأصلًا لنفسه.

والثاني: يجوز؛ لأن المقصود منه معرفة المقدار، والمقبض هو البائع.
ويشترط في صحة القبض أيضًا، أن يكون المقبوض مرئيًا للقباض، فلو لم يره،
حكى الإمام أن بعض أصحابنا خرجه على الخلاف المذكور في التقابض مجازفة، ثم
قال: وهذا فيه فضل نظر فإن القبض^(٣) من غير رؤية، يخرج عندنا على بيع الغائب،
فإن قبض^(٤) غير ما ثبت في الذمة ملكًا كالمبيع يحل محله.

فرع: مؤنة الكيل الذي يفترق إليه^(٥) القبض على البائع [كمؤنة إحضار المبيع
الغائب ومؤنة وزن الثمن على المشتري، قاله الرافعي، ومؤنة نقل^(٦) الثمن على
البائع]^(٧) أو على المشتري؟ حكى الماوردي فيه وجهين.

وقد نجز الكلام في كيفية القبض وحكمه، وبقي أمران آخران:
أحدهما: القباض: وهو كل من يصح منه البيع، وقد أشار إلى ذلك الغزالي بقوله:
ولا يعتد بقبض الصبي فإنه سبب ملك أو ضمان.

فلو قال: أد إلى الصبي، فأدى لم يبرأ؛ لأن ما في الذمة لا يتعين ملكًا إلا بقبض
صحيح، بخلاف ما لو قال: رد الوديعة إليه فإن الوديعة متعينة وذلك مستمد مما قاله

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في د. (٣) في جـ: المقبوض.

(٤) في جـ: القبض. (٥) زاد في د: في. (٦) في جـ: نقر.

(٧) سقط في د.

الإمام: من أن الصبي ليس من أهل القبض فيما لا يكون من أهل العقد فيه فإن القبض فيه من الخطر ما يزيد على العقد. والقبض إن كان مملكاً في عقد - كالقبض في الهبة - فهذا الصبي لا يصلح له كما لا تصلح عبارته للفظ الذي يملك به.

وقد أطال بعض المتأخرين في بيان مراد الغزالي من قوله: «سبب ملك أو ضمان»، ولم يُظهر له معنى معتبراً. ومراده - رضي الله عنه - أن الصبي لا يعتد بقبضه المبيع؛ [لأن القبض]^(١) فيه سبب ملك، أي: في العوض الثابت في الذمة إذا عين؛ أو ضمان، أي: في نقل المبيع المعين من ضمان البائع إلى ضمان المشتري، والصبي ليس أهلاً للتملك بهذا الوجه، وإن كان أهلاً لتملك المباحات؛ لأنه ليس فيها نقل ملك عن الغير بل افتتاح ملك، وهو محض مصلحة لا ضرر عليه فيه ولا هو أهل للضمان، [فهذا هو الوجه]^(٢) وإن كان أهلاً للضمان بالإتلاف للخبر الثابت^(٣)، ويدل على ذلك تنمة كلامه فإنه قال: لو قال: أد إلى الصبي فأدى لم يبرأ لأن ما في الذمة لا يتعين ملكاً إلا بقبض صحيح بيئتهما على مأخذ المنع، فيما إذا كان المبيع في الذمة. واحترز - رضي الله عنه - بقوله: «لأن ما في الذمة لا يتعين ملكاً» عما يتعين حقاً لا ملكاً، وهو ما إذا التقط طعاماً وجوزنا له أكله وعزل القيمة، فإن مالك الطعام أحق بالقيمة، وإن لم يملكها بذلك وعلى ذلك إشكال يأتي في موضعه، إن شاء الله تعالى. فرع: يجوز لمن له القبض التوكيل فيه، ويشترط في الوكيل ألا تكون يده يد المقبوض منه كعبده غير المأذون، ومستولده، ومدبره. ويجوز توكيل مكاتبه.

وفي توكيل عبده المأذون وجهان:

أصحهما: أنه لا يجوز.

ووجه الجواز محمول على ما إذا ركبته الديون، أما إذا لم يكن عليه دين، فلا يجوز وجهاً واحداً - كما سنذكر نظيره في كتاب الرهن عن الشيخ أبي علي.

[الأمر]^(٤) الثاني: المحل الذي يستحق الإقباض فيه: إذا كان المبيع منقولاً، فإن كان حاضراً [لدى العقد]^(٥) استحق تسليمه في موضع العقد.

وإن كان غائباً فقد حكى الماوردي: أنه لا بد من ذكر البلد الذي هو فيه، ولا يشترط ذكر البقعة من البلد.

(٣) في ج: الفاتت.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٤) زيادة للإيضاح.

(٥) سقط في د.

بخلاف ما إذا كان المبيع عقارًا، وجوزنا بيع الغائب، فإن في اشتراط ذكر البقعة من البلد وجهين.

ثم إذا عين البلد فالواجب أن يسلمه إليه فيه، وليس على البائع أن يسلمه في غيره. فإن شرط المشتري على البائع أن يسلمه إليه في البلد الذي تبايعا فيه وهو في غيره لم يجز، وكان البيع فاسدًا وهذا^(١) بخلاف المسلم فيه؛ لأنه مضمون في الذمة وليس بمختص بموضع دون غيره، فاستوى فيه جميع المواضع فافتقر إلى ذكر المواضع التي يقع القبض فيها، وليس كذلك [العين الغائبة؛ لأنها]^(٢) غير مضمونة في الذمة، وهي معينة قد اختصت بموضع هي فيه فلم يجز اشتراط نقلها إلى غيره لأنه يصير^(٣) بيعًا وشرطًا في معنى بيع ثوب على أن على البائع خياطته.

وفي الرافي في كتاب السلم: أن السلم الحال لا حاجة فيه إلى تعيين مكان التسليم، كالبيع، وتعيين^(٤) مكان العقد، لكن لو عين موضعًا آخر جاز بخلاف البيع؛ لأن السلم يقبل التأجيل فقبل شرطًا يتضمن تأخير التسليم بالإحضار، والأعيان لا تحتل التأجيل فلا تحتل شرطًا يتضمن تأخير التسليم، وأن حكم الثمن في الذمة حكم المسلم فيه، وإن كان معينًا فهو كالبيع.

قال في «التهذيب»: ولا نعني بمكان العقد ذلك الموضع بعينه بل تلك المحلة، هذا آخر كلامه.

وهو مصرح بعدم اشتراط مكان البيع^(٥) واستحقاق تسليمه في مكان العقد، وعليه ينطبق كلام المتولي فإنه قال: إذا كان المبيع غائبًا عن الموضع فمؤنة إحضاره على البائع وإن كان حاضرًا ويحتاج في نقله إلى دار المشتري إلى مؤنة فعلى المشتري، ولا يجب على البائع إلا التخلية.

وفي «تعليق» القاضي الحسين قبيل كتاب الرهن: أنه لا خلاف في بيع العين، أنه لا يحتاج فيه إلى تعيين مكان تسليم المبيع، ومكان العقد أيضًا لا يتعين.

وإذا أتى البائع بالمبيع - أي موضع كان - يجبر المشتري على القبض، وأى موضع طالب المشتري البائع بتسليم المبيع، وقد وفى الثمن أو قلنا يجبر البائع أو لا يجبر البائع على تسليم المبيع منه. والله أعلم.

(١) في د: وهو. (٢) في ج: المعين الفأئت لا.

(٣) في د: لأنها تصير. (٤) في د: وتعيين. (٥) في ج: المبيع.