

كتاب البيوع

كتاب البيوع

عرف أن مشروعات الشارع منقسمة إلى حقوق الله تعالى خالصة، وحقوق العباد خالصة، وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب، وما اجتمع فيه وحق العباد غالب. فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات، فابتداء المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها، ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات، ثم في ترتيب خصوص بعض الأبواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها، ووقع في آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد: أعني البيع على الوقف. ووجهه أن الوقف إذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا إلى مالك. وفي البيع إلى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب، والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم، هكذا ذكر. ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان، فإن ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات. ثم البيع مصدر، فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع، وقد يراد به المعنى وهو الأصل فجمعه باعتبار أنواعه، فإن البيع يكون سلماً وهو بيع الدين بالعين، وقبله وهو البيع المطلق، وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن، ومقابضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن، ومراوحة وتولية ووضع غير ذلك. والبيع من الأضداد، يقال باعه: إذا أخرج العين عن ملكه إليه، وباعة: أي اشتراه، ويتعدى بنفسه وبالحرف، باع زيد الثوب وباعه منه. وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال فخر الإسلام: البيع لغة: مبادلة المال بالمال، وكذا في الشرع، لكن زيد فيه قيد التراضي اهـ. والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً، فإنه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه استبدل به بالتراضي، وأن الأخذ غصباً وإعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه. وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة ٢٧٥] والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام «يا معشر التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشربوه بالصدقة»^(١) وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه^(٢). والإجماع منعقد عليه. وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل، وذلك أن

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها، وذكر البيوع بعد الوقف لأن كلا منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال، وزيد عليه في الشرع فقيل: هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب. وهو من الأضداد لغة. واصطلاحاً يقال: باع الشيء إذا شراه ويقال باعه الشيء وباع منه، ولاشتماله على الأنواع الآتي ذكرها جمعه، وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ وبالسنة فإنه ﷺ بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك، والتقرير أحد وجوه السنة، وبالإجماع فإنه لم ينكره أحد من الملبين وغيرهم، وبالمعقول وهو سلب شرعيته، فإن تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك، وقد بينا ذلك في التقرير. وركنه الإيجاب والقبول أو ما دل على

كتاب البيوع

قوله: (فقيل هو مبادلة الغ) أقول: سيصرح الشارح في فصل في البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء، فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فراجع. قوله: (فإن تعلق البقاء المقتدور) أقول: من القدر

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٣٢٦ والترمذي ١٢٠٨ والنسائي ١٤/٧، وأحمد ٦/٤، ٢٨٠ من طرق كلهم من حديث أبي وائل عن قيس بن أبي غرزة وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وهو كما قال: رجاله رجال البخاري ومسلم.

(٢) هذا ثابت بالاستقراء.

قال: (البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشتريت، لأن

الإنسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الأرض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودرسته ثم تذرته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعمجه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك، وفي الكتان والصوف للبسه وبناء ما يظله من الحر والبرد إلى غير ذلك، فلا بد من أن تدفعه الحاجة إلى أن يشتري شيئاً ويستدئ مزاوله شيء، فلو لم يشرع البيع سبباً للتملك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة أو السؤال والشحاذة أو يعبر حتى يموت، وفي كل منها يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد ويزري بصاحبه، فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجتهم على النظام الحسن. وشرطه في المباشر: التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك، فصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره، وفي المبيع كونه مالاً متقوماً شرعاً مقدور التسليم في الحال أو في ثاني الحال فيدخل السلم. وقد قالوا شروطه: منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوماً. ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية، حتى إذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الإجازة ممن له الولاية. وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا يتبادل الملك فيها. وهذا مفهوم الاسم شرعاً، وقد يكون ذلك الفعل قولاً، وقد يكون فعلاً غير قول كما في التعاطي كما سيأتي، وقد يكون الرضا ثابتاً وقد لا يكون فإن لفظ بعث مثلاً ليس علة لثبوت الرضا بل أمانة عليه، فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر، فكذا يتحقق بعث واشتريت ولا رضا في بيع المكره، وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعاً قوله: (البيع ينعقد بالإيجاب والقبول) يعني إذا سمع كل كلام الآخر. ولو قال البائع لم أسمع له وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق، ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه. وإنما قلنا هذا لأنه قال ينعقد بالإيجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع أن البيع ليس إلا الإيجاب والقبول لأنهما ركناه على ما حققناه آنفاً من أن ركنه الفعل الدال إلى آخره. هذا ولكن الظاهر أن المراد بالبيع هنا ليس إلا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم، وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادراً على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لأنه هو الذي يثبت به قدرة التصرف، فالمتحقق من الشرع ليس إلا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين: أعني الشطرين بوضعهما سبباً له شرعاً وليس هنا شيء ثالث، فالملك هو قدرة يشتتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل، فإذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر. والإيجاب لغة الإثبات لأي شيء كان، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً سواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كأن يستدئ المشتري فيقول اشتريت هذا بألف والقبول الفعل الثاني وإلا فكل منهما إيجاب، أي إثبات، فسمي الإثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الإثبات الأول، ولأنه يقع قبولاً ورضاً بفعل الأول،

ذلك. وشرطه من جهة العاقلين العقد والتمييز، ومن جهة المحل كونه مالاً متقوماً مقدور التسليم. وحكمه إفادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعاً، فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض فإنه ممتنع مع كونه ملكاً له لأن ذلك التصرف ليس شرعي مطلقاً لنهي النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع، وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن. وأنواعه باعتبار المبيع أربعة: بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة. وبيعها بالدين: أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف. وبيع الدين بالدين

قوله: (ومن جهة المحل كونه مالاً متقوماً) أقول: تقوم شرط البيع الصحيح والكلام فيما يعم الفاسد أيضاً قوله: (بيع السلع الخ) أقول: المراد بالسلعة ما يتجر به مطلقاً عروضاً أو عقاراً لا ما يقابل العقار فلا يختل الحصر، وسيجيء في هذا الكتاب بعد ورقتين تعميم السلع للدور والعبيد والثياب.

البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعتقد به . ولا يتعقد بلفظين أحدهما

وحيث لم تصح إرادة اللفظين بالبيع بل حكمها وهو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله يتعقد يثبت : أي الحكم، فإن الانعقاد إنما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي، وقولنا في القبول إنه الفعل الثاني يفيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك، فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع، وكذا إذا قال بعثته بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبلاً، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي، ففي جعل مسألة القبض بعد قوله بعثتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر . وفي فتاوى قاضيخان قال : اشترت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز، وكذا اشترت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصاً فقطعه قبل التفريق . وقوله : (إذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشترت) قال المصنف (لأن البيع إنشاء تصرف) أي إثبات تصرف يفيد حكماً يثبت جبراً (والإنشاء) على هذا الوجه لا (يعرف) إلا (بالشرع) لما فيه من إثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك إنما له قدرة الإخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه، فقولهم من الإنشاء التمني والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لمعناه يطابقه أو لا يطابقه إنشاء وهو يعم ما ذكر وغيره مما بيانه، ألا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتي وليت لي مالا ليس علة لترجي ذلك أو تمنيه بل دال على الترجي والتمني القائمين بالمتكلم كأنه أخبر عن قيامهما به، غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه إخباراً لما قلنا، بخلاف بعث وطاقق فإنه علة تثبت به شرعاً معان لا قدرة للمتكلم على إثباتها . والحاصل أن الإنشاء على هذا الوجه لا يمكن إلا ممن له الخلق والأمر تبارك الله رب العالمين، سواء سمي غيره إنشاء اصطلاحاً أو لا، وإذا كان الإنشاء لا يعرف إلا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه . والشرع استعمل في إثباته من اللغة لفظ الخبر : أي وضعه علة لإثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعتقد : أي يثبت به . وأما تعليقه بأن لفظ الماضي أدل على الوجود فإنه لا يصدق إلا بتحقق الوجود سابقاً فاختر له فربما يعطي قصر العلية عليه وليس كذلك، بل الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضي بأن يستعمل فيه من غيره فإنه لا يقتصر عليه كما ستنمى قوله : (ولا يتعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل، والآخر لفظ الماضي بخلاف النكاح) فإنه إذا قال زوجني فقال زوجتك يتعقد بمجرد ذلك، أما البيع فإذا قال بعينه بألف فقال بعثتك لا يتعقد حتى يقول الأول اشترت ونحوه، وهذا ونحوه مما قال الطحاوي إنه يتعقد بثلاثة ألفاظ . قال (وقد مر الفرق هناك) يعني قوله لأن هذا توكيل : يعني زوجني، فإذا قال زوجتك كان ممثلاً أمر الموكل مزوجاً له وولياً لمن زوجها والواحد يتولى طرفي عقد النكاح، بخلاف البيع، وقدما من قال إن لفظة الأمر في النكاح جعلت إيجاباً لأن النكاح لا يصح بالخطبة فيه، وطلبه إلا

ويسمى سلباً، وباعتبار الثمن كذلك المساومة، وهي التي لا تلتفت إلى الثمن السابق، والمراوحة، والتولية، والوضعية وسيأتي تفسيرها . قال رحمه الله وقوله : (البيع يتعقد بالإيجاب والقبول) الانعقاد هاهنا تعلق كلام أحد العاقلين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل . والإيجاب الإثبات، ويسمى ما تقدم من كلام العاقلين إيجاباً لأنه يثبت للآخر خيار القبول، فإذا قبل يسمى كلامه قبلاً وحينئذ لاخفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم إيجاباً والمتأخر قبلاً . وشرطه أن يكون الإيجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل أن يقول الموجب بعث والمجيب اشترت لأن البيع إنشاء تصرف شرعي، وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع، فالبيع يعرف به، أما أن البيع إنشاء فلأن الإنشاء إثبات ما لم يكن، وهو صادق على البيع لا محالة، وأما كونه شرعياً فلأن الكلام في البيع شرعاً، وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لأن تلقي الأمور الشرعية لا يكون إلا منه

قال المصنف : (البيع يتعقد بالإيجاب والقبول الخ) أقول : يجيء من المصنف في آخر باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب أن حد البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي . قوله : (والشرع قد استعمل للموضوع للإخبار الخ) أقول : يجوز أن يقال : أراد الشيخ بالموضوع

لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضي، بخلاف النكاح، وقد مرّ الفرق هناك. وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعث واشترت لأنه يؤدي معناه، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود، ولهذا ينعقد بالتعاطي

بعد مراجعات وتأمل واستخارة غالباً فلا يكون لفظ طلبه: أعني زوجني مساومة بل تحقيقاً فاعتبر إيجاباً، بخلاف البيع لا يكون مسبوقاً بمثل ذلك فكان الأمر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الآخر، وعلى هذا لا يتم فرق المصنف لأنه مبني على كونه توكيلاً. وأما الفرق بأن رد النكاح بعد إيجابه يلحق الشين بالأولياء، بخلاف رد البيع فمبني على جعل الأمر فيه إيجاباً. ثم فيه نظر، لأنه لو صح لزوم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بنتك قبل قوله زوجتك لأنه أيضاً شين وانكسار يلحقهم. وهذه ثمانية مواضع: منها البيع، والإقالة لا يكتفي بالأمر فيهما عن الإيجاب. ومنها النكاح والخلع يقع فيهما إيجاباً. الخامسة إذا قال لعبد اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عتق. السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة. السابعة قال لصاحب الدين أبرئني عما لك عليّ من الدين فقال أبرأتك تمت البراءة. الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان لفلان قال كفلت تمت الكفالة، فإذا كان غائباً فقدم وأجاز كفالته جاز. واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادق على نية الحال، أما إذا تصادق على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية. ذكره في التحفة في صفة الاستقبال مطلقاً. وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال: الصحيح ما ذكره الطحاوي لأن المضارع في الأصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوّز اهـ. وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله إذا ادّعه وكذبه الآخر لأنه حقيقة اللفظ، بخلاف المستقبل وهو الأمر، فلو ادّعى في قوله يعني أنه أراد معنى اشتريته بكذا ينبغي أن لا يصدقه القاضي، مثال ذلك أن يقول: أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشتريته أو آخذه ونويا الإيجاب للحال، والحق أن المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلاً على أحد القولين، وإلا فالمختار أنه موضوع للحال، وأما الأمر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع أنه هو المستقبل في الحقيقة، وذلك لأنه إنشاء وبينه وبين الإخبار كمال انقطاع فلا يتجوّز به فيه، فلا يقال بعينه والمراد اشتريته فلا ينعقد به إلا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الإيجاب اقتضاء، ومثل الأمر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعاً ولا يتجوّز به في معنى بعثك في الحال، فإن ذكر السين يناقض إرادة الحال. واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الأب يشتري مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه، والوصي عند أبي حنيفة إذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية، وقيد في نظم الزندوستي بما إذا لم يكن نصبه القاضي قوله: (وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعثك وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت أو قال بعثك بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الألفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها البيع لإفادتها إثبات المعنى والرضا به، وكذا لفظة خذه بكذا ينعقد به إذا قبل بأن قال أخذته ونحوه لأنه وإن كان مستقبلاً لكن خصوص مادته: أعني الأمر بالأخذ

والشرع قد استعمل الموضوع للإخبار لغة في الإنشاء فينعقد به، هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلا بد من ضم شيء إلى ذلك وهو أن يقال: وكان استعماله بلفظ الماضي وإلا لا يتم الدليل وهو ظاهر. قال رحمه الله وقوله: (ولا ينعقد بلفظين: أحدهما الماضي، والآخر بلفظ المستقبل) وإنما لا ينعقد بذلك لأن النبي ﷺ استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتضراً عليه، ولأن لفظ المستقبل إن كان من جانب البائع كان عدة لا بيعاً، وإن كان من جانب المشتري كان مساومة. وقيل هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلاً بدون نية الإيجاب في الحال. وأما إذا كان المراد ذلك فينعقد البيع وأسند ذلك إلى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي. ثم قيل في تعليقه، لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية. وقيل لأن هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوّز، وفيه بحث لأن المذكور لفظ المستقبل، وهو

في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضة. قال: (وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء)

يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي إلا أن استدعاه الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء، فهو كما إذا قال بعثك عبدي هذا بألف فقال فهو حرّ عتق ويثبت اشتريت اقتضاء، بخلاف ما لو قال هو حرّ بلا فاء لا يعتق. وإنما صح بهذه ونحوها (لأنها تؤدي معنى البيع، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود) ألا يرى إلى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالإجماع. قالوا: إنما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق فإن اللفظ فيهما يقام مقام المعنى، وأنت تعلم أن إقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير، فإذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أراه به وحينئذ فلا فرق بين بيعت وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بيعت هزلاً فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل، ثم تقييده بما إذا لم ينو به فإنه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية، ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية. ومن الصور لفظة نعم تقع إيجاباً في قول المستفهم أتبيعي عبدك بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم، وكذا أبيعك. ومنها اشتريته منك بألف فقال نعم أو هات الثمن اتعقد، وكذا إذا قال هذا عليك بألف فقال فعلت، ولو قال هو لك بألف إن وافقتك أو إن أعجبك أو إن أردت فقال وافقني أو أعجبني أو أردت اتعقد، ولو قال بعثك بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح، وكذا على العكس، وكذا إذا قال بعد معرفة الثمن إن أديت ثمنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جاز استحساناً.

إنما يكون بالسین أو سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له، فإن أراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به، ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل، وإن أراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز أن يقال إنه لم يقل بالجواز به وإن كان بالنية لأنها إنما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الأصلية، والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج إلى النية ولا ينعقد به لما مر من الأثر والمعقول، ولا يقال: سلمنا أنه حقيقة في الحال لكن النية إنما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا لإرادة الحقيقة، لأن المعهود أن المجاز يحتاج إلى ما ينفي إرادة الحقيقة لا أن الحقيقة تحتاج إلى ما ينفي إرادة المجاز على أنه دافع للمعقول دون الأثر. فإن قيل: فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي؟ فالجواب أن يقال: المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج إلى النية. فقله: (بخلاف النكاح) يعني أنه ينعقد بذلك، فإن أحدهما إذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك اتعقد، وقد مر الفرق هناك، وهو ما قال إن هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح. قال رحمه الله: وقوله: (رضيت أو أعطيتك) هذا لبيان أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بيعت واشتريت، بل كل ما دل على ذلك ينعقد به، فإذا قال بيعت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت: أي المبيع بذلك الثمن اتعقد لإفادة المعنى المقصود وكذا إذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه: يعني بيعت بذلك فخذه لأنه أمره بالأخذ بالبدل وهو لا يكون إلا بالبيع فقدّر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بيعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لأن المعنى هو المعتبر في هذه العقود، وقيد بذلك لأن بعض العقود قد يحتاج إلى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة إذا لم يبين جميع ما تقتضيه (ولهذا) أي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق) المقصود وهو التراضي.

قوله: (والفعل المضارع عند الخ) أقول: في جميع العقود أو في غير البيوع، والأول مخالف ما ذكره في توجيه كلام شرح الطحاوي والثاني لا يتم به التقريب قوله: (هو اللفظ الماضي) أقول: أي في البيوع قوله: (والمضارع فيها مجاز) أقول: ضمير فيها راجع إلى الحال، وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع إلى الحال أيضاً. قوله: (لأن المعنى هو المعتبر الخ) أقول: فيه أن الاعتبار في المعارضة أيضاً للمعنى كما صرح به المصنف هناك، ومساس الحاجة إلى اللفظ إنما هو لبعده عن علم العوام. قال المصنف: (لتحقق المراضة) أقول: سيصرح في باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن. وفي النهاية في فصل ما يتحملة الشاهد: التعاطي بيع حكمي وليس ببيع حقيقي.

قبل في المجلس وإن شاء ردّ، وهذا خيار القبول، لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه، وإذا لم يفسد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوّه عن إبطال حق الغير، وإنما يمتد إلى آخر

[فروع: في اختلاف الإيجاب والقبول] قال بعتك بألف فقال اشتريته بألفين جاز، فإن قبل البائع الزيادة ثم بألفين، والأصح بألف إذ ليس له ولاية إدخال الزيادة في ملكه بلا رضاه، ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعتك بألف جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفاً، ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزوم بعشرة، فلو كان في يد المشتري من أول الأمر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعاً. وقال الطحاوي: يلزم بأخروهم كلاماً مطلقاً. ولو قال بعتك بألف بعتك بألفين فقال قبلت الأول بألف لم يجز لأن البائع قدر مع عنه، وليس هكذا في الطلاق والعتاق، فإن قال قبلت البيعين جميعاً بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف: يعني يكون البيع بألفين والألف زيادة إن شاء قبلها في المجلس وإن شاء ردها، وكذا بألف بمائة دينار إنما يلزمه الثاني، وقيل يلزمه الثمنان والأول في الزيادات وهو أوجه، وإذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري قوله: (ولهذا ينعقد) أي ولأن المعنى هو المعنى ينعقد (بالتعاطي في النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعداً والخسيس ما دونه وقوله: (هو الصحيح) احتراز من قول الكرخي إنه إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط وأراد بالخسيس الأشياء المحترقة كالقبل والغريغ والبيض والجوز استحساناً للعادة. قال أبو معاذ: رأيت سفیان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى. وجه الصحيح أن المعنى وهو دلالة على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل. وفي الإيضاح: هو خلاف ما ذكره محمد في الأصل في مواضع اهـ. وفي شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام في رجل قال لرجل: يعني هذا العبد لفلان فاشتره له، ثم أنكر أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا امرته، قال يأخذه فلان، فإن قال لم أمره وقد كان اشتراه له لم يكن له إلا أن يسلمه المشتري له، فإن سلمه وأخذه الذي اشتراه له كان بيعاً للذي أخذه من المشتري وكان العهدة عليه: أي للأخذ على المشتري فدل على صحة التعاطي في النفيس. وفي المنتقى: له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال أعطيك بمالك دنائير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاء بها فدفعها إليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعاً جاز هذه الساعة، وكذا لو ساوم رجلاً بشيء وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكال له جاز، ومن صورته إذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك والمودع يعلم أنها ليست إياها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع وللأمة. وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فحلف الخياط أنها هي وسعه أخذها. ومنها قول الدلال للبرّاز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه. وفي أجناس الناطقي: لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع، وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع، حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضي، وكذا إذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرتال بدرهم فوزن، بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة أرتال فوزنها له

وقوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالقبل وأمثاله. ثم إن محمداً رحمه الله أشار في الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفي في تحققه، قال رحمه الله (وإذا أوجب) إذا قال البائع مثلاً بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار، إن شاء قال في المجلس قبلت، وإن شاء ردّ، وهذا يسمى خيار القبول. وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على أحدهما وانتهى التراضي، فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف، وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب أن يرجع عن إيجابه لخلوّه عن إبطال حق الغير: فإن قيل: سلمناه أن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خالياً عن إبطال حق الغير. فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك

المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر. والكتاب

الخيار لأنه ليس بمعلوم، بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ، وكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب بها والبائع ينظر، أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري تم البيع. واختلف في أن قبض البديلين شرط في بيع التعاطي أو أحدهما كاف، والصحيح الثاني. ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البديلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع. ونصه في الجامع على تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر. ومنها لورد بخيار العيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها ورضي فهو بيع بالتعاطي قوله: (وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول إن شاء قبل وإن شاء رده) وللموجب أيهما كان بائعاً ومشترياً أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى، لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل، ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه، ألا يرى أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء، ولو صادف ردّ البائع قبول المشتري بطل. وأورد في الكافي الزكاة المعجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير. وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب، وإنما الفائت وصفه وهو النماء فبعد أخذ السبب حكمه تم الأمر، وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شرطه فلا يكون البيع موجوداً، وله أن يقبل ما دام المجلس قائماً، فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا يتعقد، واختلافه باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه. أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك، وإليه ذهب قاضيخان حيث قال: فإن قام أحدهما بطل: يعني الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض. فإن قيل: الصريح أقوى من الدلالة، فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي أن لا يثبت الإعراض. قلنا الصريح إنما كان أقوى، ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه، وهنا لم يبق فإن الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه، ولا يجتمع قوله قبلت به إلا أن للمجلس أثراً في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس. وقال شيخ الإسلام في شرح الجامع: إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح وإليه أشير في جمع التفاريق، وهذا شرح لقوله فيما يأتي وأيهما قام إلى آخره، وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران لو كان على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية، واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه

كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول، فإن المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لأن حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو أقوى منه قوله: (وإنما يعتمد إلى آخر المجلس) يجوز أن يكون جواباً عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول أو لم يتوقف على ما وراء المجلس. وتقرير الجواب أن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري، وفي إبقائه فيما وراء المجلس عسراً بالبائع، وفي التوقف على المجلس يسراً بهما جميعاً، والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في أول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر. فإن قيل: فلم لا يكون الخلع والعق على مال كذلك؟ فالجواب أنهما اشتغلا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيهما على ما وراء

قوله: (وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول) أقول: أنت خبير بأننا لم نفرض في صورة الرد بيعاً حتى يلزم خلاف المفروض، مع أن صورة الرد لم يتعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الغرض، فالأولى في التعليل طي ذكره من البين، أو يقال في التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلاً فليتأمل قوله: (فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف) أقول: إنما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضي مستلزماً لانتفاء البيع وهو ممنوع؛ ألا يرى أن بيع المكره متعقد قوله: (فالجواب أن الإيجاب النسخ) أقول: الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل.

كالخطاب، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة، وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن

إن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز. وفي الخلاصة عن النوازل: إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما إذا كانا يمشيان مشياً متصلاً لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة، ولو كان المخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح، وكذا لو كان في نافلة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز، بخلاف ما لو أكملها أربعاً، ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز، وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالأكل، ولو ناما جالسين لا يختلف، ولو مضطجعين أو أحدهما فهي فرقة. والسفينة كالبيت، فلو عقدا وهي تجري فأجاب الآخر لا ينقطع المجلس بجريانهما لأنهما لا يملكان إيقافها. وقيل يجوز في الماشيين أيضاً ما لم يتفرقا بذاتيهما، أما المسير بلا افتراق فلا، وهكذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة. ولو قال بعتك بألف ثم قال لآخر بعتك بألف فقبلا فهي للثاني لا للأول، ولو قال بعته بكذا فلم يقبل. حتى قام البائع في حاجة بطل قوله: (والكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) فصورة الكتاب أن يكتب: أما بعد، فقد بعث عبدي منك بكذا، فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد، والرسالة أن يقول: اذهب إلى فلان وقل له إن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا فجاء فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول، وكذا إذا قال بعث عبدي فلاناً من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره فذهب فأخبره فقبل، وهذا لأن الرسول ناقل، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً، فلو بلغه بغير أمره فقبل لم يجز لأنه ليس رسولاً بل فضولياً، ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز، ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعته لا يتم ما لم يقل الأول قبلت. وأما ما ذكر في الميسوط: لو كتب إليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع، فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي يتعقد به البيع. وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبعض من الحاضر يكون استيماً عادة، وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطري العقد، هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع، بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ، وعلى هذا الجواب في الإجارة والهبة والكتابة، فأما الخلع والعق على مال فإنه يتوقف شرط العقد في حق المرأة والعبد بالإجماع إذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر، بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على ألف فإنه لا يتوقف بالإجماع، وفي النكاح مَرَّ

المجلس. قال رحمه الله (والكتاب والخطاب) إذا كتب أما بعد فقد بعثك عبدي فلاناً بألف درهم أو قال لرسوله بعث هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب فأخبره بذلك فوصل الكتاب إلى المكتوب إليه. وأخبر الرسول المرسل إليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشترت أو قبلت تم البيع بينهما، لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر، لأن النبي ﷺ كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب، وكان ذلك سواء في كونه مبلغاً، وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه إليه. قال رحمه الله (وليس له أن يقبل في بعض المبيع) يعني إذا أوجب البائع البيع في شيئين فصاعداً وأراد المشتري قبول العقد في أحدهما لا غير، فإن كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لأن العادة فيما بين الناس أنهم يضمنون الجيد إلى الرديء في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الرديء به، فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الرديء فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لا محالة، وهذا التعليل في الصورة الموضوعية صحيح، وأما إذا وضعت المسئلة فيما إذا باع عبداً بألف مثلاً وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح. والصحيح فيه أن يقال: يتضرر البائع بسبب الشركة. فإن قيل: فإن رضي البائع في المجلس هل يصح أو لا. أجيب بأن القدوري قال: إنه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف إيجاب لا قبول ورضا البائع قبولاً. قال: وإنما يصح مثل هذا إذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة، وفي القفزين باعهما بعشرة لأن الثمن ينقسم عليهما

يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة، إلا إذا بين كل واحد لأنه صفقات معنى. قال: (وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب، لأن القيام دليل الإعراض) والرجوع، وله ذلك على ما ذكرناه، وإذا

الخلاف، فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا قوله: (وليس له أن يقبل إلى آخره) يعني إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالإجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون، فإن كان مما لا ينقسم إلا بالقيمة كثوبين وعبدان لا يجوز وإن قبل الآخر.

ولنتكلم على عبارة الكتاب هنا فإنها مما وقع فيها تجاذب فنقول: الظاهر من نظم الكلام أن ضمير له في وقوله وليس له راجع إلى أحد المتعاقدين في قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو للآخر وحينئذ يكون أعم من البائع والمشتري، فمعناه في البائع: أنه إذا أوجب المشتري البيع بأن قال اشتريت هذه الأثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لأنه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته إلى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الأثواب لعزتها وبعضها لا يقوم بحاجته، فلو ألزمناه البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الأمور. وأما في المشتري فمعناه: إذا أوجب البائع المبيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه إذ قد يتضرر بتفريق الصفقة لأن العادة أن يضم البائعون الجيد إلى الرديء ليرؤونه، فلو ألزمناه البيع بقي الرديء وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك، ومعلوم أن القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه المصنف للعلم به لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لأن ذلك يستفاد من العبارة الأولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه، أي وليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذي أوجب فيه المشتري البيع، ولا أن المشتري يقبل المشتري في بعض المبيع فيما إذا كان الموجب هنا البائع. والحاصل أن عدم صحة القبول في البعض للزوم تفريق الصفقة فوجب أن يعرف بماذا يثبت اتحادها وتفريقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره، فما من تعدد القابل امتناعه لما فيه من إلزام الشركة. مثاله أن يقول البائع لمشتريين بعثكما هذا بألف فقال أحدهما اشتريت دون

باعتبار الأجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة، فأما إذا أضاف العقد إلى عشرين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وإن رضي البائع لأنه يلزم البيع بالحصة ابتداء، وأنه لا يجوز كما سيأتي، وإن كانت الصفقة متفرقة كان له ذلك لانتفاء الضرر عن البائع، وإليه أشار بقوله: (إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنها صفقات معنى) والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه، والعقد يحتاج إلى مبيع وثمان وبائع ومشتري وبيع وشراء، واتحاد بعض هذه الأشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفريقها، فإذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة، وكذا إذا اتحد سوى المبيع كقوله بعثتهما بمائة فقال قبلت، واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعثتهما بمائة فقال قبلت أحدهما بستان والآخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضاً كما ذكر في الكتاب، واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعنا هذا منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة، واتحاد الجميع سوى المشتري كأن قال بعته منك بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع، والثمن إن كان بتكرير لفظ المبيع فكذلك، وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء، هذا كله قياساً واستحساناً، وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياساً لا استحساناً. وقيل لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة ويوجب على قول صاحبيه، قال: وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب، هذا متصل بقوله إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد، وهو إشارة إلى أن رد الإيجاب تارة يكون صريحاً وأخرى دلالة، فإن القيام دليل للإعراض والرجوع، وقد ذكرنا أن الموجب

قوله: (لأنه يلزم البيع بالحصة ابتداء وأنه لا يجوز) أقول: ويجوز بقاء ويجيء. قال المصنف: (إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى) أقول: سيجيء في آخر باب البيع الفاسد أنه لا تتعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن، فالمراد هنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد قوله: (فإذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) أقول: تأمل في هذا التعبير قوله: (وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ)

حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية. وقال الشافعي رحمه الله يثبت

الآخر تعددت، فلا يلزم لأنه لو تم في الصف، لأنه إنما خاطبهما بالكل فكان مخاطباً كلاً بالنصف، فلو لزم شريكاً للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه، وكذا لو قال رجل لمالكي عين اشتريت منكما هذه بألف فباعه أحدهما دون الآخر فإن بيعه إنما يتم في نصيبه فتعددت. فلو تم تضرر المشتري الموجب بالشركة أيضاً، وأما إذا كان الموجب اثنين خاطباً واحداً فقالا بعناك أو اشتريتنا منك هذا بكذا فأجاب هو في بعضه لا يلزم، لكن لا لتعددتها بتعدد العاقد بل لإجابته في البعض، ألا ترى أن الموجب فيها لو كان واحداً والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة أيضاً، فعرف أن هذا من جهة أخرى لا من تعدد العاقد، وأما من غيره فيصورتين: إحداهما أن يوجب البائع في مثليين أو واحد قيمي أو مثلي فقبل في البعض أو يوجب المشتري فيما ذكرناه بأن يقول اشتريت منك بكذا فقبل البنائع في البعض فإن في كل منهما الصفقة واحدة، فإذا قبل في بعضها فرقها فلا يصح، فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو إما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره، ففيما إذا كرره فالاتفاق على أنه صفقتان، فإذا قبل في أحدهما يصح مثل أن يقول بعتك هذين العبدین بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف أو اشتريت منك هذين العبدین اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف كذا في موضع، وفي موضع أن يقول بعتك هذين بعتك هذا بألف وهذا بألفين وفيما إذا لم يكرره مثل بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفقتان وبه قال بعضهم. وقال آخرون صفقة واحدة، وأن مراد صاحب الهداية إذا كرر لفظ البيع، فأما إذا لم يكرره وقد اتحد الإيجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياساً واستحساناً فليس له أن يقبل في أحدهما. وقيل الأول استحسان وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه، والثاني قياس وهو قولهما. والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن، لأن الظاهر أن فائدته ليس إلا قصده بأن يبيع منه أيهما شاء، وإلا فلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعين ثمن كل منهما قوله: (وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية) وهو قول مالك رحمه الله (وقال الشافعي) وأحمد رحمهما الله (لهما خيار المجلس لقوله ﷺ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا^(١)) أو يكون البيع خياراً، رواه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. وروى البخاري أيضاً أن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» أو يقول أحدهما لصاحبه اختر^(٢) وروى البخاري أيضاً من حديث حكم بن حزام رضي الله عنه، عنه عليه الصلاة والسلام «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(٣) ولنا السمع

الرجوع صريحاً، والدلالة تعمل عمل الصريح. فإن قيل: الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها وها هنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجع على الدلالة. أجيب بأن الصريح إنما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها (وإذا حصل الإيجاب والقبول ثم البيع ولزم، وليس لواحد من المتعاقدين الخيار إلا من عيب أو عدم رؤية) خلافاً للشافعي رحمه

أقول: ويعلم من هذا حال تعدد الثمن والبيع بدون تفرق البائع والمشتري بالطريق الأولى، وفيه شيء يمكن دفعه، ولعل الأولى أن لا يتعرض لتعدد البائع والمشتري. قوله: (وقد تقدم تفسيره الخ) أقول: الذي تقدم تفسيره كان مختصاً بجانب المجيب والمذكور في الحديث يعمه وجانب الموجب، فالحق أن يفسر خيار القبول هنا بأعم مما ذكر أو من خيار الرجوع كما لا يخفى.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٠٧، ٢١٠٩، ومسلم ١٥٣١، وأبو داود ٣٤٥٥، ٣٤٥٦، والترمذي ١٢٤٧، والنسائي ٢٥١/٧، ٢٥٢، ٢٤٨، وابن حبان ٤٩١٢ والطحاوي ١٢/٤، والبخاري ٢٠٤٨، وابن الجارود ٦٢٠، والدارقطني ٦/٣، والبيهقي ٢٧١/٥، والحميدي ٦٥٤، وعبد الرزاق ١٤٢٦٢، والشافعي ١٥٤/٢، وأحمد ٣/٢، ٧٣، كلهم من حديث ابن عمر.

(٢) صحيح. هو رواية للبخاري وقد تقدم تخريجه في الذي قبله.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٧٩، ٢٠٨٢، ٢١٠٨، ٢١١٠، ٢١١٤، ومسلم ١٥٣٢، وأبو داود ٣٤٥٩، والنسائي ٢٤٤/٧، ٢٤٥، والدارمي ٢٥٠/٢، والطبراني ١٣١٦، والشافعي ١٥٤/٢، ١٥٥، وابن حبان ٤٩٠٤، والبخاري ٢٠٥١، والطبراني ٣١١٦، ٣١١٧، والبيهقي ٢٦٩/٥، وأحمد ٤٠٣، ٤٠٢، ٤٣٤، كلهم من حديث حكيم بن حزام.

لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا» ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر فلا يجوز. والحديث محمول على خيار القبول. وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها

والقياس. أما السمع فقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة ١] وهذا عقد قبل التخيير، وقوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء ٢٩] وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير، فقد أباح تعالى أكل المشتري قبل التخيير، وقوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة ٢٨٢] أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع، والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص، ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزم يعرف شرعاً، وقد اعتبر الشرع في كونه ملزماً اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة، وكذا لا تتم التجارة عن التراضي إلا به شرعاً، وإنما أباح الأكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض. وأما حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه حيث قال له: «إذا ابتعت فقل لا خلاصة ولي الخيار»^(١) فقد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام، فإنما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا بالاشتراط في صلب العقد لا أصل الخيار، ولا مخلص إلا بتسليم إمكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لأنه مجازة، والمتشاغلان: يعني المساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد، وهذا هو خيار القبول، وهذا حمل إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى. لا يقال: هذا أيضاً مجاز لأن قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد لا متبايعان. لأننا نقول: هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له إلا حال التكلم بالخبر، والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقة حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزائه، فبالضرورة يصدق مخبراً حال النطق ببعض حروف الخبر وإلا لا يتحقق له حقيقة ولأننا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر البيع مترواضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي، والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل إثبات خيار القبول لنفي توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلاً للاتفاق والتراضي السابق في إلزامه بكلام أحدهما بعد. قال المصنف رحمه الله تعالى (أو) هو (يحتمله فيحمل عليه) جمعاً بين ما ذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر إلى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الإيجاب والقبول وعدم توقف الأسماء على أمر آخر. لا يقال: إن ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل لا خيارهما لأنه ممنوع، بل الموجب أيضاً له خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وأن لا يرجع، وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الأقوال وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول، وإسناد التفرق إلى الناس مراداً

الله فإنه أثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى أن لكل من المتعاقدين بعد تمام العقد أن يرذ العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان. واستدل على ذلك بقوله ﷺ: «(البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)» فإن التفرق عرض فيقوم بالجواهر وهو الأبدان

(١) صحيح. أخرجه الحاكم في المستدرک ٢/٢٢ والبيهقي ٥/٢٧٣ والدارقطني ٣/٥٤، ٥٥ كلهم من حديث ابن عمر قال: كان حبان بن منقذ رجلاً... فذكره.

وقد سكت الحاكم وصححه الذهبي.

وله شاهد من حديث ابن عمر «أن رجلاً ذُكر لرسول الله ﷺ أنه ينخدع في البيع فقال رسول الله ﷺ: إذا بعث فقل: لا خلاصة...».

أخرجه البخاري ٢١١٧، ٤٩٦٤، ١٥٣٣ وأبو داود ٣٥٠٠ والنسائي ٧/٢٥٢ وابن حبان ٥٠٥١، ٥٠٥٢ والبغوي ٢٠٥٢ ومالك ٢/٦٨٥ وعبد الرزاق ١٥٣٣٧.

فالحديث صحيح لشاهده.

أو يحتمله فيحمل عليه، والفرق فيه تفرق الأقوال. قال: (والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع) لأن بالإشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي إلى المنازعة (والأثمان المطلقة لا تصح) إلا

به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف، قال الله تعالى ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة﴾ [البينة ٤] وقال ﷺ «افتترقت بنو إسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة، وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة»^(١) وجينئذ فيراد بأحدهما في قوله أو يقول أحدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد إيجابه للآخر اختر أتقبل أو لا، والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول، والله سبحانه وتعالى أعلم. وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع، وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدین ببدل الآخر فلا يجوز إبطاله فیرد منعه بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه إلى غاية الخيار بالحديث، وإنما يرجع الكلام فيه إلى ما ذكرناه من معنى المتبايعين. وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به، فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في الضعف، إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده محجوج به قوله: (والأعواض المشار إليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والياب أو أثماناً كالدراهم والدنانير (لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع) فإذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الأرز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مريثة له فقبل جاز ولزم لأن الباقي جهالة الوصف: يعني القدر وهو لا يضر، إذ لا يمنع من التسليم والتسلم لتعجله كجهالة القيمة لا تمنع الصحة. قال في الفتاوى: قال لغيره: لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئاً فبعها مني بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها أكثر جاز البيع، بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للأجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقاً، ولا في رأس مال السلم إذا كان مكيلاً أو موزوناً عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يجيء. ثم المسئلة مقيدة بغير الأموال الربوية وبالربوية إذا قبلت بغير جنسها، أما الربوية إذا قبلت بجنسها كالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الإشارة إليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع كتحقيقه الربا شرعاً، والتقيد

(ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر) وهو لا يجوز. والجواب عن الحديث أنه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره، وفيه إشارة إلى ذلك لأن الأحوال ثلاث: قبل قبولها، وبعد قبولها، وبعد كلام الموجب قبل قول المجيب. وإطلاق

قوله: (والثالث حقيقة) أقول: فيه بحث. قوله: (وهذا التأويل منقول النخ) أقول: أي تأويل الخيار المذكور في الحديث بما ذكر قوله: (والتفرق تفرق الأقوال النخ) أقول: الافتراق أحد الأكوان الأربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين قوله: (وأوجب بأن إسناده التفريق والتفرق النخ) أقول: إسناده التفرق إلى القول مجازاً بالسببية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدمني بذلك حق لي على فلان قوله: (أن نقول التفرق يطلق على الأعيان والمعاني) أقول: فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع، والظاهر أن منع كون ما يطلق التفرق مطلقاً من الأعراض قوله: (ثمناً كانت أو مثنماً) أقول: وتقرير صدر الشريعة صريح في أن المراد بالأعواض الأثمان فتأمل في الترجيح.

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٩٦ والترمذي ٢٦٤٢ وابن ماجه ٣٩٩١ وابن حبان ٦٢٤٧ وأبو يعلى ٥٩١٠، وأحمد ٣٣٢/٢ كلهم من حديث أبي هريرة.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح وهو كما قال وله طرق كثيرة.

وورد من حديث أنس أخرجه ابن ماجه ٣٩٩٣ قال البوصيري في الزوائد وهي مصباح الزجاجية: إسناده صحيح ورجاله ثقات اهـ.

وورد من حديث معاوية بن أبي سفيان أخرجه أبو داود ٤٥٩٧ والدارمي ٢٤١/٢ والطبراني ٢٧٥٤ والحاكم ١٢٨/١.

ومن حديث عوف بن مالك أخرجه ابن ماجه ٣٩٩٢ والمطالبي ٢٩٥٦.

فالحديث جيد بمجموع طرقه.

ولكن فيه [إحدى وسبعين فرقة] بدل [اثنتين وسبعين] وفيه أيضاً [ثنتين وسبعين] بدل [ثلاث وسبعين].

أن تكون معروفة القدر والصفة، لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم بمقدارها في قوله لا يحتاج إلى معرفة مقدارها احتراز عن الصفة، فإنه لو أراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفاً أو نهرجة كان له أن يرجع بالحياد لأن الإشارة إلى الدرهم كالتنقيص عليها وهو ينصرف إلى الحياد، ولو وجدها ستوفة أو رصاصاً فسد البيع وعليه القيمة إن كان ألتلفها، ولو قال اشتريتها بهذه الصرة من الدرهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لأن مطلق الدرهم في البيع يتصرف إلى نقد البلد، وإن وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع، بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم رأى الدرهم التي كانت فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد، لأن الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها، وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار، ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود قوله: (والأثمان المطلقة) أي عن قيد الإشارة (لا تصح حتى تكون معلومة القدر) كخمس عشرة دراهم أو أكرار حنطة، بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً فإنه ليس عوضاً مشاراً إليه، فإن المشار إليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب، فلهذا إذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً فوزن به كان له الخيار. ومما لا يجوز البيع به البيع بقيمته أو بما حل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز، فإن علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عاد جائزاً، وكذا لا تجوز بألف درهم إلا ديناراً أو بمائة دينار إلا درهماً، وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية، وكذا حنطة بحيرية أو صعيدية، وهذا لأنها إذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها، فالمشتري يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة. واعلم أن الأعواض في البيع إما دراهم أو دنائير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفاً، وإما أعيان ليست مكيلة ولا موزونة

المتبايعين في الأولين مجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه. والثالث حقيقة فيكون مراداً، أو يحتمل أن يكون مراداً فيحمل عليه. والفرق بينهما أن أحدهما مراداً والآخر محتمل للإرادة. لا يقال: العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما، لأن الباقي بعد كلامهما، حكم كلامهما شرعاً لا حقيقة كلامهما، والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن إبراهيم النخعي. وقوله: (والتفرق تفرق الأقوال) جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجواهر. ولقاتل أن يقول: حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال بإجماع متكلمي أهل السنة فيكون إسناد التفرق إليها مجازاً، فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم. وأجيب بأن إسناد التفرق والتفرق إلى غير الأعيان سائغ شائع، فصار بسبب فشؤ الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة، قال تعالى ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ الآية وقال ﴿لَا تَفَرَّقْ بَيْنَ مَنْ رَسَلَهُ﴾ والمراد التفرق في الاعتقاد. وقال ﷺ «ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة» وهو أيضاً في الاعتقاد، وفيه نظر لأن المجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه أيضاً كذلك، على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب أبي حنيفة، فإن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده، ولعل الأولى أن يقال: حمله على التفرق بالأبدان رد أبي الجهالة، إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمنازعة وهو مقطوع بفساده عادة، وهذا معنى قول مالك رحمه الله: ليس لهذا الحديث حد معروف. أو نقول: التفرق يطلق على الأعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي وترجع جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالأبدان إلى الجهالة وهذا التأويل: أعني حمل التفرق على الأقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله. قال رحمه الله (والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها) الأعواض المشار إليها ثمننا كانت أو ثمننا لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع، لأن بالإشارة كفاية في التعريف المنافي للجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم للذين أوجبهما عقد البيع، فإن جهالة الوصف لا تقضي إلى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف، وكون التقايض ناجزاً في البيع بخلاف السلم على ما سيأتي، وهذا إنما يستقيم إذا لم تكن الأعراض ربوية،

قوله: (فإن جهالة الوصف النسخ) أقول: والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف النسخ كلام مستأنف أتى به بياناً لحال جهالة الوصف فيه قوله: (ناجزاً في البيع) أقول: أي حاضر قوله: (فجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول: إذا بيعت بجنسها. قوله: (يمتنع

والتسليم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز، هذا هو الأصل، قال: (ويجوز البيع بضمن حال ومؤجل إذا كان لأجل معلوماً) لإطلاق قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وعنه عليه الصلاة والسلام «أنه اشترى من يهودي طعاماً إلى

فهي مبيعة أبداً، ولا يجوز فيها البيع إلا عيناً إلا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما ثبتت الثياب مبيعاً في الذمة بطريق السلم ثبت ديناً مؤجلاً في الذمة على أنها ثمن، وحينئذ يشترط الأجل لا لأنها ثمن بل لتصير ملحقاً بالسلم في كونها ديناً في الذمة، فلذا قلنا إذا باع عبداً بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جاز، ويكون بيعاً في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس، بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الأجل وامتنع بيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالبيض، فإن قوبلت بالنقد فهي مبيعات أو بأمثالها من المثلثات، فما كان موصوفاً في الذمة فهو ثمن، وما كان معيناً فمبيع، فإن كان كل منهما معيناً، فما صحبه حرف الباء أو لفظ على كان ثمناً والآخر مبيعاً. وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع: المكيل والموزون إذا لم يكن معيناً فهو ثمن دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل، فلذا لو قال اشترت منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح إلا بطريق السلم فيجب أن يضرب الأجل للحنطة. واعلم أن التقدير المشروط قد يكون عرفاً كما يكون نصاً في الفتاوى لو قال: اشترت منك هذا الثوب أو هذه الدار أو هذه البطيخة بعشرة دنانير أو درهم، إن كان في البلد يبتاع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلس، وإن كان في بلد لا يبتاع الناس بهذه الجملة ينصرف إلى ما يبتاع الناس بذلك النقد انتهى. وحاصل هذا أنه إذا صرح بالعدد فتعين المعدود من كونها دراهم أو دنانير أو فلوساً يثبت على ما يناسب المبيع ووقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع قوله: (ويجوز البيع بضمن حال ومؤجل) لإطلاق قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة ٢٧٥] وما بضمن مؤجل بيع. وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (اشترى رسول الله ﷺ طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً له) من حديد وفي لفظ

أما إذا كانت ربوية فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا، وإنما لم يقيد في الكتاب لأن ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه. قال: (والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة) الأثمان المطلقة عن الإشارة لا يصح بها العقد إلا أن تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها، والصفة ككونها بخارياً أو سمرقندياً لأن التسليم واجب بالعقد، وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية إلى النزاع، فالتسليم يمتنع بها (وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسليم) ويفوت الغرض المطلوب من المبيع. قال: (ويجوز البيع بضمن حال) قال الكرخي رحمه الله: المبيع ما يتعين في العقد والضمن ما لم يتعين، وهذا على المذهب، فإن الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق. وقال أبو الفضل الكرماني في الإيضاح: الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالسلم فيه فإنه يثبت في الذمة وليس بضمن، وقيل المبيع ما يحله العقد من الأعيان ابتداء، وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر، فإنه إنما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طريقي أصحابنا في الإجارة، والضمن ما يقابله. وينقسم كل منهما إلى محض ومتردد، فالمبيع المحض هو الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال إلا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة إلى أجل بدلاً عن عين فإنها أثمان، وليس اشتراط الأجل لكونه ثمناً بل ليصير ملحقاً بالسلم في كونها ديناً في الذمة، والضمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والمعدنيات المتقاربة فإنها مبيعة نظراً إلى الانتفاع بأعيانها أثمان نظراً إلى أنها مثلية كالتقدين، فإن قابلها

حصوله بالجهالة (الخ) أقول: أي بجهالة ذلك الواجب قوله: (إلى النزاع) أقول: في ذلك الواجب قوله: (والضمن ما لم يتعين) أقول: هذا أيضاً منقوض بالسلم فيه ورأس مال السلم إذا كان عيناً قوله: (وهو منقوض بالسلم فيه فإنه يثبت في الذمة) أقول: لا يبعد أن يقال: المعروف هو المبيع المطلق والضمن المطلق وهو ما يكون ثمناً بكل حال، فمعنى التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقرينة الإطلاق الذي يصرف على الكمال قوله: (وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر (الخ) أقول: ويجوز أن يكون احترازاً عن الثمن قوله: (والضمن ما يقابله) أقول: أي يقابل ما يحله العقد بأن يذكر حين العقد في مقابله.

أجل معلوم ورهنه درعه». ولا بد أن يكون الأجل معلوماً لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد، فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها. قال: (ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لأنه المتعارف، وفيه التحري للجواز فيصرف إليه (فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدهما) وهذا إذا كان

الصحيحين «طعاماً بنسيئة»^(١). وقد سمي هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر «أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعاً عند أبي الشحم رجل من بني ظفر في شعير»^(٢) (ولا بد أن يكون الأجل معلوماً لأن جهالته تفضي إلى المنازعة في التسليم والتسليم، فهذا يطالبه في قريب المدة وذاك في بعيدها) ولأنه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الأجل وهو السلم أوجب فيه التعيين حيث قال «من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»^(٣) وعلى كل ذلك انعقد الإجماع وأما البطلان فيما إذا قال بعته بألف حالاً وبألفين إلى سنة فلجهالة الثمن، ومن جهالة الأجل ما إذا باعه بألف على أن يؤدي إليه الثمن في بلد آخر، ولو قال إلى شهر على أن تؤدي الثمن في بلد آخر جاز بألف إلى شهر، ويبطل شرط الإيفاء في بلد آخر لأن تعيين مكان الإيفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح، فلو كان له حمل ومؤنة صح، ومنه على قول محمد ما إذا باعه على أن يدفع إليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فإن البيع فاسد لأن محمد رحمه الله علله بتضمنه أجلاً مجهولاً حتى لو سمي الوقف الذي يسلم إليه فيه المبيع جاز البيع. وأما أبو يوسف فإنما علله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد قوله: (ومن أطلق الثمن في البيع) أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بأن قال عشرة دراهم مثلاً (انصرف إلى غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف فينصرف) المطلق (إليه) فإنه كان إطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولي وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف، وإن كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل

التقدان فهي معينة، وإن قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة وأثمان لأن البيع لا بد له منهما وليس أحدهما أولى بأن يجعل مبيعاً من الآخر فجعل كل واحد مبيعاً وثماناً وإن كانت أعنى المكيلات والموزونات غير معينة، فإن دخلت فيها الباء مثل أن يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمناً، وإن دخلت في غيرها كأن يقال: اشتريت الكر بهذا العبد كان مبيعاً ولا يصح إلا سلماً بشروطه. هذا ملخص كلامهم في هذا الموضوع. وأقول: الأعيان ثلاثة: نقود أعنى الدراهم والدنانير. وسلع كالثياب والدور والعبد وغير ذلك. ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، وبيع غير التقدين بالتقدين يشتمل على المبيع المخض والثمن المخض، وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعاً وثماناً، والتميز في اللفظ بدخول الباء وعدمه. قال: (والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز) لإطلاق قوله تعالى ﴿وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ولما روي (أنه ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه) لكن لا بد وأن يكون الأجل معلوماً لثلا يفضي إلى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسليم، وربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر إلى بعيدها. قال: (ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن

قوله: (وأقول الأعيان ثلاثة الخ) أقول: ولعل وجه العدول كما ذكره استلزامه فقدان المبيع في بيع التقدين وفقدان الثمن في المقايضة، بخلاف ما اختاره. قال المصنف: (والاختلاف بين العدالي الخ) أقول: والظاهر أنه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود في المالية أن ثبت اختلافها فيها قوله: (وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ، إلى قوله: هذا ما سنح لي في حل هذا الموضوع) أقول: فيه بحث فإن اسم الدراهم إنما يطلق على اثنين من الثاني وثلاثة من الثلاثي كما صرحوا، فحينئذ يظهر استواءهما في

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٦٨، ٢٠٩٦، ٢٢٥٢، ٢٣٨٦، ٢٥٠٩ ومسلم ١٦٠٣ والبيهقي ١٩/٦ كلهم من حديث عائشة.

(٢) هذه رواية البيهقي في سننه ١٩/٦.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٩، ٢٢٤٠، ٢٢٤١، ٢٢٥٣ ومسلم ١٦٠٤ وأبو داود ٣٤٦٣ والترمذي ١٣١١ والنسائي ٢٩٠/٧ وابن ماجه ٢٢٨٠ وابن حبان ٤٩٢٥ وابن الجارود ٦١٤، ٦١٥ والطبراني في الكبير ١١٢٦٣، ١١٢٦٤، والبغوي ٢١٢٥ والدارمي ٢١٠/٢ والحيمدي ٥١٠ والشافعي ١٦١/٢ والبيهقي ١٨/٦، ١٩، ٢٤ وأحمد ٢١٧/١، ٢٢٢، ٢٨٢ كلهم من حديث ابن عباس.

الكل في الرواج سواء، لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف إليه تحريماً للجواز، وهذا إذا كانت مختلفة في المالية، فإن كانت سواء فيها كالثلاثي والثلاثي والتصريتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم، كذا قالوا، وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية. قال: (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة

منهما واجب تحريماً للجواز وعدم إهدار كلام العاقل (فإن كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب الأشرفي والناصرى بمصر لكنهما في الرواج سواء (فالبيع فاسد) لعدم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج، وإذا لم يكن الصرف إلى أحدها والحالة أنها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة لأن المشتري يريد دفع الأنقص مالية والبائع يريد دفع الأعلى فيفسد البيع، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقررته وصار كما لو قال الدائن لمديونه يعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك ويعني هذا الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحاً لعدم إفشاء جهالة الثمن الأول إلى المنازعة بضم المبيع الثاني إليه إذ به يصير ثمنهما عشرة، وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المديون نعم ونحوه، وإن كانت مختلفة المالية والرواج معاً فالبيع صحيح ويصرف إلى الأروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة، وكذا إذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويؤدي من أيها شاء لأنه لا فضل لأحدها فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعتن. وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين، حتى لو أراه درهماً اشتري به فباعه ثم حسبه وأعطاه درهماً آخر جاز: يعني إذا كانا متحدتي المالية والثلاثي والثلاثي اسماً دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية، وكذا الركني والخليفتي في الذهب كان الخليفتي أفضل مالية عندهم والعدالي اسم لدرهم قوله: (ويجوز بيع الطعام) وهي الحنطة ودقيقها خاصة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث الفطرة: «كنا نخرج على عهد رسول الله ﷺ صاعاً من طعام أو صاعاً من شعيرة»^(١) فقله: (والحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقي: أي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام (مكايلة) أي بشرط عدد من الكيل، وإلا ففي اللغة المكايلة أن تكيل له ويكيل لك (ومجازفة) أي بلا كيل ولا وزن بل بإراءة الصبرة. والجزف في الأصل: الأخذ بكثرة من قولهم جزف له في الكيل إذا أكثر ومرجعه إلى المساهلة. قال المصنف: (وهذا) يعني البيع مجازفة مقيد بغير الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها، فأما الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع كحقيقة الربا، وهذا أيضاً مقيد بما يدخل تحت الكيل منها، وأما ما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين فقال: ما حرم في الكثير حرم في القليل. والقيد مقيد أيضاً بما إذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كفة بكفة فإنه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره. ومع ذلك لو باع

عن ذكر الصفة دون القدر كأن قال اشترت بعشرة دراهم ولم يقل بخارياً أو سمرقندياً وقع العقد على غالب نقد البلد، وإن كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسداً إلا أن يبين أحدها.

واعلم أنني أذكر لك في هذا الموضع الأقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة إجمالاً ثم أنزلها على متن الكتاب حاله، فإني ما وجدت من الشارحين من تصدي لذلك على ما ينبغي فأقول: إذا كان في البلد نقود مختلفة، فإما أن يكون

المالية وأنه ليس في كلام الشيخ تعقيد فليتأمل. قوله: (وإن كان مما يدخل تحته، إلى قوله: لا يقال لا دلالة للحديث على المنع الخ)

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٠٦ ومسلم ٩٨٥ وأبو داود ١٦١٨ والنسائي ٥١/٥ والدارمي ٣٩٢/١ وابن حبان ٣٣٠٧ وأبو يعلى ١٢٢٧ والشافعي ٢٥١/١، ٢٥٢ والبغوي ١٥٩٥ والطحاوي ٤١/٢، ٤٢ والدارقطني ١٤٦/٢ والبيهقي ١٦٤/٤ ومالك ٢٨٤/١ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري.

ومجازفة) وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد» بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسليم فشابه

الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز، لأن المانع إنما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل، وهو منتف فيما إذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز. والحديث الذي ذكره بمعناه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة إلا البخاري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كانت يداً بيد»^(١) (ولأن) هذه (الجهالة غير مانعة من التسليم والتسليم) لتعجل التسليم على ما تقدم فلا يمنع (فشابه جهالة القيمة) للمبيع بعد رؤيته ومشاهدته، فإنه لو اشترى من إنسان ما يساوي مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع قوله: (ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيد الإناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد، أما إذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز، وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز، لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في المجرد جوازها، ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين، فلو ملأ له بأصغر منها لا يقبل، وكذا راوية منه يوفيه في منزله. وعن أبي يوسف إذا ملأها ثم تراضيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه أحمالاً لا يجوز، ولو حملة على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني. وفي

الاختلاف في المالية والرواج، أو في المالية دون الرواج، أو في الرواج دون المالية، أو لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلاً، فإن كان الأول جاز البيع وانصرف إلى الإرواج، وإن كان الثاني لا يجوز لأن الجهالة في المنازعة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسليم، وإن كان الثالث يجوز ويتصرف إلى الأرواج تحريماً للجواز، وإن كان الرابع فكذلك لأن الجهالة ليست موقفة في المنازعة المانعة من التسليم والتسليم. وإذا عرف هذا فقول: (فإن كانت النقود مختلفة) يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي، فإن المصري أفضل في المالية من المغربي إذا فرض استواءهما في الرواج (فالبائع فاسد) لأن الجهالة تفضي إلى المنازعة إشارة إلى القسم الثاني، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما، فحينئذ يجوز. وقوله: (أو يكون أحدهما أغلب وأرواج) فحينئذ يصرف البيع إليه تحريماً للجواز إشارة إلى القسم الأول أو إلى القسم الثالث، لأن كون أحدهما أرواج أعم من أن يكون مع اختلاف في المالية أو مع استواء والبيع جائز فيهما. وقوله: (وهذا) أي فساد البيع إذا كانت مختلفة في المالية: يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الثاني، أعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقاً والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دانقاً والنصرتي اليوم بسمرقند فإنه بمنزلة الناصري ببخارى، والاختلاف بين العدالي بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدلياً، وكل هذا يختلف في المالية مع التساوي في الرواج. وقوله: (فإن كانت سواء فيهما) أي في المالية: يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله: (جاز البيع إذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا) أي المتأخرون من المشايخ (وينصرف) اسم الدراهم (إلى ما قدر به) من المقدار كعشرة ونحوها (من أي نوع كان) من غير تقييد بنوع معين لأنه لا منازعة لاستوائهما في الرواج (ولا اختلاف في المالية) وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ رحمه الله، فإنه فصل بين قوله إذا كانت مختلفة في المالية، ومثاله وهو قوله كالثنائي

أقول: أنت خير بأن إيراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز إذا بيع بخلاف جنسه، وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا، تأمل يظهر لك سوء ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفاً لما اختاره المصنف من النظام. قوله: (وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الأولى الخ) أقول: إذا كان غير عين يكون مجهولاً وسيجيء أن الفساد فيه للجهالة.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٨٧ وأبو داود ٣٣٥٠ والترمذي ١٢٤٠ وابن حبان ٥٠١٨ والبيهقي ٢٧٨/٥، ٢٨٤ وابن الجارود ٦٥٠ كلهم من حديث عبادة بن الصامت. وورد من حديث ابن عمر أخرجه أبو يعلى ٥٧١٦ وورد بنحوه من حديث أبي الأشعث أخرجه مسلم ١٥٨٧ وأبو داود ٣٣٤٩ والنسائي ٢٧٤/٧، ٢٧٥، ٢٧٧ وابن ماجه ٤٤٥٤ والبيهقي ٢٨٦/٥. فالحديث مشهور.

جهالة القيمة. قال: (ويجوز بإتاء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة. وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً، والأول أصح وأظهر، قال: (ومن باع صبره طعام كل

الخلاصة اشترى كذا كذا قرية من ماء الفرات جاز استحساناً إذا كانت القرية معينة. وعن أبي يوسف أيضاً يجوز في القرب مطلقاً. وفي المحيط: بيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز إلا إذا جعله في وعاء. ووجه في المبسوط مسألة الكتاب بأن في المعين مجازفة يجوز فيمكيال غير معروف أولى، وفيه نظر فإن في المجازفة الإشارة إلى عين المبيع ثابتة تفيد الإحاطة بمقدار جرمه وأقطاره، ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كيل غير معلوم قبل أن يصب فالأولوية منتفية بلا شك. والوجه يقتضي أن يثبت الخيار إذا كان به أو وزن للمشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهباً نص في جمع النوازل على أن فيه الخيار إذا علم به، ومعلوم أن ذلك بالوزن. وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر، وفيه الخيار، وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية (عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً) كما لا يجوز في السلم، فقله لا يجوز: أي لا يلزم. قال المصنف: (والأول أصح) أي من جهة الرواية (وأظهر) أي من حيث الوجه المذكور في الكتاب. وحاصله أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تفضي إلى المنازعة وهي المانعة، وذلك لأنه يتعجل فيندر هلاكه، بخلاف السلم لا يتعجل فقد يهلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم المسلم فيه، ولا يخفى أن هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار، وأقرب الأمور إلى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه: وهي ما إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم أنه إذا كال في المجلس حتى عرف المقدار صح، ويثبت الخيار للمشتري كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض أنه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الإشارة إليها، لكن هذه الرواية أثم، وصار كما إذا رأى الدهن في قارورة زجاج فإنه يثبت الخيار بعد صبه. هذا وقد روي عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لأنها تنقص بالجفاف، وعول بعضهم على ذلك وليس بشيء فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تعجيل السلم ولا جفاف يوجب نقصاً في ذلك الزمان، وما قد يعرض من تأخره يوماً أو يومين ممنوع، بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الإسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه، والفرض إن أقل

بالشرط وهو قوله. فإن كانت سواء فصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثاني إلى قوله جاز، ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثاني إلخ متعلقاً بقوله فإن كانت سواء لأن ما كان اثنان منه تقادراً وثلاثة منه دانقاً لا يكونان في المالية سواء، لكن يمكن أن يكونا في الرواج سواء، هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله أعلم. قال: (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكائلاً) المراد بالطعام الحنطة وديققها لأنه يقع عليهما عرفاً، وسيأتي في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وأمثالها، كل ذلك إذا بيع مكائلاً جاز العقد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه، وإذا بيع (مجازفة) فإن كان شيئاً لا يدخل تحت الكيل فكذلك وإن كان مما يدخل تحته لا يجوز إلا (بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم») لا يقال: لا دلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لأنه مفهوم من الشرط، وهو ليس بحجة لأن الدليل على ذلك صدر الحديث، ولأن الجهالة مانعة إذا منعت التسليم، وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما إذا باع شيئاً لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم، بخلاف ما إذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال: (ويجوز) بإتاء بعينه إذا باع الطعام أو الحبوب (بإتاء بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره جاز) لأن الجهالة المانعة ما تفضي إلى المنازعة، وهذه ليست كذلك لأن التسليم في بيع متعجل فيندر هلاك كل منهما من الإتياء والحجر قبل التسليم. وقيل يشكل على هذا إذا باع أحد العبيد الأربعة على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقي، أو اشترى بأي ثمن شاء فإن الجهالة لن تقض إلى المنازعة والبيع باطل، وليس بوارد لأننا قلنا إن الجهالة المفضية إلى النزاع مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه، ولم نقل إن كل ما هو باطل لا بد وأن يكون للجهالة، فيجوز أن يكون البيع باطلاً لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الأولى ولعدم الثمن في الثانية. وروي عن أبي يوسف أن الجواز فيما إذا كان المكيال لا ينكس بالكيس كالقضعة ونحوها،

قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة إلا أن يسمى جملة قفزاتها وقالوا يجوز في الوجهين) له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثلث فيصرف إلى الأقل وهو معلوم، إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس، وصار هذا كما لو أقر وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد بالإجماع. ولهما أن

مدة السلم ثلاثة أيام، ولا شك أن تأخر التسليم فيه إلى مجلس آخر يفضي إلى المنازعة لأن هلاكه إن ندر فالاختلاف في أنه هو أو غيره والتهمة فيه ليس بنادر، وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال: لو اشترى بهذا الإناء يدأ بيد فلا بأس به، ثم إن في المعين البيع مجازفة يجوز فيمكيال غير معروف أولى، وهذا لأن التسليم عقيب البيع إلى آخر ما ذكر وتقدم النظر في الأولوية. هذا وأورد على التعليل بأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ما إذا باع عبداً من أربعة يأخذ المشتري أيهم شاء أو باع بأي ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضي إلى المنازعة. أجيب بأن المبطل في المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثلث لا الجهالة، وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبد من ثلاثة، لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتي، ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة في القربة من ماء النهر وأنه كبيع الطير قبل أن يصطاده، كما لو باعه كراً من حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا بأنه لا يجوز إلا أن يكون سلباً. وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القربة في ديارنا بمصر إذا لم تكن معينة مثل قربة كثافية أو سقاوية أو رواسية كبيرة، ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر في الماء. ونظير ما نحن فيه ما إذا باع حنطة مجموعة في بيت أو مطمورة في الأرض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة أن له الخيار إذا علم، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وإن كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة وجاز ولا خيار له إلا أن يظهر تحتها دكان: أي صفة ونحوها، كذا في فتاوى القاضي.

وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز، ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز. وفي الفتاوى: بعث منك ما لي في هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع، ولو قال ما في هذا البيت جاز، وإن لم يعلم به لأن الجهالة يسيرة، وإذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجوالق، ولو قال بعث منك نصيبي من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول، ولو اشترى موزوناً بإناء على أن يفرغه ويزن الإناء فيحط قدر وزنه من الثمن جاز، وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم، فلذا اختلفوا فيما إذا باع الجمد الكائن في المجمدة، قيل لا يجوز حتى يسلم أو لا ثم يبيع، والأصح جوازه مطلقاً وهو اختيار الفقيه أبي جعفر إذا سلم قبل ثلاثة أيام، ولو سلم بعدها

أما إذا كان مما ينكس كالزنبيل ونحوه فإنه لا يجوز، بخلاف السلم فإنه لا يجوز بإناء مجهول القدر وإن كان معيناً، وكذا الحجر لأن التسليم فيه متأخر، والهالك ليس بنادر قبله فتنحصر المنازعة. وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد أن البيع أيضاً لا يجوز كالسلم لأن البيع في المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة أو يذكر القدر، ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار إليه ولا معتبر بالمعيار، وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شيء فإن الفرض عدم المجازفة، والمكيال إذا لم يكن معلوماً لم يسم شيء من القدر (والأول أصح) يعني من حيث الدليل فإن المعيار المعين لم يتقاعده عن المجازفة (وأظهر) يعني من حيث الرواية. قال: (ومن باع صبرة طعام) إذا قال البائع بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، فإذا أن يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان أو بالكيل في المجلس أولاً، فإن كان الأول فالبيع جائز والمبيع علة ما فيها من القفزان، وإن كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله، وجملة القفزان كالأول عندهما. لأبي حنيفة أن صرف اللفظ إلى الكل متعذر لجهالة المبيع والثلث جهالة تفضي إلى المنازعة لأن البائع يطلب تسليم الثمن

قوله: (لأبي حنيفة إلى قوله جهالة تفضي إلى المنازعة) أقول: ولعل الأولى أن يقول جهالة تفضي إلى امتناع تسليم الثمن الواجب

الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع، وكما إذا باع عبداً من عبيدين على أن المشتري بالخيار. ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فللمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه، وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزاتها لأنه

لا يجوز لأنها تذوب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم، غير أن النقص قليل قبل الأيام الثلاثة غير معتبر فلهذا أهدر وجاز، وقيل إنه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجمد ورخصه فينظر إلى ما يعده الناس كثيراً بحسب الأوقات فيجوز إذا سلمه قبل، وسيأتي من هذا الباب شيء في خيار الرؤية إن شاء الله تعالى قوله: (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله) يعني أن موجب هذا اللفظ والإشارة إيجاب البيع في واحد عنده، ويتوقف في الباقي إلى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري، فإن رضي هل يلزم البيع على البائع وإن لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضاً. روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز إلا بتراضيهما، وروى محمد خلافة حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضي المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه، وقال أبو يوسف ومحمد: صح البيع في الكل وهو قول الأئمة الثلاثة، ثم إذا جاز في قفيز واحد فللمشتري فيه الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لأن التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جملة القفزات (له أنه تعذر صرف البيع إلى الكل لجهالة المبيع والضمن) ولا جهالة في القفيز فلزم فيه، وإذا زالت بالتسمية أو الكيل في المجلس يثبت الخيار كما إذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية إذ المؤثر في الأصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى، بخلاف ما إذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد، وما في المحيط عن بعض المشايخ أن عنده يصح في الكل وإن علم بعد المجلس بعيد لأن ما في المجلس كالثابت في صلب العقد، بخلاف ما بعده، ولا يلزم إسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس، وكذا زوال جهالة الأجل المجهول بعده حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لأن المفسد فيهما لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس، وهذا لأن أثر الفساد فيهما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل. وأما ما أورد من أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تقضي إلى المنازعة لأن بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزات كثيراً أو قليلاً، فجوابه أن المفسد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدّر لعدم الإشارة ولا معرف شرعاً له غير ذلك. وأما الجواب بمنع كونها غير مفضية إلى المنازعة لأن البائع قد يطالب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدرة فيتنازعان فتهاقت ظاهر، لأنه لا يتصور أن يطالبه إلا بعد أن يكيله ليعرف القدر الذي يطالب به، إذ لا يمكن أن يطالبه إلا بكمية خاصة مشار إليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشتري فيقدر على التسليم، ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطالاً المنازعة المفسدة (لهما أن هذه جهالة بيدهما إزالتها) بأن يكيلا في المجلس

أولاً والثمن غير معلوم فيقع النزاع وإذا تعذر الصرف إلى الكل صرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة في المجلس بأحد الأمرين المذكورين فيجوز، لأن ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم. فإن قيل: سلمنا انعقاده فاسداً لكن ينقلب جائزاً كما إذا كان فاسداً بحكم أجل مجهول أو شرط الخيار أربعة أيام. أجيب بأن الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويقيده بالمجلس، وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لأمر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه لظهور أثره في اليوم الرابع وامتداد الأجل (ولهما أن هذه جهالة إزالتها في أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما أن إزالتها بأيديهما فلا ترفع بكيل كل منهما، وقيد بقوله بيدهما احترازاً عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز، لأن إزالتها إما بيد البائع إن

بالمقد قوله: (لأن البائع يطلب تسليم الثمن أولاً الخ) أقول: هذا غير معقول قوله: (إلا أن تزول الجهالة الخ) أقول: تأمل في هذا الاستثناء قوله: (فإن قيل: سلمنا انعقاده فاسداً لكن يطلب جائزاً) أقول: بلا تقيد بالمجلس قوله: (كما إذا كان فاسداً بحكم أجل مجهول الخ) أقول: كان يبيع إلى التبريز والمهرجان وقدم الحاج ثم أسقط الأجل قبل حله، وسيجيء تفصيله في أواخر البيع الفاسد. قوله: (أجيب بأن الفساد في صلب العقد قوي الخ) أقول: يرد أن يقال: إذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصلاً كما في بيع درهم بالدرهمين وإسقاط الدرهم الزائد، ويجوز أن يقال بأن الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه ثمة قوله: (لأن التفريق وإن كان

علم ذلك الآن فله الخيار، كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع. قال: (ومن باع قطع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع

والجهالة التي هي كذلك لا تنفي إلى المنازعة كبيع (عبد من عبيدين) أو ثلاثة (على أن المشتري بالخيار) يأخذ أيهما شاء. وقد أورد عليه نقض إجمالي لو صح ما ذكر من أن الجهالة التي بيدهما إزالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز بيع عبد من أربعة، على أن المشتري مخير في تعيينه، وأن يجوز البيع بأي ثمن شاء، لكن البيع في الكل باطل، أوجب بأن البيع بالرقم تمكنت الجهالة به صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا وكذا، وجوازه إذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني، بخلاف ما نحن فيه لأنه كما يعلم بكيل البيع يعلم بكيل المشتري، ومثل هذا القول البيع بأي ثمن شاء، ومثله في أحد العبيد الأربعة في جانب المبيع، فإن البيع لا ينقد في غير معين فكان بيعاً بلا مبيع، وكان مقتضي هذا أن لا يجوز في عبد من ثلاثة إلا أنه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى أن كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لأبي حنيفة، فإنها تضمنت تسليم أن الجهالة وإن كانت بيدهما إزالتها بعد كونها في صلب

كان هو الراقم، أو بيد الغير إن كان الراقم غيره، وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على إزالتها، وأما أن كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما إذا باع عبداً من عبيدين على أن المشتري بالخيار. وأوجب لأبي حنيفة أن القياس فيه الفساد أيضاً، إلا أنا جوزناه استحساناً بالنص، ومعناه أنه معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتاً بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى إلى غيره، ولهذا لم يجوز أبو حنيفة فيما نحن فيه قياساً واستحساناً، ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع، لأن التفريق وإن كان في حقه أيضاً لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضياً به، وهذا صحيح إذا علمها ولم يسم، وأما إذا لم يعلم بها فالوجه أنه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فلا خيار له، وفيه بحث. أما أولاً فلأن تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لا طرد وليس كذلك، فإنه إذا باع الرجلان عبداً مشتركاً بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمسائة قبل نقد الثمن فإنه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له، فهانئ تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار. وأما ثانياً فلأن قياس قول أبي حنيفة أن لا يخير المشتري للزوم انصراف البيع إلى الواحد لعلمه كما لو اشترى قنأ مع مدبر فإنه لا خيار له في القن لعلمه أن البيع ينصرف إليه. والحاصل أن الخيار يوجب التفريق والتفريق إنما يتحقق أن لو كان العقد وارداً على الكل والمشتري يقبل البعض، وليس كذلك هاهنا على قول أبي حنيفة. والجواب عن الأول أنا لا نسلم تفريق الصفقة لأن الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه إلى البعض تفريقاً، وإنما وقع على نصيب شريكه لا غير لأن في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع بأقل مما باع نقد الثمن وأنه لا يجوز فصار كمن اشترى قنأ ومدبراً فإن البيع ينصرف إلى القن فقط لأن المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن. وعن الثاني بأن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه، والعموم لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وإن لم يلزم على قول أبي حنيفة، وهذا ضعيف لأن قولهما إن الكل مبيع فمن أين التفريق. والأولى أن يقال: قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لأن الصيغة موضوعة للكثرة وقصدتهما أيضاً الكثرة وما ثمة مانع شرعي عن الصرف إلى الجميع، ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز، والصرف إلى الأقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف للعقد إلى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان، وليس تفريق الصفقة إلا ذلك. بقي أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعاً، وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه قوله: (وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جميع قفزانهما) يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لأنه علم ذلك الآن، فربما كان في حدسه أو ظنه أن الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج إليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يتمكن من أخذ الزائد مجاناً، وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا فصار كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع، وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة.

في حقه أيضاً لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسميته جملة القفزان وكان راضياً به، وهذا صحيح إذا علمها ولم يسم (الخ) أقول: وعندني أن مجيء التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية يعم صورة عدم علمه بجمليتها فإنه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع في البيع، فحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضياً بموجبه فتأمل قوله: (فالوجه أنه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فلا خيار له) أقول:

في جميعها عند أبي حنيفة، وكذلك من باع ثوباً مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان، وكذا كل معدود متفاوت، وعندهما يجوز في الكل لما قلنا، وعنده ينصرف إلى الواحد) لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للفاوت. وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تقضي الجهالة إلى المنازعة فيه وتقضي

العقد، وهي أن تكون في الثمن كالبيع بالرقم وبأي ثمن شاء، أو في المبيع كبيع عبد من أربعة تمنع جواز البيع، وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع إمكان إزالتها ثابت في حمل النزاع إذ جاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين إلا بكيال أحدهما وكون ذلك بكيال كل منهما، وفي الرقم يظهر بالبائع فقد لا أثر له في دفع منع الحظر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد، وإذا فسد البيع في عبد من أربعة والجهالة في مضبوط لانهصارها في احتمالات أربعة لا تتعدها، فلأن تفسد في صبرة لا تقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع إمكانات أو عشرة أولى، بل ويسجل عليهما ببطلان قياسهما على بيع عبد من عشرين إذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة أعبد، وحينئذ ترجع قول أبي حنيفة، وظهر أن كون العاقدين بيدهما إزالة جهالة في صلب العقد من الثمن، والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل إزالتها بدلالة الإجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع إمكان إزالتها فيها، وغايته إذا المجلس وهما على رضاهما ثبت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الأول كما ذكر في الرقم، بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عدها يبطل البيع فيها لجهالة في الثمن أو المبيع مع إمكان إزالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيحه قولهما وهو ممنوع، وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الأصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل إلى ما لا تعلم نهايته فإنما يتناول أدناه لصيائنه عن الإلغاء كالإقرار بأن عليه كل درهم إنما يلزمه درهم واحد، وكذا إجارة كل شهر بدرهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لأنه لو منع صحة هذا الأصل كان إثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه أصل هذا الأصل.

[فزع] اشترى طعاماً بغير جنسه خارج المصر وشرط أن يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد، لأن المشتري بملكه بنفس العقد، فإذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد، ولو كان في المصر وشرط أن يحمله إلى منزله فهو فاسد، ولو عبر بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد. واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف، فإن الإنسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر، وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والإيفاء في الاستحسان لأن المراد منهما واحد، واختار شمس الأئمة الفرق فإن الإيفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل قوله: (ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات، فإذا أضاف البيع على الوجه

(وأما إذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند أبي حنيفة رحمه الله في الجميع فاسد، وقياس قوله الصرف إلى الواحد كما في المكيلات) إلا أن التفاوت بين الأشياء موجود وفي ذلك جهالة تقضي إلى المنازعة، بخلاف المكيلات وحكم المذروعات إذا بيعت مزارعة حكم الغنم إذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن، وأما إذا بينهما أو أحدهما كما إذا قال بعثك هذا الثوب

إن أراد أنه لا خيار له مطلقاً ولو إذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك، وإن أراد أنه ليس له خيار الرؤية فمسلم، وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفرق الصفقة. ثم الأولى تأخير قوله لما يأتي عن قوله فلا خيار له فليتأمل قوله: (وعن الثاني بأن انصراف البيع إلى فقير واحد مجتهد فيه الخ) أقول: قبل الانصراف إلى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضاً، ولهذا لا يشيع الفساد على ما سيجيء في باب البيع الفاسد فما الفرق قوله: (وهذا ضعيف لأن قولهما أن الكل مبيع فمن أين التفريق) أقول: فيه أنه يجوز أن يكون مراد المجيب أنهما يقصدان كون الكل مبيعاً على مذهبهما، والقاضي يحكم بمذهب أبي حنيفة فتفرق الصفقة عليها فليتأمل قوله: (وما ثمة مانع شرعي عن الصرف إلى الجميع الخ) أقول: فيه بحث، فإن الجهالة مانعة كما اعترف به قوله: (وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول: وقد تقدم ما في الجواب الذي اختاره أيضاً.

إليها في الأول فوضح الفرق. قال: (ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار، إن شاء

المذكور في الحيوانات بأن قال بعتك هذه القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة، أما إذا سمي أحدهما فيصح بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاماً فيما إذا اقتصر على بيان عدد القطيع، وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما إزالتها وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن وإلغاء كون ارتفاعها بيدهما غير أن الأحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالإجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل، ولهذا لو باع شاة أو عشرة من مائة شاة أو بطيخة أو عشرة من ورق بطيخ كان باطلاً. وأما الجواز فيما إذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العتابي: إن ذلك في ثوب يضره التبعض، أما في الكرياس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام، وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحمل بطيخ كل بطيخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب والأواني والرقيق والإبل. ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وإن بينه بعد ذلك، وكذا في الدار، وهذا غير الأليق بأصله المذكور في الخلافة. وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا، والوقر عنده معروف، إن كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم، وإن كان العنب أجناساً لا يجوز البيع أصلاً عند أبي حنيفة كقطيع الغنم، وعندهما يجوز إذا كان جنساً واحداً في كل العنب كل وقر بما قال، وكذا إذا كان الجنس مختلفاً فكذا أورد الصدر الشهيد، والفقير أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما إذا كان العنب من جنس واحد متفقاً عليه وإن كان من أجناس مختلفاً فيه. ثم قال الفقيه: والفتوى على قولهما تيسيراً للأمر على الناس انتهى، وتفرع الصدر الشهيد أوجه قوله: (ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز) مثلاً (بمائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشتري الخيار، إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن) لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلى مكيلاً أو موزون (فإن شاء فسخ البيع لتفريق الصفقة) الواحدة عليه وكذا الخلاصة في كل مكيل وموزون (وإن وجدها زائدة فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفية، فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع،

وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم، أو قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، أو قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح. أما الأولى فظاهرة، وأما الثانية فلأن المعقود عليه معلوم، وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب. وأما الثالثة فلأنه لما سمي لكل ذراع درهماً وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوماً، وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والأواني، وأما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا قال: (ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم) فلا يخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر، فإن كان الأول فذاك، وإن كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا، وإن كان الثالث فالزائد للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره إلا إذا كان وصفاً، والقدر أي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه إلا بصفقة

قوله: (فهو جائز في الكل لما قلنا) أقول: من أن إزالة الجهالة بيدهما قوله: (وإن كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة) أقول: قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون علة للفسخ لا لقوله خير إذ لا معنى له، وأيضاً لا يكون الكلام مطابقاً للمشروح قوله: (لتفرق الصفقة عليه) أقول: فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق.

أخذهما بجملته الثمن، وإن شاء ترك) لأن الذراع وصف في الثوب؛ ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن، بخلاف الفصل الأول لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته، إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا. قال: (وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع) لأنه صفة، فكان بمنزلة ما إذا باعه معيياً، فإذا هو سليم

ولو كان المشتري ثوباً أو أرضاً على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجد المبيع أقل فإن شاء أخذ الموجود بكل الثمن وإن شاء ترك، وإن وجدها زائدة على العشرة أو المائة كان الكل للمشتري (ولو) كان (قال على أنها مائة ذراع) مثلاً (بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها أقل للمشتري الخيار) إن شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع لتفريق الصفقة عليه (وإن كان) وجدها أكثر فله الخيار إن شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع، وأصل هذا أن الذرع في المذروعات وصف لأنه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء، فإن لم يفرد بثمن كان تابعاً محضاً فلا يقابل بشيء من الثمن، وذلك فيما إذا قال على أنها مائة بمائة ولم يزد على ذلك، وإذا كان تابعاً محضاً في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كأطراف الحيوان حتى أن من اشترى جارية فاعوزت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن، أو اعوزت عند المشتري جاز له أن يراجع على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في الصورة النقص، وإنما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما إذا اشتراه على أنه كاتب فوجدته لا يحسن الكتابة، وله الزائد في الصورة الزائدة (كما إذا باعه) على أنه معيب فوجدته سليماً، هذا إذا لم يفرد بالثمن، فإن أفرد بالثمن وهو إذا قال على أنها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلاً وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب، ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على أنها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدتها ناقصة يخير بين

على حدة، وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدين مخيراً فيها إن شاء باشرها أو تركها، وإذا كان المشتري مذروعاً كأن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضاً على أنها مائة ذراع فوجدها أقل خير المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لأن الذرع وصف في الثوب المبيع، وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن، أما أنه وصف فقد بينه بقوله: ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الأعراض، وأما أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كأطراف الحيوان، فإن من اشترى جارية فاعوزت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء، فلهذا أي فلكون الذرع وصفاً لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن، بخلاف الفصل الأول: يعني المكيل لأن المقدار ليس بوصف فيقابلة الثمن فلهذا يأخذه بحصته (وقال إلا أنه يتخير) استثناء من قوله يأخذ بكل الثمن، وعلى هذا إذا وجدها أكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد للمشتري ولا خيار للبائع لأنه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن، فصار كما إذا باع عبداً على أنه أعمى فإذا هو بصير. واعلم أن هذه المسئلة من أشكال مسائل الفقه، وقد منع أن يكون الذرع في المذروعات وصفاً، والاستدلال بقوله، ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم. لأنه كما يجوز أن يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل أو كثير، ثم عشرة أفزة أكثر من تسعة لا محالة، فكيف جعل الذراع الزائد وصفاً دون القفيز؟ وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الأصل والوصف، واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم: ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل. وقال بعضهم: ما لوجوده تأثير في تقدم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف، وما ليس كذلك فهو أصل. وقيل ما لا ينقص الباقي بغواته فهو أصل، وما لا يكون كذلك فهو وصف، وهو قريب من الثاني، والمكيل لا تعيب بالتعيب، والمذروع تعيب، وعشرة أفزة إذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما إذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على أنها عشرة أفزة، وأما الذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا انتقص فإن الباقي لا يشتري بالثمن الذي كان يشتري

(ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم موجدتها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك) لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن أخذاً لكل ذراع بدرهم (وإن وجدتها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ

أن يأخذ الأثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة، فكذا إذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة، وهذا لأنه لو أخذها بكل الثمن لم يكن أخذاً كل ذراع بدرهم، ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلاً كما لو لم يسلم له الثوب المفرد فيما إذا زادت عدد الثياب على المشروط وإن كان بينهما فرق، فإن عدد الثياب إذا زادت فسد البيع للزوم جهالة المبيع لأن المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرذ إلى البائع بسبب أنه أصل من كل وجه. أما هنا فالذراع ليس أصلاً من كل وجه ليفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ، لأنه وإن صح له أخذ الزائد لكنه يضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار، وإذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفاً تارة وأصلاً أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات إلا أصلاً دائماً مع أن الطول والعرض أيضاً يرجع إلى القدر، ويمكن أن يجعل القدر وصفاً احتيج إلى الفرق قليل لأن المثلى لا تنقص قيمته بنقصان القدر، فإن الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت إلى قفيزين في القلة لم تنقص قيمة القفيز، بخلاف الثوب والأرض، ألا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفضل قباء أو فرجية كان بثمن، إذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار، ولو أفرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الأسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير، وذلك لأنه لا يفيد العرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا أن كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد

معه، فإن الثوب العتابي إذن مثلاً إذا كان خمس عشرة ذراعاً فالخمس الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة أيضاً. وإذا عرف هذا عرف أن القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن أصل ومن حيث الذرع وصف، وهو اصطلاح يقع على ما هو المتعارف بين التجار. فإن قيل: سلمنا أن الذرع وصف لكن لا نسلم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فإن المبيع المعيب إذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب، كمن اشترى عبداً وأعتقه أو مات ثم اطلع على نقصان أصبع يرجع على بائعه بالنقصان، وكما الأصابيع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور. أجيب بأن كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول، فإنه إذا صار مقصوداً بالتناول حقيقة كما إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكماً كما إذا امتنع الرد لحق البائع كما إذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشرع بأن كان ثوباً فخطاه المشتري ثم اطلع على عيب أخذ شيئاً بالأصل فأخذ قسطاً من الثمن، ولو قال بعتكها: يعني الثياب أو المذروعات كذا في النهاية، وفيه نظر لأن المبيع إن كان ثياباً لم تكن هذه المسئلة. والأولى أن يقال: يعني الأرض فإذا باعها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فإن وجدت ناقصة أخذها المشتري بحصتها من الثمن أو ترك، لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بإفراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب، وهذا معنى قولهم إن الوصف يقابله شيء من الثمن إذا كان مقصوداً بالتناول، وهذا: أي أخذها بحصتها من الثمن إنما هو لأنه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشتري أخذاً كل ذراع بدرهم وهو لم يبيع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم، لأن كلمة على تأتي للشرط كما عرف في موضعه. ونوقض بالمسئلة الأولى لأن الذراع لو أمكن أن يكون أصلاً بذكر الثمن كان أصلاً في المسئلة الأولى أيضاً لأنه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع، ومقابلة الجملة تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد: وأجيب بأن الذراع أصل من وجه من حيث إنه من أجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز، ووصف من وجه من حيث إنه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة، ثم لو جعلنا عشرة أذرع منقسمة على الأفراد عند ذكر كل

قوله: (وفيه نظر لأن قوله من حيث هو الخ) أقول: تسامح في العبارة، فإن معلول الوصفية هو عدم مقابلة شيء من الثمن لا هذا القول قوله: (فلا يكون علة لها) أقول: يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولاً لما ذكر مع كون نفس الوصفية علة له بلا لزوم المصادرة قوله: (والأولى أن يقال يعني الأرض) أقول: فيه أن قول المصنف فنزل كل ذراع منزلة ثوب ينبىء عن إرجاع الضمير إلى الأرض كما لا يخفى، ثم يجوز أن يرجع الضمير إلى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو كونه بمنزلة الثياب حيث نزل كل ذراع منزلة ثوب واحد ولعل

الجميع كل ذراع بدرهم، وإن شاء ففسخ البيع) لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر فيتخير، وإنما يلزمه لما بينا أنه صار أصلاً، ولو أخذه بالأقل لم يكن أخذاً بالمشروط. قال: (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وقالوا: هو جائز، وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً) لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم. وله أن الذراع اسم لما يذرع به، واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع، وذلك غير معلوم، بخلاف السهم. ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافاً لما يقوله الخصاص لبقاء الجهالة، ولو اشترى

قوله: (ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقالوا: هو جائز) وبه قال الشافعي رحمه الله (وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم) منها (جاز في قولهم جميعاً) ومبنى الخلاف على أن المؤدي من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقاً كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم، وعنده مؤداة قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة ففسد البيع، فلو اتفقوا على أن مؤدي عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا، ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصائبة مبنى على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أو لهم كتاب، فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه، أو على الأول اتفقوا على عدم الجواز، فالشأن في ترجيح المبني. فأبو حنيفة يقول: (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم أنه يرد بالمبيع عشر من الخشب التي يذرع بها فكان مستعاراً لما يحلها، وما يحله معين فكان المبيع معيناً مقدراً بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لأن السهم اسم

ذراع لزم إلغاء جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره، وبالأصلية عند ذكره عملاً بالشبهين، وفيه نظر لأن قوله من حيث إنه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها. والأولى أن يقال: إذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعاً ضمناً، ولا معتبر بذلك لما ذكرنا أن الوصف يصير أصلاً إذا كان مقصوداً بالتناول، وإن وجدت زائدة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ أما خيار الفسخ فلأنه إن حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فيتخير، وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلاً مشروطاً، ولو أخذه بالأقل لم يكن أخذاً بالمشروط. وفيه بحث من وجهين: أما الأول فهو أن كل ذراع إن كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل، كما لو كان العقد وارداً على أبواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما سيأتي. وأما الثاني فهو أن الذراع لو كان أصلاً بإفراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد، كما إذا باع صبرة على أنها عشرة أفقرة فإذا هي أحد عشر، فإن الزيادة لا تدخل إلا بصفقة على حدة، وقد تقدم وهاهنا دخلت في تلك الصفقة. والجواب عن الأول أن الأبواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة، والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك. وعن الثاني بأن الذراع الزائد لو لم يدخل كان بائناً بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريماً في الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك، قال: (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعني أن يكون المبيع مما ينقسم أو مما لا ينقسم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما هو جائز إذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق (لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم في كونها عشراً فتخصيص الجواز بأحدهما تحكّم. ولأبي حنيفة أن الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها وإرادتها هاهنا متعذرة فيصير مجازاً لما يحله بطريق ذكر الحال وإرادة المحل،

هذا تأويل ما في النهاية قوله: (فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل الخ) أقول: ممنوع كما يظهر في مسئلة اشتراء العدل على أنه عشرة أبواب قوله: (وعن الثاني بأن الذراع الخ) أقول: ويجوز أن يجاب عن الثاني بأنه لما كان في الذراع جهتا الأصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتينك الجهتين، ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح. قال المصنف: (وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع) أقول: قال الإنقائي: كان القياس أن يقول استعيرت لأنه أسند إلى ضمير الذراع وهي مؤنثة، لكن ذكر الفعل على تأويل الذراع بما يذرع به اهـ. لكن قال في القاموس: الذراع بالكسر من طرف المرفق إلى طرف الأصبع الوسطى والساعد وقد يذكر فيها جمع أذرع وذرعان بالضم اهـ. وذكر باعتبار الخبر.

عدلاً على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمناً جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار، ولم يجز في الزيادة) لجهالة العشرة المبيعة. وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في

للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم. وقد يقال إن تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على أنه إنما أراد بيع الشائع لأن به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها بالعشرة وإلا فلا فائدة في تعيينه لأن العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه. وقد يقال فائدته لا تتعين في ذلك لجواز أن يرفع به الفساد، فإن بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ، وعلى قول آخرين يجوز لأنها جهالة بيدهما إزالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة لجواز أن يكون العاقد يرى الرأي الأول. ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر أن ما قال الخصاص من أن الفساد عنده فيما إذا لم يعرف لجملة الذرعان، وأما إذا عرف جملة المبيع فالباع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية، وكذا من جهة الدراية فإن الفساد عنده للجهالة كما قلنا، وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفي الجهالة عن البعض الذي يبيع منه. واختلف المشايخ على قولهما فيما إذا باع ذراعاً أو عشرة أذرع من هذه الأرض ولم يسم جملة فقيل على قولهما لا يجوز لأن صحته على قولهما باعتبار أنه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملة المبيع، والصحيح أنه يجوز لأنها جهالة بأيديهما إزالتها بأن تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع قوله: (ومن باع عدلاً) صورتها أن يقول بعثك ما في هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلاً ولم يفضل لكل ثوب ثمناً بل قابل المجموع بالمجموع (فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع) في صورة الزيادة لما قررناه من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار أصلاً من وجه (والثمن) في صورة النقصان لأن الثمن لا ينقسم أجزاءه على حسب أجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للثوب الذهاب حصّة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدراً مجهولاً فيصير الثمن مجهولاً (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمناً) بأن قال كل ثوب بعشرة (جاز) البيع (في فصل النقصان بقدره) أي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه (ولم يجز في الزيادة) لأن جهالة المبيع لا ترتفع فيه لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الأحد عشر (وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز) البيع (في فصل النقصان أيضاً) قال في الذخيرة: وأكثر مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما.

وما يحله لا يكون إلا معيناً مشخصاً لأنه فعل حسي يقتضي محلاً حسياً، والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعاً فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز (وذلك) أي العشرة الأذرع غير معلوم هنا، إذ لم يعلم أن العشرة من أي جانب من الدار فيكون مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة، بخلاف السهم فإنه أمر عقلي لا يقتضي محلاً حسياً فيجوز أن يكون في الشائع فالجهالة لا تفضي إلى المنازعة فإن صاحب عشرة أسهم يكون شريكاً لصاحب تسعين سهماً في جميع الدار على قدر نصيبهما منها، وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيب من أي موضع كان، ولا فرق عنده بين ما إذا علم جملة الذرعان كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع، وبين ما إذا لم يعلم، كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافاً لما يقوله الخصاص أن الفساد إنما هو عند جهالة جملة الذرعان. وأما إذا عرفت مساحتها فإنه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان عدد جملة الشياه معلوماً فإنه يجوز عنده. قال: (ومن اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل إذا اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع. أما إذا زاد فلجهالة المبيع لأن الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده، والأثواب مختلفة فكان المبيع مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة. وأما إذا نقص فلو جوب سقوط حصّة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لأنه لا يدري أنه كان جيداً أو وسطاً أو رديئاً، وحيث لا تدري قيمته يبين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن

فصل النقضان أيضاً وليس بصحيح، بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإن أحدهما مروى حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد منهما، لأنه جعل القبول في المروى شرطاً لجواز العقد في الهروي، وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا. (ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو

أما على قول أبي حنيفة فاسد في الكل. لأنه فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم، والأصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي، وقد ذكر محمد مسألة في الجامع تدل على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على أنهما هرويان) كل ثوب بعشرة (فإذا أحدهما مروى) بسكون الراء نسبة إلى قرية من قرى الكوفة، أما النسبة إلى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكأنه للفرق بين القريتين، قال: فسد البيع في الثوبين جميعاً عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في الهروي، والفائت في مسألة الجامع الصفة لا أصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده في الكل والفائت أحدهما أولى، وإليه مال الحلواني وقال إنه الصحيح عنده، وكذا نسبه شمس الأئمة السرخسي إلى أكثر مشايخنا، ثم قال: والصحيح عندي أن هذا قولهم جميعاً: يعني عدم الفساد في الباقي لأن أبا حنيفة في نظائر هذا المسئلة إنما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة، وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطاً في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد، بخلاف تلك المسئلة فإنه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطاً لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد. وأقول: قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم إن كان صريحاً معلوم ولا يضر، فإن في الثوبين أيضاً ما شرط قبوله في المروى صريحاً وإنما المقصود أنه إذا أضاف العقد إلى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطاً في قبوله في الآخر كما في الثوبين، ولا شك أن في العشرة أيضاً كذلك، فكان قبوله في العاشر شرطاً لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر، فكان قبوله في المعدوم شرطاً إلى آخره. وحاصل قوله وما قصد إلى آخره ما أشار إليه المصنف وهو أن الشئيين الموجودين الموصوفين بوصف إذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطاً للقبول في الآخر بذلك الوصف، فإذا اتعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطاً فاسداً في القبول في الآخر، بخلاف ما إذا كان معدوماً بذاته ووصفه فإنه ليس

فلا يشك في فساد، وإذا بين لكل ثوب ثمناً بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقضان لكون الثمن معلوماً، وله الخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء ترك لأنه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة. ومن مشايخنا من قال: إن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقضان أيضاً لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حرّ وعبد في صفقة وسمي لكل واحد ثمناً فإنه لا يجوز البيع عنده في الفن خلافاً لهما كذلك هذا. واستدل بما ذكره محمد في الجامع الصغير: رجل اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة، فإذا أحدهما هروي والآخر مروى، فالبيع فاسد في الهروي والمروى جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهم يجوز في الهروي. وجه الاستدلال أن الفائت في الصفة مسألة الجامع الصغير لا أصل الثوب، فإذا كان فوات الصفة في أحد البدلين مفسداً للعقد على مذهبه ففوات أحدهما من الأصل أولى أن يفسد. قال الشيخ: وليس بصحيح لأن ثمن الناقص معلوم قطعاً فلا يضر الباقي. وفرّق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لأنه جعل القبول في المروى شرطاً للعقد في الهروي، وهو شرط فاسد لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسداً، وهذا لا يوجد هاهنا فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد. وهروي يفتح الراء ومروى بسكونها منسوب إلى هراة

قال المصنف: (فإذا أحدهما مروى) أقول: قال ابن الهمام: بسكون الراء نسبة إلى قرية من قرى الكوفة، وأما النسبة إلى مرور المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكأنه للفرق بين قريتين اه. وفيه كلام قوله: (لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول: لا يقال إذا كان غير مذكور فبأي شيء علم الشرط لأنه لا يعلم من إشارته إليهما حين البيع فليتأمل.

عشرة ونصف أو تسعة ونصف، قال أبو حنيفة رحمه الله: في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء، وقال أبو يوسف رحمه الله: في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء، وفي الثاني يأخذ بعشرة إن شاء، وقال محمد رحمه الله: يأخذ في الأول بعشرة ونصف إن شاء، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) لأن

حينئذ داخل في العقد حتى يكون قبوله شرطاً لصحة العقد في الآخر لأنه معدوم فيجعل ذلك غلطاً، فلما لم يجعل شرطاً لم يفسد العقد في الآخر. فقد ظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه، ولا شك أن اعتبار الغلط إنما يتأني من جهة البائع على معنى أنه إنما أوجب في تسعة، ولكنه عبر عنها بعشرة غلطاً، فالمشتري لما قبل في عشرة ما كان غلطاً فما تلاقي الإيجاب والقبول، كما لو عزل تسعة أثواب من عشرة وقال بعثك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة، وإن كان معنى غلطة أنه قصد الإيجاب في عشرة وليس في الواقع إلا تسعة لم يفسد الصحة لأن المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطاً لقبوله في التسعة، وهذا لأنه جاذ في اعتقاد قيام العشرة فإن لم يكن في ملكه فأحرى أن يكون البيع باطلاً كما ذكر فيمن باع كراً من جنطة وليس في ملكه جنطة البيع باطل، ولأنه باع ما ليس عنده. وفي المحيط: روى القاضي الحرمين أن العقد فاسد في الفصل الأول، وفيه أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كَر فوجدها كذلك جاز، إلا في رواية عن أبي يوسف، وإن وجدها كراً أو أكثر فالبيع فاسد، وكذا إذا قال على أنها أكثر من كَر فوجدها كذلك، وإن وجدها كراً أو دونه ففاسد، ولو قال كَر أو كرين جاز كيف ما كان غير أنه بخير في الأقل، كما لو قال على أنها كَر، وعلى هذا إذا اشترى عبداً في كرم معين على أنه كذا وكذا منا وكذا في العدييات المتقاربة انتهى. ووجه الفساد في الأكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فإنه ليس للأقل من الكَر والأكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد إلى البائع، بخلاف ما إذا قال كراً أو كرين، ولا وجه للرواية عن أبي يوسف لأن غاية ما في ذلك أنه باع صبرة بشرط أن لا تبلغ المقدار الفلاني، والله أعلم قوله: (ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف، قال أبو حنيفة رحمه الله: في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء. وقال أبو يوسف رحمه الله: في الأول يأخذ بأحد عشر إن شاء، وفي الثاني بعشرة إن شاء. وقال محمد رحمه الله: في الوجه الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) وجه قوله (إن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه) حكم المقابلة و (وحكمهما) أن يجب في مقابلة كل جزء إضافي من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمانه وهكذا، وفي بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه: أي يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر، وضمير يجزأ يصح عوده إلى كل من الذراع والدرهم، إلا أن الدرهم أقرب مذكور، وإنما يخير في الزيادة لأن سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه إلا بالتزامه، وفي النقصان لقوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (ولأبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) بيع على أنه ذراع لما عرف أن إفراذه الذراع بالثمن يخرج عن الوصفية إلى الأصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا

ومرو قريتان بخراسان. قال: (ولو اشترى ثوباً واحداً) إذا اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة: إذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار، وفي النقصان بتسعة إن شاء، وقال أبو يوسف: إذا زاد أخذه بأحد عشر إن شاء، وإن نقص بعشرة إن شاء. وقال محمد: أخذه في الأول بعشرة ونصف، وفي الثاني بتسعة ونصف إن شاء لأنه قابل كل ذراع بدرهم، ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم. (فيجزأ عليه) من التجزئة. وفي بعض النسخ يجري عليه أي على النصف حكم المقابلة، ويجز لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولأبي يوسف أن بإفراذ البذل صار كل ذراع) كثوب على حدة والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم. ولأبي حنيفة رضي الله عنه قد ثبت أن الذراع وصف في الأصل لا يقابله شيء من الثمن، وإنما أخذ حكم الأصل

من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها. ولأبي يوسف رحمه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببذل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقض. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع، فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل. وقيل في الكرياس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل، وعلى هذا قالوا: يجوز بيع ذراع منه.

ينتقص شيء من الثمن، وإنما يثبت الخيار له لما ذكرنا من أن الزيادة نفعاً يشوبه ضرر، وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه (ولأبي حنيفة أن الذراع وصف في الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط) وكان الأولى أن يقول: حكم الأصل أو الثوب المنفصل بالشرط لأن المقدار أيضاً وصف على ما تقدم، وأخذ حكم الأصل مقيد بكونه ذراعاً، فإذا لم يوجد ما أخذ حكم الأصل فيبقى على الأصل من كونه وصفاً لا يقابله شيء من الثمن، وإذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لأنه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص، كما لو اشتراه معيباً فوجده سليماً، ويتخير في النقصان لتفريق الصفقة، ثم من الشارحين من اختار قول محمد، وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح، وذكر حاصل الوجه المذكور له. وفي قوله مقيد بكونه ذراعاً إشارة إلى الجواب عن قول محمد إنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا إذا كان تمام الذراع موجوداً والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة.

بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع، فكان الشرط معدوماً وزوال موجب كونه أصلاً فعاد الحكم إلى الأصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فسلم له مجاناً. وقيل هذه الأقوال الثلاثة في الثوب الذي تتفاوت جوانبه كالسراويل والقميص والأقنية، أما في الكرياس الذي لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لأنه وإن اتصل ببعضه ببعض فهو في معنى المكمل والموزون لعدم تضرره بالقطع، وعلى هذا قال المشايخ: إذا باع ذراعاً منه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة إذا باع قفيزاً منها.

قوله: (كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع) أقول: الأولى هو تعميم الكلام لكلا طرفي الزيادة والنقصان بأن يقول: كما لو باع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم فنقص منها أو زاد ذراع، ولا بد لمحمد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من أنه إذا باع ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة فإن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضاً، ولعله يمنع ذلك للتفاوت في أطراف الثوب الواحد، ولا كذلك أطراف الذراع الواحد منه غالباً قوله: (والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعاً الخ) أقول: ولم يعين لكل ذراع ثمن بل بيع على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلاً.

فصل

(ومن باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه، لأن اسم الدار يتناول العرصه والبناء في العرف) ولأنه

فصل

لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل . واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك قوله: (ومن باع داراً الخ) في المحيط: الأصل أن كل ما كان في الدار من البناء أو متصلاً بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسالم المتصل والسور والدرج المتصلة والحجر الأسفل من الرحى، ويدخل الحجر الأعلى عندنا استحساناً، والمراد بحجر الرحى المبنية في الدار، وهذا متعارف في ديارهم، أما في ديار مصر لا تدخل رحا اليد لأنها بحجرها تنقل وتحول ولا تبنى فهي كالباب الموضوع، والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار. نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعته فإن كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع، وإن كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري. واستدل المصنف على دخول البناء (بأن اسم الدار يتناول العرصه والبناء بأنه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الأول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدم بناؤها يحث، فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحث، وهذا لو أبطل التعليل الأول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الأخرى. ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكأنه حلف على نفي الدخول في هذا المكان. وتحقيقه أنه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن داراً فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها داراً وقت الدخول، وتدخل البئر الكائنة في الدار، وإن كان عليها بكرة تدخل، ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها إلا إن كان قال بمراقفها، ويدخل البستان الذي في الدار صغيراً كان أو كبيراً، وإن كان خارج الدار لا يدخل، وإن كان له باب في الدار قاله أبو سليمان، وقال أبو جعفر: إن كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل، وإن كان أكبر أو مثلها لا يدخل، وقيل إن صغر دخل وإلا لا. وقيل يحكم الثمن. وفي المنتقى: اشترى حائطاً يدخل ما تحته من الأرض، وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف. وفي المحيط جعله قول محمد والحسن، وقول أبي يوسف لا يدخل، وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل لأنه جزء الحائط حقيقة، ويدخل في بيع

فصل

مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين: إحداهما أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفاً دخل في المبيع وإن لم يذكر صريحاً. والثانية: أن ما كان متصلاً بالمبيع اتصال إقرار كان تابعاً له في الدخول، ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى أن ما وضع لأن يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار، وما وضع لا لأن يفصله فيه فهو اتصال قرار، وعلى هذا (دخل بناء

فصل ومن باع داراً

قوله: (مسائل هذا الفصل) أقول: أي بعضها، وإلا فبعضها بل أكثرها لا يبنى على واحدة منهما قوله: (مبنية على قاعدتين) أقول: بمعنى أنه لا يخلو من البناء على واحدة منهما قوله: (على معنى أنه ما وضع الخ) أقول: أي اتصال ما وضع الخ، فالمضاف مقدر قوله: (وما وضع لا لأن يفصله الخ) أقول: يعني واتصال ما وضع الخ قوله: (لأن تناوله إياه باعتبار كونه صفقة لها الخ) أقول: لعل خلاصة الجواب أنه عارض ذلك العرف أقوى منه في اليمين إذ هي للامتناع عن الشيء، والبناء لا يكون داعياً إلى اليمين في أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار في عرف الناس فليتأمل. ثم أقول: ويجوز أن يجاب بقبول كون البناء جزءاً من الدار فإنه ركن زائد لا يتغير اسم الدار بتغيره؛ ألا يرى أن من حلف لا يكلم زيداً فكلمه بعد ما قطع يده ورجله يحث مع كونهما داخليين في زيد وإذا بيع دخل يده ورجله في البيع كما لا يخفى، وهذا الكلام إجمالي، وأصل ما ذكرنا في كتب الأصول في باب الأحكام قوله: (إذا لم تكن داعية لا يتقيد بها) أقول: لا ينعقد بها في العرف قوله: (ولأن البناء متصل به: أي بالأرض على تأويل المكان) أقول: لم يتقدم ذكر الأرض، والأولى أن يقال: أي بالعرصة، نعم ما ذكره صحيح في قوله لأنه متصل به للقرار.

متصل بها اتصال قرار فيكون تبعاً له. (ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه) لأنه متصل بها

الحمام القدور دون قصاعه، وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين وخوابي الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الأرض فلا يدخل، وإن قال بحقوقها. قلت: ينبغي أن تدخل كما إذا قال بمرافقها، وأما الطريق ونحوه فسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الحقوق.

[فروع] باع فرساً دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير، ولم يذكر في شيء من الكتب ما إذا باع فرساً وعليه سرج، قيل لا يدخل إلا بالتنصيص أو يحكم الثمن؛ ولو باع حماراً قال الإمام محمد بن الفضل: لا يدخل الإكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع، ولم يفصل بين ما إذا كان موكفاً أو غير موكف في فتاوى قاضيخان وهو الظاهر، فالإكاف فيه كالسرج في الفرس. وقال غيره: يدخل الإكاف والبرذعة تحت البيع وإن كان غير موكف وقت البيع، وإذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية، ولا يدخل المقود في بيع الحمار لأنه ينقاد دونه، بخلاف الفرس والبعير وليتأمل في هذا. باع عبداً أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يوراي عورته، فإن بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع، ولا يكون للثياب قسط من الثمن، حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيباً لا يرجع على البائع بشيء ولا يرد عليه الثوب؛ ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعيت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لأنه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن، على هذا ما ذكر في الكافي من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعها رب الأرض بإذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه، فلو هلك النخل قبل القبض بأفة سماوية خير المشتري بين الترك وأخذ الأرض بكل الثمن لأن النخل دخل تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن، ثم الثمن كله لرب الأرض لانتقاض البيع في حق النخل، والثمن كله بمقابلة الأصل وهو له دون التبع. ولو باع أتاناً لها جحش أو بقرة لها عجول اختلف، قيل يدخلان، وقيل لا يدخلان، وقيل يدخل العجول دون الجحش. ولو باع عبداً له مال إن لم يذكر المال في البيع فماله لمولاه، وإن باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع، وكذا لو سمي المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع، وإن كان عيناً جاز البيع إن لم يكن من الأثمان، فإن كان منها وكان الثمن من جنسه بأن كان دراهم والثمن كذلك، فإن كان الثمن أكثر جاز، وإن كان مثله أو أقل لا يجوز لأنه بيع للعبد بلا ثمن؛ وإن كان منها ولم يكن من جنسه بأن كان دراهم ومال العبد دنائير أو بالقلب جاز إذا تقابضا في المجلس؛ وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن، وإن افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد. اشترى داراً فوجد في بعض جذوعها مالا، إن قال البائع هو لي كان له فيرد عليه لأنها وصلت إلى المشتري منه، وإن قال ليس لي كان كاللقطة. ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه قوله: (ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه لأنه متصل بها اتصال قرار فأشبه البناء) ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة، فكان الحق دخول الكل، خلافاً لما قال بعض المشايخ إن غير المثمرة لا تدخل إلا بالذكر لأنها لا تغرس للقرار بل للقلع إذ كبر خشبها فصارت كالزروع ولما قال بعضهم إن الصغيرة لا تدخل. وفي فتاوى قاضيخان: ولو باع أرضاً وفيها أشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع، إن كانت تقلع من أصلها تدخل في البيع، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فهي للبائع إلا بشرط. نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لأنها على

الدار في بيعها وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) لا يقال: لا نسلم تناوله البناء في العرف فإنه لم يدخل في باب الأيمان التي مبناه على العرف كما تقدم (لأن بتناوله إياه باعتبار كونه صفقة لها) وهي إذا لم تكن داعية لليمين لا يتقيد بها كما تقدم، والبناء ليس بداع إلى اليمين فلم يتقيد به وحتن بالدخول بعد الانهدام (ولأن البناء متصل به) أي بالأرض على

للقرار فأشبه البناء (ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية) لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها (ومن

شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها، ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار إلا بذكر الحقوق، وكذا في الإقرار والصلح والرصبة وغيرها، ويدخلان في الإجارة والرهن والوقف والقسمة لأنها تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونهما، بخلاف البيع فإنه يعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها، ولا يدخل الثمر الذي على رءوس الأشجار إلا بالشرط، وما كان من الأوراق وأوراق الفرساد والتوت لأنه بمنزلة الثمر، ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبي حنيفة، بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدًا يساوي خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة: تلزمه الشاة بخسمة ولا خيار له والفرق غير خاف؛ وكما يدخل في البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعاً كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية، كما إذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والفارقين وسور القرية، لأن السور يبقى على أصل الإباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع. وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الخلاصة: باع قرية وفيها مسجد واستثناء هل يشترط ذكر الحدود؟ اختلف المشايخ، واستثنى الحياض، وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود إلا أن تكون ربوة قوله: (ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل) أي لفصل الآدمي إياها لا انتفاعه بها (فشابه المتاع الذي فيه) أي في المبيع، فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فإنه يدخل حملها في البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى، وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به، وأيضاً الأم وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية، بخلاف الزرع ليس مجانساً للأرض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل، فبعد ذلك ينظر إن كان اتصاله للقرار كما في الشجر كان متصلاً للحال وفي ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا الجنسية والجزئية، وإن كان اتصالاً للفصل في ثاني الحال كالزرع يجعل منفصلاً فلا يدخل. فإن قيل: ينبغي أن يدخل لأن الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم. الجواب بأن الموجب للدخول إما شمول حقيقة المسمى في البيع له أو تبعيته له، والتبعية بأن يكون مستقر الاتصال به لا مجرد اتصاله الحالي مع أنه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول، والله أعلم قوله: (ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع) لنفسه: أي يشتري الشجرة مع الثمرة التي فوقها، ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع إلا بالشرط، ويدخل في الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع، وعند الشافعي ومالك وأحمد يشترط في ثمر النخل التأبير، فإن لم تكن أبرت فهي للمشتري. والتأبير: التلقيح، وهو أن يشق عنق الكم ويذر فيها من طلع الفحل فإنه يصلح ثمر إناث النخل، لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلاً مؤبراً فالثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع» وفي لفظ البخاري «من باع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع»^(١) وحاصله

تأويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعاً له. (وإذا باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرها على الأصح (وإن لم يسمه للاتصال فأشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل به للفصل فأشبه المتاع الموضوع في الدار) ونوقض بالحمل فإنه متصل بالأرض للفصل ويدخل في بيع الأم. والجواب أنه غير وارد على التفسير

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٧٩ ومسلم ١٥٤٣ وأبو داود ٣٤٣٣ والنسائي ٢٩٧/٧ وابن ماجه ٢٢١١ وابن الجارود ٦٢٨ و٦٢٩ وابن حبان ٤٩٢٣ والحميدي ٦١٣ والشافعي ١٤٨/٢ والبخاري ٢٠٨٥ و٢٠٨٦ والبيهقي ٣٢٤/٥ وأحمد ٩/٢ كلهم من حديث ابن عمر.

ولفظ البخاري ومسلم «من ابتاع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المباع».

باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام «من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع، إلا أن يشترط المبتاع» ولأن الاتصال وإن كان خلقه فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع. ويقال للبائع

استدلال بمفهوم الصفة، فمن قال به يلزمه وأهل المذهب ينفون حجته. وقد روى محمد رحمه الله في شفعة الأصل عنه عليه الصلاة والسلام «من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(١) من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر، وهو الحديث الذي ذكره المصنف. وما قيل إن في مرويهم تخصيص الشيء بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه، إنما يلزمهم لو كان لقباً ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا، ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد، وعلى أصول المذهب أيضاً يجب لأنه في حادثة واحدة في حكم واحد. والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور في الكتاب بقوله إنه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع، وهو قياس صحيح، وهم يقدمون القياس على المفهوم إذا تعارض، وحينئذ فيجب أن يحمل الإبار على الإثمار لأنهم لا يؤخرونه عنه فكان الإبار علامة الإثمار فعلق به الحكم بقوله نخلاً مؤبراً: يعني مثمراً. وما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة مطلقاً للمشتري بعيد إذ يصاد الأحاديث المشهورة (وإذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع، وكذا إذا كان فيها زرع) يقال له اقلعه وسلم المبيع (لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه، كما إذا كان فيه متاع. وقال الشافعي: يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله (لأن الواجب هو التسليم المعتاد) ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال إذا بيعت ليلاً وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين (وفي العادة لا يقطع إلا بعد ما قلنا وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع) فإنه يترك حتى يستحصد رضى المؤجر أو لم يرض، وإذا كان كذلك فلا يبالي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض، لأنه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزماً للضرر المذكور، ويقال استحصد الزرع يستخصد بكسر الصاد: جاء وقت حصاده. أجاب المصنف (بأن هناك) أي في الإجارة (أيضاً يجب التسليم) ولذا تجب الأجرة في التبقية لأن تسليم العوض تسليم المعوض، ولا بد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الإجارة التبقية بالأجرة وعدم تسليم عين الأرض في الحال، وإلا لو لم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الأجرة كان له أن يكلفه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك، فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره، ثم يقول هو في البيع بتركه إلى ما ذكرنا مجاناً، وفي الإجارة بتركه بأجر ولا مخلص من هذا إلا أن يتم منع أنه معتاد في البيع كذلك، وإلا فإذا فرق بين البيع والإجارة بأن إقدام البائع على البيع مع علمه بأن المبتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغاً دلالة الرضا بقطعه فلم تجب رعاية جانبه بتبقية الأرض والشجر على حكم ملكه، بخلاف المستأجر فإنه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الإجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالأجرة، اتجه أن يقال: إنما يكون إقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لو لم

المذكور، فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم. قال: (ومن باع نخلاً) باع نخلاً (أو شجراً عليه ثمر فثمرته للبائع إلا) أن يقول المشتري اشترته مع ثمرته لقوله: (﴿من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع، إلا أن يشترط المبتاع﴾ وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل، لأن المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه الصلاة والسلام «الثمرة للبائع إلا أن يشترط» ولم يذكر النخل. وقوله: (ولأن الاتصال وإن كان خلقه) فيه إشارة إلى أن الاعتبار للحال الثاني والحال الأولى لا فرق فيها بين أن يكون خلقه أو موضوعاً (ويقال للبائع سلم المبيع) فارغاً لوجب ذلك عليه،

قوله: (وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار (الخ) أقول: فيه تأمل، فإن تخصيص الثمر بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما لم يذكر على ما هو المذهب قوله: (وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول: أنت خير بأنه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم

(١) رواه محمد في شفعة الأصل كما ذكر المصنف ولم يذكر إسناده فليحذر.

(أقطعها وسلم المبيع) وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريره وتسليمه، كما إذا كان فيه متاع. وقال الشافعي رحمه الله: يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد، والمعتاد أن لا يقطع كذلك وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع. قلنا: هناك التسليم واجب أيضاً حتى يترك بأجر، وتسليم العوض كتسليم المعوض، ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة

يكن التأخير إلى الصلاح معتاداً، أما إذا كان معتاداً فلا، وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة، فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع، والله أعلم. ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع ببيعها إن اشتراها للقطع؟ لا تدخل بالإجماع، وإن اشتراها بيعاً مطلقاً لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الأرض أصل والشجر تبع، فلا ينقلب الأصل تبعاً وهو قول الشافعي. وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول للشافعي: يدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها. وفي جمع النوازل والفتاوى الصغرى: هو المختار لأنه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الأرض، وإلا فهو جذع وحطب فيدخل من الأرض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتقدر بقدرها، وقيل قدر ساقها، وقيل بقدر ظلها عند الزوال، وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قدراً فعلى ما شرط. وقوله: (ولا فرق) بين أن يكون (له قيمة) أو لا في الصحيح احترازاً عن قول البعض إنه إن (لم يكن له) قيمة يدخل، والصحيح لا يدخل في الحالتين إن كان له قيمة أو لم تكن، وعلمه أن يبيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار، وما يصح بيعه وليس للقرار (لا يدخل في البيع) تبعاً لغيره، بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفرداً ولكنه موضوع للقرار، قوله: (وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم يثبت لم يدخل لأنه مودع فيها كالمَتَاع) هكذا أطلق المصنف وكذا أطلقه غير واحد، وقيد في الذخيرة بما إذا لم يعفن، أما إذا عفن فهو للمشتري لأن العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض. واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف. وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال: ولو عفن البذر في الأرض فهو للمشتري وإلا فللبائع، ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع، ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع، وقيل يدخل، ولم يرجح المصنف منها شيئاً ورجح في التجنيس قال فيه: قال الفقيه: لا يدخل، والصواب أنه يدخل، نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الإسييجابي انتهى.

فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع وقال الشافعي: (يترك حتى يبدو صلاح الثمر، ويستحصد الزرع لأن الواجب هو التسليم المعتاد، والمعتاد أن لا يقطع) وقاسه على إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع فإنه يؤخر إلى الحصاد. والجواب أنا لا نسلم أن المعتاد عدم القطع إلى وقت البدو والاستحصاد، سلمناه لكنه مشترك فإنهم قد يبيعون للقطع سلمناه، ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي إقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه إياه فارغاً قوله: (هناك) إشارة إلى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) في صورة انقضاء مدة الإجارة أيضاً (ولا يتركه إلا بأجر وتسليم العوض تسليم المعوض) لا يقال: فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي، (ولا فرق بين أن يكون الثمر بحال له قيمة أو لم يكن) في كونه للبائع (في الصحيح) وقيل إذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري. وجه الصحيح أن يبيعه منفرداً أصح الروايتين، وما صح بيعه منفرداً لا يدخل في بيع غيره إذا لم يكن موضوعاً للقرار قوله: (وأما إذا بيعت الأرض) يعني معطوف على قوله ولا فرق: يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن

أن العرف في أمثال ذلك عدم القطع إلى وقت البدو والاستحصاد فتأمل، والله الموفق للرشاد قال المصنف: (قلنا هناك التسليم واجب أيضاً حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض) أقول: لا يقال الأجر عوض المنفعة لا الأرض فلا يتم التقريب لأن المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ما سيجيء.

أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن يبيعه يجوز في أصح الروايتين على ما تبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر. وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها

وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم. وفي فتاوى قاضيهان، قال شيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: هذا إذا صار الزرع متقوماً: أي لا يدخل، فإن لم يكن متقوماً يدخل الزرع من غير ذكر، قال: وإنما تعرف قيمته بأن تقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة فإن كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم أنه صار متقوماً انتهى. وبهذا ظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقاً ليست واقعة بل قولان: عدم الدخول مطلقاً، والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أو لا فلا، وكان المناسب أن يقول: تقوم الأرض بلا ذلك الزرع وبه، فإن زاد فالزائد قيمته، وأما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فإنما يناسب من يقول إذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري، ويعلم أنه لا يجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة. قال المصنف: (وكأن هذا) بتشديد النون: يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل، ومن قال يجوز قال لا يدخل. ولا يخفى أن كلا من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعدمه، فإن القول بعدم جواز بيعه ويدخله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقومه، والأوجه جواز بيعه على رجاؤه تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاؤه حياته فينتفع به في ثاني الحال قوله: (ولا يدخل الزرع والشمر بذكر الحقوق والمرافق الخ) يعني إذا باع أرضاً فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجراً فقط وعليه ثمر وقال بعثها أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والشمر بذلك لأنهما ليسا من الحقوق والمرافق، وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخل أيضاً لما ذكرنا بعينه، ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلاً، هذا في المتصل بالأرض والشجر؛ أما الثمر المجذوذ والزرع المحصور فيها فلا يدخل، ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والمجذود بدالين مهملتين ومعجمتين بمعنى واحد: أي المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصور قوله: (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر، ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو صلاح بشرط الترك، ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به، ولا في الجواز بعد بدو الصلاح، لكن بدو الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد. وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة، والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه لا بشرط القطع، فعند مالك والشافعي وأحمد لا يجوز؛ وعندنا إن كان بحال لا ينتفع به في الأكل ولا في علف الدواب خلاف بين المشايخ، قيل لا يجوز، ونسبه قاضيهان لعامة مشايخنا، والصحيح أنه يجوز لأنه مال منتفع به في ثاني الحال إن لم يكن منتفعاً به في الحال، وقد أشار محمد في

لم تكن له قيمة (وأما الأرض إذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فإنه لا يدخل في البيع لأنه مودع فيها كالمتاع) وذكر في فتاوى الفضلي ذلك فيما إذا لم يعفن البذر في الأرض، وأما إذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لأن بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعاً، (ولو نبت ولم يصر له قيمة) قال أبو القاسم: الصغار لا يدخل. وقال أبو بكر الإسكافي يدخل. قال الشيخ (وكان) وصح بعض الشارحين تشديد النون (هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه) يعني فمن جوز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعاً لغيره، ومن لم يجوزه جعله تابعاً مشفراً كغير شفته والجمع مشافر. والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل. قال: (ولا يدخل الزرع والشمر) أعلم أن الألفاظ في بيع الأرض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة: الأول أن يقول بعث الأرض أو الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك. والثاني بعث بحقوقها ومرافقها. والثالث بعث

قوله: (لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي) أقول: يعني سيأتي من أنه يكون صفقة في صفقة، ثم قوله لما سيأتي في جواب عن قوله لا يقال الخ.

كالمتاع، ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه، وقد قيل يدخل فيه، وكأن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل، ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما. ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلها فيه لما قلنا، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه. أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل إلا بالتصريح به. قال:

كتاب الزكاة إلى جوازه، فإنه قال: لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري، فلو لم يكن جائزاً لم يوجب فيه العشر على المشتري، وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على إذن البائع على ما ذكرنا من قريب وإلا فلا انتفاع به مطلقاً فلا يجوز بيعه، والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكمثري أول ما تخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعاً للأوراق كأنه ورق كله، وإن كان بحيث ينتفع به ولو علفاً للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقاً، ويجب قطعه على المشتري في الحال، فإن باعه بشرط الترك فإن لم يكن تنأى عظمه فالبيع فاسد عند الكل، وإن كان قد تنأى عظمه فهو فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو القياس. ويجوز عند محمد استحساناً، وهو قول الأئمة الثلاثة، واختاره الطحاوي لعموم البلوى. وفي المنتقى: ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قولهما في صورتين (أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة) لأنه إن شرط بلا أجرة فشرط إعارة في البيع أو بأجرة فشرط إجارة فيه، ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك. وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لأنهم تعارفوا التعامل، كذلك فيما تنأى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد، وهذا دعوى الشافعي فيما تنأى عظمه وما لم يتناه أنه يجوز لأن العادة تركهم إياه إلى الجذاذ. ومحمد يقول بمعنه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الأجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر إلى أن يتناهى العظم. ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لمحمد إلا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه، إذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره خرج منه المتناهي للتعامل، فكون ما لم يتناه على أصل القياس إنما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد، ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه، فإما بإذن البائع إذناً مجرداً، أو بإذن في ضمن الإجارة بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك، أو بلا إذن، ففي صورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل، أما في الإذن المجرد فظاهر، وأما في الإجارة فلأنها إجارة باطللة لعدم التعارف في إجارة الأشجار والحاجة، فإن الحاجة ليست بمعتينة في ذلك، وإنما تتعين لو لم يكن مخلص إلا بالاستئجار، وهنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها. ولا يخفى ما في هذا من العسر فإنه يستدعي شراء ما لا حاجة له إليه أو ما لا يقدر على ثمنه، وقد لا يوافق البائع على بيع الأشجار، فالأول أولى،

بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها. والرابع يعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها. وفي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لأن الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب. والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليس كذلك فلا يدخلان. وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ، هذا إذا كان في الأرض أو على الشجر، وأما إذا كان الثمر مجذوداً والزرع محصوداً فهو بمنزلة المتاع لا يدخلان إلا بالتصريح به. قال: (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) بيع الثمر على الشجر لا يخلو إما أن يكون قبل الظهور أو بعده، والأول لا يجوز، والثاني جائز بدا صلاحها بصلاحها لا انتفاع بني آدم أو علف الدواب، أو لم يبد لأنه مال مقوم لكونه منتفعاً به في الحال أو في الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر. وذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز لنهي النبي ﷺ عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه، ولأن البيع يختص بمال مقوم، والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ: والأول أصح: يعني رواية ودراية، أما الأولى فلما أشار إليه محمد رحمه

قوله: (وصح بعض الشارحين) أقول: أراد الإقناني قوله: (يذكر لما هو تبع) أقول: أي للمبيع.

(ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع) لأنه مال متقوم، إما لكونه منتفعاً به في الحال أو في الثاني، وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والأول أصح (وعلى المشتري قطعها في الحال) تفرغاً لملك البائع، وهذا

وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان، إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل، ولا تعامل في إجارة الأشجار المجردة فلا يجوز، وكذا لو استأجر أشجاراً ليحفظ عليها ثيابه لا يجوز ذكره الكرخي. وإذا بطلت بقي الإذن معتبراً فيطيب، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة هنا فاسدة لأن الأرض يجوز إيجارتها، وإنما فسدت لجهالة الأجل فأورث خبثاً. أما هنا الإجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد إلا الإذن فطاب، أما الفاسد فله وجود فكان الإذن ثابتاً في ضمنه باعتباره فمنع، وهنا صار الإذن مستقلاً بنفسه، وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الإسلام إن كان جاهلاً ببطلان الإجارة. وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لأنه حصل بجهة محظورة، أما إذا باع ما تنهى عظمه فتركه المشتري بغير إذن البائع فإنه لا يتصدق بشيء لأنه لم يزد في ذاتها شيء، وهذا قول المصنف (لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة) أي تغير من وصف إلى آخر بواسطة إنضاج الشمس عليه. نعم عليه إثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة بإثبات خبث فيها. وجه قول الشافعي وباقي الأئمة في الخلافية ما في الصحيحين عن أنس «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وعن بيع النخل حتى ترهق. قيل: وما ترهق قال: تحمّز أو تصفّز»^(١) وأخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها. وكان إذا سئل عن صلاحها قال: حتى تذهب عاهتها»^(٢) وأخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس «أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد»^(٣) قال الترمذي: الحديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة. ورواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم. ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام «من اشترى نخلاً قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(٤)، فجعله للمشتري بالشرط، فدل على جواز بيعه مطلقاً لأنه لم يقيد دخوله في

الله في باب العشر، ولو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري، فلو لم يكن الشراء جائزاً في أول ما تطلع لما وجب العشر على المشتري. وأما الثانية فلأنه مال متقوم في الزمان الثاني، ونفي جوازه مفض إلى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق. والجواب عن الحديث أن تأويله إذا باعه بشرط الترك أو المراد به النهي عن بيعها سلماً بدليل قوله ﷺ «أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه؟» وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك

قوله: (وأما الثانية، إلى قوله: يعصى إلى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو نائب بالاتفاق) أقول: إنما يستقيم القياس أن لو جاز تركته الزمان الثاني كما في المقيس عليه قوله: (والجواب عن الحديث إذا باعه بشرط الترك) أقول: فيكون التقييد بقوله قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترك في الأغلب يكون فيه قوله: (وإنما يتوهم هذا) أقول: أي إذهب الله الثمرة.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٩٧ ومسلم ١٥٥٥ والبيهقي ٣٠١/٥ كلهم من حديث أنس ورواية لمسلم «قيل: وما ترهق؟ قال: تحمّز».

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٣٤ والبيهقي ٣٠٠/٥ كلاهما من حديث ابن عمر.

ولفظ مسلم في رواية «فقبل لابن عمر: ما صلاحه قال تذهب عاهته».

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣٣٧١ والترمذي ١٢٢٨ وابن ماجه ٢٢١٧ والبيهقي ٣٠١/٥ والحاكم ١٩/٢ وأحمد ٢٢١/٣، ٢٥٠ كلهم من حديث أنس زاد ابن ماجه في أوله «نهى عن بيع الثمرة حتى ترهق» وصححه الحاكم على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

وقال الترمذي: حسن غريب اهـ.

إسناده صحيح رجاله ثقات على شرط مسلم.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٧٩ ومسلم ١٥٤٣ الترمذي ١٢٤٤ والنسائي ٢٩٦/٧ والبيهقي ٣٢٤/٥ والطحاوي ٢٦/٤ والطائلي ١٨٠٥ وأحمد ٨٢/٢ كلهم من حديث ابن عمر.

إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع (وإن شرط تركها على النخيل ففسد البيع) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة وهو إعارة أو إجارة في بيع، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا، وكذا إذا تنهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا، واستحسنه محمد رحمه الله للعادة، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر. ولو اشتراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طاب له الفضل، وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة، وإن تركها بعد ما تنهى عظمها لم يتصدق بشيء لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة، وإن اشتراها مطلقاً وتركها على النخيل وقد استأجر

البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه. وفي موطن عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت «ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي ﷺ فعالجته وقام حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيه، فحلف لا يفعل فذهبت بالمشتري إلى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال: يأبى أن لا يفعل خيراً، فسمع بذلك رب الحائط فأتى النبي ﷺ فقال: هو له»^(١) ولولا صحة البيع لم يترتب الإقالة عليه. أما النهي المذكور فهم قد تركوا ظاهره، فإنهم أجازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع، وهذه معارضة صريحة لمنطوقه، فقد اتفقنا على أنه متروك الظاهر، وهو لا يحل إن لم يكن لموجب، وهو عندهم تجليله عليه عليه الصلاة والسلام بقوله ﷺ «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه»^(٢) فإنه يستلزم أن معناه أنه نهى عن بيعها مدركة، قبل الإدراك ومزية قبل الزهو.

وقد فسر أنس رضي الله عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر، وفسرها ابن عمر بأن تأمن العاهة، فكان النهي عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار أو أمانة من العاهة قبل أن يؤمن عليها، وذلك لأن العادة أن الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع، فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنياً قبل السواد يفيد أنه قبله حصرم، فكان معناه على القطع النهي عن بيع العنب عنياً قبل أن يصير عنياً، وذلك لا يكون إلا بشرط الترك إلى أن يبدو الصلاح، ويدل عليه تعليل النبي ﷺ بقوله «أرأيت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه»^(٣) فالمعنى إذا بعتموه عنياً قبل أن يصير عنياً

إلى أن يبدو صلاحها أو بطريق السلم، وإذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفرغاً لملك البائع. قوله: (وهذا) إشارة إلى الجواز: أي الجواز إذا (اشترائها مطلقاً أو بشرط القطع) أما إذا قال اشترت على أنني أتركها على النخل فقد فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد لأن مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخل شغل ملك الغير، أو أن في هذا البيع صفقة في صفقة لأنه إعارة في بيع أو إجارة فيه، لأن تركها على النخل إما أن يكون بأجر أو غيره، والثاني إعارة والأول إجارة وذلك منهى عنه، وفيه تأمل لأن ذلك إنما يكون صفقة أن لو جازت إعارة الأشجار أو إيجارتها وليس كذلك، نعم هو إنما يستقيم فيما إذا باع الزرع بشرط الترك، فإن إيجارتها وإيجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة. هذا إذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها وأما إذا تنهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما

قوله: (فقد فسد البيع، إلى قوله: لأن مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه) أقول: أنت خير بأن شرط الترك على النخل لا ينافي تسليم المعقود عليه على ما سيجيء في مسألة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية، ففي تقريره ركافة لا تخفى، وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله قوله: (وليه تأمل، إلى قوله: وليس كذلك) أقول: إعارة الأشجار ينبغي أن تجوز، ويدل عليه ما نقله العلامة الكاكي عن الجامع الأصغر فراجع. قوله: (وها هنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ) أقول: إنما يمكن

(١) مرسل قوي. أخرجه مالك ٢/٢٦١ والبيهقي ٥/٣٠٥ كلاهما عن محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة مرسلًا وورد بنحوه من حديث عائشة أخرجه ابن حبان ٥٠٣٢ وأحمد ٦/٦٩، ١٠٥.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٨٨، ٢١٩٨، ٢١٩٥، ٢١٩٧، ٢٢٠٨، ١٥٥٥ والبيهقي ٢٠٨٠ وابن حبان ٤٩٩٠ والشافعي ٢/١٤٨، ١٤٩ ومالك ٢/٦١٨ وابن الجارود ٦٠٤ والطحاوي ٢/٢٤ والبيهقي ٥/٣٠٠ وأحمد ٣/١١٥ كلهم من حديث أنس بن مالك وهو طرف حديث.

(٣) هو المتقدم.

النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الإذن معتبراً، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خيباً؛ ولو اشتراها مطلقاً فأنثرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع، لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز. ولو

بشرط الترك إلى أن يصير عبناً فمنع الله الثمرة فلم يصير عبناً «بم يستحل أحدكم» يعني البائع مال أخيه المشتري، والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولاً للنهي، وإذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها إلى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي، فإننا قد أفسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقاً غير متناول للنهي بوجه من الوجوه، فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث، وحينئذ فالحديث المذكور لنا فيها: أعني حديث التأبير سالم عن المعارض، وكذلك المعنى وهو أنه مبيع متنتع به في الحال أو في ثاني الحال إلى آخره، وبهذا التقرير ظهر أن ليس حديث التأبير عاماً عارضه خاص وهو حديث بدو الصلاح، وأن الترجيح هنا ينبغي أن يكون للخاص لأنه مانع وحديثنا مبيع بل لا يتناول أحدهما ما يتناول الآخر. والحاصل أن بيع ما لم يبد صلاحها إما بشرط القطع وهو جائز اتفاقاً لأنه غير متناول للنهي لما ذكرنا، وإما مطلقاً فإذا كان حكمه لزوم القطع كان بمثله بشرط القطع فلم يبق

الله، وهو القياس لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد، وأما محمد رحمه الله فقد استحسّن في هذه الصورة وقال: لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الأرض أو الشجر. والجواب أنا لا نسلم أن التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الإذن في تركه بلا شرط في العقد، ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها، فإن كان بإذن البائع طاب له الفضل، وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته بأن يقوم ذلك قبل الإدراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل ما بينهما، لأن ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة الأرض الموصوبة. وإذا تركها بغير إذنه بعد ما تنهى لم يتصدق بشيء لأن هذا تغير حالة من النية إلى التضييع لا تحقق زيادة في الجسم، فإن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع بغير إذنه شيء، بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطىها الطعم، وإن اشترى مطلقاً عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستئجار النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لبطان إجارة النخيل لعدم التعارف، فإن التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الأشجار، ولعدم الحاجة إلى ذلك لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تتحقق إذا لم يكن مخلص سواها، وهاتنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سنذكره. وإذا بطلت الإجارة بقي الإذن معتبراً فيطيب له الفضل. فإن قيل: لا نسلم بقاء الإذن فإنه ثبت في ضمن الإجارة، وفي بطلان المتضمن بطلان الكوكالة الثانية في ضمن الرهن تبطل بطلان الرهن. أجيب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذي لا تحقق له أصلاً وصفاً شرعاً على ما عرف، والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل ببطلانه، بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الإذن فكان معتبراً، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة للجهالة وقت الزرع، فإن الإدراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد، والفاقد ماله تحقق من حيث الأصل فأمكن أن يكون متضمناً لشيء ويفسد ذلك الشيء لفساد المتضمن، وإذا انتفى الإذن كان الفضل خيباً وسبيله التصديق. ولو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع والترك على النخيل وتركها وأنثرت مدة الترك ثمرة أخرى فإن كان قبل القبض: يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لأنه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز، وإن كان بعد القبض لم يفسد البيع لأن التسليم قد وجد وحدث ملك للبائع واحتلظ بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط، والقول في مقدار الزائد قول المشتري لأن المبيع في يده فكان الظاهر شاهداً له هذا ظاهر المذهب، وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم أنه مروى عن أصحابنا.

للمشتري ذلك أن لو باعه البائع كذلك وبيلع ما يقدر عليه المشتري من النقود إلى مقدار قيمته ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك، ولا يشبه ثمار الأشجار بالبانجان والبطيخ كما لا يخفى. ثم أقول: وصح ما ذكره لم تصح الإجارة مطلقاً بهذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى.

أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده، وكذا في الباذنجان والبطيخ، والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه، قال: (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها، أوطالاً معلومة) خلافاً لمالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول، بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلاً معيناً لأن

محل النهي إلا بيعها بشرط الترك، ونحن قائلون بأنه فاسد (ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فأشبهه هلاكه قبل التسليم (ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره) مع يمينه (لأنه في يده وكذا في) بيع (الباذنجان والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا لما ذكرنا. وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل، وزعم أنه مروى عن أصحابنا، وكذا حكى عن الإمام الفضلي وكذا يقول: الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نقله شمس الأئمة عنه ولم يقيده عنه يكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه: اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً. وقال: استحسنت فيه لتعامل الناس، فإنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة، ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس من عادتهم حرج، وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق، ثم جَوَزَ البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (والمخلص) من هذه اللوازم الصعبة (أن يشتري) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن. وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد، فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الإذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذوناً في الترك بإذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط قوله: (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أوطاً لا معلومة خلافاً لمالك) أجازة قياساً على استثناء شجرة معينة. قلنا: قياس مع الفارق، لأن الباقي بعد إخراج المستثنى غير مشار إليه، ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولاً، بخلاف الباقي بعد إخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالإشارة قالوا: هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي والشافعي وأحمد رحمهم الله. وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لأنه إن بقي شيء بعد إخراج المستثنى فظاهر، وإن لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلاً لأنه

وحكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله أنه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود أصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعاً، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر قوله: (وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده يشتركان (والمخلص) أي الحيلة في جوازه فيما إذا حدث قبل القبض أن يشتري الأصول لتحصيل الزيادة على ملكه، ولهذا قال شمس الأئمة السرخسي: إنما يجوز بجعل الموجود أصلاً والحدث تبعاً إذا كان ثمة ضرورة، ولا ضرورة هاهنا لاندفاعها ببيع الأصول قال: (ولا يجوز أن يبيع ثمرة) إذا باع ثمرة (واستثنى منها أوطاً لا معلومة لم يجز خلافاً لمالك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رهوس النخيل أو ثمرة مجذوة، وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب أن مراده ما كان على النخيل. وأما بيع المجذوذ فجائز، وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال: إذا باع الثمر على رهوس النخيل إلا منها يجوز البيع لأن المستثنى معلوم، كما إذا كان الثمر مجذوذاً موضوعاً على الأرض فباع الكل إلا صاعاً يجوز، وهذا يدل على أن الحكم فيهما سواء، واستدل بقوله: (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول) والمجهول لا يرد عليه العقد، وهذا يدل أيضاً على أن الحكم فيهما سواء (بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالملاحظة) كم هي

قوله: (وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى يفتي بجوازه) أقول: في الصورة الأولى أيضاً قوله: (وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول: فيه بحث، فإن اللازم منه أن قال بالأول قال بالثاني والعكس ليس بلازم.

الباقى معلوم بالمشاهدة. قال رضى الله عنه: قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي؛ أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد، وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه، بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان، لأنه لا يجوز بيعه، فكذا استثنائه (ويجوز بيع الحنطة في

مستغرق فيبقى الكل مبيعاً لأن ورود هذا على التعليل يجوز أن لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وإن ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق أنه بقي مقدار معين لأن الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة. قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه بخلاف استثناء الحمل) من الجارية الحامل أو الشاة (وأطراف الحيوان لا يجوز) كما إذا باع هذه الشاة إلا إليها وهذا العبد إلا يده فيصير مشتركاً متميزاً، بخلاف ما لو كان مشتركاً على الشيوع فإنه جائز، وإنما قال ينبغي لأن جواب هذه المسئلة ليس مصرحاً به في ظاهر الرواية وهو أن كل ما جاز إفراده بإيراد العقد عليه جاز استثنائه ويصير الباقي مبيعاً إلا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبي حنيفة في بيع صبرة طعام كل قفيز ب درهم فإنه أنسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أوطال معلومة مما على الأشجار وإن لم يفض إلى المنازعة. فالحاصل أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطلّة فليس يلزم أن ما لم يفض إليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية إلى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع؛ ألا يرى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححاً. وأما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ إلا تلك الأوطال فبعيد إذ المشاهدة تفيد كون تلك الأوطال لا تستغرق الكل، وإلا فلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء قوله: (ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره، وكذا الأرز والسمسّم. وقال الشافعي: لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر، وكذا الجوز

نخلة، قال المصنف: (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي) واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية إلى النزاع، وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة. وأجيب بأن لا نسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعاً من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أردأ الثمر فيفرضي إلى النزاع. سلمنا ذلك لكن بجواز تراضيهما على شيء منه قد لا يكون الثمر إلا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح، كما لا يصح مثله في المضاربة بهذا المعنى، وعن هذا قال بعض الشارحين يشير إلى قوله أوطالاً معلومة. وردّ بأنه لو كان المستثنى صاعاً واحداً أو رطلاً واحداً فالحكم كذلك، وبأنه لا يخلو إما أنه بقي شيء بعد الاستثناء أو لا، وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد، أما الأول فلأن الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوماً، سلمنا أن الباقي غير معلوم وزناً لكن ذلك ليس بشرط إلا إذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة. وأما الثاني فلأنه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع. وأجيب بأن هذا باعتبار المآل وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أو لا فصار مجهولاً، وفيه نظر لأنها ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسئلة، ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز) يريد به على قياس ظاهر الرواية، فإن حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحاً ولهذا قال: ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه، وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثنائه، وفي بيع أطراف الحيوان فيه وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثنائه، وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصوداً معلوماً، وإفراد العقد يقتضي أن يكون المعقود عليه مقصوداً معلوماً فتشاركاً في القصد والعلم، فما جاز أن يقع معقوداً عليه بانفاده جاز أن يستثنى وبالعكس. وعلى هذا لو قال بعثك هذه الصبرة بكذا إلا قفيزاً منها ب درهم صح في جميع الصبرة إلا في قفيز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد

قوله: (فيبطل الاستثناء) أقول: فيه بحث قوله: (وينعكس إلى أن ما لا يجوز الفخ) أقول: ليس ما ذكره عكس تلك القضية. قوله: (واستثنائها جائز لكن لا نسلم) أقول: فيه بحث فإنه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للمنع فتأمل.

سنبليها والباقياء في قشره) وكذا الأرز والسسم. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيع الباقياء الأخضر، وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره الأول عنده. وله في بيع السنبلة قولان، وعندنا يجوز ذلك كله. له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبهه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه. ولنا ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام «أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة» ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالاً متقوماً، بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز، وفي مثلثنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضاً لشبهة الربا لأنه لا يدري قدر ما في السنبال. (ومن

واللوز والفسق في قشره الأول عنده. وله) في بيع الحنطة (في السنبل قولان)، وأجاز بيع الشعير والذرة في سنبليها (وعندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه) وهو المبيع (مستور بما لا منفعة عليه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة إذا بيع بجنسه بجامع استتاره بما لا منفعة فيه، والمعول في الاستدلال نهى ﷺ عن بيع الغرر، وفي هذا غرر فإنه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنبال، والمبيع ما أريد به إلا الحب لا السنبال فرجع إلى جهالة قدر المبيع، وألزم على هذا أن لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث (ولنا ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض»^(١)) رواه مسلم وأصحاب السنن الأربعة. ويقال زها النخل والتمر يزهو وأزهي يزهي لغة، ففي الاشتقاق من الزهو لغتان، وأنكر الأصمعي الرباعية يزهي كما نقل الزمخشري عن الغير إنكار يزهو الثلاثية. لا يقال: أنتم لم تعملوا بصدر الحديث. لأننا نقول: قد بينا أنا عاملون وأن الاتفاق على انحطاط النهي على بيعها شرط الترك إلى الزهو وقد منعناه ولأنه مال متقوم معلوم (فيجوز بيعه كالشعير في سنبله) بخلاف بيعه بمثله في سنبل الحنطة لاحتمال الربا، أما أنه مال متقوم فظاهر، وأما أنه معلوم فلأنه مشار إليه وبالإشارة كفاية في التعريف، إذ المانع من رؤية عينها لا يخل بدرك قدره في الجملة، وليس معرفته على التحرير شرطاً وإلا امتنع بيع الصبرة المشاهدة. وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه أي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فإنه لا يجوز مع أنه أيضاً في غلافه. أشار أبو يوسف إلى الفرق بأن النوى هناك معتبر عدماً هالكاً في العرف، فإنه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبليها وهذا لوز وفسق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب إليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فإنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جاز، وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والإلية والأكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لأن كل ذلك منعدم في العرف. لا يقال: هذا عصير وزيت في محله، وكذا الباقي. واعلم أن الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد

عليه. وأما لو قال بعثك هذا القطيع من الغنم إلا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لأنه استثنى ما لا يجوز إفراد العقد عليه، ولو قال إلا هذه الشاة بعينها جاز لأنه يجوز إفراد العقد عليه فيجوز استثنائه، وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد، بخلاف الكلي والوزني والعددي المتقارب فإن استثناء قدر منه وإيراد العقد عليه جائز لأن الجهالة لا تقتضي إلى المنازعة. قيل ما الفرق بين قوله بعثك هذا القطيع من الغنم إلا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فإنه جائز وبين قوله بعثك

قوله: (وفي نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية) أقول: في نظره نظران قوله: (والأولى أن يستدل بقوله نهى الخ) أقول: فيه بحث، فإن في الاستدلال ما ذكره اعترافاً بفساد العقد.

(١) صحيح أخرجه مسلم ١٥٣٥ ح ٥٠ وأبو داود ٣٣٦٨ والترمذي ١٢٢٦، ١٢٢٧ والبيهقي ٣٠٢/٥، ٣٠٣ وأحمد ٥/٢ كلهم من طريق نافع عن ابن عمر وزادوا: «نهى البائع والمشتري» ورواية «الثمار» بدل «النخل».

باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقها) لأنه يدخل فيه الإغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذ لا يتفتح به بدونه. قال: (وأجرة الكيال وناقذ الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا بيع مكايلة، وكذا أجرة الوزان والزرع والعداد، وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لأن النقد يكون بعد التسليم؛ ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده، وفي رواية ابن سباعة عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه. قال: (وأجرة وزان الثمن على المشتري)

الاستخراج في ذلك كله لأنه لم يره قوله: (ومن باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقها) المراد بالغلق ما نسميه ضبة، وهذا إذا كانت مركبة لأنها تركب للبقاء لا إذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الأقفال في بيع الحوائث لأنها لا تركب، وإنما تدخل الألواح وإن كانت منفصلة لأنها في العرف كالأبواب المركبة، والمراد بهذه الألواح ما تسمى في عرفنا بمصر دراريب الدكان، وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه وقوله: (لأنه لا يتفتح بها إلا به) أجيب بمنع أن شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها، بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطتها أو يتجر بها، ولذا لما كان العقد عليها مقصوراً على ذلك كما في الإجارة أدخلنا الطريق.

[فرع] يناسب ما نحن فيه من حيث إنه يتناوله البيع بلا تنصيص من المالك عليه وإن كان في معنى آخر اشترى ما يتسارع إليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني أن يشتره وإن كان يعلم بالحال، لأن المشتري الأول رضي بهذا ففسخ دلالة فيحل للبائع بيعه وحل للمشتري أن يشتره، وإنما كتبناها لأنها كثيراً ما تقع في الأسواق قوله: (وأجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعاذة) إن كان البيع بشرط الكيل والوزن أو الذرع أو العذ (على البائع) لأن عليه إيفاء المبيع ولا يتحقق ذلك إلا بكيله ووزنه ونحوه، ولأن بكل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره، ومعلوم أن الحاجة إلى هذه إذا بايع مكايلة أو موازنة ونحوه إذ لا يحتاج إلى ذلك في المجازفة، وأجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق الأئمة الأربعة لأنه يحتاج إلى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنثه عليه، وأما أجرة ناقذ الثمن فاختلف الرواة والمشايخ، فروى ابن رستم عن محمد أنه

هذا القطيع من الغنم كله على أن لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فإنه لا يجوز مع أنه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى. وأجيب بأن في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لأنه لبيان أنه لم يدخل كما عرف في الأصول فلم يكن أفرادها إخراجاً بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه، وأما في الشرط فلأن الشاة دخلت أولاً في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل، ونظيره ما لو قال بعثك هذا العبد إلا عشرة فإنه صحيح في تسعة أعشاره، ولو قال على أن لي عشرة لم يصح. قيل ولقائل أن يقول: سلمنا أن إيراد العقد على الأبطال المعلومة واستثنائها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول. والجواب أنا لا نسلم أن الباقي مجهول لما ذكرنا أن المستثنى إذا كان معلوماً ما لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه إلا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع. قال: (ويجوز بيع الحنطة في سنبليها) بيع الشيء في غلافه لا يجوز إلا بيع الحبوب كالحنطة والباقلاء (والأرز والسمسم. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر والجوز واللوز والفسق في قشرة في قوله الأول) وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد، واستدل بأن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له، والعقد في مثله لا يصح كما إذا بيع تراب الصاغة بمثله. ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة» وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها، وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية والأولى أن يستدل بقوله نهى فإن النهي يقتضي المشروعية كما

قوله: (والداخل في الداخل) أقول: كيف يكون داخلياً وقد قال كالجزء منه فتأمل قوله: (والثاني مسلم الخ) أقول: ولعل مثل هذا التردد جائز في المتنازع فيه فتأمل.

لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم. قال: (ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولاً) لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه لا يتعين بالتعيين

على البائع وهو المذكور في المختصر. ووجهه أن النقد يحتاج إليه بعد التسليم وحينئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج إليه لاحتياجه إلى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه. وروى ابن سماعه عنه أنه على المشتري، وبه كان يفتي الصدر الشهيد لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج إليه. وعن محمد أجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن أنه على المشتري إلا إذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين. وفي الخلاصة: الصحيح أنه على المشتري، وكذا قال القدوري إنه على المشتري إلا إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يردّه بعيب الزيادة. قال: واختار في الوقعات أنه على المشتري. وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصحبها في وعاء المشتري على البائع أيضاً هو المختار. وفي المنتقى: إخراج الطعام من السفن على المشتري، ولو اشترى حنطة في سنبها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها إلى المشتري وهو المختار وقطع العنب المشتري جزافاً على المشتري، وكذا كل شيء باعه جزافاً كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينها وبين المشتري، وكذا قطع الثمر: يعني إذا خلى البائع بينها وبين المشتري، الكل من الخلاصة قوله: (ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولاً) لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن لتعين حق البائع بالقبض) لأنه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف (أنها لا تتعين بالتعيين) في البيع فلا بد من تقدم قبضها لئساويها، ولو كان المبيع غائباً لا يلزم المشتري دفع الثمن للبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد، ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو أخذ بالثمن كفيلاً أو رهن المشتري به رهناً، أما لو أحال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس، وكذا إذا أحال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد فيه روايتان: في رواية كقول أبي يوسف، وفي رواية إذا أحال البائع به رجلاً سقط، وإذا أحال المشتري البائع به لا يسقط، وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه، فلو هلك في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه بأن كان حيواناً فقتل نفسه أو بأمر سمائي بطل البيع، فإن كان قبض الثمن أعاده إلى المشتري، وإن كان بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار للمشتري، وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه ضمان مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، وإن هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وعاد المبيع إلى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثلي المثل وإلا فالقيمة؛ فإن كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل

عرف قوله: (ولأنه حب متفع به) كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له. وتقريره: لا نسلم أنه لا منفعة فيه بل هو أي المبيع بقشرة حب متفع به، ومن أكل الفولية شهد بذلك وأن الحبوب المذكور تدخر في قشرها، قال الله تعالى ﴿فلذوه في سنبلة﴾ وهو انتفاع لا محالة، فجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما، ويبيع تراب الصاغة إنما لا يجوز إذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى إذا بيع بخلاف جنسه جاز، وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز أيضاً لشبهة الربا لجهالة قدر ما في السنبلة، فإن قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلفاً؟ أجيب بأن الغالب في السنبلة الحنطة، يقال هذه حنطة وهي في سنبها ولا يقال هذا حب وهو في القطن، وإنما يقال هذا قطن وكذلك في التمر إليه أشار أبو يوسف رحمه الله. قال: (ومن باع دار الخ) الإغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح إذا باع دخل في البيع أغلقها بناء على ما تقدم أن ما كان موضوعاً فيه للقرار كان داخلاً، والأغلاق كذلك لأنها مركبة فيها للبقاء، والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لأنه كالجزم منه إذ لا ينتفع به بدونه، والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء. فإن قيل: عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فإن الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بطريق ولا يدخل في بيع الدار. فالجواب أن الداخل في الداخل في الشيء داخل لا محالة، وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق قلنا: الانتفاع بها لا يمكن إلا بالطريق مطلقاً أو من حيث السكنى، والأول ممنوع

تحقيقاً للمساواة. قال: (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمناً بثمان قيل لهما سلماً معاً) لاستوائهما في التعيين فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع.

لا يطيب له، وإن كان من خلافه طاب، وإن شاء اختار البيع وأتبع الجاني في الضمان فإن له ذلك وعليه الثمن للبائع، فإن كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل قوله: (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمناً بثمان قيل لهما سلماً معاً لاستوائهما في تعيين حق كل منهما) قبل التسليم، فإيجاب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معاً ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة. في التجريد: تسليم المبيع أن يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل، وكذا تسليم الثمن. وفي الأجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان: أن يقول خليت بينك وبين المبيع، وأن يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع، وأن يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره. وعن الوبري: المتاع لغير البائع لا يمنع، فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده، وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول: القبض أن يقول: خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته، فإن أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيراً، وإن كان غلاماً أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امش فخطا معه فهو قبض، وكذا لو أرسله في حاجته. وفي الثوب إن أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض، وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية. ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض، وإن دفعه ولم يقل شيئاً لا يكون قبضاً، ولو باع داراً غائبة فقال سلمتها إليك وقال قبضتها لم يكن قبضاً، وإن كانت قريبة كان قبضاً، وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها، وما لا يقدر على إغلاقها فهي بعيدة. وأطلق في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وإن كان المبيع يبعد عنهما. وقال الحلواني: ذكر في النوادر إذا باع ضيعة وخلي بينها وبين المشتري إن كان يقرب منها يصير قابضاً أو يبعد لا يصير قابضاً. قال والناس عنه غافلون، فإنهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض. وفي جامع شمس الأئمة: يصح القبض وإن كان العقار غائباً عنهما عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وفي جمع التوازل: دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من غير تكلف، وكذا إذا اشترى بقرراً في السرح فقال البائع اذهب واقبض إن كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضاً. ولو باع خلاً ونحوه في دن وخلى بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض. ولو اشترى ثوباً فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه إنسان، إن كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم، وإن كان لا يمكنه إلا بقيام لا يصح. ولو اشترى طيراً في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض

يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة، والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الإجارة ولكن ليس الكلام في ذلك، والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم إن اتصل بالبناء من خشب كان أو حجر يدخل، وإن لم يتصل لا يدخل. قال: وأجرة الكيال وناقد الثمن إذا باع المكيل مكايلة أو الموزون موازنة أو المعدود عدداً واحتاج إلى أجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لأن التسليم واجب عليه وهو لا يحصل إلا بهذه الأفعال وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. وأما أجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد هي على البائع، وهو المذكور في المختصر، وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري. وجه الأولى أن النقد يكون بعد التسليم لأنه إنما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج إلى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو يعرف المعيب ليرده. وجه الثانية أن المشتري هو المحتاج إلى تسليم الجيد المقدر، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن، وبه كان يفتي الصدر الشهيد وأجرة وزن الثمن على المشتري لأنه المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم. قال: (ومن باع سلعة) بيع السلعة معجلاً إما أن يكون بثمان أو بسلعة، فإن كان الأول يقال للمشتري ادفع الثمن أولاً لأن حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن لتعيين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقاً للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما، وفي المالية أيضاً لأن الدين أنقص من

حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم، وإن فتحه المشتري فطار صح التسليم لأنه يمكنه التسليم بأن يحتاط في الفتح. ولو اشترى فرساً في حظيرة فقال البائع سلمتها إليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس إن أمكنه أخذها من غير عون كان قبضاً وهو تأويل مسئلة الطير، وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل. ولو اشترى دابة والبائع ركبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري. قال القاضي الإمام: هذا إذا لم يكن على الدابة سرج، فإن كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قبضاً وإلا فلا، ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قبضاً كما إذا باع الدار والبائع والمشتري فيها معاً.

العين، وعلى هذا إذا كان المبيع غائباً عن حضرتها فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه، وإن كان الثاني يقال لهما سلما لاستوائهما في التعيين فلا يحتاج إلى تقديم أحدهما بالدفع، والله أعلم بالصواب.

باب خيار الشرط

قال: (خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري، ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها) والأصل فيه ما روي:

باب خيار الشرط

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين، والأصل أن لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الأصل. ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار، وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه ﷺ عن بيع وشرط^(١)، ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسماً ومعنى لا حكماً، وللمستلزم علة اسماً ومعنى حكماً، وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الأصول. والموانع خمسة أقسام: مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد المبيع في الحر لأنها لا تتعقد إلا في محلها، ومحل البيع المال والحر ليس بمال، فلا وجود للمبيع أصلاً فيه كانقطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد إليه. ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف إلى مال الغير كإصابة السهم بعد الرمي حائطاً فرده عن سسته. ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمي إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه. ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري. والمانع يمنع لزومه كخيار العيب وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة وهي إضافة الخيار إلى سببه إذ سببه الشرط، وحين ورد شرعيته جعلناه داخلاً في الحكم مانعاً من ثبوته قليلاً لعمله بقدر الإمكان، وذلك لأن عمله إثبات الحظر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقللنا شبهه. ولقائل أن يقول: القمار ما حرم لمعنى الحظر، بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سبباً للملك، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلاً سبباً للملك، والحظر طرد في ذلك لا أثر له. نعم يتجه أن يقال اعتبرناه في الحكم قليلاً، بخلاف الأصل، وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر^(٢) فذلك الغرر في المبيع، وهذا في أن الملك هل يثبت أو لا قوله: (خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما ثلاثة أيام) يروى بنصب ثلاثة أيام على الظرف: أي في ثلاثة ويرفعها على أنه خير مبتدئ محذوف: أي هو ثلاثة أيام. ثم في فتاوى قاضيخان: إذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلاً ويثبت الخيار في البيع

باب خيار الشرط

قال: (خيار الشرط جائز البيع، تارة يكون لازماً وأخرى غير لازم) واللام ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار، ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره، ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم، ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم، ثم خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم، وإنما كان عمله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فأظهرنا عمله في منع الحكم قليلاً لعمله بقدر الإمكان لأن دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس، وهو على أنواع: فاسد بالاتفاق كما إذا قال اشترت على أي بالخيار أو على أي بالخيار أياماً أو على أي بالخيار أبداً. وجائز بالاتفاق

باب خيار الشرط

قوله: (ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره) أقول: فإن قيل: ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول للازم وغيره. قلنا: يكفي في التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل.

(١) ضعيف. ذكره الهيثمي في المجمع ٨٥/٤ في خبر وفيه قصة لأبي حنيفة وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه فقال اه وسيأتي.

(٢) أخرجه مسلم ١٥١٣ وأبو داود ٣٣٧٦ والنسائي ٢٦٣/٧ كلهم من حديث أبي هريرة وسيأتي.

أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام «إذا

الفاقد كالصحيح قوله: (والأصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات) الحديث. روى الحاكم في المستدرک من حديث محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر قال: «كان حبان بن منقذ ابن عمرو رجلاً ضعيفاً، وكان قد أصابته في رأسه مأمومة فجعل له رسول الله ﷺ الخيار إلى ثلاثة أيام فيما اشتراه، وكان قد ثقل لسانه، فقال له النبي ﷺ: بع وقل لا خلافة» وكان يشتري الشيء فيجيء به إلى أهله فيقولون له هذا غال فيقول: إن رسول الله ﷺ قد خبرني في بيعي وسكت عليه^(١). وحبان بفتح الحاء المهملة ومنقذ بالمعجمة. ورواه الشافعي من طريق محمد بن إسحاق قال: أخبرنا سفيان عن محمد بن إسحاق به، ثم قال الشافعي رحمه الله: والأصل في بيع الخيار أنه فاسد، ولكن لما شرط رسول الله ﷺ في المصرة خيار ثلاثة أيام في البيع^(٢). وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتهينا إلى ما قال ﷺ. وأخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر: «سمعت رجلاً من الأنصار يشكو إلى رسول الله ﷺ أنه لا يزال يغبن في البيوع، فقال له: إذا بايعت فقل لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال»^(٣) قال ابن إسحاق: فحدث به محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي منقذ بن عمرو قد أصيب في رأسه وكان يغبن في البيع، فذكره نحوه. ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد أصابه أمة في رأسه فكسرت لسانه، وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن، فأني النبي ﷺ فذكر ذلك له^(٤). الحديث. وهو يقتضي أن المقول له منقذ بن عمرو، لا حبان ابنه، ولا شك أن هذا منقطع، وغلط من عزاه لأبي داود، وكذا رواه البخاري في تاريخه الأوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال: وعاش مائة وثلاثين سنة^(٥)، والحديث وإن دار على ابن إسحاق فالأكثر على توثيقه، ورجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الأنف، وكذا رواه ابن أبي شيبة. عن محمد بن يحيى بن حبان قال: قال عليه الصلاة والسلام لمنقذ بن عمرو «قل لا خلافة،

وهو أن يقول على أي بالخيار ثلاثة أيام فما دونها. ومختلف فيه وهو أن يقول على أي بالخيار شهراً أو شهرين، فإنه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي، جائز عند أبي يوسف ومحمد سواء كان لأحد العاقلين أو لهما جميعاً أو شرط أحدهما الخيار لغيره. وجه قول أبي حنيفة في الخلافة ما روي: أن حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لمأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله ﷺ «إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام» والخلافة: الخداع. ووجه الاستدلال أن شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم، وكل ما هو كذلك فهو مفسد إلا أنا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه. فإن قيل: كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري فكما عديتم فيمن له الخيار فليتعد في مدته، فالجواب أن في النص إشارة إلى ذلك وهو لفظ المفاعلة، ولأن البائع في معنى المشتري في معنى المناط فيلحق به دلالة، وكثير المدة ليس كقليلها لأن معنى الفرق يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد. ولهما حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ أجاز الخيار إلى شهرين» ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التأمل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتأجيل في الثمن، فإنه جائز قلت المدة أو كثرت للمحاجة. والجواب أن حديث

(١) صحيح. تقدم تخريجه في ٢٥٨/٣.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٤٨ ومسلم ١٥٢٤ من وجوه وأبو داود ٣٤٤٤ كلهم من حديث أبي هريرة.

(٣) صحيح. تقدم تخريجه في ٢٥٨/٣ أيضاً.

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٠١ والترمذي ١٢٥٠ والنسائي ٢٥٢/٧ وابن ماجه ٢٣٥٤ وابن الجارود ٥٦٨ وابن حبان ٥٠٤٩، ٥٠٥٠ والحاكم ٤/ ١٠١ والدارقطني ٥٥/٣ وأحمد ٢١٧/٣ والبيهقي ٦٢/١ كلهم من حديث أنس بن مالك، وإسناده قوي، ورجاله ثقات وقد صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وله طرق كثيرة فهو جيد وقال الترمذي: حسن صحيح غريب.

(٥) رواه البخاري في تاريخه الأوسط كما في نصب الراية ٧/٤ والبيهقي ٢٧٣/٥ كلاهما عن محمد بن يحيى بن حبان وإسناده غير قوي.

بايعت فقل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام» (ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة) وهو قول زفر والشافعي. وقالوا

وإذا بعث يبعاً فأنت بالخيار»^(١) ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح لأن هذا منقطع وذلك موصول، وهذا شرط الخيار مجمع عليه. وأما ما روي في الموطأ والصحيح عن ابن عمر أن رجلاً ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدم في البيوع فقال: «إذا بايعت فقل لا خلاية»^(٢) والخلاية الخديعة فليس فيه دليل على المقصود؛ والعجب ممن قال الأصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب.

[فرع] يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع، لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالإجماع، حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهراً ورضياً به فسد العقد عند أبي حنيفة خلافاً لهما، ولو إلحاقاً به شرطاً فاسداً بطل الشرط، ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول أبي حنيفة. ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره. ولو قال في بيع بستان على أنه بالخيار على أنه له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لأن الثمر له حصّة من الثمن وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل أن يسقط المشتري خياره. ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط، ولو قال إلى الظهر؛ فعند أبي حنيفة يستمر له إلى أن يخرج وقت الظهر، وعندهما لا تدخل الغاية قوله: (ولا يجوز أكثر منها) أي من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة (وهو قول زفر والشافعي) وكما لا يجوز عند أبي حنيفة إذا زاد على ثلاثة أيام كذلك لا يجوز إذا أطلق وقالوا: (يجوز إذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أجاز البيع إلى شهرين»^(٣)) وهذا دليل جزء الدعوى لأنها جواز أكثر من ثلاثة أيام طالت المدة أو قصرت. وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير (لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروّي ليندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن) شرع للحاجة إلى التأخير مخالفاً لمقتضى العقد، ثم جاز أي مقدار تراضياً عليه ويقولهما قال أحمد لقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون عند شروطهم»^(٤) وقال مالك: إذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز أن يشترط الخيار فيه أكثر

حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر، سلمنا أنهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز أن

قوله: (والجواب أن حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول: فيه بحث، إذ لا معارضة بينهما حتى يحتاج إلى الترجيح، فإن مفهوم العدد إن كان حجة لا يساوي المنطوق حتى يعارضه فليتأمل فإن للمنع مجالاً. ثم أقول: ذكره حكاية الحال يناسب الجواب الثاني، والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة.

(١) مرسل. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٧/٤ من حديث محمد بن يحيى بن حبان مرسلًا.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٠٧، ٢٤١٤، ومسلم ١٥٣٣، ومالك ٦٨٥/٢ وأبو داود ٣٥٠٠ والنسائي ٢٥٢/٧ كلهم من حديث ابن عمر.

(٣) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٨/٤. ومرواه: لا أصل له.

(٤) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٥٩٤ والدارقطني ٢٧/٣ والحاكم ٤٩/٢ والبيهقي ٧٩/٦ كلهم من حديث أبي هريرة بزيادة «والصلح جائز بين المسلمين وإسناده حسن».

وورد من حديث عمر بن عوف أخرجه الترمذي ١٣٥٢ وابن ماجه ٢٣٥٣ دون لفظ المسلمون على شروطهم والدارقطني ٢٧/٣ والبيهقي ٧٩/٦ وابن عدي ٦١/٦.

قال الترمذي: حسن صحيح اهـ.

مع أن مداراة على كثير بن عبد الله العزني.

قال عنه ابن حجر في التريب: ضعيف اهـ.

وله شاهد أخرجه ابن عدي ٤٢/٦ وإسناده ضعيف رواه من حديث رافع بن خديج. وله شاهد آخر أخرجه الدارقطني ٢٧/٣ مختصراً وكذا أخرجه الحاكم ٥٠/٢ كلاهما من حديث عائشة وفيه ضعف.

وله شاهد من حديث أنس أسنده الحاكم ٥٠/٢ والدارقطني ٢٨/٣ وفيه ضعف إلا أن هذه الطرق بمجموعها تقوي حديث الباب وترقى به إلى درجة الصحة.

ولعل الترمذي قواه لأجل هذا... وانظر تلخيص الحبير ٢٣/٣.

(يجوز إذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أنه أجاز الخيار إلى شهرين») ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروّي ليندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن. ولأبي حنيفة أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص، فيقتصر على المدة

من يوم، وإن كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط أكثر من الثلاثة لأنه شرع للحاجة، ويمكن أن يقال: لم يتعين اشتراط الأكثر طريقاً لأنه إن كان لإمكان أن يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة إلى شرط الخيار أصلاً لأن خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت رؤيته سنة، وإن كان للتروّي في أمرها هل تساوي الثمن المذكور أو لا أو هي متتبع بها على الكمال أو لا وإن لم يرها؟ فهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لأنه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث. وأما ما يتسارع إليه الفساد فحكمه مسطور. وفي فتاوى القاضي: اشترى شيئاً يتسارع إليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شيء. وفي الاستحسان يقال للمشتري إما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعاً للضرر من الجانبين، وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراء شيء يتسارع إليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه وأقام المدعي البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فإن القاضي يأمر مدعي الشراء أن ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضي يبيعه من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الأول والثاني على يد عدل، فإن عدلت البينة يقضي لمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الأول للبائع؛ ولو ضاع الثمنان عند العدل يضع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لأن بيع القاضي كبيعه، ولو لم تعدل البينة فإنه يضمن قيمة السمكة للمدعي عليه لأن البيع لم يثبت وبقي آخذاً مال الغير بجهة البيع فيكون مضموناً عليه بالقيمة. وجه قول أبي حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم) ثبت نصاً على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروّي فيما يدفع الغبن عنه، ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبوناً أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها فإن معرفة كونه مغبوناً في هذه الصفقة أو لا ليس من العلوم البالغة في الخفاء والإشكال ليحتاج في حصوله إلى مدة تزيد عليها، فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة إليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز إلحاقه بالثلاث دلالة كما لا يجوز بالقياس. ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبوناً لم يعذر. ولا يبنى الفقه باعتباره لأن مثله زائل العقل. وبهذا يظهر أن قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان إنه خرج مخرج الغالب غير صحيح، ولأنه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر حبان أنه كان رجلاً ضعيفاً وكان بدماعه مأمومة أفسدت حاله، أو أنه منقذ وكان قد أصابته آفة في رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ البخاري الأوسط، فأى حالة تزيد على هذه من الضعف إلا عدم العقل بالكلية، ومع ذلك لم يجعل له النبي ﷺ سوى ثلاثة أيام فلا شك في منع الزائد مع أنه وجد في السمع ما ينفيه صريحاً، وهو وإن لم يبلغ درجة الحجة فلا شك أنه يستأنس به بعد تمام الحجة. وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبي عياش عن أنس «أن رجلاً اشترى من رجل بعبيراً وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله ﷺ البيع وقال: الخيار ثلاثة أيام»^(١) إلا أنه أعلّ بابان مع الاعتراف بأنه كان رجلاً صالحاً، وكذا أخرج

يكون المراد به خيار الرؤية والعيب، وأنه أجاز الرد بهما بعد الشهرين، ولا نسلم أن كثير المدة كالتقليد في الحاجة، فإن صاحب الخلافة كان مصاباً في الرأس فكان أحوج إلى الزيادة، فلو زادت كان أولى بها، فدل على أن المقدر لنفي الزيادة

(١) ضعيف. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الرأية ٨/٤ من حديث أنس وفي إسناده أبان بن أبي عياش.

قال الزيلعي: أعله عبد الحق في «أحكامه» بابان، وقال: لا يحتج بحديثه مع أنه كان رجلاً صالحاً اهـ.

وقال ابن حجر في الدراية ١٨٤/٢: في إسناده أبان وهو متروك.

المذكورة فيه وانتفت الزيادة، (إلا أنه إذا أجاز في الثلاث) جاز عند أبي حنيفة خلافاً لزفر، هو يقول: إنه انعقد فاسداً فلا يتقلب جائزاً. وله أنه أسقط المفسد قبل تقرر فاعود جائزاً كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس، ولأن

الدارقطني عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال «الخيار ثلاثة أيام»^(١) وفيه أحمد بن مسرة متروك. وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار. وأما القياس على الأجل فنقول بموجبه ولا يضرنا، فإن الشارع لما شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقاً فعملنا بإطلاقه، وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيداً بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده، حتى له أنه لو شرع الأجل أيضاً مقيداً بمدة كنا نقول لا يزداد عليها أيضاً، ولوجوب الاقتصاد على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لأن نفس الخيار ما ورد إلا للمشتري. قلنا: ممنوع بل للأعم، فإنه ﷺ قال له «إذا بايعت»^(٢) وهو يصدق بكونه بائعاً ومشترياً قوله: (إلا أنه) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها: أي لا يجوز في وقت من الأوقات إلا في وقت إجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافاً لزفر) وبه قال الشافعي (وهو) أي زفر (يقول) إنه أي العقد (انعقد فاسداً فلا يتقلب جائزاً) كما إذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحاً، أو باع عبداً بألف ورطل خمر ثم أسقط الخمر، وهذا لأن البقاء على حسب الثبوت فإن الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولأبي حنيفة أنه) أي من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تقرر) أي قبل ثبوته وتحققه لأن ثبوته بمضي ثلاثة أيام فاعود جائزاً (كما إذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به) وهذا لأن المفسد ليس هو شرط الخيار، بل وصله بالرابع وهو عرض الفصل قبل مجيئه، فإذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحاً. ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء، فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر إذ الظاهر دوامهما على الشرط، فإذا أسقطه تبين الأمر خلاف الظاهر فينقلب صحيحاً، وقال مشايخ خراسان والإمام السرخسي وفخر الإسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر: هو موقوف، وبالإسقاط قبل الرابع ينعقد

سلمناه، لكن في الكثير معنى الغرر أزيد وقد تقدم. والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لأن الأجل يشترط للقدرة على الأداء. وهي إنما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج إلى مدة طويلة. قوله: (إلا أنه إذا أجاز) يجوز أن يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها، ومعناه: لا يجوز أكثر منها، لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز، ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور، والأول أولى لقوله خلافاً لزفر فتأمل. وزفر يقول: إن هذا عقد قد انعقد فاسداً والفاقد لا يتقلب جائزاً لأن البقاء على وفق الثبوت، فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو اشترى عبداً بألف ورطل خمر ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر؛ وكمن تزوج امرأة وتحتة أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة. ولأبي حنيفة أنه أسقط المفسد قبل تقرر. اعلم أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة، فذهب العراقيون إلى أنه ينعقد فاسداً ثم يتقلب صحيحاً بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع، وذهب أهل خراسان وإليه مال شمس الأئمة السرخسي إلى أنه موقوف، فإذا مضي جزء من اليوم الرابع فسد، فقله إنه أسقط المفسد قبل تقرر: أي قبل مضي ثلاثة أيام تعليل على الرواية الأولى. وتقريره أن العقد فاسد في

قوله: (لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز) أقول: لكن لو ذكر الخ يشير إلى أن الاستثناء منقطع، والظاهر الأولى أن يحمل على الاتصال: أي لا يجوز أكثر منها في وقت من الأوقات إلا في وقت إجازته في الثلاث فليتدبر، وقوله: (فيقتصر على المدة المذكورة) من تنمة الدليل فلا يلائم ذكر الخلاف في حيز الاستثناء المعلق به قوله: (والأول أولى لقوله خلافاً لزفر فتأمل)

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٥٦/٣ من حديث ابن عمر وفي إسناده عبد الله بن مسرة.

قال في نصب الرابة ٨/٤: إن كان هو الحراني الغنوي فهو متروك والله أعلم، وقال ابن الجوزي في التحقيق: عبد الله بن مسرة ضعفه الدارقطني اه الزيلعي وقال ابن حجر في الدراية ١٤٨/٢: إسناده واه.

(٢) هو المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

الفساد باعتبار اليوم الرابع، فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد، ولهذا قيل: إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع، وقيل ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط، وهذا على الوجه الأول (ولو اشترى على أنه إن لم

صحيحاً، وإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الأوجه، كذا في الظهيرية والذخيرة. وذكر الكرخي نصاً عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على إجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة لأن لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف. ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن إلا عدم الفساد في نفس الأمر إلى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الأمر. فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف، ولا يتحقق الخلاف إلا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعاً بإسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه، وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال: (ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط) وقوله: (وهذا على الوجه) الأول: يعني قوله أسقط المفسد قبل تفرقه وهو كالقلب، فإن التعليل هو الذي ينبنى على الأصل لا أن أصل القاعدة ينبنى على التعليل. والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر أن الفساد فيها في صلب العقد لأنه بسبب المبيع وهو البديل فلم يمكن رفعه وهنا في شرطه، وكما يتقلب العقد جائزاً إذا أسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو أعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع يتقلب جائزاً في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن قوله: (ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا أجاز) والمتنفع بهذا الشرط هنا هو البائع، وكذا لو قبض الثمن وقال إن رده البائع إلى ثلاثة أيام فلا بيع. يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى إذا قبض المشتري المبيع يكون مضموناً عليه بالقيمة. ولو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه. ولو أعتقه البائع نفذ (والى أربعة أيام لم يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) فإن نقد الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع، وإن لم ينقده فيها فسد البيع ولا يفسخ نص

الحال بحكم الظاهر، لأن الظاهر دوامها على الشرط، فإذا أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزاً، وهذا لأن هذا العقد لم يكن فاسداً لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع، فإذا زال المغير عاد جائزاً فصار كما إذا باع بالرقم وهو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك، فإذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع فاسداً، فإن علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزاً بالاتفاق قوله: (ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع) تعليل على الرواية الثانية، وتقريره أن اشتراط الخيار غير مفسد للعقد، وإنما المفسد اتصال اليوم الرابع بالأيام الثلاثة، فإذا جاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحاً. والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل أن الفساد فيها في صلب العقد وهو البديل فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فأمكن. قال: (ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن) إذا اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه: فأما إن قال على أنه إن لم ينقد الثمن فلا بيع، أو قال على أنه إن لم ينقد الثمن أياماً فلا بيع وهما فاسدان، أو قال على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة. والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لما أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد، واشتراط الإقالة في البيع مثل أن يقول بعتك هذا بشرط أن تقبل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد، فاشتراط فاسدها أولى أن يفسد. واستحسن العلماء جوازه. ووجهه أن هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة، إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ، وإذا كان في معناه كان ملحقاً به. ورد بأن لا نسلم أنه في معناه لأن هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهاتنا لو سكت حتى

أقول، يعني أن ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرير المسئلة على ما هو رأيهم في تفريع الخلاف. قوله: (والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل أن الفساد فيها في صلب العقد النخ) أقول: وكذلك الفساد في البيع بالرقم في صلب العقد لجهالة الثمن فلا بد من الفرق قال المصنف: (ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام النخ) أقول: قال الإمام القاضي ظهير الدين: هاتنا مسئلة لا بد من حفظها، وهي أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا يفسخ، حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه، وإن كان في يد البائع لا ينفذ، وعلى هذا إذا اشترى عبداً ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار.

ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر، فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعاً) والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماثلة في الفسخ فيكون ملحقاً به، وقد مرّ أبو حنيفة على أصله في الملحق به، ونفى الزيادة على الثلاث، وكذا محمد في تجويز الزيادة، وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر، وفي هذا بالقياس، وفي هذه المسئلة قياس آخر وإليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها

عليه ظهير الدين وقال: لا بد من حفظ هذه المسئلة، حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده عتق لا إن كان في يد البائع (وقال محمد: يجوز إلى أربعة أيام وأكثر) على قياس قوله في شرط الخيار (فإن دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعاً. والأصل فيه) أي في صحة هذا البيع إلى ثلاثة أيام في الثمن (أن هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياساً، والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي) وفهم الملحق بمجرد فهم الأصل مع فهم الأصل مع فهم اللغة، وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروي ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر إليه أن شرعيته للتروي لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر إليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للمماثلة، وكون هذا يفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذاك ينيرم بتمامها بلا رد لا أثر له، لأن المعبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة، إلا أنك سمعت أنه لا يفسخ بتمامها بل يرجع فاسداً (وقد مرّ أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في الملحق به) وهو أنه لا يزداد على الثلاثة فكذلك في الملحق، وكذلك محمد حيث جعله جائزاً بلا تقييد بمدة، وأبو يوسف فرق فأخذ في الأصل بالأثر: يعني أثر ابن عمر^(١) في جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، وأخذ في هذه المسئلة بالقياس: أي في نفي الزائد على الثلاثة. وأما في الثلاثة فبحديث ابن البرصاء^(٢) على ما سنذكره له في خيار التعيين. هذا ما ذكر عن أبي يوسف هنا، وقد روي عنه أنه رجع إلى قول محمد رواه الحسن بن أبي مالك عنه. وفي شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة، وكثير من المشايخ لم يرجحوا عنه شيئاً وحكموا على قوله بالاضطراب (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقتضي أن لا يجوز هذا البيع أصلاً (وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة

مضت المدة بطل العقد. وأجيب بأن النظر في الإلحاق إنما هو إلى المعنى المناط للحكم وهي الحاجة وهي موجودة فيها، وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير. فإن قيل: الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فإنه إن لم ينقد الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياساً واستحساناً من غير خلاف فيه. أجيب بأن من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول أبي حنيفة ومحمد إلا بحضرة الآخر، وعسى يعتذر ذلك فكانت الحاجة باقية. وأما إذا زاد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه: لم يجوز أبو حنيفة وأبو يوسف، وجوزه محمد. أما أبو حنيفة فقد مرّ على أصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث، وكذلك محمد مرّ على أصله في تجويز الزيادة في الملحق به، وأبو يوسف احتج إلى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الأول. ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر، وفي هذا بالقياس. وتفسيره على وجهين: أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار، ويقول في هذا قوله وإن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام، والمراد بالأثر ما روي عن ابن عمر «أنه أجاز الخيار إلى شهرين» ومعناه: تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار بأثر ابن عمر، وعلمنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه. والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في

حتى إذا قبض المشتري يكون مضموناً عليه بالقيمة، ولو أعتقه المشتري لا ينفذ، ولو أعتقه البائع ينفذ اهـ. ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لإشارة قول المصنف إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد، ولتنصريح الشارحين أنه يفسخ العقد عند عدم النقد، إلا أن ثبت في المسئلة روايتان قوله: (فإن قيل: الحاجة تندفع، إلى قوله: يجوز البيع قياساً واستحساناً من غير خلاف فيه) أقول: فيه بحث، لأن شرط الخيار مخالف للقياس، لكن المراد قياس زفر قوله: (أجيب بأن من له الخيار، إلى قوله إلا بحضرة الآخر الخ) أقول: فيه

(١) أثر ابن عمر تقدم قبل أربعة أحاديث وهو موقف واستفربه الزيلعي جداً.

(٢) حديث ابن البرصاء سيأتي في خيار التعيين وهو موقف.

بالشرط، واشترط الصحيح منها فيه مفسد للعقد، فاشترط الفاسد أولى. ووجه الاستحسان ما بينا. قال: (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمرضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع (ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لأن

لتعلقها بالشرط) وهو عدم الثمن في الثلاثة الأيام، والإقالة لا تتعلق بالشرط لأن فيها معنى التملك حتى جعلت بيعاً جديداً في حق ثالث، وهو لو شرط الإقالة الصحيحة وهي التي لم تعلق بالشرط بأن قال بعثك على أن أقبلك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقبلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد (فاشترط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي وأحمد، فكلهم منعوا صحة البيع. والوجه عليهم ما قدمناه من الإلحاق بالدلالة لا بالقياس، وهو المراد بقول المصنف: وجه الاستحسان ما بيناه قوله: (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه، لأن تمام هذا السبب) الذي هو البيع (بالمرضاة) لما عرف من قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء ٢٩] الرضا (مع الخيار) لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا جاز تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع فيه بلا اختلال، وبالتعليل المذكور يعرف أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبه إلى كل من له الخيار، وأنه إذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري، ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع (فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع يفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً) في حق المبيع، ولا يمكن نفاذه بالهلاك لأنه (لا نفاذ بلا محل فبقي) في يد المشتري (مقبوضاً) لا على وجه الأمانة المحضة كالوديعة والإعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رحمه الله أنه لم يضمه لأنه ما رضي البائع بقبضه إلا على جهة العقد فأقل ما فيه أن يكون كالمقبوض (على سوم الشراء، وفي) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) إذا هلك وهو قيمى والمثل في المثل إذا كان القبض بعد تسمية الثمن، أما إذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح. وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون: في رجل أخذ ثوباً فقال اذهب به فإن رضيت اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء، وإن قال إن رضيت اشتريته بعشرة كان ضامناً للقيمة، ويثبت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور، وعندهم وجه في ضمانه بالثمن، وهو قياس قول أحمد لأنه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له لأن السبب قد تم

الأصل: أي في ثلاثة أيام بأثر ابن عمر، وهو ما روى «أن عبد الله بن عمر باع ناقه له من رجل بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما» (وفي هذا) أي في الزائد على ثلاثة أيام (بالقياس) وهو يقتضي عدم الجواز كما مر قوله: (وفي هذه المسئلة قياس آخر) تقدم معناه. قال: (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) قد تقدم أن خيار الشرط قد يكون لأحد المتعاقدين وقد يكون لهما جميعاً، فإذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق، وإذا كان للمشتري فالمبيع يخرج عن ملك البائع والثمن لا يخرج عن ملكه، فإذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن عن ملك البائع والمشتري بالاتفاق، فإذا خرج المبيع عن ملك البائع والثمن عن ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع؟ فيه خلاف. قال أبو حنيفة: لا يدخل، وقال: يدخل. أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الأولى فلما ذكره من قوله: (لأن تمام هذا السبب) أي العلة (بالمرضاة) لكون الرضا داخلاً في حقيقته الشرعية. ولا تتم المرضاة بالخيار لأن البيع به يصير علة اسماً ومعنى لا حكماً فمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه

بحث، فإنه ذكر ظهير الدين أنه لا يفسخ بمضي المدة بل يفسد العقد، نقل عنه في النهاية وغيره. قوله: (وقوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول: يعني تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً، وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه لا يجوز لما أنه بيع الخ قوله: (لكون الرضا داخلاً في حقيقته الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار) أقول: فيه بحث، فإن بيع المكروه بيع يترتب عليه أحكامه ولا رضاه قوله: (لأن البيع به يصير علة اسماً) أقول: تأمل في صحة هذا التعليل.

البيع يفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً، ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضاً في يده على سوم الشراء وفيه القيمة، ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتباراً بالبيع الصحيح المطلق. قال: (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لأن البيع في جانب الآخر لازم، وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظراً له دون الآخر. قال: إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة، وقالوا: يملكه لأنه

بالإيجاب والقبول، وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ، وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب. قلنا: قولك تم البيع بالإيجاب والقبول إن أردت في حق حكمه منعناه أو تمت صورته فمسلم، ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا، وتقيد المصنف بالهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما إذا هلك بعدها، وأنه حينئذ يضمن بالثمن لأنه هلك بعد ما انبرم المبيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) المبيع (في يد البائع) والحال أن الخيار له لا إشكال في أنه يفسخ (ولا شيء على المشتري اعتباراً بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فإن فيه: إذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع، والتقيد بالصحيح ليس لإخراج الفاسد لأن الحال في البيع الفاسد كذلك أعني الانفساخ بهلاك المبيع في يد البائع، بل لأن الإعتبار الأصالة والفاسد يأخذ حكمه منه قوله: (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله: (لأن البيع) إلى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لأن البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفى ما يمنعه من عمله إذ كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج (وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل) الذي هو من جهة (من له الخيار) لما ذكرنا أنه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب بخروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان. وقوله: (إلا أن المشتري لا يملكه) بمعنى لكن، وهو استدراك لأمر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري وهو المقدر الذي ذكرناه، فإنه يتبادر بحكم العادة أنه إذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري، وهذا (عند أبي حنيفة، وقالوا: يملكه) المشتري، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول (لأنه لما خرج عن ملك البائع لو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى) ملك (مالك ولا عهد لنا به في الشرع) في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالمساواة فلا يرد شراء متولي أمر الكعبة إذا اشترى عبداً لسدانة الكعبة، والضيعة الموقوفة بعيدها إذا ضعف أحدهم فاشترى ببدله آخر فإنه لا يدخل في ملك المشتري لأن ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الأوقاف وحكم الأوقاف ذلك، وكذا لا ترد التركة المستغرقة بالدين فإنها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور (ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا إنه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان) الثمن والمبيع في الملك) أحد المتعاضين (حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأنى يكون (والمعاوضة تقتضي المساواة) بين المتعاضين

(ولهذا ينفذ عتقه) ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع، فإن قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة إن لم يكن مثلياً، خلافاً لابن أبي ليلى. هو يقول: قبض: قبض ملك البائع بإذنه فكان أمانة في يده، ونحن نقول: البيع يفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة، وذلك لأن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الإجازة وهو معنى قوله: (لأنه كان موقوفاً) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك، وأما أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلأنه مقبوض بجهة العقد، وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء، وتحقيقه أن الضمان الأصلي الثابت بالعقد في القيمات هو القيمة، وإنما يتحول منها إلى الثمن عند تمام الرضا، ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الأصلي مدة الخيار، وأما إذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطان الخيار إذ ذاك بتمام الرضا، ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحاً مطلقاً عن الخيار. قيل: وإنما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك حملاً لحال المسلمين على الصلاح. وأما دليل خروجه عن ملكه إذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه. وتحقيقه أن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظراً له دون الآخر؛ وأما

لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع. ولأبي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة، ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة، ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر. قال: (فإن هلك في يده هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب) بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع. ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع

في تبادل ملكيهما، بخلاف ضمان غاصب المدبر إذا أبق من عنده سواء قلنا إنه بدل اليد أو الملك حيث لا يخرج المدبر به عن ملك ماله فيجتمع العوضان في ملك واحد، فإنه ضمان جنائية لا ضمان معاوضة شرعية، وهذا ألزم في الشرع مما ذكرناه، فإن المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولأن خيار المشتري شرع نظراً له ليتروى فيقف على المصلحة) في رأيه (ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره ألحقناه بنقص مقصوده (إذ ربما) كان المبيع من (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقص إذا كان مفوتاً للنظر وذلك لا يجوز، وقد أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لأن استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكنى لكنه يستحقها إذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق والإجماع. أوجب بأنه إنما استحقها لأنه صار أحق بها تصرفاً لا لأنه ملكها كالعبد المأذون يستحقها إذا بيعت دار بجوارها بهذا المعنى.

وحاصل هذا مع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أو ما في معناه، وهذا تكلف لا يحتاج إليه، وسأتاني المسئلة معللة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحاً، وما في الأجناس لو بيعت دار بجنيها فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله أن يردها إذا رآها ويبطل خيار الشرط (فإن هلك) المبيع (في يد المشتري) ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب) لا يرجى زواله كأن قطعت يده ولو بغير صنعه فإنه يلزمه الثمن ويمتنع الرد، بخلاف ما لو كان يرجى زواله في المدة بأن مرض فإن المشتري على خياره، لكن ليس له أن يرده مريضاً بل حتى يبرأ في المدة، فإن مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه. وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان إلا في خصله، وهي أن النقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره، بل إن شاء رده وإن شاء أجاز البيع وأخذ الأرض من البائع. وقوله: (بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن: يعني الفرق بين ما إذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فإنه يهلك بالقيمة، وبين ما إذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري فإنه يهلك بالثمن هو أن الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب

أن البذل إذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلائنه لما لم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة. ونوقض بالمدبر، فإن غاصبه إذا ضمن لصاحبه ملك البذل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد. وأوجب بأن قوله: (حكماً للمعاوضة) يدفع النقض، فإن ضمان المدبر ضمان جنائية وليس كلاماً فيه، ويدخل عندهما لأنه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلاً لا إلى مالك: يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع. ونوقض بما إذا اشترى متولي الكعبة عبداً لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري. وأوجب بأن كلامنا في التجارة وما ذكرتم تم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الأوقاف، وحكم الأوقاف قد تقدم. ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة، فلو دخل في ملكه ربما يكون عليه لا له بأن كان المبيع قريبه

قوله: (قيل، إلى قوله: لحال المسلمين على الصلاح) أقول: ولأه يعلم منه حاله بالولاية.

الرد، والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك، والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن، بخلاف ما تقدم لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكماً بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف. قال: (ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد

يمنع الرد حال قيامه كائناً ما كان، فإذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فيهلك وقد انبرم العقد، وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة (بخلاف ما تقدم) من كون الخيار للبائع، فإن تعيب المبيع لا يمنع الرد حكماً لخيار البائع (فيهلك والعقد موقوف) فيطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة قوله: (ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لأنه لم يملكها لما له من الخيار) والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار، فلوردد البيع استمرت زوجة عنده. وعندهما إذا فسخه رجعت إلى مولاهما بلا نكاح عليها (وإن وطأها) بعد الشراء (له أن يردّها) بالخيار لأن الوطء لا يلزم هنا أن يكون إجازة لأن له في النكاح ملكاً قائماً يحل له الوطء فلم يلزم كون وطئه إجازة (إلا إذا كانت بكرة، لأن الوطء ينقص البكر) فيمتنع الرد للعيب الذي حدث عنده، ومن هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهي ثيب يمتنع الرد عنده أيضاً للنقص الذي دخلها لا لذات الوطء. فإن قيل: لما زوجها مولاهما الذي باعها فقد رضي بالنقصان بزوال البكارة وحين أثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضياً بردها ناقصة. أجيب بمنع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا إلى الرضا بما هي أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ما ذكرناه وقالوا: (يفسد النكاح لأنه ملكها، فإن وطئها لا يردّها) ولو كانت ثيباً لأن الوطء بعد انفساخ النكاح ليس إلا بملك اليمين فكان مسقطاً للخيار ورضا بالبائع، وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه (ولها أخوات) ذكرها المصنف تقريراً على الخلاف في ذلك (منها عتق) العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار إذا كان قريبه) قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق تنقضي المدة ولم يفسخ لأنه لم يملكه (ومنها أن من قال: إن ملكت عبداً فهو حر) فاشترى عبداً بشرط الخيار فإنه لا يعتق عند أبي حنيفة لأنه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط، وعندهما وجد فعتق لأنه ملكه. أما لو قال: إن اشتريت عبداً فهو حر فاشترى عبداً بشرط الخيار فإنه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمنشئ للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية. لا من كل وجه، ولذا لا يعتق عن الكفارة إذا نوى الحالف بشرائه أن يعتق عن كفارته. ومنها لو اشترى

فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقص قوله: (فإن هلك في يده) أي إن هلك المبيع في يد المشتري فيما إذا كان الخيار له هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفاً. ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده. وأما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره إذا زال في الأيام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع. وأما إذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد، وتبين بما ذكر أن هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري إذا كان الخيار للبائع، ويوجب الثمن إذا كان للمشتري فاحتاج إلى التصريح ببيان الفرق. ووجهه أن المبيع إذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض، وكذلك إذا هلك والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى. وأما إذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للبائع لا له فيهلك والمبيع موقوف فيلزم القيمة. قال: (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره، وهو أن الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده، وعندهما يدخل، فعلى هذا إذا اشترى امرأته (على أنه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لأنه لم يملكها، وإن وطئها له أن يردّها لأن الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار، إلا إذا كانت بكرة فليس له أن يردّها لأن الوطء ينقصها، وهذا يشير إلى أن قوله: (وإن وطئها له أن يردّها) معناه: إذا لم ينقصها الوطء، فأما إذا نقصها فلا يردّها وإن كانت ثيباً إليه أشبر في شرح الطحاوي، وعندهما يفسد النكاح وإن وطئها لم يردّها وإن كانت ثيباً لأنه ملكها ووطئها بملك اليمين. ولهذه المسئلة نظائر في كونها مرتبة على الأصل المتقدم: منها عتق المشتري على المشتري في

قال المصنف: (والعقد قد انبرم) أقول: انبرم مطاوع قولهم أبرمت الأمر إبراماً: إذا أحكمته.

النكاح لأنه لم يملكها لما له من الخيار **(وإن وطئها له أن يردّها)** لأن الوطء بحكم النكاح **(إلا إذا كانت بكرًا)** لأن الوطء ينقصها، وهذا عند أبي حنيفة وقالوا: **(يفسد النكاح)** لأنه ملكها **(وإن وطئها لم يردّها)** لأن وطأها بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيبًا، ولهذه المسئلة أخوات كلها تبنتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه: منها عتق المشتري على المشتري إذا كان قريبًا له في مدة الخيار، ومنها: عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملكت عبدًا فهي حرّ، بخلاف ما إذا قال: إن اشتريت فهو حرّ لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار. ومنها أن

جارية على أنه بالخيار فحاضت في مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزىء بتلك الحيضة لأنها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء. وعندهما يجتزىء بها لوجودها بعد الملك، وينبغي أن يقيد بكون ذلك بعد القبض لأن السبب لجوب الاستبراء الملك والمملك المؤكد يكون بالقبض، ولو اختار الفسخ فردّها إلى البائع لا يحتاج البائع إلى استبرائها عند أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده. وعندهما إن كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانًا، وإن كان في القياس يجب وإن كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبرؤها قياسًا واستحسانًا لاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل، وأجمعوا أن العقد لو كان باتًا ثم فسخ بإقالة أو غيرها إن كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء، وفي الاستحسان غير واجب، وإن كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسًا واستحسانًا، ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لأنها لم تخرج عن ملكه، وإن أجازها فعلى المشتري استبرائها بحيضة بعد الإجازة بالإجماع. ومنها إذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على أنه بالخيار في المدة لا تصير أم ولد له وتصير أم ولد له عندهما، وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن تكون الولادة قبل القبض، ولا بد منه لما ذكر في المبسوط: لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لأنها تعيبت بالولادة وتصير أم ولد بالإجماع. وصوّر الطحاوي هذه الخلافية فيما إذا ولدت قبل الشراء قال: اشترى جارية وقد ولدت منه ولدًا بشرط الخيار، فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولد له وخياره على حاله إلا إذا اختارها صارت أم ولد له، وعندهما تصير أم ولد له بالشراء، ويطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره، وتقيد بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء **(ومنها إذا قبض المشتري)** بشرط الخيار له **(المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع)** عنده **(لارتفاع القبض بالرد)** لأنه لما لم يملكه ارتفع القبض بالإيداع لأن البائع لا يصلح أن يكون مودعًا لملك نفسه فلا يكون الإيداع صحيحًا، وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع **(وعندهما)** يهلك **(من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام ملكه)** وقد يقال

مدة الخيار إذا كان قريبًا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافًا لهما. ومنها ما إذا قال إن ملكت عبدًا فهو حرّ فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافًا لهما. بخلاف ما إذا قال إن اشتريت، لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لأن المعلق بالشرط كالمرسل عنده، ولو أنشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا، فإن قيل: لو كان كالمنشئ وجب أن ينوب عن الكفارة إذا اشترى المحلوف عليه بعته نأوى عن الكفارة. أجب بأنه جعل كالمنشئ تصحيحًا لقوله فهو حرّ فلا يتعدى إلى الوقوع عن الكفارة بعد استحقيقه الحرية وقت اليمين لأنه كالمدير في الاستحقاق، وفيه يعمل الإنشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا. ومنها أن المشترة إذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة أو بعضها فاختارها لا يجتزىء بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافًا لهما، ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده. وعندهما إذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانًا. والقياس أن يجب لتجدد الملك، وإن كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسًا واستحسانًا. وأجمعوا في البيع البات يفسخ بإقالة أو غيرها أن الاستبراء واجب على البائع إذا كان الفسخ قبل القبض قياسًا وبعدة قياسًا واستحسانًا. ومنها إذا ولدت المشترة في

حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده، وعندهما يجتزأ؛ ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده، وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض. ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافاً لهما، ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهل في يده في

عدم صحة الإيداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعاً لملك نفسه صحيح، لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعاً لملك نفسه فتصح ودیعة المشتري لتحقيق إيداع غير المالك كالمضارب وغيره، وقد يراد ملكه بحسب المال إلا أنه ليس بلازم لجواز أن لا يؤول إلى ملكه بأن يختار المشتري البيع. أما لو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشتري ثم إن المشتري أودعه في مدة الخيار البائع فهل في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعاً، ولو كان البيع باتاً فقبضه المشتري بإذن البائع أو بغير إذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهل في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقاً لأن هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الإيداع منه (ومنها لو كان المشتري) بالخيار (عبداً مأذوناً فأبراه البائع من الثمن في المدة) يصح إبراءه استحساناً لا قياساً لأن البائع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح إبراءه مما لا يملكه. وفي الاستحسان: يصح لوجوب سبب ملكه للثمن وهو البيع. وإذا صح إبراءه إلا لاتفاق (بقي على خياره) في السلعة ن شاء أجاز البيع فإخذها بلا ثمن، وإن شاء رده فيرد السلعة للبائع عند أي حنيئة لأنه لم يملك المبيع فكان رده امتناعاً عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون يليه) أي يملك ذلك كما له أن يمتنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما برىء من الثمن والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعاً مملكاً بغير عوض والعبد المأذون ليس من أهل التبرعات، فإذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء. واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الإبراء منه. والجواب أن الإبراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره، ألا يرى أن المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وإنما اشتغلت ذمته لصحة السبب لأن شرط الخيار ليس داخلاً على السبب بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثمن، ولا يظن أنه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصلاً على ما عرف (ومنها إذا اشترى

المدة بالنكاح لا تصير أم ولد عنده. قال صاحب النهاية: لا بد من أحد تأويلين: إما أن يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري بشرط الخيار، أو يكون اشترى الأمة التي كانت منكوحته وولدت منه ولداً قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير أم ولد له في مدة الخيار عنده خلافاً لهما، وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفاً لقوله لا تصير أم ولد له لا ظرف الولادة. وتقرير كلامه: إذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير أم ولد له في مدة الخيار، وفيه تعقيد لفظي كما ترى. قال صاحب النهاية: وإنما احتجنا إلى أحد التأويلين. لأننا لو أجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا إنه إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لأن الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعييت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار. ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهل في يد البائع في مدة الخيار أو بعدها هلك على البائع لأن القبض قد ارتفع بالرد إذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع، وإذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وأنه من مال البائع، وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده. ومنها ما لو كان المشتري عبداً مأذوناً لو فأبراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره لأنه لما لم يملكه كان الرد امتناعاً منه عن التملك وللمأذون له ولاية ذلك، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تملكياً بغير عوض والمأذون ليس من أهله. فإن قلت: إذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه إبراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه؟ أجيب بأن القياس ينفي صحة هذا الإبراء، وجوازه استحساناً لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد. ومنها إذا

قوله: (لأننا لو أجرينا على ظاهر اللفظ) أقول: يعني الإطلاق.

المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده، وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك. ومنها لو كان المشتري عبداً مأذوناً له فأبرأه البائع من الثمن في المدة بقي على خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكاً بغير عوض وهو ليس من أهله. ومنها إذا اشترى ذمي من ذمي خمرأً على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك

ذمي من ذمي خمرأً على أن المشتري بالخيار ثم أسلم المشتري في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم، وعنده بطل البيع لأنه لم يملكها ولا يمكنه تملكها بإسقاط الخيار) بعد الإسلام فتعين بطلان البيع أما لو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالإجماع، هذا آخر ما فرعه المصنف، ومن الفروع أيضاً على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عصبيراً بالخيار فتحمر في المدة فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه بإسقاط خياره وتم عندهما لعجزه عن رده بنفسه، ومنها ما إذا اشترى داراً على أنه بالخيار وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام سكانها قال الإمام السرخسي: لا يكون اختيار. وإنما الاختيار ابتداء السكنى، وقال خواهر زاده: استدامة السكنى اختيار عندهما لأنه يملك العين وعنده ليس باختيار لأنه بالإجارة أو الإعارة لم يملك شيئاً ومنها حلال اشترى ظبياً بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد إلى البائع. وقالوا: يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع ولو كان للمشتري فأحرم البائع للمشتري أن يرده، ومنها أن الخيار إذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لأنها لم تحدث على ملك المشتري. وعندهما للمشتري لأنها حدثت على ملكه قوله: (ومن شرط له الخيار) سواء كان بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً (له أن يجيز) في مدة الخيار بإجماع الفقهاء (وله أن يفسخ، فإن أجاز بغير حضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جواز) فإذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع بأحد معان ثلاث: بمضي مدة الخيار وبموته وبإعائه وجنونه في المدة، فإن أفاق فيها قال الإسيجاني: الأصح أنه على خيار، ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج، ولو ارتد فعلى خياره إجماعاً، فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، والمعنى الثالث أن يجيز البيع كان يقول: أجزت البيع ورضيته وأسقطت خياري ونحو ذلك، وإذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الأمور الثلاثة للبائع، وبالفعل بأن يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بأن يعتق أو يكاتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه ويسلمه أو يرهنه أو يؤجره وإن لم يسلمه على الأصح، وكذا إذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها، ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلاً لا يحتاج إليه للامتحان، ولا يحل في غير الملك بحال، فإن كان

اشترى ذمي من ذمي خمرأً بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما، وعنده بطل الخيار والبيع. ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح؛ وإذا كان الخيار للبائع وأسلم يبطل البيع بالإجماع؛ وإذا كان الخيار للمشتري وأسلم البائع لا يبطل البيع بالإجماع لأن العقد من جانبه بات، فإن اختاره المشتري صار له، وإن رد صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكماً. قال: (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة) هذا المعموم يتناول البائع والمشتري والأجنبي، لأن شرط الخيار يصح منهم جميعاً، فإذا كان الخيار للبائع فالإجازة تحصل بثلاثة أشياء: بأن يقول أجزت وبموته في مدة الخيار لأنه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذاً، وبأن تمضي مدة الخيار من غير فسخ وإذا كان للمشتري فبذلك، وبأن يصير المبيع في يد المشتري إلى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم. وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكماً. والثاني هو ما يكون بالفعل كأن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك، كما إذا أعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عيناً فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما إذا كان الخيار للمشتري فإن العقد يفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لأنه فسخ حكمي، والشئ قد يثبت حكماً وإن كان يبطل قصداً.

قال المصنف: (لأن الرد امتناع عن التملك) أقول: الظاهر أنه يقال عن التملك.

ردها وهو مسلم. وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يملكها بإسقاط الخيار بعده وهو مسلم. قال: (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يجيز، فإن أجازته بغير حضرة صاحبها جاز، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون

يحتاج إليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره، فالوطة إجازة، وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة، والنظر إلى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لأن ذلك يحل في غيره الملك في الجملة، فإن الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشر. نعم التقبيل لا إلا أن النظر إليه من حيث هو مس، ولو أنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لأنه ينكر سقوط خياره، وكذلك إذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول أبي حنيفة، وقال محمد: لا يكون فعلها البتة إجازة للبيع لأن شرط الخيار ليختار هو لا ليختار عليه، ولأبي حنيفة أو حرمة المصاهرة تثبت بهذه الأشياء فكانت ملحقة بالوطة فصارت هذه الأشياء من حيث هي ملحقة بالوطة في إيجاب الحرمة كالمضاف إلى الرجل. وأما المباشرة مكرهاً كان أو مطاوعاً اختيار، أما عند أبي حنيفة فظاهر، وأما عند محمد فلأن الوطة تنقيص، حتى لو وجدت من غير المشتري يمتنع الرد، فأما المباشرة إذا ابتدأتها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار، وإنما يلزم سقوط الخيار في غير المباشرة إذا أقر بشهوتها لأن فعلها يلزم إسقاط خياره فيتوقف على إقراره بما يسقط خياره، ولو دعا الجارية إلى فراشه لا يسقط خياره، والاستخدام ليس بإجازة لأنه يمتحن به، والاستخدام ثانياً إجازة إلا إذا كان في نوع آخر. وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال: الاستخدام مراراً لا يكون إجازة. وقال في موضع آخر: قال المرة الثانية تبطل الخيار، وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار. وفي فتاوى قاضيهان: إذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتتين، وركوبها ليسقطها أو يردها ويعلفها إجازة. وقيل إن لم يمكنه بدون الركوب لا يكون إجازة. وأطلق في فتاوى قاضيهان أنه لا يبطل خياره فقال: وركوبها ليسقطها أو يردها على البائع لا يبطل خياره استحساناً فجعله الاستحسان. ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرفها لا يبطل. ولو نسخ من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يسقط. ولو درس فيه يسقط، وقيل على العكس، وبه أخذ أبو الليث، وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها، بخلاف خيار الرؤية والعيب. ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يلزمه العقد بفعل البائع لأن البائع لا يقدر على إلزام البيع، ومتى قلنا إنه يلزم بجنائنه أثبتنا له قدرة إلزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشتري، بخلاف ما إذا كان من أجنبي فإن لزومه لا من قبله. ولهما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعدت على البائع حصته من الثمن، فمتى رد الباقي كان تفريقاً للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد، وهو لا يجوز كفعل الأجنبي، وإذا عرف هذا عرف أن المشتري يرجع على البائع بالأرض، ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره، لأن ما انتقص بغير مضمون على البائع، وكذا لو سقطت أطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يتخير المشتري، ولو حدث بفعل البائع انتقص البيع لأن ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن، فلو نفينا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري. ولو بزغ الدابة

وأما الأول فهو ما يكون بالقول، وهو أن يقول البائع أو المشتري فسخت، فإن كان ذلك بحضرة الآخر: أي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق، وإن كان بغير علمه فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يجوز وهو قول الشافعي رحمهما الله، لأبي يوسف أن من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه، وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالإجازة، وهو قياس منه لأحد شطري العقد على الآخر، ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا، وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فإن له أن يتصرف فيما وكل به وإن كان الموكل غائباً لأنه مسلط من جهته (ولهما أن الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع و) هو (لا يعرى عن المضرة) أما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضرراً. وأما إذا كان للمشتري فالبايع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلمته مشترياً، وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى،

الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يجوز) وهو قول الشافعي والشرط هو العلم، وإنما كنى بالحضرة عنه. له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع. ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع، ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد

فهو رضا، ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه، وقال أبو يوسف: لا يكون رضا حتى يشربه أو يستهلكه. ولو سقى حرثاً في الأرض فيما إذا اشترى الأرض أو حصد الزرع أو فصل منه شيئاً فيما إذا اشترى الزرع فهو رضا.. ولو سقى دوابه من النهر أو شرب هو فليس برضا. ولو طحن في الرحى فهو رضا، وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحي الماء وليست في ديارنا. ولو كان المبيع داراً فيها ساكن فطلب المشتري الأجرة من الساكن فهو إجازة. ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والدهن وألبسها فليس برضا قوله: (وإن فسخ) أي من له الخيار في المدة (بغير حضرة الآخر) أي بغير علمه (لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وإنما كنى بالحضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ إلا بعد المدة ثم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ وقال أبو يوسف: (يجوز وهو قول الشافعي) وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بأن يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع، وهذا الفسخ بالقول هو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر. وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقاً، وكان مقتضى النظر أن من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختياري لأنه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به بالانفساخ، بخلاف الموت وفعل الأمة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك، فإن كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف المالك كالعتق والبيع والوطء، وجميع ما قدما أنه إجازة إذا صدر من المشتري من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع (له) أي لأبي يوسف (أنه) أي الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعني الذي لا خيار له (فلا يتوقف) فسخته (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما أنه تصرف في حق الغير) وهو الذي لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لأنه) أي الغير الذي لا خيار له (عساه يعتمد على تمام البيع السابق) إذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشتري (فيه) فيما إذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسخ (فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك) وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطلب لسلمته مشترياً) اعتماداً على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتماداً على تمامه (فيما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر) يجيء من قبل الأفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصداً حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كي لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله إذا كان وكيلًا بالشراء، وببطلان قوله وتصرفه إذا كان وكيلًا بالبيع، وربما يعتمد المشتري منه النفاذ فيتشعب الفساد. والحاصل قياساً تعارضاً قياس أبي يوسف على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل، ثم في قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع، فإن هذا لا أثر له في نفي الصحة بلا علم، إنما أثره في نفي الصحة بلا

والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل. والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الإلزام، ولا نسلم أنه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لأن التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتملك من غير المالك، وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضا، وكونه لا بد منه في البياعات لأنه لا إلزام فيها. وعورض بأن ما ذكرتم من إلزام الضرر وإن دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو أنه لو لم يتفرّد بالفسخ لربما احتفى من ليس له الخيار إلى مضي المدة فيلزم البيع، وفيه من الضرر ما لا يخفى. وأجيب بأنه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيثاق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة، واعلم أن مدار دليلهما إلزام ضرر زائد غير مرضي به، فإذا فات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضاً، فلا يرد ما قيل الطلاق والعقار

قوله: (وهو قياس منه لأحد شطري العقد) أقول: فيه تسامح لظهور أن الفسخ ليس أحد شطري العقد.

تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب لسلمته مشترياً فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل، بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه،

إذن، فإن كونه حق الغير يمنع التصرف بلا إذن، فهو بالنسبة إلى العلم طرد، والإذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له. فإن قيل: لا نسلم أن شرط الخيار تضمن الإذن له بالفسخ مطلقاً إنما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر، أما إذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا. قلنا فاستقام حينئذ أن المؤثر ليس كون فسخ مظنة ذلك الضرر، وصح قولنا إن ما سواه لا أثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه، وحينئذ فيقتصر النظر على إثبات الضرر. ولا يخفى أن الضرر الذي ذكر أنه يلحق المشتري إذا كان الخيار للبائع في حيز التعارض لأن ضرر لزوم القيمة إنما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثر، بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما في محل التعارض، بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصاً ببياعات الأسواق فبطل ذلك الشق، وأما ضرر البائع باعتياده فلا يطلب لسلمته مشترياً، وإنما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أو لا، ومثل هذا كثير في الفقه أعني إلزام ما هو ضرر لتقصير من لزمه في احتياطه لنفسه مع الممكنة، بخلاف الوكيل فإن ضرره لازم بالإلزام ثمن ما يشتريه عليه إن كان وكيلاً للشراء، لأن الشراء إذا وجد نفاذاً لا يتوقف فيتضرر بالإلزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به، وقد لا يكون مالكاً لمقداره وبإهدار أقواله: أعني عقوده إذا كان وكيلاً بالبيع. وهذا أضّر على النفس من اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره، فالوجه لأبي يوسف والشافعي أقوى والله أعلم. وقوله حينئذ (ولا نقول إنه مسلط) من جهته (وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه) مشاحة لفظية، فإن المراد من سلطة أذن له التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة، فإذا منع تضمن شرط الخيار الإذن بلا علمه للضرر، فكان الإذن مقيداً بعدم محل الضرر وهو حال العلم. فجوابه ما ذكرنا من انتفائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصير من يلزمه، وبهذا أجابوا عن المعارضة القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفتح يتضرر هو أيضاً لأنه يمكن أن يختفي صاحبه في المدة حتى تنقضي، فقالوا هذا الضرر إنما لزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل. وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن إحضاره لا بالاختفاء ففي سعة فضل الله التجاوز عنه. وقيل: الظاهر أنه لا يختفي لأنه أمين حيث أثبت الخيار لصاحبه. واعلم أن الإلزام بهذا الفرع على إحدى الروايتين. في فتاوى قاضيهان: جاء إلى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي خصماً ليرده عليه، قال بعضهم: ينصب نظراً للمشتري، وقال محمد بن سلمة: لا يجيبه لأن

والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل إلزام، وهو مسوغ لأن ذلك من الإسقاطات، وما هو كذلك ليس فيه شيء من الإلزام كإسقاط الحمل عن الدابة، ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وإن لم تعلم لأنه ليس فيها إلزام لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة إلزام أمر جديد، سلمناه لكن ليس فيه إلزام ضرر لأن النكاح من عوالي النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضرراً ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها، وفيه إلزام حكم الاختيار وإن لم يعلم به لعدم الإلزام بل ذلك بالتزامه أو لأنه لا ضرر فيه، فإن الإيجاب فيه حصل منه، ولو رأى ضرراً ما أقدم عليه أو لأنه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الأمة المعتقة الفرقه يلزم الزوج بدون علمه وفيه إلزام لأنه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضي به بالإقدام على سببه، ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدین بلا علم، وفيه إلزام عليهما لأنه امتناع عن العقد لا إلزام منه، ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وإن لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة أو لكونه بإيجاب الشرع نصاً دون الطلاق، بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الإجازة، وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزمه إلا بعلمه قوله: (ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه) يشير

قوله: (لأن ذلك، إلى قوله: من الإلزام الخ) أقول: العتق إثبات القوة الحكيمة على ما بين لأنه إسقاط، والأظهر أن يقال ليس فيه

ضرر.

ولا نقول إنه مسلط، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط، ولو كان

المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيلاً مع احتمال غيبته فلا ينظر له، فإن لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الإعذار عن محمد روايتان: في رواية يجيبه فيبيح منادياً ينادي على باب البائع أن القاضي يقول: إن خصمك فلاناً يريد أن يرد المبيع عليك، فإن حضرت وإلا نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا إعذار. وفي رواية: لا يجيبه إلى الإعذار أيضاً، وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري؟ قال: ينبغي للمشتري أن يستوثق فيأخذ منه وكيلاً ثقة إذا خاف الغيبة حتى إذا غاب يرده على الوكيل: وطريق نقض القاضي على إحدى الروايتين أنه إذا قال الخصم إني أعذرت إليه وأشهدت فتواري فيقول القاضي اشهدوا أنه زعم أنه أعذر إلى صاحبه في المدة كل يوم واختفى، فإن كان الأمر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار، فإن ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار والإعذار، وهذا لأنه لا يمكن من إقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لأنه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه، وإذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضاً مسلماً لأنها على وفق ما ترجح من قول أبي يوسف، لكننا نوردها بناء على تسليم تمام الدليل: فمنها أن المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك. وأجيب بأن لزوم حكم الطلاق على الزوج بإيجابه نفسه وهو تخييره وهو بعد الرضا والعلم، وهو مدفوع بأن إثبات خيار الفسخ بمنزلة إثبات خيار الطلاق، فإن كان الطلاق بإيجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بإيجابه فيجوز حال غيبته. ومنها الرجعة يفرد بها الزوج ويلزم حكمها المرأة، حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ إذا أثبت الرجعة قبلها: أجيب بأن الزوج لا يلزمها حكماً جديداً لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وإنما ثبتت البينة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف شرط تصرفها هل هو موجوداً أو لا. ومنها الطلاق والعناق والعفو عن القصاص، فإن حكمها يلزم غيره بلا علمه. وأجيب بأنها إسقاطات لا يلزم بها شيء من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه. ومنها خيار المعتقة يصح اختيارها للفرقة بلا علم زوجها. أجيب لا رواية فيها. وعلى تقدير التسليم فالتخير أثبت له الشرع مطلقاً وله الولاية عليها، ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع، فإن كون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي أن الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه، فإن قلت: فما الضرر الذي يلزمه أولاً حتى يحتاج إلى جوابه؟ قلنا: امتناعه عن تزوج أمة بناء على قيام نكاح التي اعتقت. ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين: أجيب بأن عقدهما لا وجود له في حق المالك إذ لا ولاية لهما عليه، فإذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فانعدم أصلاً في حقه فإنه يقع الانقضاء حكماً. ومنها العدة فإنها تلزم على المرأة بتطبيق الزوج، وإن كان بغير علمها. أجيب بأن العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة، ألا ترى أنها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بإزالة ملك أقدرة الله تعالى عليه فإنما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن، وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه.

إلى أن الشرط هو العلم دون الحضور، وليس المراد بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد. قال: (وإذا مات من له الخيار بطل خياره) إذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع، بخلاف ما إذا مات من عليه الخيار فإنه باق بالإجماع. وقال الشافعي رحمه الله: إذا مات من له الخيار انتقل الخيار إلى وارثه لأنه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين

قوله: (لأن النكاح من عوالي النعم الخ) أقول: فيه بحث قوله: (أو لأنه غير زائد على موجب التخيير) أقول: وكذلك الفسخ في مسئلتنا فالأولى أن يقال أو لأنه مرضى به، ولولاه لما أقدم على الإيجاب قوله: (أهو مرضى به ولولاه لما أقدم على الإيجاب بالإقدام على سببه) أقول: سببه الاعتناق لا النكاح.

فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي

[فروع] اشتري غلاماً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا ردّ للآخر عنده. وقالوا له ردّ نصيبه. ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري أجزته ثم قال المشتري فسخته بحضوره انفسخ، فإن هلك في يد المشتري سقط الثمن، ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالإجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته، ولو تفاسخ العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى. وفي الفتاوى: باع أرضاً على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الأرض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه إلى البائع فإن أذن البائع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزرعها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري حبسها، لأنه لما زرعها بإذن البائع صار كأنه سلمها إلى البائع، ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلفي البائع فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فإن مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري، وإن صح فيها فلم يردده حتى مضت كان له أن يردده على البائع بذلك الرد الذي كان منه. ومن باع على أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي البيع جاز وطاب له إذ حاصله زيادة في الثمن، وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لأنه زيادة في المبيع أو حط من الثمن، ولو أمره ببيع عبده على أن يشترط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقاً لم يجز، ولو أمره مطلقاً فباعه يشترط الخيار للأمير أو للأجنبي صح، ولو وكله بالشراء توكيلاً صحيحاً فهو على ما ذكرنا من التفضيل إلا أن العقد متى لم ينفذ على الأمر ينفذ على الأمور بخلاف البيع، لأن الشراء إذا لم يجد نفاذاً نفذ على العاقد قوله: (وإذا مات من له الخيار بطل خياره) بائعاً كان أو مشترياً (ولم ينتقل إلى ورثته) وإذا بطل خياره يلزم البيع، فإن كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك ورثته، وإن كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة إن لم يكن قبضه. وقيد بمن له الخيار لأنه إذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره بالإجماع، فإن أمضى مضي وإن فسخ انفسخ وقال الشافعي: (يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (ولأنه) أي الخيار (حق) للإنسان (لازم) حتى إن صاحبه لا يملك إبطاله (فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين) فإنهما يورثان بالاتفاق (ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة فلا يتصور انتقاله) لأنه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك (والإرث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الأعيان، ولفظ مشيئة منصوب على أنه خبر ليس، وما في الشروح من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئاً إلا مشيئته مبني على قول ضعيف في العربية من أن يقدر المعمول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد إلا بدله، والمختار أن المفرغ له هو المعمول، ففي ما قام إلا زيد فاعل (بخلاف) ما قاسوا عليه من (خيار العيب) لأن الإرث فيه للعين

على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء. ولنا أن الخيار لا يقبل الانتقال لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة وهما عرضان، والعرض لا يقبل الانتقال، والإرث فيما يقبل الانتقال لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان إلى الوارث، وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولاً به. لا يقال: قال عليه الصلاة والسلام «من ترك مالا أو حقاً فلورثته» والخيار حق فيكون لورثته، لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر، والخيار ليس كذلك. قيل: المالكية صفة تنتقل من المورث إليه في الأعيان فهلا يكون الخيار كذلك. وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني. قيل: فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمناً. وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الأصل عدمه، وكم من مبيع لا خيار فيه، بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية مالك، وفيه نظر فإن الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه، والخيار يلزمه. والصواب أن يقال: الغرض الأصلي من نقل الأعيان ملكيتها، وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك، فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الأصلي انتقال ما ليس كذلك. فإن قيل: القصاص ينتقل من المورث إلى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك. أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لأنه شرع للثفتي، وهما في ذلك سيان، إلا أن

المدة قبل الفسخ. قال: (وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته) وقال الشافعي: يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين. ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله، والإرث فيما يقبل الانتقال، بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليماً فكذا الوارث، فأما نفس الخيار لا يورث، وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار. قال: (ومن

ومن جعلته الجزء المستحق، فإذا دخل في ملكه تمام الأجزاء وبعضها محتبس عند إنسان كان يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعاً إلا برّد الكل (وأما خيار التعيين) فجعله أصلاً آخر للشافعي لا يصح على أصله لأنه لا يجيز خيار التعيين فكأنه ذكره إلزاماً لنا. وجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل إلى الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما إذا ورث مالاً مشتركاً فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والإفراز وهو معنى الخيار، فجاء الخيار لازماً للعين الموروثة في الموضعين ضمناً لا قصداً على وجه الاستقلال، ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لأن البيع ليس ملزوماً للخيار لينتقل إلى الوارث بما فيه، على أنه لا يتصور فيما إذا كان الخيار للمشتري فإنه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث، ووجهه قوي على ما تقدم، ويقال: على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف إن أردت حقيقته فمسلّم، لكن مرادنا بالانتقال أن يثبت للوارث شرعاً ملك خلف ملك الميت أو استحقاقه لا عين ذلك الملك، والاستحقاق المقيد بالإضافة إلى الميت لأن ذلك غير ممكن. فالوجه في الاستدلال ليس إلا أن يقال: ثبوت ذلك شرعاً في أملاك الأعيان معلوم متفق عليه، وأما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق يتوقف على الدليل السمعي ولم يوجد، ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي، فإن قالوا: بل قد وجد وهو ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيلاً فألي^(١)» قلنا: الثابت قوله مالاً في الصحيح، وأما الزيادة الأخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل. وأما الجواب بأن الملك إنما ينتقل في ضمن انتقال العين فيعد أنه في غاية الضعف، إذ لا معنى لكون الإرث انتقالاً لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل، فإن حقيقة انتقالها إنما هو المكان فآل إلى أن المراد انتقال ملكها ليس غير، ثم بينا أن المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح، هذا ويلزمه على تقدير ثبوته أن يورث خيار الملجس عندهم والمنقول عنهم عدمه. ثم نقول: مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال الخيار إلى الورثة على قول أبي

المورث متقدم فإذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث: أعني التثني، والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط. لا يقال: البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفهم ما ذكرتم لأن كلامنا من يقول بالنقل، وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم. قلنا: البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد أو في حق الوارث، والأول مسلم ولا كلام فيه، والثاني عين النزاع قوله: (بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه. وتقريبه لا نسلم أنه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليماً، فكذا الوارث فكان ذلك نقلاً في الأعيان دون الخيار، وذلك لأن سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لأن ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد، فإذا طالب البائع بالتسليم وعجز عن التسليم فسخ العقد لأجله، وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لأنه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء. بخلاف خيار الشرط فإن السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث، وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت، لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين، وكمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين،

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٧١ ومسلم ١٦١٩ من وجوه وأبو داود ٣٩٥٥ والترمذي ١٠٧٠ والنسائي ٦٦/٤ وابن ماجه ٢٤١٥ وأحمد ٢٨٧/٢ وابن حبان ٣٠٦٣ كلهم من حديث أبي هريرة.

وورد من حديث جابر أيضاً أخرجه مسلم ٨٦٧ من وجوه والنسائي ١٨٨/٣ وأبو داود ٣٣٤٣ وابن ماجه ٤٥ روه بنحوه سياق المصنف وأتم، وليس فيه لفظ: «حقاً».

اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض) وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر، لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه، فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري. ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار

حنيفة، أما على قولهما فينبغي أن يورث فإنهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل إلى الورثة عين مملوكة له فيها خيار أن يفسخ كما في خيار العيب بعينه، وفي خيار البائع ينتقل الثمن مملوكاً لهم قوله: (ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقداً وإلا فغيره يصدق على البائع (فأيهما أجاز) من الشارط العاقد أو المشروط له الذي هو غيره (جاز، وأيهما نقض) البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أيهما أجاز خبره، وإذا تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتيني فله درهم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقد (أن جوازه استحسان. وفي القياس: لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي، ويقولنا قال مالك وأحمد وهو الأصح من مذهب الشافعي، إلا أن في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين: في وجه يثبت لهما، وفي وجه يثبت للغير وحده. وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان، في وجه يفسخ البيع، وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط. وجه (قول زفر أن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري) واشتراط ملك المبيع لغير المشتري، واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقدين، ولأن هذا تعليق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك، وقياساً على خيار الرؤية والعيب. وجه الإستحسان أن الحاجة قد تمس إلى اشتراطه للغير لأن شرعيته لاستخلاص الرأي، وقد يكون الإنسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره ممن يعلم حمزه وجودة رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه، وأجنبيته عن العقد إنما تمنع إن سلمنا صحة مانعته لو أجزأه أصلاً مستقلاً، لكننا لم نعتبره إلا تبعاً لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحاً لتصرفه فيثبت لهما. واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الأصل بطريق الاقتضاء والثابت به إنما هو يكون تبعاً. قلنا: الملازمة ممنوعة لأن المراد التبعية، والأصالة بالنسبة إلى ما هو المقصود أولاً وبالذات لا بالنسبة إلى الوجود، فالمقصود بالذات في قوله أعتق عبدك عني بألف إنما هو العتق، فكان التملك مقصوداً لغيره

وهذا الخيار غير ذلك الخيار، ألا ترى أن المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره مؤقتاً، والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بمؤقت. قال: (ومن اشترى وشرط الخيار لغيره) تقرير كلامه: ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز: يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف، واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر، لأن الخيار إذا شرط في العقد صار حقاً من حقوقه واجباً من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعاً، وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الملك لغيره، لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لأن الحاجة قد تدعو إلى اشتراط الخيار للأجنبي لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاختياج إلى نفس الخيار. وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء، إذ لا وجه لإثباته للغير أصالة فيجعل كأنه شرعه لنفسه وجعل الأجنبي نائباً عنه في التصرف تصحيحاً له بقدر الإمكان. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضي، ألا ترى أن من قال لعبد له حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريراً اقتضاء لأن التحرير أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه، ولا خفاء أن العاقد أعلى

قوله: (حذفه لدلالة قوله الخ) أقول: ويجوز أن يكون قوله فأيهما أجاز جاز خبراً بالتأويل المشهور في وقوع الإنشاء خبراً وهو تقرير القول قال المصنف: (لأن الخيار من مواجب العقد) أقول: فيه بحث قوله: (واجباً من واجباته) أقول: فيه بحث، والظاهر أن يحمل الكلام على التشبيه والمبالغة فيه: أي كبعض مواجب العقد. قوله: (تصحيحاً له بقدر الإمكان) أقول: وهذا وجه ثبوت اقتضاء.

له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه، وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره، ولو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى. وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه. وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة، ولما

تبعاً لقصدده ليصح العتق عنه، وإن كان أصلاً بالنسبة إلى الوجود فكذا هنا المقصود أو لا وبالذات ليس إلا الاشتراط للأجنبي لأنه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بالفرض، فكان ثبوته للعاقد تبعاً للمقصود ليصح المقصود به، فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعاً على ما هو الأصل في الاقتضاء. هذا هو التحقيق إن شاء الله تعالى، ولا حاجة في جوابه إلى تكلف زائد. فإن قيل: فلم لم يجر اشتراط الثمن على الأجنبي وتثبت كفالاته اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء؟ أجيب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل، فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لا اشتراطه على الأجنبي أبطلت المقتضي وهو اشتراطه فإنه إنما يعني به ثبوته على المشتري عليه على ما هو ثابت على العاقد. نعم لو كفله كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي صيرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض) البيع (انتقض، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره، ولو خرج الكلامان معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية) كتاب البيوع نقض أو أجاز (والتصرف) الذي هو (الفسخ في أخرى) هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الأجنبي (وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه) والتصرف الصادر عن أصالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابه، واستشكل بما إذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته فطلقها معاً فالواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عيناً، ولو كان المرجح الأصيل تعين طلاقه. أجيب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالوكيل في النكاح فكانت عبارته فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجيح بكونه أصيلاً أو وكيلاً لأن الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف، و (الفسخ أقوى) لأنه يلحق المجاز فيطله والإجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه. قال شمس الأئمة

مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء، والثاني أن اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجواز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغير كفالة عنه كذلك. وأجيب عن الأول بأن الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الأصل نظراً إلى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الأصل بتبعية فرعه. وأما التحرير فإنه الأصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه. وعن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة، والمذكور هاهنا هو الثمن على الأجنبي وثبوت المقتضي لتصحيح المقتضي، ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض. فإن قيل: فليكن بطريق الحوالة فإن فيها المطالبة بالدين. فالجواب أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعاً لفرعه وهو المحال عليه (وإذا ثبت الخيار لكل واحد منهما فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض) ولو اختلفت فعلهما في الإجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه (ولو خرج الكلامان معاً اختلفت الرواية) ففي رواية البيوع المبسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسحاً كان أو إجازة (و) في رواية ما دون المبسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان العاقد أو من غيره (وجه القول (الأول أو تصرف العاقد أقوى) والأقوى: يقدم على غيره، وقفه ذلك أن تصرف النائب إنما يحتاج إليه عند انتفاء تصرف المنوب، وأما عند وجوده فلا احتياج إليه. واستشكل بما إذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معاً فإن الواقع طلاق أحدهما لا بعينه، وأجيب بأن الترجيح يحتاج إليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والإجازة، وأما إذا اتحدا فالمطلوب حاصل

قوله: (والثاني أن اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجواز اشتراط الخ) أقول: في ظاهر عبارته تناقض، بيانه أنه جعل الخيار ثابتاً للعاقدين اقتضاء، ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء. ودفع التناقض أن النيابة تثبت اقتضاء وإن كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير، وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لأنه لم يثبت صريحاً فتمثل ذلك قوله: (فالجواب أن المشتري أصل الخ) أقول: فيه

ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف. وقيل الأول قول محمد والثاني قول أبي يوسف، واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معاً؛ فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل، وأبو يوسف يعتبرهما. قال: (ومن باع عبيدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد، وإن باع كل واحد منهما بخمسائة على أنه بالخيار في أحدهما يعينه جاز البيع) والمسئلة على أربعة أوجه: أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن

الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الأول قول محمد والثاني قول أبي يوسف، واستخرج) هذا الترجيح من مسئلة اختلافها فيها هي ما إذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر، فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجيحاً لتصرفه للأصالة (وأبو يوسف يعتبرهما) على السواء فيجعل العبد مشتركاً بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة. وقيل عند محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف: أي فيما إذا شرط الخيار لغيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه قوله: (ومن باع عبيدين بألف على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد إلخ، والمسئلة على أربعة أوجه) في ثلاثة البيع فاسد، وفي واحدة صحيح (أحدهما أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار) وهي المذكورة في الجامع الصغير، ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله: (وهو الوجه الأول) المذكور (في الكتاب) والأظهر أنه يريد به البداية لأن الهداية شرحها (وفسادها لجهالة المبيع والثمن) جميعاً، وذلك أن الذي فيه الخيار لا ينقصد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع، والبيع إنما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار، ثم ثمن المبيع مجهول لأن الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء. وثانيها وهو الوجه الجائز أن يعين كلاً بأن يقول بعثك كل واحد من هذين بخمسائة على أني بالخيار في هذا لانتفاء المفسد من جهالة أحد الأمرين. فإن قيل: إن انتفى مفسد الجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار، وهو غير داخل في الحكم شرطاً لانعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع

بدونه فلا حاجة إليه. و (وجه) القول (الثاني أن الفسخ أولى لأن المعجاز يلحقه الفسخ) كما لو أجاز والمبيع هلك عند البائع (والمفسوخ لا تلحقه الإجازة) فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الإجازة، ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك. ونوقض بما إذا لاقى من له الخيار غيره فتناقضا المبيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الإقالة فإن على المشتري الثمن إن كان الخيار له والقيمة إن كان للبائع فكان ذلك فسخاً للفسخ وهو إجازة للمفسوخ. وأجيب بأن الكلام في أن الإجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لا إجازة وقوله: (وقيل الأول قول محمد، والثاني أبي يوسف) في المبسوط. قيل والثاني أصح، ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف إشارة إلى ذلك: يعني لما كان كل منهما أصلاً في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والأجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الأمر من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف. لا يقال: الفسخ والإجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لأن جهة تملك العقد عارضته في ذلك قوله: (واستخرج ذلك) يعني أن المنسوب إليهما ليس بمنقول عنهما (و) إنما (استخرج) بما إذا باع الوكيل من أحد والموكل من غيره معاً، فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل، وأبو يوسف يعتبر تصرفهما) ويجعل العبد مشتركاً بينهما بالنصف ويخير كل واحد من الشريكين، إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء نقض البيع، ووجه الاستخراج أن تصرف الفاسخ أقوى عند أبي يوسف من هذه المسئلة أنه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد، فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر أثر ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف، فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما

بحث، لأنه لم لا يجوز أن يقال هنا أيضاً الاعتبار للمقاصد والغير هو مقصود البائع بمطالته الثمن، وجوابه أن الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع. قوله: (لأن عدم رجحان تصرف المالك) أقول: حاصله أنه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتب قوله رجحناه، وكلمة لما تدل على الترتيب قوله: (لأن فيها تفصيل الثمن إلخ) أقول: والسبب فرع تصور الإيجاب قوله: (فكان

العقد، إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فيبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم. والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانياً في الكتاب، وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم، وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مكسد للعقد لكونه محلاً للمبيع كما إذا جمع بين قنّ ومدبر. والثالث أن يفصل ولا يعين. والرابع أن يعين ولا يفصل، فالعقد فاسد في الوجهين: إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن. قال: (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار

بين حرّ وعبد، وحيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف بعد الإشارة إلى السؤال بقوله: (وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أي من فيه الخيار (محلاً للمبيع) فهو (كما لو جمع بين قنّ ومدبر) وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القنّ بحصته وإن كان قبول العقد في المدبر شرطاً فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لمحليته له في الجملة ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطاً صحيحاً، بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحرّ والعبد. لأن الحر ليس بمال أصلاً فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد، وفي الجمع بين القنّ والمدبر في البيع خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد. وثالثها يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو يقول بعتك هذين بألف على أني بالخيار في هذا، والفساد فيه لجهالة الثمن لأن المبيع وإن كان معلوماً بتعين من فيه الخيار إلا أن ثمنه مجهول لما قلنا إن الثمن لا يتقسم عليهما بالسوية. فإن قلت: ما الفرق بين الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما إذا جمع بين عبيدين في البيع بثمن واحد فإذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو جاريين فإذا أحدهما أم ولد حيث يصح البيع في القنّ بحصته من جملة الثمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصّة؟ أجب بأن من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق وقال: قياس ما ذكر هنا أن لا يجوز العقد في تلك المسائل في القنّ ويصير ما ذكر هنا رواية في تلك المسائل. ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا بالعقد لفظاً ومعنى، فأثر الفساد لأن شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعذور فلم ينعقد فيه ابتداءً فينعقد في الآخر بالحصّة ابتداءً، بخلاف تلك المسائل فإن المانع مقترن فيها معنى لا لفظاً فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محلّتهم في الجملة، ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكماً شرعياً لم يتصل به حكم قاض يسقطه، وعلى ما ذكر هنا يتفرع ما في فتاوى قاضيخان: باع عبيدين على أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وإن تراضياً على إجازته لأن الإجازة حيثئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصّة، ولو قال البائع في هذه المسئلة نقضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغواً كأنه لم يتكلم وخياره فيهما باق، كما كان، كما لو باع عبداً واحداً أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه قوله: (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشتري أحد ثوبين أو ثلاثة

ذكرنا أنه وارد على الإجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لأنه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به، كذا في النهاية. وهو كلام لا وضوح فيه لأن عدم رجحان تصرف المالك لمالكيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه، نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الإجازة لا على وجه الاستخراج، ولعل الأوضح في وجه ذلك أن يقال: الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الأجنبي من العاقد هاهنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فيترجح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف، واعتبارهما يدل على أنه لا ينظر إلى أحوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف نفسه،

للدخل في العقد) أقول: أي فخلص الحكم. قوله: (وأنه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط) أقول: وجه التأمل أن شرط الخيار فيه نفع لمن

ثلاثة أيام فهو جائز، وكذا الثلاثة، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع، وهو قول زفر والشافعي. وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله، ولا

غير معين على أن يأخذ أيهما شاء، وهذا خيار التعيين: يعني أي الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعنيه بعد تعيينه للمبيع، أما إذا قال بعثك عبداً من هذين بمائة ولم يذكر قوله على أنك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز اتفاقاً كقوله بعثك عبداً من عبيدي وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع في الكل) في أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الأربعة (وهو) أي القياس (قول زفر والشافعي رحمهما الله. وجه الاستحسان أن شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة إلى رفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأن الإنسان) قد (يحتاج إلى رأي غيره) في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه أو لتحجيبها خصوصاً إذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها تلج الأسواق وتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع إليه العدد من ذلك النوع ليختار الأوفق (ولا يمكنه البائع من حمله إليه إلا مبيعاً فكان في معنى ما ورد به النص) فيجوز (غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقيق الجيد والردئ. والوسط فيها) فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة. وقول المصنف: (والجهالة لا تقضي إلى المنازعة) جواب عن تعليل زفر والشافعي بها، وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضراً أو غائباً ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق

والفسخ أقوى لما ذكرنا، قال: (ومن باع عبيدين بألف) هذه المسئلة على أربعة أوجه لأن فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار، فإما أن لا يحصل أو حصلاً جميعاً، أو حصل التفصيل دون التعيين، أو العكس من ذلك. فإن كان الأول بأن باع عبيدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة أحدهما مفسدة فجهالتهم الأولى، وذلك لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا يتعدى في حق الحكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله. وإن كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع لأن كل واحد من المبيع والثمن معلوم. فإن قيل: العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الحرّ في عقد القن إذا جمع بينهما في البيع. أجاب المصنف بأن ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلاً للبيع فكان داخلياً في العقد وإن لم يدخل في الحكم، فصار كما إذا جمع بين قن ومدبر في البيع، فإن المدبر محل للبيع أصلًا فلم يكن داخلياً في العقد ولا في الحكم. ولقائل أن يقول: في الجملة هو شرط لا وقن فإن الحرّ ليس بمحل للبيع أصلًا فلم يكن داخلياً في العقد ولا في الحكم. ولقائل أن يقول: في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسداً. والجواب أنه ليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسداً. وله لمظنة فضل تأمل منك فاحتط، وإن كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بألف كل واحد منهما بخمسائة على أني بالخيار في أحدهما فالبيع فاسد أيضاً لجهالة المبيع، وإن كان الرابع لجهالة الثمن. فإن قيل: لو كان عدم التفصيل مفسداً للعقد في الآخر لفسد في القن إذا جمع بينه وبين المدبر أو أم الولد ولم يفصل الثمن. أجيب بأن عدم التفصيل مفسداً إذا أدى إلى البيع بالحصّة ابتداء فيما إذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فإنه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم، فلو انعقد في حق الآخر انعقد بالحصّة ابتداء وهي مجهولة، وليس فيما إذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم، ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وأم الولد لا ابتداء بالحصّة. قال: (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء) ومن قال اشترت أحد هذين

له الخيار حيث يتروى في الجواب أن شرط الخيار لما كان مجزواً شرعاً على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد إلى الآخر فتأمل. قوله: (بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحساناً) أقول: فيه أنه ينبغي أن يزيد قوله ولي الخيار كما فعله المصنف، فإن المفهوم من كلامه توقيت خيار التعيين، إلا أنه غيره إلى هذا إشارة إلى وجوب توقيت خيار التعيين إذا انفرد عن خيار الشرط كما سيجيء

يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع، غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيها، والجهالة لا تقضي إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار، وكذا في الأربع، إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما. ثم قيل: يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير. وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير، فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفقاً لا شرطاً؛ وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما. ثم ذكر في بعض النسخ: اشترى ثوبين وفي

والأرفق، لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لاءمة منه فيرد جانب البائع إلى القياس، فلهذا نص في المجرد على أنه لا يجوز في جانب البائع. وذكر الكرخي أنه يجوز استحساناً لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياساً على الشرط، وأنت عرفت الفرق. ثم اختلف المشايخ في أنه هل من شرط جواز هذا البيع أعني البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة. قيل نعم كما (هو المذكور في الجامع الصغير) تصويراً على ما ذكرناه، ونسبه قاضيهان إلى أكثر المشايخ، وقال شمس الأئمة في جامعهم هو الصحيح (قيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير) وغيره، والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقاً لا قييداً، وصححه فخر الإسلام فقال: الصحيح عندنا أنه ليس بشرط، وهو قول ابن شجاع. وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس يأتي جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد، وإنما جاز استحساناً بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه، ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإنه يقتضي أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبرة، وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد إلا في بيع فيه خيار الشرط، لأن صحة البيع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط، ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه، وهو جواز أن يرده كلاً من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع، لأن حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار

الثوبين على أن لي أن آخذ أيهما شئت بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحساناً، وكذا الأثواب الثلاثة، وأما إذا كانت الأثواب أربعة فالبيع فاسد، والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فساداً في الأربعة لأن المبيع أجد الأثواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع لتفاوتها في نفسها، وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله. وجه الاستحسان أنه في معنى ما ورد به الشرع وهو خيار الشرط فجاز إلحاقاً به، وبيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق له والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة، لأنه ربما (يحتاج إلى اختيار من يثق به) لخبرته أو اختيار من يشتريه لأجله كإمرائه وبنته (والبائع لا يمكنه من الحمل إليه إلا بالبيع) فكان باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم أن (الجهالة تقضي إلى المنازعة) لأنه لما اشترط الخيار لنفسه إستبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تقضي إلى المنازعة، فأما عدم المنازعة فإنه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأثواب ثلاثة أو أكثر. وأما الحاجة فإنما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والرديء فيه، والزائد يقع مكرراً غير محتاج إليه فانتفى عنه جزء العلة، والحكم لا يثبت إلا بتمام علته. وأعلم أن محمداً رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام. وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك. وعلى ذلك اختلف المشايخ

قوله: (فهو مجهول جهالة مفضية الخ) أقول: لو كان منع الجهالة لإفضائها إلى المنازعة فقط لم يحتج جواز البيع في الأربعة إلى مرخص إذ ليس فيه هذه الجهالة، فالأولى أن لا يقيد الجهالة به كما فعله المصنف وغيره قوله: (أو اختيار من يشتريه لأجله كإمرائه وبنته، والبائع لا يمكنه من الحمل إليه) أقول: ضمير إليه راجع إلى من في قوله من يشتريه قوله: (وإن لم يذكر الزيادة) أقول: يعني قوله ولي الخيار إلى ثلاثة أيام قال المصنف: (وهو المذكور في الجامع الصغير) أقول: لم لا يجوز أن يكون المذكور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود لا خيار التعيين قوله: (وفيه نظر الخ) أقول: ولك أن تقول: مراد الأولين من اشتراط الخيار لنفسه وقتاً معلوماً اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة الزيلعي في شرح الكنز فلا يرد النظر إذ يعود الضمير على هذا إلى خيار التعيين. قوله:

بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة، والأول تجوز واستعارة. ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب، ولو هلكا جميعاً معاً يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوخ البيع والأمانة فيهما. ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً. ولو مات من

أنه عين المبيع الذي فيه الخيار لا أنه يسقط خياره، ولو رد أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار، ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين، ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرنا، ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لأنه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره، فما لم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته، وإن لم يتراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما في خيار الشرط لأنه أصله، وعندهما أي مدة تراضيا عليهما بعد كونها معلومة، وعلى هذا يجب أنه إذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت، وحينئذ فإطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاثة في قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر، وقد طوّل بالفرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاث في خيار النقد أخذاً بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليها، أجيب بأن في خيار النقد تعليقاً صريحاً بأداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وارداً فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه، وهذا يوجب أن أخذه في خيار النقد في الثلاثة بأثر لابن عمر فيه، ونفى الزائد بالقياس، وأثر ابن عمر نقه الفقيه أبو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصاء قال: بعث من عبد الله بن عمر جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا، فأجاز ابن عمر هذا البيع^(١). ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه، إلا أنه لا يطابق قول المصنف في مسألة خيار النقد فيما تقدم، فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا بالقياس قوله: (ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب فيعرف منه أن هذا إذا كان بعد أن قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعرّى عن مقدمة عيب. فلو هلك الآخر

فيه، فقال أكثرهم: لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتاً معلوماً ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة، وزيادة على ذلك في قولهما، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي. وقال بعضهم: يصح العقد وإن لم يذكر الزيادة، وذكرها فيما ذكر كان اتفاقاً لا قصداً وهو اختيار فخر الإسلام حجة الأولين أن جوازه بطريق الإلحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه، وفيه نظر لأن عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الإلحاق، كما أن القضاء والكفارة يحتاجان إلى الأكل والشرب عامداً في رمضان من جماع مع أن النص إنما ورد به. وحجة الآخرين أن خيار التعيين مما لا يتوقف فلا يتعلق جواز العقد بذلك الزيادة، ومعناه أن العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الأيام الثلاثة. وأما إذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه، وهذا لأن الحال لا يخلو إما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين أو لا، فإن لم يذكر

(وحجة الآخرين، إلى قوله: ومعناه أن العقد النسخ) أقول: كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط، كذا في الذخيرة، والمحيط البرهاني، وهذا هو الوجه. وأما ما ذكره الشارح فخلله بين، فإن التوقيت المذكور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت لهما، ولهذا اسند على وجوب التوقيت في خيار التعيين بعبارة محمد في الجامع الصغير على ما فصل في المحيط والذخيرة، فيجبر على التعيين بعد مضي الأيام الثلاثة، وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما إذا لم يذكر خيار الشرط معه وقت ومضت مدته بلا فرق فتأمل. ثم أقول: محصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط إذا كان مجامعاً له على ما كان قبله إذا لم يعين المشتري أحدهما، فظهر أنه ينفك عن خيار الشرط فليتأمل قال المصنف: (والأول تجوز واستعارة) أقول: ويجوز أن يكون على حذف المضاف والقرينة القريبة. قوله: (فكان)

(١) موقوف. رواه محمد بن الحسن في الجامع كذا نقله أبو الليث في شرحه للجامع.

له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط، ولهذا لا يتوقف في حق الوارث. وأما خيار

بعده هلك بغير شيء لأنه تعين أنه أمانة، أما لو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه وإن شاء ترك، ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع (ولو هلكا معاً) بعد القبض (لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر، وكذا إذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما. وأثر هذا إنما يظهر إذا كان ثمنهما متفاوت الكمية، فإن كانا متفقين فلا، وكذا إذا هلكا على التعاقب فاختلغا في الهالك أولاً فادعى البائع أن أكثرهما ثمناً وقال المشتري الأقل فإن القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد. وكان أبو يوسف يقول أولاً يتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر، وإن حلفا يجعل كأنهما هلكا معاً، ثم رجع إلى ما ذكرنا من قول محمد وأيهما بين قبل، فإن أقامها قضى ببينة البائع لإثباتها الزيادة، ولو تعيباً معاً بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك أيهما شاء بثمنه ويرد الآخر، ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئاً استحساناً لأن المعيب محل لا ابتداء البيع أيضاً، بخلاف الهالك ليس محلاً لا ابتداءه فليس محلاً لتعيينه، ولو كان البيع فاسداً فقبضهما فأحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر أمانة، ولو ماتا جميعاً ضمن نصف قيمة كل منهما، بخلاف البيع الصحيح فإنه يضمن نصف ثمن كل. فإن قيل: من أين يتعين المعيب للبيع دون الأمانة وأحدهما لا على التعيين مبيع كما أن أحدهما لا على التعيين أمانة وامتناع الرد للمعيب المعلل به فرع اعتبار أنه هو المبيع وفيه التحكم. إذ اعتبار أنه المبيع ليس بأولى من اعتباره الأمانة. أجب بأن اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فإنه سبب لإيجاب الضمان، ذكره القاضي عبد الغني في مختلفاته. وأما عدم الضمان على الأمين فباستصحاب الحال. فإن قيل: لم لم يضمن الآخر إذا هلك ثانياً باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء؟ الجواب بمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لأحدهما، وليس هنا شيء على سوم الشراء لأن ما على سوم الشراء لا ينجز فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم

فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله، وبمدة معلومة أي مدة كانت عندهما كما في الملحق به. فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند أبي يوسف لأنه أخذ بالقياس في قوله إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بينهما. أجب بأن قوله إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الأثر الوارد في خيار الشرط وارداً فيه، بخلاف خيار التعيين فإنه من جنس خيار الشرط لأن في كل منهما خياراً بغير حرف التعليق، فكان الأثر الوارد في خيار الشرط وارداً فيه (ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة) حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء، وهذا لأن المعيب ممتنع الرد لأن رده إنما يكون إذا لم يتعين مبيعاً وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختياراً دلالة. فإن قيل: قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء وهنا تجب القيمة عند الهلاك. أجب بأنه أقل من ذلك لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع، وهذا ليس كذلك لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه بإذن المالك فكان أمانة. فإن قيل: كيف انعكس حكم المسئلة فيما إذا طلق الرجل إحدى امرأتي أو أعتق أحد عبديه فماتت إحدهما فإن الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة، وكذلك في العتاق. أجب بأن المرأة إذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلية ووقع الطلاق فتعينت الباقية لذلك، والثوب إذا أشرف عليه خرج عن محلية الرد لتعيينه فتعين لكونه مبيعاً، ولو هلكا جميعاً معاً لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم أولوية أحدهما لكونه مبيعاً فشاع البيع والأمانة فيهما. وأما إذا ذكر خيار الشرط، فثبت له خيار الشرط، وخيار التعيين لا يتوقف على الأيام فله أن يردهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة لأنه أمين في أحدهما فيرده بحكم الأمانة، وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده، فإذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد أحدهما، وإن اختار أحدهما لزمه ثمنه لأنه عين المبيع فيه ولزومه وكان في الآخر أميناً، فإن ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن. ولو مات المشتري في الأيام

التعيب اختياراً (دلالة) أقول: فيه بحث قوله: (لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه الخ) أقول: أي ليستديم اشتراؤه، فإن مقصوده استدامة اشتراء أحدهما، وقد تعين ذلك الأحد بالتعيب فبقي الآخر أمانة أقول: أجب بأن المرأة إذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع

الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل، قال: (ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى بجنيها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك

بالضرورة أن قبض العينين على أن أحدهما غير عين مبيعاً وأحدهما غير عين أمانة، فإذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الأسباب تعين الآخر للأمانة. فإن قيل: لأي شيء انعكس حكم طلاق إحدى الزوجتين وعق أحد العبدین هنا حيث يتعين للطلاق والعناق الباقي لا الهالك وهنا يتعين الهالك للبيع؟ أجاب على القمي بأنه لا فرق في الحصول لأن الهالك يهلك على ملكه في المسائل كلها، غير أنه إذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعناق، فإذا هلك العبد على ملكه تعين الباقي للأمانة، وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لأي شيء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي، وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الأحد الدائر بين المعينات، لا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلاً للرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقي للضرورة، وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجها عن كونها محلاً للطلاق والعناق وهو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة، وهذا بخلاف ما إذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فإنه يمتنع عليه رد الآخر، لأن العقد تناولهما جميعاً حتى ملك إتمام العقد فهما، فإذا تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وهنا العقد إنما يتناول أحدهما حتى لا يملك إتمام العقد فيهما قوله: (ومن اشترى داراً على أنه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما (فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالبيع فيسقط خياره، واستفدنا من هذا أن من اشترى داراً بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بجنيها لأن له الإجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لأنها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به (لأنه)

الثلاثة بطل خيار الشرط، وبقي للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما، أما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من أنه لا يورث، وأما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير. فإن قيل: هل لعموم قوله من له الخيار فائدة؟ قلت: كأنه إشارة إلى أن خيار التعيين قد يكون للبائع، فإن الكرخي ذكر في مختصره أنه يجوز استحساناً. قالوا: وإليه أشار محمد في المأذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البيع قياساً على خيار الشرط. وذكر في المجرد أنه لا يجوز لأن هذا البيع مع خيار المشتري إنما جاز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من يقع الشراء له، وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لأنه لا حاجة له إلى اختيار الأرفق، إذ المبيع كان معه قبل البيع، فيرد جانب البائع إلى مقتضى القياس، ولم يذكره محمد لا في بيع الأصل ولا في الجامع الصغير، وتبين مما ذكرنا أن المبيع أحد الثوبين والآخر أمانة، والتركيب الدال على ذلك حقيقة، ومن اشترى أحد الثوبين، وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف، ففي بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج إلى معذرة، وفي بعضها ثوبين وهو مجاز، وأثبتها فخر الإسلام وقال: في وجه المجاز أن كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعاً قال: اشترى ثوبين وقال غيره هو من باب إطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى «يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان» أضاف الخروج إليهما وإن كان يخرج من أحدهما. قال: (ومن اشترى داراً على أنه بالخيار) رجل اشترى داراً بخيار الشرط (فبيعت دار أخرى بجنيها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الأخذ رضا) يسقط به الخيار لأن أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك، لأن طلب الشفعة لا يثبت إلا لدفع ضرر الجوار، والجوار يثبت باستدامة الملك، واستدامة الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار، ويثبت الملك من وقت

الطلاق. أقول: فيه تأمل، فإن خروجها عن محلية وقوع الطلاق بالإشراف على الهلاك غير مسلم. قوله: (وأما إذا ذكر خيار الشرط) أقول: معطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً، وهو قوله فإن لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث قال المصنف: (لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط) أقول: يعني لا للشرط، ولهذا لا يتوقت في حق الوارث الخ، فقوله ولهذا إيضاح لكون الباقي خيار التعيين الذي شرطه من له الخيار، بل خيار ابتدائي كما سبق، ولهذا لا يتوقت، وهذا ظاهر للمتأمل فلا وجه لما قاله الإبتقاني. قال المصنف: (ومن اشترى داراً، إلى قوله: إلى اختياره الملك) أقول: لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار

بالاستدانة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً، وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة. قال: (وإذا اشترى الرجلان عبداً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده) عند أبي حنيفة: وقالوا: له أن يرده، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية. لهما أن

أي الشأن (ما ثبتت) الشفعة (إلا لدفع ضرر الجوار وذلك) أي ضرر الجوار يحصل (باستدانة) الملك فحيث شفع دل على أنه مستقيم للملك (فيتضمن سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً، وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة) لأنه القائل بأن المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها، وقد قال يشفع بها فاحتاج إلى جعله فعلاً يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار سابقاً على شراء ما فيه الشفعة، أما على قولهما فلا حاجة لأنهما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكها فتتجه له الشفعة بها. والوجه أنهما أيضاً يحتاجان إلى زيادة ضمنية لأن الملك وإن كان ثابتاً عندهما فله رفعه فهو مزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر، فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك. وفي المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة، وعدم هذا التقرير قال لأنه صار أحق بالتصرف فيها، وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقة الدار، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فإن المشتري هناك لم يصير أحق بالتصرف فيها، ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسناً ورجع الأخذ بالشفعة إلى سبب الملك، هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبيعة إلى جانبها، ولا يسقط به خيار الرؤية حتى إذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها، وسيأتي أنه له أسقط خيار الرؤية صريحاً لا يسقط لأنه معلق بالرؤية قبلها هو عدم، فحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه إذا رآها ثبت له خيار الرؤية، وكذا لا يبطل خيار العيب بالأخذ بالشفعة به قوله: (وإذا اشترى الرجلان عبداً) مثلاً (على أنهما بالخيار ورضي أحدهما بالبيع) بطل خيار الآخر (فليس له أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: له أن يرده، وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيئاً فاطلعا على عيب فرضي به أخذهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده، وعندهما له ذلك أو اشترى ولم يريا فعند الرؤية رضي أحدهما دون

الشراء فكان الجوار ثابتاً عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة. وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة لأن خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة، وأما عندهما فإن المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره، لأن الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والإنسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها. قال شمس الأئمة: أما وجوب الشفعة للمشتري فوضح على مذهبهما لأنه مالك للدار المبيعة، وأما عند أبي حنيفة فلا لأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب إذا بيعت دار بجانب دارهما فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقة دارهما، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن المشتري لم يصير أحق بالتصرف فيها. ولو اشترى داراً لم يرها فبيعت بجانب دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لأنه لم يسقط بصريح الإسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي. قال: (وإذا اشترى الرجلان عبداً على أنهما بالخيار ثلاثة أيام فرضي أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: له أن يرده) وكذا إذا اشترى أحدهما بعيب فيه، وكذا لو اشترى ولم يراه (لهما أن إثبات الخيار لكل واحد منهما) وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه. وفيه نظر لأننا لا نسلم أن إثبات الخيار لهما إثبات لكل واحد منهما، ألا ترى أن من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر. وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب فإن

لطلب الشفعة بدون أخذها بها فليتأمل، والظاهر أن المراد بالأخذ القرب منه يطلبه قال المصنف: (فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول: إنما قال من وقت الشراء إذ لا مرجح لإثبات الملك في الأوقات التي بعده حتى يتعين له قوله: (لا يثبت إلا لدفع ضرر الجوار) أقول: يعني فلا بد من الجواز قوله: (فيسقط الخيار ويثبت الملك الخ) أقول: ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت

إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه . وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة ، فلو رده أحدهما رده معيباً به وفيه إلزام ضرر زائد ، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد . قال : (ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه

الآخر (لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل منهما فلا يسقط حقه بإسقاط صاحبه) حقه (وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيباً به وفيه إلزام ضرر زائد) فإن البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك بطريق المهايأة ، والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بإلحاق الضرر بالآخر . فإن قيل : هذا الضرر حصل في ملك البائع . قلنا ممنوع لأنه بعد خروجه عن ملكه فإن مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع . فإن قيل : لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب ، أوجب أنه إنما رضي به في ملكهما . فإن قيل : بل رضي به مطلقاً لأن الخيار معلوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند إبرام فشرطه رضا بكل من الأمرين . أجاب عنه المصنف بقوله : (وليس من ضرورة إلى آخره) يعني لا يلزم من كونه شرطه لهما أن يكون راضياً بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما ، فإذا جاز هذا كان هو الظاهر . والظاهر أن التصرف من العاقل إذا احتمل كلاً من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر أنه إنما أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه ، لأن الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل إلى ما يضره بلا فائدة بقوله : (ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب) أي حرفته ذلك (فكان بخلاف ذلك ، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه) ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار إلى ورثته إجماعاً لأنه في ضمن ملك العين ، وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ، ولو كان موجوداً فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته ، فكان شرطه إذا لم يكن فيه غرر صحيحاً ، والأصل في اشتراط الأوصاف أن ما كان وصفاً لا غرر فيه فهو جائز ، وما فيه غرر لا يجوز إلا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس مرغوباً فيه ، فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد

البائع قبل البيع كان متمكناً من الانتفاع متى شاء ، وبعده إذا رد البعض لا يتمكن إلا مهايأة ، والخيار يثبت نظراً لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه بغيره ، وإنما قيد بالضرر بالزائد لأن في امتناع الرد ضرراً أيضاً للراذ ، لكن لما لم يكن من الغير بل لعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الأول ، فإن الضرر الحاصل من الغير أقطع وأفجع من الحاصل من نفسه . فإن قيل : يبيع منهما رضا منه لعب التبعيض . أجيب بأنه إن سلم فهو رضا به في ملكهما لا في ملك نفسه . فإن قيل : حصل العيب في يد البائع بفعله لأن تفرق الملك إنما هو بالعقد قبل القبض قلنا : بل حصل بفعل المشتري برد نصفه ، والمشتري إذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره ، لكن العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فإذا امتنع ظهر عمله قوله : (وليس من ضرورة إثبات الخيار) جواب لهما . وتقريره أن إثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر ، ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم إثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد ، فلا يلزم من إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما . قال : (ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب) رجل اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب فكان بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازاً أو كاتباً فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن وبين رده إذا لم يمتنع الرد بسبب من الأسباب ، فإن امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتباً أو خبازاً على أدنى ما يطلق عليه الاسم إذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة

الشراء تنافياً لأن سقوط الخيار يكون بعد ثبوته ، وثبوته لا يجامع الملك عند أبي حنيفة الخ . قال المصنف : (فليس للأخر أن يرده عند أبي حنيفة الخ) أقول : لقاتل أن يقول : لم لم يذهب أبو حنيفة أنه إذا رد أحدهما فليس للأخر أن يرضى ، وما الذي يترجح به جهة الرضا على الرد قوله : (وفيه نظر لأننا لا نسلم أن إثبات الخيار لهما الخ) أقول : ولك أن تقول : لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضي بالمبيع لكنه متعدد ، ولا كذلك الوكيلان فليتأمل قوله : (وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول : فيه أن ذلك أيضاً لما فيه من إبطال حق الآخر . قوله : (ضرراً للراذ) أقول : أي المريد الرد قوله : (لأن تفرق الملك إنما هو بالعقد) أقول : إن أراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك ، وإن أراد تفرقه بين البائع والراضي فلا نسلم أنه بالعقد بل بفعل المشتري

فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط، ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي به دونه، وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض، فلا يفسد

عندنا خلافاً للشافعي على الأصح عنده لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها، حتى لو شرط أنها حلوب جاز، كما إذا شرط في الفرس أنه هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح، ومنه شرط كونه ذكر أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولاً به. أما لو اشترى جارية على أنها حامل فاختلف المشايخ فيه. قيل لا يجوز كالناقاة والشاة، وقيل يجوز لأن الحمل في الجواري غيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب، وقيل إن اشتراها ليتخذها ظئراً فشرط أنها حامل يعني ذكر غرضه ذلك للبائع فالبائع فاسد لأنه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فكانت كالناقاة، وإن لم يرد ذلك جاز حملاً لقصد البراءة من عيب الحمل. ومنه أو اشتراه على أنه معيب فوجد سليماً صح، وكان له. هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقر والجارية أنه يجوز. وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط أنها حلوبة لا يجوز لأن المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن. قال محمد في مسئلتنا: فإن قبضه المشتري ووجده كاتباً أو خبازاً على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد، ومعناه: أن يوجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز: أعني الاسم الذي يشعر بالحرفة، فإن فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بأن يكتب شيئاً يسيراً ناقصاً في الوضع أو يخبر قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله، وإذا لم يجده كما ذكر وامتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتباً فيرجع بالتفاوت. وعن أبي حنيفة لا يرجع بشيء لأن ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا، والصحيح ما في ظاهر الرواية، وبه قال الشافعي لأن البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما في العيب. ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم أجده كاتباً وقال البائع سلمته إليك كاتباً ولكنه نسي عندك والمدة تحتل أنه ينسى في مثلها فالقول للمشتري. والأصل في هذا أن القول لمن تمسك بالأصل وأن العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الأصلية أصل، وشهادة النساء بانفراذهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة إذا تأيدت بمؤيد، وإن لم تتأيد نعتير في ثبوت توجه الخصومة لا في إلزام الخصم. إذا عرف هذا، فإذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخيز والكتابة، فإن فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري ولا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك، وإن قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لأن الأصل عدم هذه الصفة، وإن لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة. ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فإن القاضي يريها النساء، فإن قلن بكر

المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فينظر إلى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك، أما رده فلأن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر، وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما إذا باع على أنه أعور فإذا هو سليم فإنه لا يوجب الخيار، وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لأنه لرجوعه إلى صفة الثمن أو المثلث كان ملائماً للعقد، ألا ترى أنه لو كان موجوداً في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسداً له. ونوقض بما إذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فإن البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه. وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم إلى المجهول يصير الكل مجهولاً، ولهذا لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه ذكره الطحاوي، سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا إلى معرفته سبيل. بخلاف ما نحن فيه فإن

قوله: (ليس له أن يرده الخ) أقول: يعني وكذا لا يرد إذا كان الرد موجباً للعيب. قوله: (سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ) أقول: لا يظهر فائدة هذا التقيد فليتأمل.

العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة، وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف.

لزم المشتري بلا يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت هنا بمؤيد لأن الأصل البكارة، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأن الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد، لكن يثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع، إذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة، والخصومة حق ضعيف لأنها ليست بمقصودة لذاتها فجاز أن تثبت بشهادتهن، فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر، فإن لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعته وهي بكر، فإن نكل ردت عليه، وإن حلف لزم المشتري وروي عن أبي يوسف ومحمد في رواية أنها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع، وإن لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يحلف البائع لأن العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشتري إلى أن يحضر من النساء من يوثق بهن، ولو قال بعته وسلمتها إليك وهي بكر وزالت بكارتها في يدك فالقول قوله لأن الأصل هي البكارة، ولا يريها القاضي النساء لأن البائع مضّر بزوال البكارة، وإنما يقول زالت في يدك. واعلم أنه إذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار، وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري وهو ما إذا وجده خيراً مما شرطه وضابطه إن كان المبيع من جنس المسمى فيه الخيار. والثياب أجناس: أعني الهروي والإسكندري والمروي والكتان والقطن. والذكر مع الأنثى في بني آدم جنسان، وفي سائر الحيوانات جنس واحد. والضابط فحش التفاوت في الأغراض وعدمه، فإن اشترى ثوباً على أنه إسكندري فوجده بلدياً أو هندي فوجده مروياً، أو كتان فوجده قطناً، أو أبيض مصبوغ بعصفر فإذا هو بزغفران، أو داراً على بناؤها آجر فإذا هو لبن، أو على أن لا بناء ولا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل، أو أرضاً على أن جميع أشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة، أو على أنه عبد فإذا هو جارية، أو فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك. ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فإذا هي مولدة بغداد، أو غلام على أنه تاجر أو كاتب فإذا هو لا يحسنه، أو على أنه فحل فإذا هو خصي أو عكسه، أو أنها بغلة فإذا هو بغل، أو ناقة فكان جملاً، أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار. ولو اشترى على أنه بغل فوجده بغلة أو حمار، أو بعير فإذا هو أتان أو ناقة، أو جارية على أنها رتقاء أو حبلى أو ثيب فإذا هي بخلافه جاز، ولا خيار له لأنه صفقة أفضل من الصفة المشروطة. وينبغي في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدّر والنسل، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل. ولو باع داراً بما فيها من الجذوع والخشب والأبواب والنخيل فإذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري.

له أن يأمره بالخيز والكتابة فيظهر حاله، وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح، وعلى تقدير كونه ولدأ لا نعلم حياته وموته ولا سبيل إلى معرفته، وإذا ثبت ذلك فقواته يوجب التخيير لأن المشتري ما رضي بالمبيع دون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لأن هذا الاختلاف: أي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف، كما إذا اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي حمل فصار الأصل أن الاختلاف الحاصل بالوصف إن كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الأغراض كان راجعاً إلى الجنس، كما إذا باع عبداً فإذا هي جارية ويفسد به العقد، وإن كان مما لا يوجبه كان راجعاً إلى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده، لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة، وأما أخذه بجميع الثمن فلأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم، والله أعلم.

باب خيار الرؤية

قال: (ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه) بجميع الثمن (وإن شاء رده)

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم وال لزوم بعد التمام، والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية قوله: (ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده) سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها، مثل أن يشتري جراباً فيه أثواب هروية أو زيتاً في زق، أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئاً، ومنه أن يقول بعثك ذرة في كمي صفتها كذا أو ثوباً في كمي صفتها كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة متقبّة فله الخيار إذا رأى شيئاً من ذلك. وفي المبسوط: الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع انتهى. لكن إطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمي جنس المبيع أو لا، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أو لا، مثل أن يقول بعث منك ما في كمي، بل عامة المشايخ قالوا: إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده. وطائفة قالوا: لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه، والظاهر أن المراد بالإطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الأسرار والذخيرة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً كأن يقول بعثك شيئاً بعشرة. وقول المصنف وقال الشافعي: (لا يجوز العقد أصلاً) هو فيما لم يسم جنسه قولاً واحداً أنه لا يجوز، وأما فيما سمي جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية أنه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز. وعن مالك وأحمد مثل قولنا، واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم الفقهاء، وهو قول عثمان بن عفان وطلحة رضي الله عنهما. وذكر المصنف في وجه قوله إن المبيع مجهول مقتصر على: يعني وكل ما كان كذلك لا يجوز بيعه لثبوت بيع الغرر^(١)، ونهيه عن بيع ما ليس عند الإنسان^(٢)، وما ذلك إلا

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه، إذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم. قال القدوري: من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز، معناه أن يقول الرجل لغيره بعثك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الذرة التي في كمي هذه وصفته كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعث منك هذه الجارية المتقبّة فإنه جائز عندنا، وله الخيار إذا رآه. وعند الشافعي لا يجوز. وكذا العيب الغائب المشار إلى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه والعين معلومة. قال صاحب الأسرار: لأن كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية

باب خيار الرؤية

قال العلامة الكاكي في المبسوط: الإشارة إليه وإلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه أو إلى مكانه لا يجوز بالإجماع انتهى.

(١) صحیح. أخرجه مسلم ١٥١٣ وأبو داود ٣٣٧٦ والنسائي ٢٦٢٧/٧ وابن ماجه ٢١٩٤ والبيهقي ٢١٠٣ وابن حبان ٤٩٥١ وابن الجارود ٢١٩٤ والبيهقي ٣٣٨/٥ والدارقطني ١٥/٣، ١٦ وأحمد ٢٣٦/٢ كلهم من حديث أبي هريرة.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٠٣ والترمذي ١٢٣٢ وابن ماجه ٢١٨٧ وكذا النسائي ٢٨٩/٧ والبيهقي ٢٦٧/٥، ٣١٧، ٣٣٩ وأحمد ٤٠١/٣، ٤٠٣ كلهم من حديث حكيم بن حزام.

ومن وجه آخر أخرجه الترمذي ١٢٣٥ عن حكيم وكذا أخرجه ١٢٣٣ من وجه ثالث عنه أيضاً بلفظ: «نهاني رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي».

قال الترمذي وهذا حديث حسن وله شاهد من حديث ابن عباس أخرجه الترمذي ١٢٣٤ وذكره الزيلعي في نصب الراية ٣٢/٤، ٣٣ وذكر حوله كلاماً ملخصه: أنه حديث حسن. وكذا جاء في تلخيص الحبير ٥/٣ لابن حجر.

وقال الشافعي: لا يصح العقد أصلاً لأن المبيع مجهول. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه» ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تقضي إلى المنازعة، لأنه لو لم يوافق يره، فصار كجهالة الوصف في

للجهالة. قلنا: أما النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقاً لا ما ليس في حضرتك، ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكاً للبائع فقصينا عهده، وأما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غيره، وذلك ليس إلا بأن يظهر له ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغروراً بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع، ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه، ونقطع بأن لا ضرر فيما أجزأنا من ذلك إنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه، فأما إذا أوجبنا له الخيار إذا رآه فلا ضرر فيه أصلاً بل فيه محض مصلحة وهو إدراك حاجة كل من البائع والمشتري، فإنه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقف جواز البيع على حضوره ورؤيته ربما تفوت بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتريه منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من إثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدین من غير لحوق شيء من الضرر فأني يتناول النهي عن بيع الغرر والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد قطعاً فكان مشروعاً قطعاً، فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لأنه هو الذي يوجب ضرر المشتري، والنهي قطعاً ليس إلا لذلك، فظهر أن كلاً من الحديثين لم ينف ما أجزته فكان نفيه قولاً بلا دليل، وكفانا في إثباته المعنى، وهو أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزاً، وينفي الحديث الذي ذكره المصنف^(١) زيادة في الخبر، وهو ما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلًا. حدثنا إسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه»^(٢) والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم، وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدالته لا ينفي علم غير المضعفين بها. وقد روى هذا الحديث أيضاً الحسن البصري وسلمة بن المحيق وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين أيضاً، وعمل به مالك وأحمد، وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم، فدل قبول العلماء على ثبوته، والحق أن عمل من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه ينبنى على أن العمل على وفق الحديث هل هو صحيح له، وهي مسألة مختلفة بين الأصوليين، والمختار لا ما لم يعلم أن عمله عن الحديث، وقد روي الحديث أيضاً مرفوعاً، رواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عنه ﷺ «من اشترى شيئاً لم يره فهو للخيار إذا رآه»^(٣) ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة إلا أن في طريقه إلى أبي حنيفة عمر بن إبراهيم الكردي نسب إلى وضع الحديث. هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم

حاصلة لكان البيع جائزاً: أي بالإجماع. قال الشافعي: المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم (ولنا قوله ﷺ «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه») وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض. فإن قيل: هو معارض بحديث حكيم ابن حزام وهو أنه قال: قال عليه الصلاة والسلام «لا تبع ما ليس عندك» والمراد ما ليس بعرضي للمشتري لإجماعنا على أن

أقول: في كون الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه شرط جواز سيماً بالإجماع كلام فتأمل. قوله: (فإن قيل هو معارض الخ) أقول: فيه كلام لأن النهي يقتضي المشروعية.

(١) هو الآتي.

(٢) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ٥/٣ والبيهقي ٢٦٨/٥ كلاهما من حديث أبي هريرة ورواه من وجه آخر عن أبي هريرة مرفوعاً أيضاً. قال الدارقطني: عمر بن إبراهيم يقال له الكردي يضع الأحاديث وهذا باطل لا يصح لم يروه غيره وإنما يروي عن ابن سيرين من قوله اهـ. وكذا ذكر البيهقي مثل قول الدارقطني.

وأخرجه الدارقطني ٤/٣ والبيهقي ٢٦٨/٥ كلاهما عن مكحول مرسلًا وفي إسناده أبو بكر بن أبي مريم ضعيف كذا قال الدارقطني. وأخرجه البيهقي ٢٦٨/٥ عن الحسن من قوله.

(٣) تقدم تخريجه في الذي قبله.

المعائن المشار إليه (وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده) لأن الخيار معلق بالرؤية لما رويناه فلا يثبت قبلها، وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا

المجاز، عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازي، وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفي بالرؤية فيها. مثل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشئ كمسك اشتراه وهو يراه فإنه إنما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته، وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجده متغيراً لأن تلك الرؤية غير معروفة للمقصود الآن، وكذا اشتراه الأعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية. وقول المصنف (فصار كجهالة الوصف في المعائن المشار إليه) يعني فيما لو اشترى ثوباً مشاراً إليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لأنه لا خيار في المشبه به، أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفائم مجرد علم الوصف، قوله: (وكذا إذا قال رضيت) إلى آخره، أي وكذا له الخيار إذا رآه: يعني إذا قال رضيت كائناً ما كان قبل الرؤية ثم رآه له أن يرده لأن ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار إذا رآه، والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والإسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله: (وحق الفسخ النسخ) جواب عن مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والإجازة قبل الرؤية. فإنه إذا أجاز قبلها لا يلزم، وإذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط. وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده إذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط، فإن الشيء قد يثبت بأسباب كثيرة، فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الإجازة والفسخ بها، لأن معنى الخيار له أن يجوز وأن يفسخ، ثم لم تثبت الإجازة بسبب آخر فبقي على عدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية، بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية، فإذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره إذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك. وأما الفسخ فيثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري، وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة وإلا فهو لازم وقد فرض غير لازم، هذا خلف. وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوي في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية، ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وأنه لا رواية فيه. وأما

المشتري إذا كان قد رآه فالعقد جائز وإن لم يكن حاضراً عند العقد. قلنا: بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث، فإن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال «يا رسول الله إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأستجدها فأشترئها فأسلمها إليه، فقال عليه الصلاة والسلام: لا تبع ما ليس عندك» وقد أجمعنا على أنه لو باع عيناً مرئياً لم يملكه ثم ملكه فلم يجر؟ وذلك دليل واضح على أن المراد به ما ليس في ملكه، والمعقول وهو أن الجهالة بعدم الرؤية لا تقضي إلى المنازعة مع وجود الخيار، فإنه إذا لم يوافق رده ولا نزاع ثمة يقتضي خياره، وإنما أفضت إليها لو قلنا بانبرام العقد ولم يقل به فصار ذلك كجهالة الوصف في المعائن المشار إليه بأن اشترى ثوباً مشاراً إليه غير معلوم عدد ذرعانه فإنه يجوز لكونه معلوم العين وإن كان ثمة جهالة لكونها لا تقضي إلى المنازعة، وعورض بأن البيع نوعان: بيع عين، وبيع دين، وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الأول المشاهدة، ثم ما هو طريق إلى الثاني إذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد، وكذلك ما هو طريق إلى الأول وهو المشاهدة إذا تراخى فسد. وأجيب بأن المعارضة ساقطة لأن السلم إنما لا يجوز عند ترك الوصف لإفضاء الجهالة إلى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك قوله: (وكذا إذا قال) تفريع على مسألة القدوري: يعني كما أن له الخيار إذا لم يقل رضيت فكذا إذا قال ذلك ولم يره ثم رآه، لأن الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط، ولأنه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها، وهو ثابت بالنص عندها فما أدى إلى إبطاله فهو باطل قوله: (وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره: لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لأنه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقاً بها فلا يوجد قبلها. وتقرير الجواب أن حق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم لأنه لم يقع منبرماً فجاز فسخه لو هاه فيه، ألا ترى أن كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والغارية والوكالة يملك الفسخ باعتباره عدم لزوم العقد وإن لم يكن له خيار لا شرطاً ولا

يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت. قال: (ومن باع ما لم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولاً

قول المصنف (ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية) فلو تمّ لزم أن لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لأن حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب، ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية، وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية. قلنا: نمنع عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع باث فليس له فسخه، فإن الشارع علق إثبات قدرة الفسخ والإجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم إلى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فتثبت قدرة الفسخ والإجازة معاً. واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الأعيان والإجازة. والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة، وعرف من هذا أنه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الأثمان الخالصة، بخلاف ما لو كان البيع إناء من أحد التقدين فإن فيه الخيار. ولو تباعاً مقايضة ثبت الخيار لكل منهما، ومحل كل ما كان في عقد يفسخ بالفسخ لا ما لا يفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وإن كانت أعياناً لأنه لا يفيد فيها، لأن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائماً، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبداً، وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت يفسخ قبل القبض وبعده، لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط قوله: (ومن باع ما لم يره) بأن ورث عيناً من الأعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له). وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولاً: له الخيار اعتباراً بخيار العيب) فإنه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة (وخيار الشرط) فإنه يجوز لهما. ولو اختصر على خيار العيب كان أقرب لأن ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أخذه بأخذ الثمن ورد المبيع، بخلاف خيار الشرط، وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير أنه جوز متأخراً للمصلحة التي ذكرناها. ثم تقرير المصنف حيث قال: (وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً) يعني في حق البائع (وثبوتاً) في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أي تمام الرضا (إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك بالرؤية) يخال أنه قياس بجامع عدم الرضا بالبيع

شرعاً، بخلاف الرضا فإنه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز إثباته على وجه يؤدي إلى بطلانه كما مر آنفاً، وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد منها فكذا ملزومه لأن ما هو شرط اللازم فهو شرط للملزوم قوله: (ولأن الرضا بالشيء) جواب سؤال آخر، وتحقيقه أن الإمضاء للرضا والرضا بالشيء (لا يتحقق قبل العلم بأوصافه) لأن الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يجسسه غير متصور. وأما الفسخ فإنما هو لعدم الرضا، وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات. لا يقال: عدم الرضا لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور، لأن عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء احتياجه إلى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلاله فلا يلزم الاستقباح. ذكر في التحفة أن جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه، ولكن المشايخ اختلفوا؛ فقال بعضهم: لا يصح قياساً على الإجازة، وقال بعضهم: يصح دون الإجازة وهو مختار المصنف. قال: (ومن باع ما لم يره) من ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا. وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً: له الخيار اعتباراً بخيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشتري، بل إذا

قوله: (وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول: بل ذلك لعدم وقوعه متبرماً لو هاء فيه على ما فصله المجيب، غاية ما في البيان أن عدم الانبرام باعتبار أنه يثبت له الخيار عند الرؤية، وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدون فليتأمل قوله: (والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول: هذا أيضاً ممنوع لما سيحيي في الصفحة القابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر قال المصنف: (ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق) أقول: فيه أن عدم العلم بأوصافه غير مفروض، فإن غير المرئي قد يعلم بالوصف، ويجوز أن يقال: المراد هو العلم الشخصي بأوصافه.

له الخيار اعتباراً بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً وثبوتاً ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضياً بالزوال. ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روي أن عثمان بن عفان باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقبل لطلحة: إنك قد غبت، فلا يثبت دونه. وروي أن عثمان بن عفان باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقبل لطلحة: إنك قد غبت،

على البينات وهو تعليل بالعدم. وحاصله أن ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا بأحكام العقد فكذا هنا. ويرد عليه أن حكم الأصل: أعني خيار الشرط متوقف شرعاً على تراضيهما، فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا إذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا، وليس الواقع هذا لظهور اختلاف حكم الأصل والفرع، ولو لم يختلفا فالأصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه، فلذا حق له أن يرجع. وذكر للمرجوع إليه وجهين: أحدهما: (أنه معلق بالشراء رويًا فلا يثبت دونه) ولا يخفى أنه نفى للحكم بمفهوم الشرط إذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط. والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص «أن طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالا، فقبل لعثمان: إنك قد غبت، فقال عثمان: لي الخيار، لأنني بعته ما لم أره، وقال طلحة رضي الله عنه: لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره، فحكم بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنهم فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان»^(١). والظاهر أن مثل هذا يكون بمحض من الصحابة رضي الله عنهم، لأن قضية يجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم إنهما حكما فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافه كان إجماعاً سكوتياً ظاهراً قوله: (ثم خيار الرؤية غير موقت) بوقت خلافاً لما ذهب إليه بعض المشايخ من أنه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه، والمختار أنه لا يتوقف (بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله، و) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعني بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل نذكره في التصرف لا مطلقاً فلذا وصله بقوله: (ثم إن كان تصرفاً لا يمكن رفعه) للمتصرف (كالإعتاق) للعبد الذي اشتراه ولم يره (وتدبيره أو تصرفاً يوجب حقاً للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري.

وجد البائع الثمن زيفاً فهو بالخيار إن شاء جوزه وإن شاء رده كالمشتري وإذا وجد المبيع معيباً، لكن العقد لا يفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل دون الثمن، وبخيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم (وهذا) أي الخيار للبائع إنما هو باعتبار (أن لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً) أي من جهة البائع (وثبوتاً) أي من جهة المشتري (وتتمام الرضا لا يتحقق إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فإن بالرؤية يحصل بالاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضياً بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ (وجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم. فإن قيل: البائع مثل المشتري في الاحتياج لتتمام الرضا فيلحق به دلالة. أجيب بأنهما ليسا بسببين فيه، لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيراً مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه، والبائع لو ردّ لرده باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبداً بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار، وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به، قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وها هنا وجد القياس على المشتري والخيارين فليجز من البائع. وأجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس، سلمناه لكن القياس على مخالفة الإجماع باطل، وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بمحض من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان إجماعاً على ما ذكر في المتن فبطل الإلحاق دلالة وقياساً، ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث. قال: (ثم خيار الرؤية غير موقت) قيل خيار الرؤية يوقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبهه الرد بالعيب. والأصح عندنا أنه باق ما لم يوجد ما يبطله لأنه ثبت حكماً لانعدام الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا، ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية. ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه. والضابط في

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٢٦٨/٥ والطحاوي في مشكل الآثار ٢/٢٠١ باب تلقي الجلب كلاهما عن ابن أبي مليكة أن عثمان... فذكره.

فقال: لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره. وقيل لعثمان: إنك قد غبت، فقال: لي الخيار لأنني بعت ما لم أره. فحكما بينهما جبير بن مطعم. ففُضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم. ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله، وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية، ثم إن كان تصرفاً لا يمكن رفعه بالإعتاق والتدبير أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة يبطله قبل

وقوله: (كالبيع المطلق) إنما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لأن به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهيئة مع التسليم (والرهن والإجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ (وإذا تعذر الفسخ شرعاً بطل الخيار) ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله ﷺ «له الخيار إذا رآه»^(١) مقيداً بما إذا لم يوجب موجب شرعي عدمه إذا رآه، وحاصله تقدير مخصص بالعقل (وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة، وهيته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية) لأنه لو أبطل الخيار كان باعتبار دلالته على الرضا، وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فبدلته أولى، ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا. ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيداً بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالأخذ بالشفعة وبالعرض على البيع، فإنهما إذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية، بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يرده الدار عند الرؤية لما ذكرنا من أن دلالة الرضا لا تعمل في إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد إلى ملكه برد بقضاء أو بفك الرهن أو فسخ الإجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لأنه سقط فلا يعود إلا بسبب جديد إلا في رواية عن أبي يوسف، وثبت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص. ومما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه إذا رآه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به قوله: (ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية الخ) والأصل في هذا رؤية جميع أجزاء (المبيع غير مشروط) في انتفاء ثبوت خيار الرؤية (لتعذره) عادة وشرعاً، وإلا لجاز أن ينظر إلى عورة العبد والأمة اللذين يريد أن يشتريهما، ولزم في صحة بيع الصبرة النظر إلى كل حبة منها، ولا قائل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود، فإذا رآه جعل غير المرئي تبعاً للمرئي، فإذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبع. إذا عرف هذا انبنى عليه أن من نظر إلى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية، بخلاف ما لو رأى بطنهما أو ظهرهما وسائر أعضائهما إلا الوجه فإن له الخيار إذا رأى

ذلك أن المشتري بالخيار إذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار، وإلا لبطلت فائدة الخيار لأنها إمكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان، فإن لزمه البيع بفعل ما يمتحن به أول مرة فانت فائدة الخيار. ويعلم من هذا أنه إذا فعل ما لا يمتحن به أو يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال أو يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار، فعلى هذا إذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لأنه مما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة، فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختياراً للملك لعدم الحاجة إليها ولحصول الامتحان بالأولى، ولو وطئها بطل خياره لأنه وإن كان مما يمتحن به لأن صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر، لكن لا يحل الوطء في غير الملك فكان اختياراً له. قيل: يشكل على هذا الكلي مستلثان: إحداهما: أنه لو اشترى داراً لم يرها فبيعت بجنيها دار فأخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط. والثانية إذا عرض

قوله: (فأشبه الرد بالعيب) أقول: فيه تأمل قوله: (والضابط في ذلك) أقول: يعني أن الضابط يفهم مما ذكر إلى قوله ويعلم قوله: (ويحل في غير الملك) في الجملة. أقول: يعني بإجازة المالك قوله: (قيل يشكل على هذا الكلي، إلى قوله: والثانية إذا عرض الخ) أقول: ولك أن تقول هما أيضاً يبطلانه بعد الرؤية، وذلك يكفي في صحة الكلية، فإنه لم يقل يبطل خيار الرؤية مطلقاً. قوله: (والعرض

(١) تقدم قبل حديث وإسناده واه بمره.

الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال: (ومن نظر إلى وجه الصبرة، أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود. ولو دخل في البيع أشياء، فإن كان لا تتفاوت أحادها كالمكيل والموزون، وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية

وجيههما، لأن سائر الأعضاء في الإماء والعبيد تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة إذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الأعضاء. وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لأنهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وهو المروي عن أبي يوسف. وقبل لا يسقط ما لم ير قوائمها. ونقل صاحب الأجناس عن المجرد عن أبي حنيفة في الدابة إذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذها أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية. وإن رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار. وعن محمد يكفي الوجه اعتباراً بالعبد. وفي رواية المعلي عن أبي حنيفة: يعتبر في الدواب عرف التجار (فإن دخل في البيع أشياء فإن كانت الأحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون، وعلامته) أي علامة ما لا يتفاوت أحاده (أن يعرض بالنموذج فيكتفي برؤية واحد منها) في سقوط الخيار (إلا إذا كان الباقي أراداً مما رأى حيثئذ يكون له الخيار) يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع. وفي الكافي: إذا كان أراداً له الخيار لأنه إنما رضي بالصفة التي رآها لا غيرها، وهذا التعليل يفيد أنه خيار الرؤية وهو مقتضي سوق كلام المصنف. والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب، وهو ما إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حد العيب وخيار رؤية إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم المعيب بل الدون، وقد يجتمعان فيما إذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيباً ثم أراه المبيع في الحال (وإن كانت أحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد) لكن على الوجه الذي ذكرنا: أعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي) قال

المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية. والمستثنان في فتاوى قاضيهان. وأجيب بأن الأصل فيهما هو أن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الأولى لأنه دونه. ثم الأخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا لذلك لا يعملان في إبطال خيار الرؤية، وفيه نظر لأنه ليس بدافع. والحق أن الإشكال ليس بوارد لأنه قال: وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية، وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بأن يكون تعيباً أو تصرفاً: يعني في المبيع، والأخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين. ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين: تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها، وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها. فأما الأول فهو الذي لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير، أو الذي يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط، والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والإجارة، وهذا لأن هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة، وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار، حتى لو افتك الرهن أو مضت مدة الإجارة أورد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد. وفيه بحث من وجهين: أحدهما ما قيل إن بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه. والثاني أن هذه التصرفات إما أن تكون صريح

على البيع) أقول: لا نسلم أن العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والسند ما يذكره المصنف من جعل المساومة منه قوله: (مانع من الفسخ) أقول: أي فسخ البائع استقلالاً قوله: (لا يمكن رفعها) أقول: مطلقاً أو من التصرف مستقلاً قوله: (وعن الثاني بأن دلالة الرضا) أقول: والجواب عن الثاني عندي أن يقال: ليس بطلان الخيار هنا لدلالة الرضا أو صريحه، بل لضرورة تعذر فسخ من التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المصنف قال المصنف: (البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول: قال الإقناني: تقول سام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها، وسامها المشتري بمعنى استامها سوماً، ومنه: «ولا يسوم الرجل على سوم أخيه» أي لا يشتري، كذا في المغرب انتهى. وقال العلامة الكاكي: المساومة طلب البائع والمشتري لبيع سلعة، كذا في الفوائد انتهى. قوله: (فإن في رؤية جميع

واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار. وإن كان تتفاوت أحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها، والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي، وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة.

إذا ثبت هذا فنقول: النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكمل يعرض بالنموذج، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العلم، والوجه هو المقصود في الآدمي، وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره. وشرط بعضهم رؤية القوائم. والأول هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله^٤ وفي شاة اللحم لا بد من الجنس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به،

المصنف: (وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة) وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الأصح. ثم السقوط برؤية البعض في المكمل إذا كان في وعاء واحد، أما إذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا فمشايخ العراق على أن رؤية أحدهما كروية الكل، ومشايخ بلخ لا يكفي بل لا بد من رؤية كل وعاء، والصحيح أنه يبطل برؤية البعض لأنه يعرف حال الباقي، هذا إذا ظهر له أن ما في وعاء الآخر مثله أو أجود، أما إذا كان أردأ فهو على خياره، وإن كان مما يتفاوت أحاده كالبطاطيخ والرمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي، ولو قال رضيت وأسقطت خياري، وفي شراء الرحي بآلاته لا بد من رؤية الكل، وكذا السرج بأداته ولبده لا بد من رؤية الكل (وفي شاة اللحم لا بد من الجنس) بالبد فلا يكتفي بالرؤية ما لم يجسها (لأن المقصود اللحم، وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع، وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن ذلك هو المعروف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك، وكذا إذا رأى وجه الثوب مطوياً لأن البادي يعرف ما في الطي، فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان

الرضا أو دلالة، وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته؟ وأجيب عن الأول بأن ذاك فيما أمكن العمل بحكم النص، وهذه التصرفات لصدورها عن أهلها مضافة إلى محلها انعقدت صحيحة، وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة. وعن الثاني بأن دلالة الرضا لا تربو على صريحه إذا لم تكن من ضرورات صريح آخر، وما هنا هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال. وأما الثاني فهو الذي لا يوجب حقاً للغير كالبائع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا: أي لا يزيد عليه، وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى: يعني إذا لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع قال: (ومن نظر إلى وجه الصبرة) اعلم أن المبيع إما أن يكون شيئاً واحداً أو أشياء متعددة، والثاني إما أن يكون متفاوت الأحاد أو لا، فذلك أقسام ثلاثة، فإن كان الأول فليس رؤية الجميع شرطاً لبطلان خيار الرؤية، لأن الرؤية للجميع قد تكون متعذرة كما إذا كان عبداً أو جارية فإن في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما، وذلك في العبد لا يجوز أصلاً فسخ العقد أو لم يفسخ. وفي الأمة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعاً في غير الملك لأن العقد ارتفع بالفسخ من أصله فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراماً، وكذا إذا كان المبيع ثوباً مطوياً فإن البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطي والنشر فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد. وإن كان الثاني كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد، لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في أحاده. وإن كان الثالث كالمكيل والموزون والعدي المتقارب والجوز والبيض على ما مال إليه المصنف يكتفي برؤية واحد منهما،

بدنهما رؤية عورتهما) أقول: لا يخفى عليك أن الكلام في الرؤية التي يبطل الخيار معها إذا وقع البيع بعدها، وإلا فلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع، ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذي ذكره الشارح، بل الأولى أن يقال: فإن في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما، وهما ليسا في ملكهما وهي حرام فليتأمل، فإنه يمكن أن يقال: المقصود إثبات المدعي بالطريق الأولى وفيه ما فيه، بل المراد الرؤية بعد البيع، وهي تسقط الخيار إذا قبض بعدها.

وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع، وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن ذلك هو المعزف للمقصود قال: (وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها) وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج. وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت، والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عاداتهم في الأبنية، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ، فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للفتاوت، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل.

بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه، اللهم إلا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين، أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم. ثم قيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر، وفي المبسوط: الجواب على قول زفر، وفي البساط: لا بد من رؤية جميعه، ولو نظر إلى ظهور المكعب لا يبطل خياره، ولو نظر إلى وجهها دون الصرم يبطل. قيل: وينبغي أن ينظر إلى الصرم في زماننا لفتاوته وكونه مقصوداً. وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها إلا إذا كانت البطانة مقصودة بأن كان فيها فرو، وأما الوسادة المحشوة إذا رأى ظاهرها، فإن كانت محشوة مما يحشي بها مثلها يبطل خياره، وإن كان ممن لا يحشي به مثلها فله الخيار، هذا إذا كان المبيع واحداً قوله: (وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها، وكذا إذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج) لأن النظر إلى جميع أجزائها متعذر، إذ لا يمكن النظر إلى ما تحت السرر وإلى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفي برؤية المقصود منها (وعند زفر لا بد من دخول البيوت، والأصح أن جواب الكتاب على وفق عاداتهم في الأبنية) في الكوفة (فإن دورهم لم تكن متفاوتة) وأما في ديارنا (فلا بد من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (لفاوت الدور) بكثرة المرافق وقتلتها فلا يصير معلوماً بالنظر إلى صحنها وهو الصحيح، وهذا لا يفيد، إلا أن يقال: وكل من ذلك مقصود، وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو إلا في بلد يكون العلو مقصوداً كما في سمرقند، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزيلة على خلاف بلادنا بديار مصر. وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الأظهر والأشبه كما قال الشافعي، وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق. وأما ما ذكر في الأشجار من الاكتفاء برؤية رءوس الأشجار أو رؤية

لأن برؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت، وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج إلا أن يكون الباقي أردأ منها، فعلى هذا إذا نظر إلى وجه الصبرة بطل الخيار لأنه يعرف الباقي لأنه مكمل يعرض بالنموذج (والنظر إلى ظاهر الثوب مطوياً ما يعرف البقية إلا أن يكون في طيه ما كان مقصوداً كموضع العلم) وإذا نظر إلى وجه الأدمي بطل الخيار لأنه هو المقصود به العبد والأمة وسائر الأعضاء تبعاً له، ألا ترى أن تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء، وإذا نظر إلى الوجه أو الكفل في الدابة بطل الخيار لأنهما مقصودان في الدواب. هذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله. وشرط بعضهم رؤية القوائم لأنها مقصودة في الدواب، فإن كان المكمل والموزون والعددي المتقارب في وعاءين فرأهما في أحدهما فإن كان ما في الآخر مثل ما رأى أو فوقه بطل الخيار، وإن كان دونه فهو على الخيار، لكن إذا ردّ ردّ الكل لثلاثا تنفرق الصفقة، وإذا اشترى شاة فإما أن تكون للحم أو للقنية أي الدر والنسل، ففي الأول لا بد من الجس لأن المقصود إنما يعرف به، وفي الثاني لا بد من رؤية الضرع، وفي المطاعم لا بد من الذوق لأنه المعرف للمقصود قال: (ومن رأى صحن الدار فلا خيار له) رؤية صحن الدار أو خارجها ورؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية. لأن كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع والأسطوانات وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فأقمنا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل، فإذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزيلة والعلو إلا في بلد يكون العلو مقصوداً كما في سمرقند. وقال زفر رحمه الله: وهو قول ابن أبي ليلى:

قوله: (يشترط رؤية الكل) أقول: هذا كلام بعض المشايخ على ما يعلم من معراج الدراية. ثم أقول: كلام الشارح في هذا المقام مخالف المشروع.

قال: (ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يردّه إلا من عيب، ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري، وهذا عند أبي

خارجة فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال: المقصود من البستان باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره. وفي جامع قاضيخان: لا يكتفي برؤية الخارج ورءوس الأشجار انتهى. وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئاً، وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض. ولو اشترى دهنًا في زجاجة فرويته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لأنه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل، وعن محمد: يكفي لأن الزجاج لا يخفي صورة الدهن، وروى هشام أو قول محمد موافق لقول أبي حنيفة. وفي التحفة: لو نظر في المرأة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لأنه ما رأى عينه بل مثاله، ولو اشترى سمكاً في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فراه في الماء، قال بعضهم يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع، وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لأن المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو، فهذه الرؤية لا تعرف المبيع. وأما إذا كان المبيع مغيباً في الأرض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية. وروى بشر عن أبي يوسف إن كان شيئاً يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلجم إن باعه بعد ما نبت نباتاً يفهم به وجوده تحت الأرض جاز البيع، فإن قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى إذا رضي به يلزم البيع في الكل إن قلع البائع أو المشتري بإذن البائع يثبت له الخيار، فلو رضي به لزّم البيع في الكل لما عرف أن رؤية بعض المكيل أو الموزون كروية الكل، وإن قلعه المشتري بغير إذنه إن كان المقلوع شيئاً له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له أن يردّه رضي بالمقلوع أو لم يرض وجد في ناحية من الأرض أقل منه أو لم يوجد، لأن بالقلع صار المقلوع معيماً لأنه كان حياً ينمو وبعده صار مواتاً. والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية، وإن كان المقلوع شيئاً لا ثمن له لا يبطل خياره لأن وجوده كعدمه. وإن كان شيئاً يباع عدداً إن قلعه البائع أو المشتري بإذنه له الخيار في الباقي، حتى لو رضي به لا يلزم البيع في الكل لأنه عددي متفاوت، فروية بعضه لا تكون كروية كله، وإن قلعه المشتري بغير إذن البائع بطل خياره. وقد حكي فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما فما ذكرنا قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: رؤية بعضه كروية كله، وجعلاه كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لأن ببعضها يستدل في العادة على الكل، وإن اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف إن قلعت له لا يصلح لي ولا أقدر على الرد، وقال البائع لو قلعتك فقد لا ترضى يتطوع إنسان بالقلع فإن تشاحاً فسخ القاضي العقد بينهما قوله: (ونظر الوكيل) إلى المبيع مكشوفاً: يعني الوكيل بالقبض كما فسرّه المصنف، وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلاً عني بقبضه (كنظر المشتري حتى لا يردّه) المشتري بعد قبض الوكيل ورؤيته (إلا من عيب، ولا يكون نظر الرسول كنظر المرسل) والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع إليك المبيع أو أنت رسولي إليه في قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه، وعلى هذا إذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولاً لا وكيلاً لأنه من ما صدقات أمرتك، وقد قيل: لا

لا بد من دخول داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب: أي القدوري على وفاق عاداتهم بالكوفة أو بغداد في الأبنية، فإنها تختلف بالضيق والسعة، وفيما وراء ذلك يكون كصفقة واحدة، وهذا يصير معلوماً بالنظر إلى جدرانها من خارج، فأما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للفتاوت في مالية الدور بقلة مراقفها وكثرتها، فالنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر. قال: (ونظر الوكيل كنظر المشتري) قيل صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عني في قبض المبيع أو وكلتك ذلك. وصورة الإرسال أن يقول كن رسولاً عني أو أرسلتك أو أمرتك بقبضه. وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما إذا قال أمرتك بقبضه إذا نظر الوكيل بالقبض إلى المبيع وقبضه يسقط خيار المشتري فلا يردّه إلا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم. وقال الفقيه أبو جعفر: إذا كان عيياً يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض إليه، فإذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله أن يردّه عند أبي حنيفة، وقالوا: نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق، ونظر الوكيل

حنيفة رحمه الله، وقالوا: هما سواء، وله أن يرده) قال معناه الوكيل بالقبض، فأما الوكيل بالشراء فروثته تسقط الخيار بالإجماع. لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصداً. وله أن القبض نوعان: تام وهو أن يقبضه وهو يراه. وناقص، وهو أن يقبضه مستوراً وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه، فكذا الوكيل. ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل. وإذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصداً بعد

فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال قبض المبيع فلا يسقط الخيار. ومنهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك بمادة ألف ميم راء (هذا عند أبي حنيفة، وقالوا: هما) يعني الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فروثته تسقط الخيار بالإجماع. لهما أنه توكل) أي قبل الوكالة (بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به) وإذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى مبيعاً لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل، وكذا إذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضاً (كالإسقاط قصداً) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستوراً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لا يسقط (وله أن القبض على نوعين) قبض (تام) وهو أن يقبضه وهو يراه، وإنما كان هذا قبضاً تاماً لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض، فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاماً (وناقص وهو أن يقبضه مستوراً) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمناً لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعه، فكذا وكيله لإطلاق التوكيل) بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصداً بأن قبضه مستوراً ثم رآه فأسقط الخيار لأن بقبضه (مستوراً انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (إسقاطه) لانتفاء ولايته، ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما، إحداهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار، والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره. والثانية لو قبضه الموكل مستوراً ثم بعد القبض فأبطل الخيار بطل، والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل. وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل إنما يثبت ضمناً لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة، وليس هذا ثابتاً في مجرد رؤيته قبل القبض، ونقول: بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه إنما يتأتى على القول بأن مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح، وبعين الجواب الأول يقع الفرق في المسئلة الثانية لأنه لم يثبت ضمناً للقبض الصحيح، بل ثبت بعد انتهاء الوكالة

كنظرة فهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يرده ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض، فأما الوكيل بالشراء فروثته تسقط الخيار بالإجماع لأن حقوق العقد ترجع إليه (لهما أنه توكل) أي قبل الوكالة (بالقبض دون إسقاط الخيار) وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) إسقاط الخيار لأنه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئاً ثم وكل وكيلاً بقبضه فقبض الوكيل مبيعاً رآه عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل، وكمن اشترى بخيار الشرط وكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل، وكما إذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستوراً ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصداً لا يسقط خيار الموكل. ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبني على مقدمة هي (أن القبض على نوعين: تام وهو أن يقبضه وهو يراه، وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور) قوله: (وهذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين، وبيانه (أن تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم) الصفقة (مع بقاء خيار الرؤية) لأن تمامها تناهيها في اللزوم بحيث لا يرتد إلا برضاء أو قضاء، وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك، وإذا ظهر هذا قلنا: الموكل ملك القبض بنوعيه، وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند إطلاق التوكيل عملاً بإطلاقه. فإن قيل: لا نسلم

قوله: (فيما إذا قال أمرتك بقبضه) أقول: فلا يسقط الخيار قوله: (وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين) أقول: ولعله إشارة إلى كون القبض وهو يراه تاماً تأمل. قوله: (والثاني ممنوع، فإن من توكل بشيء الخ) أقول: لو صح هذا لزم أن لا ينتهي التوكيل بالقبض الناقص

ذلك، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه، وخيار الشرط على هذا الخلاف. ولو

بالقبض الناقص. وقوله: (بخلاف خيار العيب لأنه) ثبت مع (تمام الصفقة) لأنه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار، ولذا كان له أن يرد المعيب وحده فيما إذا اشترى شيئين. وقوله في الكتاب إلا من عيب، قال فخر الإسلام: يجتمل إلا من عيب لم يعلمه الوكيل، فإن كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب، كذا ذكره الفقيه أبو جعفر، ولم يسلم مسألة خيار العيب. والصواب عندنا أن لا يملك الوكيل بالقبض إبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم. وقوله: (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعني وخيار الشرط لا نص فيه، فلنا أن نمنعه فيكون على الخلاف ذكره القدوري، وهو رواية الهندواني لأن القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لأن وجوده يجيز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه (ولكن سلم) أنه لا يبطل بالقبض التام وهو الأصح (فالموكل لا يملك التام منه) فإذا فرضنا أن التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فإنه لا يملك شيئاً) من القبض لا التام ولا الناقص لأنه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة، ولذا لا يملك التسليم أيضاً، وصور الإرسال في البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع، وصورتها بالشراء أن يقول قل لفلان إني اشتريت منك كذا وكذا بمعين كذا وكذا قوله: (وبيع الأعمى وشراؤه جائز) باتفاق الأئمة الثلاثة. وقال الشافعي: لا يجوز إلا في السلم، والشراء يمد في لغة الحجاز، ويقصر لأهل نجد (وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره) فدخل في عموم قوله ﷺ في الحديث السابق «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه»^(١) (وقد

ذلك فإن الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً ثم رآه أسقط الخيار قصداً لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة. أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل إذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي أجنبياً فلا يملك إسقاطه، وفي هذا الجواب تعرض إلى رد قياسهما على الإسقاط القصدي، وإلى رد قولهما دون إسقاط الخيار. وتقريره أنه لم يتوكل بإسقاط الخيار قصداً أو ضمناً والأول مسلم، ولكن إسقاط الخيار في القبض التام ثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار، بخلاف الموكل، وكم من شيء ثبت ضمناً ولا يثبت قصداً. والثاني ممنوع فإن من توكل بشيء توكل بما يتمه لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وقوله: (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فإنه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به إلا برضا أو قضاء، وما لم يمنع تمام الصفقة لا منع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض، ولم يجعل تفريقاً للصفقة لأن تفريق الصفقة قبل تمامها ممنوع، ولما لم يمتنع هاهنا دل أنها كانت تامة، وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لإسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل، وخيار الشرط لا يصلح مقيساً عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدوري أن من اشترى شيئاً على أنه بالخيار فوكل وكيلاً بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف، ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة مع بقاء خيار الشرط، والخيار لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون إلا بعد القبض فكذا وكيله، وقيد بالتام لأن الموكل يملك الناقص فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص، والرسول ليس كالموكل فإن إتمام ما أرسل به ليس إليه وإنما إليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فإنه لا يملك القبض والتسليم. قال: (وبيع الأعمى وشراؤه جائز) بيع الأعمى وشراؤه جائز عندنا (وله الخيار) وقال الشافعي رحمه الله: إن كان بصيراً فعمي فكذا الجواب، وإن كان أعمى فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلاً لأنه لا علم له بالألوان والصفات، وهو محجور بمعاملة الناس العيانيين من غير نكير، وبأن من أصله أن من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به لغيره

كلام على السند الأخص فلا يجدي نفعاً قوله: (لأن الاختيار) أقول: التابع بالياء بنقلتين بعد التامين، والاختيار بالياء المنقطعة بنقطة تحتانية بعد التاء من الخير. قال المصنف: (وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار) أقول: فيه بحث، فإن الخيار معلق بالرؤية ولا يثبت

سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده، فكذا لا يملكه وكيله، وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئاً وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض، والتسليم إذا كان رسولاً في البيع. قال: (وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى) لأنه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس، ويشمه إذا كان يعرف بالشم، ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم. وعن أبي

قررنه من قبل) في أول الباب، ولأن الناس تعارفوا معاملة العميان بيعاً وشراء، والتعارف بلا نكير أصل في الشرع بمنزلة إجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس) كالشاة (ويشمه إذا كان يعرف بالشم) كالطيب (ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق) كالعسل. وقوله: (كما في البصير) ظاهر في أن البصير إذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) في جامع العتايي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيراً لراه ثم يذكر له صفته. ولا يخفى أن إيقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط، واكتفى بذكر الوصف (لأن الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم) وممن أنكره الكرخي، وقال: وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في أنه لا يستفيد به علماً (وعن أبي يوسف أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرأى العقار وقال رضيت سقط خياره، لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتتحريك الشفتين يقام مقام القراءة للأخرس، وإجراء موسى على رأس من لا شعر له) في الإحلال من الإحرام، ولا يخفى ضعفه لأن العجز لا يتحقق إلا بتحقيق العجز عن الوصف فإن القائم مقام الشيء بمنزلته، وقد ثبت شرعاً اعتباره بمنزلته في السلم، ووجوب إجراء موسى مختلف فيه، وكذا التحريك غير لازم للأي. وعن أبي يوسف أيضاً أنه اعتبر الوصف في غير العقار أيضاً ولم يعتبر الشم ولا الذوق والحس لأن الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا. وقال مشايخ بلخ: يمس الحيطان والأشجار، فإذا قال رضيت سقط خياره لأن الأعمى إذا كان ذكياً يقف على مقصوده بذلك، وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار. وفي رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس، لأن التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا إلا فيما لا يمكن جسّه كالشمر على رعوس الشجر فيعتبر

فإذا احتاج الأعمى إلى ما يأكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعاً وفيه من القبح ما لا يخفى. ولنا (أنه اشترى ما لم يره، ومن اشترى شيئاً لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل) وفيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام «لم يره سلب» وهو يقتضي تصوّر الإيجاب وهو إنما يكون في البصير، والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير فإن ذلك أصل في الشرع بمنزلة الإجماع، ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود، فإن كان المبيع مما يعلم بمسه فخياره يسقط بجسه، وإن كان مما يعلم بالشم فيشمه ويذوقه في المذوقات. وأما إذا كان شجراً أو ثمرأ على شجر أو عقاراً فإن خياره لا يسقط حتى يوصف له لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم. وقال بعض أئمة بلخ: يمس الحائط والأشجار، فإذا باشر بسبب العلم أو وصف له أو وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار. وروي عن أبي يوسف أنه إذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيراً لراه وقد قال رضيت سقط خياره، لأن التشبيه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتتحريك الشفتين وإجراء موسى في حق الآدمي والأصلع، وإطلاق الرواية يدل على أنه يقول

قبلها كما سلف، إلا أن يراد بالخيار حق الفسخ مجازاً. والحق أن يجب بأن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازاً على ما قالوا فلا إشكال، إلا أن قوله إذا اشترى يأبى عن هذا نوع إياه فليتأمل قوله: (وفيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول: فيه بحث لأن التصور لا يستلزم التحقق؛ ألا يرى أن قولنا شريك الباري ليس بموجود في الخارج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه، والأولى إيراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام «فله الخيار إذا رأى» فإن إذا تستعمل في المتحقق فليتأمل، فإن المراد بالرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا.

يوسف رحمه الله أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه وقال قد رضيت سقط خياره، لأن التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحرير الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة، وإجراء الموصى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج. وقال الحسن: يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفاً. قال: (ومن رأى أحد الثوبين فاشترهما ثم رأى الآخر جاز له أن

فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات، وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لأبي الليث وقال الحسن: (يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه) فيسقط بذلك خياره. قال المصنف: (وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل) ولو وصف للأعمى ثم أبصر لا خيار له لأن خياره سقط فلا يعود إلا بسبب جديد، ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار إلى الوصف قوله: (ومن رأى أحد الثوبين فاشترهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما، لأن رؤية أحدهما ليست رؤية للآخر للثبوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره) فله رده بحكم الخيار (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فيردهما) إن شاء (كي لا يكون تفريقاً للصفقة) على البائع (قبل التمام، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض ويعده) كخيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخاً من الأصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج إلى القضاء والرضا، فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استحق أحدهما لا يرد الباقي، وهنا وفي خيار الشرط يرد الآخر إذا رد أحدهما بعد القبض.

بذلك من غير اشتراط الوصف. قال محمد في الجامع الصغير: قال أبو يوسف في الأعمى: يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال: له أن يرده، وإن كان في مكان لو كان بصيراً لرآه ثم قال قد رضيته لم يكن له أن يرده. وقال الفقيه: قال بعضهم: يوقف في مكان لو كان بصيراً لرآه ومع ذلك يوصف له، وهذا أحسن الأقاويل، قال: وبه نأخذ. وقال الحسن: يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه. وهذا أشبه بقول أبي حنيفة، لأن رؤية الوكيل بالقبض كروية الموكل كما تقدم. ولو وصف له فقال رضيت ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود. ولو اشترى بصيراً ثم عمي انتقل الخيار إلى الصفقة لأن الناقل للخيار من النظر إلى صفة العجز، وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية، قال: (ومن رأى أحد الثوبين فاشترهما) قد تقدم أن في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الأحاد في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها، وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين فاشترهما ثم رأى الآخر فله الخيار، لكن لا يرد الذي رآه وحده، بل يردهما إن شاء كي لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام، وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة، وأنها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخاً من الأصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه. فإن تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث «نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة» قيل: تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعاً إن شاء، وقوله ﷺ «من اشترى شيئاً لم يره» الحديث يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده، فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز؟ وأجيب بأن موجب النهي مطرد في جميع صورته، وموجب المجيز ليس كذلك فإنه لا يملك الرد إذا تعيب أو اعتق أحد العبدین أو دبره والمطرد راجح وبأنه محرم والمحرر راجح على المبيع، أو لأنه متأخر عن المبيع لثلا يلزم تكرير النسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن؟ لأن

قوله: (وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة) أقول: تقدم بورقة تخميناً، وهو قوله ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية، لأن تمامها تنهاها في اللزوم قال المصنف: (وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض ويعده) أقول: قال العلامة الكاكي: يعني فيما إذا قبضه مستوراً، كذا قيل، ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يطله انتهى، وفيه بحث يظهر بملاحظة ما مر في مسئلة نظر الوكيل قوله: (فإن تفريق الصفقة منهي عنه) أقول: تحليل لقوله لثلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام قوله: (وقوله عليه الصلاة والسلام «من اشترى شيئاً لم يره» الحديث، يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده، فما وجه ترجيح حديث النهي) أقول: وأنت خبير بأن المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج إلى الترجيح، وأيضاً المشتري هنا هو المجموع دون كل واحد، ف رؤية أحدهما دون الآخر كروية وجه الدابة دون كفلها أو بالعكس فليتأمل قوله: (أو لأنه متأخر عن المبيع الخ) أقول: في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح

يردهما) لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره، ثم لا يرد وحده بل يردهما كي لا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخاً من الأصل. (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا، وقد ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة، فإن كان على الصفقة التي رآه فلا خيار له) لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة، وبفواته ثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلمه مرثيه لعدم الرضا به

أجيب أن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم أن الصفقة لا تتم معهما، وفي الاستحقاق: لو رد كان بعد التمام لأن الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهراً فلم يثبت في الباقي عيب الشركة، حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يرده الباقي أيضاً كما في خيار الرؤية والشرط، لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق، ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام، ولو كان المبيع مكيفاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لأن الشركة ليست بعيب فيه، ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام، ولو وجد بأحدهما عيباً في مسألة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرد وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم قبل القبض. هذا والمعنى في تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الأكبر، وذلك أن في تفريقها ثبوت ضررين دائماً، غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فإنه ضرر مال فإنه قد لا يروج أحدهما إلا بالآخر لجودة أحدهما ورداءة الآخر، وهو فوق ضرر المشتري فإن ضرره ليس إلا ببطلان مجرد قوله إذا ألزمناه ردهما، بعد القبض ضرر المشتري أكثر لأنه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد وضرر البائع موهوم إذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعملنا بدفع أعلى الضررين فيهما قوله: (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث) على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق قوله: (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فإن وجده على الصفقة التي رآه) عليها (فلا خيار له، لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة) فلم يتناوله قوله ﷺ «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه»^(١) لأنه بإطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله

رد أحد الثوبين لا يكون رداً لأنه اشترى ثوبين لا أحدهما، والرد إنما يصح أن لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهي عن تفريقها مطلقاً، وقد قيدتم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر، ومثله مرجوح. والجواب أن النهي إنما هو عن التفريق والتقيد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة، فإنه إذا أوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الإضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء إلى الجيد ترويحاً له بالجيد، فإذا علم أن المانع من رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق، فإن من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي، وفيما نحن فيه إذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضاً لأن فيما نحن فيه رد أحدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية. وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة، حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به، لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري، فإن شاء رضى وإن شاء رد. وفي خيار الرؤية عله رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع. قال: (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) قد تقدم أن خيار الشرط لا يقبل الانتقال لأنه مشيئة، وهو عرض والعرض لا ينتقل والإرث فيما ينتقل، فكذا خيار الرؤية، وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفي فلا يحتاج إلى إعادته. قال: (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة، فإن كان على تلك

كلام متعلق بهذا المقام فراجع قوله: (والجواب أن النهي إنما هو عن التفريق، إلى قوله: قبل التمام بالقياس) أقول: تقيد المطلق بنسخ

(وإن وجدته متغيراً فله الخيار) لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره، وإن اختلفا في التغير فالقول للبائع لأن التغير حادث وسبب لزوم ظاهر، إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا لأن الظاهر شاهد للمشتري، بخلاف

(إلا إذا كان) المشتري (لا يعلمه مرثية) أي لا يعلم أن المبيع كما قد رآه فيما مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت إياها كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوباً فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وإن وجدته متغيراً) عن الحالة التي كان رآه عليها (فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه) فكانت رؤيته وعدمها سواء (فإن اختلفا في التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لأن) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والأصل عدمه فلا تقبل إلا ببينة (بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية) فقال البائع رأيتاه وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع يمينه لأن البائع يدعي أمراً عارضاً هو العلم بصفته (والمشتري ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعته. وقال المشتري بل هو هو القول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية. ولقاتل أن يقول: الغالب في البياعات كون المشتري رآوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لأن الغالب هو الظاهر، والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالأصل إلا إن لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية، بخلاف ما إذا كان له خيار العيب فإن القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه، وهذا لأن المشتري في الخيارين يفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافاً في المقبوض، فالقول فيه قول القابض ضمناً كان أو أميناً كالغاصب والمودع، بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره. وقوله: (إلا إذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع: أي إلا في صورة ما إذا طالت المدة (على ما قالوا) أي المشايخ (لأن الظاهر شاهد للمشتري) إذ الظاهر أنه لا يبقى الشيء في دار التغير وهي الدنيا زماناً طويلاً لم يطرقه تغير. قال محمد رحمه الله تعالى: أرايت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق، بل يصدق لأن الظاهر شاهد له. قال شمس

الصفة التي رآه) عليها سقط الخيار لأن العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة، وبفوات العلم بالأوصاف يثبت الخيار، فبين العلم بالأوصاف وثبوت الخيار منافاة، ويثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالأوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار إلا إذا كان لا يعلم أنه هو الذي رآه كما إذا اشترى ثوباً ملفوفاً كان رآه من قبل، وهو لا يعلم أن المشتري ذلك المرئي فإن له الخيار حينئذ لعدم الرضا به، وإنما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف، وهاهنا لما كان المبيع مرثياً من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصل فلا يكون له الخيار، وذلك لأن الأمر وإن كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم أنه مرثية لم يرض به فكان له الخيار وإن وجدته متغيراً فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره، وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه، لأن التغير حادث لأنه إنما يكون بعيب أو تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر وتمسك بالأصل، لأن سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه، وقيل هو الرؤية السابقة، وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهراً، والأصل لزوم العقد، والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض قوله: (إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا) أي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فإنه حينئذ يكون القول قول المشتري، لأن الظاهر يشهد له، فإن الشيء يتغير بطول الزمان، ومن يشهد

وذلك لا يجوز بالقياس ثم لا يظهر بما ذكره في معرض الجواب دفع ما قيل. قوله: (يندفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول: أي يظهر اندفاعه. قال المصنف: (لأن تلك الرؤية لم تقع معلماً) أقول: الظاهر أن يقول معلمة قوله: (وقيل هو الرؤية السابقة) أقول: لا يظهر الفرق بين المعنيين الأولين لأن المراد برؤية جزء من المعقود عليه هي الرؤية السابقة، وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء المعقود عليه قوله: (وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول: عندي أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرئي فليتأمل.

ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله . قال : (ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوباً أو وهبه وسلمه لم يزد شيئاً منها إلا من عيب، وكذلك خيار الشرط) لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها، بخلاف خيار العيب لأن

الأئمة وبه أفتى الصدر الشهيد والإمام المرغيناني فنقول: إن كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً فالقول للبائع، وإن كان التفاوت غالباً فالقول للمشتري. مثاله: لو رأى دابة أو مملوكاً فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لأن الشهر في مثله قليل قوله: (ومن اشترى عدل زطي لم يره وقبضه فباع ثوباً منه أو وهبه) ثم رأى الباقي (ليس له أن يرد شيئاً منها إلا من عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بحاله: أعني فباع بعضها أو وهبه سقط خياره في الباقي وليس له أن يرد بخيار الشرط بل إن اطلع على عيب، وهذا (لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فلو رد الباقي فقط كان تفريقاً للصفقة على البائع قبل التمام، ولما مر من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها) وإن كان بعد القبض (بخلاف خيار العيب فإن الصفقة تتم معه بعد القبض، وفيه) أي في المقبوض (وضع المسئلة) لأنها لو لم تكن مقيدة به لم تصح صورتها إذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته، ولأنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية إن شاء فلا يصح حينئذ قوله إلا من عيب، لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد بأحدهما عيباً لا يرد المعيب خاصة بل يردهما إن شاء. لا يقال: في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع أنه متروك الظاهر فإن تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى. قلنا: لم نقل بعدم رده مطلقاً، بل قلنا: إذا رده يرد معه الآخر، فزدنا شرطاً في الرد عملاً بحديث الصفقة لتكون عاملين بالحديثين معاً جمعاً بينهما. والعدل: المثل، والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه: أي يعادلهما وفيها أثواب. والزط في المغرب: جبل من الهند تنسب إليهم الثياب الزطية، وقيل جبل بسواد العراق. وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنه في قوله لم يرد شيئاً منها على معناه، فكان نظير قوله تعالى ﴿وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتاً أو هم قائلون﴾ [الأعراف ٤] هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (إلى المشتري بسبب هو فسخ) محض كالدرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أي المشتري للعدل (على خياره) أي خيار الرؤية فله أن يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس

له الظاهر فالقول قوله وإليه مال شمس الأئمة السرخسي وقال: رأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشترها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير كان يصدق على ذلك. وقوله: (بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية) متصل بقوله فالقول قول البائع: يعني إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لأن البائع يدعي عليه العلم بالصفات وأنه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين. قال: (ومن اشترى عدل زطي) العدل بالكسر المثل، ومنه عدل المتاع، والزط: جبل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية. ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوباً، كذا لفظ الجامع الصغير. وهو مراد المصنف، لأنه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع أو هبة، فإذا قبضه فباع منه ثوباً أو وهبه وسلمه لم يرد شيئاً منها: أي من الثياب الزطية إلا من عيب. ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظراً إلى العدل، وأنت في قوله منها نظراً إلى الثياب، فإنه إذا باع منه ثوباً لم يبق عدلاً بل ثياباً من العدل، وكذا إذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوباً منه أو وهب وذلك لأن الرد تعذر فيما خرج من ملكه، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن الخيارين يمنعان تمامها كما مر. وأما خيار العيب فإنه لا يمنع تمامها بعد القبض، وفيه وضع محمد المسئلة لأنه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه (فلو عاد) الثوب الذي باعه (إلى المشتري بسبب هو فسخ) بأن رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء أو رجع

الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة. فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي. وعن أبي يوسف لأنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط، وعليه اعتمد القدوري.

الأئمة السرخسي. وعن أبي يوسف) وهو رواية علي بن الجعد عنه (أنه) أي خيار الرؤية (لا يعود) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط) إلا بسبب جديد، وصححه قاضيخان (وعليه اعتمد القدوري) وحقيقة الملحظ مختلف، فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعاً زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله، ولحظ على هذه الرواية مسقطاً، وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه، لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها، والله الموفق.

في الهبة فهو أي المشتري الأول أو الواهب على خياره، فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة (كلما ذكره شمس الأئمة السرخسي. وعن أبي يوسف أن خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري).

باب خيار العيب

(وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده لأن مطلق

باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات والإضافة في خيار العيب إضافة الشيء إلى سببه والعيب والعيبة والعياب بمعنى واحد، يقال عاب المتاع: أي صار ذا عيب، وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضاً على الأصل، والعيب: ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً قوله: (وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع) ولم يكن شرط البراءة من كل عيب (فهو بالخيار، إن شاء أخذه) ذلك المبيع (بجميع الثمن، وإن شاء رده) هذا إذا لم يتمكن من إزالته بلا مشقة، فإن تمكن فلا لإحرام الجارية فإنه يسيل من تحليلها ونجاسة الثوب، وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا يتنقص، وإنما ثبت له هذا الخيار (لأن مطلق العقد) وهو ما لم يشرط فيه عيب (يقضي وصف السلامة، فعند فواته يتخير) بيان الأول من المنقول والمعنى، أما المنقول فما علقه البخاري حيث قال: ويذكر عن العداء بن خالد قال: «كتب لي النبي ﷺ: هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد، بيع المسلم من المسلم عبداً لا داء ولا خيثة ولا غائلة»^(١) ثم قال البخاري: وقال قتادة: الغائلة الزنا والسرقة والإباق. وروى ابن شاهين في المعجم عن أبيه قال: حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال: حدثنا عباد بن ليث قال: حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال: قال لي العداء بن خالد بن هوزة: ألا أقرئك كتاباً كتبه لي رسول الله ﷺ؟ قال: قلت بلى، فأخرج لي كتاباً «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة من محمد رسول الله ﷺ عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خيثة بيع المسلم المسلم»^(٢) ففي هذا أن المشتري العبداء. وفي الأول أنه النبي ﷺ، وصحح في المغرب أن المشتري كان العداء وتعلق البخاري إنما يكون صحيحاً إذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل بنحو قوله، وقال معاذ لأهل اليمن. ففي قوله عليه الصلاة والسلام «بيع المسلم المسلم»^(٣) دليل على أن بيع المسلم

باب خيار العيب

آخر خيار العيب لأنه يمنع اللزوم بعد التمام، وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه. إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده لأن مطلق إذا العقد يقتضي وصف السلامة: أي سلامة المعقود عليه عن العيب، لما روي أن رسول الله ﷺ اشترى من عداء بن خالد بن هوزة عبداً وكتب في عهده «هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بن هوزة عبداً لا داء ولا غائلة ولا خيثة بيع المسلم من المسلم» وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة المرض في الجوف والكبد والرتة، فإن المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما

باب خيار العيب

العيب: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة. قوله: (ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته) أقول: ضمير فواته راجع إلى

(١) ذكره البخاري معلقاً بصيغة التمريض بإثر حديث ٢٠٧٨ باب ١٩ قال ابن حجر في الفتح ٣١/٤: وصله الترمذي وغيره واتفقوا على أن المشتري هو العداء عكس ما في البخاري.

(٢) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٢١٦ وابن الجارود ١٠٢٨ وابن ماجه ٢٢٥١ وابن عدي ٤٣٥/٤ والدارقطني ٧٧/٣.

كلهم من حديث العداء بن خالد بن هوزة وفي إسناده عباد بن الليث

قال ابن عدي في الكامل: سألت يحيى بن معين عن عباد بن الليث فقال: ليس هو بشيء.

وقال ابن عدي: عباد هذا معروف بهذا الحديث إذ لا يروي غيره. وقال الترمذي: حسن غريب.

(٣) هو المتقدم.

العقد يقتضي وصف السلامة، فعند فواته يتخير كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به، وليس له أن يمسكه ويأخذ

المسلم ما كان سليماً، ويدل عليه قضاؤه عليه الصلاة والسلام بالرد فيه على ما في سنن أبي داود بسنده إلى عائشة «أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمان»^(١) وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرقيق من الأدواء التي يرد بها كالجنون والجذام ونحوها. والخبة ما كان خبيث الأصل مثل أن يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبة إذا كان ممن يحرم سبيه، وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده. ومعنى الغائلة ما يغتال حقل من حيلة وما يدل على المبيع من عيب، وتفسيره للداء يوافق تفسير أبي يوسف له. وأما أبو حنيفة ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرئة، وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الأفعال كالإباق والسرقة وهو قول الزمخشري. الغائلة: الخصلة التي تغول المال: أي تهلكه من إباق وغيره والخبة: الاستحقاق، وقيل هو الجنون، وأما المعنى: فلأن السلامة لما كانت هي الأصل في المخلوق انصرف مطلق العقد إليها، ولأن العادة أن القصد إلى ما هو متحقق من كل وجه لأن دفع الحاجة على التمام به يكون، والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف إليه إلا بذكره وتعيينه، ولما كان القصد إلى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقدته (كي لا يتضرر بالزام ما لم يرض به) قوله: (وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) أي نقصان العيب، وبه قال الشافعي خلافاً لأحمد، لأن الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضرراً على الآخر من غير التزام له، والبائع يلتزمه لأنه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه إلا به وإن كان معيباً، وهذا لأن الظاهر معرفته بالعيب فأنزل عالماً به لطول ممارسته له في مدة كونه في يده، ولذا بعينه اتفق العلماء على أنه إذا باعه على أنه معيب فوجده سليماً لا خيار له. ولا يقال إنه ما رضي بالثمن المسمى إلا على اعتبار أنه معيب فلا يكون راضياً به حين وجده سليماً لأنه أنزل عالماً بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضياً بالثمن على اعتباره سليماً فلا يرجع بشيء، كما جعل عالماً بالعيب فأنزل غير راض فيه معيباً إلا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في أخذه أو رده، فإن بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الأوجه.

يكون في الجوف والكبد والرئة. وفيما روي عن أبي يوسف أنه قال: الداء المرض، والغائلة ما تكون من قبيل الأفعال كالإباق والسرقة، والخبة هي الاستحقاق، وقيل هي الجنون، وفي هذا تنبيه على أن البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب، ووصف السلامة يفوت بوجود العيب، فعند فواته يتخير لأن الرضا داخل في حقيقة البيع، وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به. فإن قيل: تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع، لأن مطلق العقد إذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزماً له، فإذا فات اللازم انتفى الملزوم. فالجواب أن المطلق ينصرف إلى الكامل وهو العقد اللازم، ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد (وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) لأن الفاتت وصف، إذ العيب إما أن يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعمى والعمور والشلل والزمانة والأصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة، وإما أن يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا والفر والبخر في الجارية، وفي ذلك كله فوات وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، لأن الثمن إما أن يقابل بالوصف والأصل أو بالأول دون

وصف قوله: (لأن الرضا داخل في حقيقة البيع) أقول: أي البيع اللازم قوله: (ينتفي الرضا) أقول: أي ظاهراً قوله: (إذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزماً) أقول: هذا غير مسلم وإنما يكون كذلك لو اقتضاء اقتضاء تاماً لا يجوز أن يتخلف عنه ومن أين ثبت ذلك؟ قوله:

(١) ضعيف بهذا اللفظ. أخرجه أبو داود ٣٥١٠ وابن ماجه ٢٢٤٣ والطحاوي ٢٠٨/٢ وابن الجارود ٦٢٦ والحاكم ١٥/٢ كلهم من حديث عائشة. وقد صححه الحاكم ووافقه الذهبي مع أن في إسناده مسلم بن خالد الزنجي وهو غير قوي بل قال عنه ابن حجر في التقريب صدوق كثير الأوهام. فالحديث بهذا اللفظ ضعيف وأما المرفوع منه فله شواهد كثيرة وهو جيد.

النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد، ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره، والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند

وذكر المصنف قبل قوله: (ولأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيئاً، وهذا لأن الثمن عين فإنما يقابله مثله، والوصف دونه فإنه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به إلا تبعاً لمعروضه غير منفرد عنه. وقوله بمجرد العقد احتراز عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة، كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فإن الوصف حينئذ يفرد بالضممان ويتخير المشتري، وكذا إذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط نصف الثمن لأنه صار مقصوداً بالتناول، أو حكماً بأن امتنع الرد لحق البائع كان تعيب عند المشتري بعيب آخر أو لحق الشرع بأن جنى جناية. ولذا قلنا: إن من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردها لأن تلك الزيادة التي أتلفها جزء مبيع لا أنها تبع محض.

[فرع] لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز، وبه قال مالك والشافعي في وجه، وفي وجه لا يجوز، والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية قوله: (وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذي اشترى به (في عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذي يرد به، وهذا لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به، والمرجع في كونه عيباً أو لا لأهل الخبرة بذلك وهم التجار أو باب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات، وبهذا قالت الأئمة الثلاثة، وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعتها بل مجرد النظر إليها كالظفر الأسود للصحيح القوي على العمل، وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك قوله: (والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وقوله: (ما لم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه يجري مجرى البدل من الصغير، وإذا كان ذلك عيباً في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضاً عند المشتري في الصغير أن يرده به. ثم قال القدوري (فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال: (ومعناه) أي معنى قوله فإذا بلغ إلى آخره، وحاصله أنه إذا ظهرت هذه الأشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يرده به لأنه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر، فالبول في الفراش للصغير (لضعف المثانة، وبعد الكبر لداء في الباطن، والإباق في الصغر لحب اللعب والسرقة) في الصغير (لقلّة المبالاة، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن) فإذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله، وإذا كان غيره فلا يرد به لأنه عيب حادث عنده، بخلاف ما إذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ، فإن له أن يرده بها، وإذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فإذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب إذا وجد بعده عند

الثاني أو بالعكس، لا سبيل إلى الأول والثاني لثلا يؤدي إلى مزاحمة التبع الأصل فتعين الثالث قوله: (في مجرد العقد) احترازاً عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم قوله: (ولأنه لم يرض بزواله) دليل آخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أي قيمته أو أرشه. وتقريره أن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى، وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضية، وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون إلزاماً على البائع بلا بيع، وفيه من الضرر ما لا يخفى، والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب أيضاً لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في

(وفي ذلك كله فوات وصف) أقول: وكون فوات الجزء فوات الوصف يعلم مما أسلفه الشارح في أوائل كتاب البيع قوله: (لثلا يؤدي إلى مزاحمة التبع الأصل) أقول: أنت خبير بأن المزاحمة في الأول وفي الثاني ترجيح التبع على الأصل فليتأمل قوله: (كما تقدم) أقول: في أوائل كتاب البيع.

البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به. قال: (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لأن الضرر بنقصان المالية. وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله (والإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه: إذا ظهرت عند البائع في صفه ثم حدثت عند المشتري في صفه فله أن يرده لأنه عين ذلك، وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره، وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة، وبعد الكبر لداء في باطنه،

المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع، واكتفى بلفظ المعاودة لأن المعاودة لا تكون حقيقة إلا إذا اتحد الأمر، لأنه لا يقال عاد زيد فيما إذا ابتدأ غيره، فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ بوجوده منه قبل البلوغ أيضاً وإلا فلا معاودة. وقوله ليس بعيب: أي لا يرد به وقوله: (والمراد من الصغير) إلى آخره تقييد للصغير الذي ذكر أنه إذا وجد منه شيء من هذه الأمور عند البائع والمشتري يرد بأن يكون صغيراً يعقل، وأما الصغير الذي لا يعقل فهو إذا فقد ضالاً لا أبى، وكذا لا يكون بوله وسرقته عيباً. قال في الإيضاح: السرقة والبول في الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيراً، وكذا روى أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة. وفي بعض المواضع: ويستنجي وحده، وإذا قدر بها حذو ما قدر به في الحضانة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين إذا صدر منه ذلك لا يرد به، لأنهم قدروا الذي يأكل وحده إلى آخره بذلك، لكن وضع التصريح في غير موضع بتقديره بدون خمس سنين. وفي الفوائد الظهيرية هنا مسألة عجيبة، هي أن من اشترى عبداً صغيراً فوجده يبول في الفراش كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بالنقصان، فإذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ، لا رواية فيها، قال: وكان والذي يقول: ينبغي أن يسترد استدلالاً بمسئلتين إحداهما إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردها، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان، فإذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب، فكذا فيما نحن فيه. والثانية إذا اشترى عبداً فوجده مريضاً كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان، فإذا رجع ثم برىء بالمداواة لا يسترد وإلا استرد، والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي أن يسترد انتهى. وفي

أخذ النقصان. قيل: البائع إذا باع معيماً فإذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب ولا خيار له. وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما. وأجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فأنزل عالماً بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وإن ظهر بخلافه. وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع، فلو ألزمت العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار، ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض، لأن ذلك: أي رؤية العيب عند إحدى الحالين رضا بالعيب دلالة. قال: (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة. وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الإجمال فقال: (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن الضرر بنقصان المالية) ونقصان المالية (بانتقاص القيمة، فالنقص بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) قال: (والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) الذي يعقل إذا أبى من مولاه ما دون السفر من المصر إلى القرية أو بالعكس، فذلك عيب لأنه يفوت المنافع على المولى، والسفر وما دونه فيه سواء، فلو أبقت الجارية من الغاصب إلى مولاه فليس بإباق، وإن أبقت منه ولم ترجع إلى مولاه عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع إليه فهو عيب، وإن فات أحدهما فليس بعيب، وإذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فذلك، وإذا سرق درهماً من مولاه أو من غيره فذلك لإخلالها بالمقصود لأنه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيباً بلا تفرقة بين المولى وغيره إلا في المأكولات للأكل، فإن سرقها من مولاه ليست بعيب، فإذا وجدت هذه الأشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صفه فهو عيب يرد به، وإذا وجدت عندهما في حال كبره فذلك، وأما إذا اختلف فكان عند البائع في صفه وعند المشتري في كبره

والإباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن، والمراد من الصغير من يعقل، فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا أبق فلا يتحقق عيباً. قال: (والجنون في الصغر عيب أبداً) ومعناه: إذا جنّ في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يردّه لأنه عين الأول، إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن، وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري، لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قلماً

فتاوى قاضيخان: اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض واسترد الثمن ثم حاضت، قالوا: إذا كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك. وفيها أيضاً اشترى عبداً وقبضه فحمّ عنده وكان يحم عند البائع قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: المسئلة محفوظة عن أصحابنا أنه إن حم في الوقت الذي كان يحم فيه عند البائع كان له أن يردّه، وفي غيره فلا، فقيل له: فلو اشترى أرضاً فنزت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع، قال: له أن يرد لأن سبب النزّ واحد وهو تسفل الأرض وقرب الماء، إلا أن يجيء ماء غالب أو كان المشتري رفع شيئاً من ترابها فيكون النزّ غير ذلك أو يشتبه فلا يدري أنه عينه أو غيره. قال القاضي الإمام: يشكل بما في الزيادات: اشترى جارية بيضاء إحدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد، وجعل الثاني غير الأول. ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد، وجعل الثاني عين الأول الذي رضي به إذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه إذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الإمام كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاور معي فيما كان مشكلاً إذا اجتمعنا فشاورته. في هذه المسئلة فما استفدت منه فرقاً قوله: (والجنون عيب أبداً) هذا لفظ محمد رحمه الله، فلو جنّ في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر أو في الكبر يردّه لأنه عين الأول لأن السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أي باطن الدماغ، فهذا لفظ أبداً المذكور في لفظ محمد (وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة) للجنون (في يد المشتري) كما ذهب إليه طائفة من المشايخ، فأثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون عند البائع وإن لم يجنّ عند المشتري فهذا غلط (لأن الله تعالى قادر على إزالته) أي إزالة سببه (وإن كان قلماً يزول) وقد حققنا كثيراً من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمداواة، فإن لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد إزالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالردة) وهذا هو الصحيح، وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير، واختاره الإسيحاجي. قال محمد بعد قوله إذا جنّ مرة واحدة فهو عيب لازم أبداً بأسطر، وإن طعن المشتري بإباق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فإنه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشتري أو جنّ، وصرح باشتراط المعاودة في الجنون، وهذا بخلاف ما إذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع، أو عند آخر فإنها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح، وإن لم تلد ثانياً عند المشتري لأن الولادة عيب لازم لأن الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبداً وعليه الفتوى. وفي رواية كتاب البيوع: لا ترد. وفي المحيط: تكلموا في مقدار الجنون، قيل هو عيب وإن كان ساعة، وقيل إن كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب، ويوم وليلة فما دونه ليس بعيب، وقيل المطبق عيب وما ليس بمطبق ليس بعيب. والسرقة وإن كانت أقل من عشرة عيب، وقيل ما دون الدرهم نحو فلس أو فلسين ونحوه ليس عيباً،

فلا يرد به لأن سبب هذه الأشياء مختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب. قال: (والجنون في الصغر عيب أبداً) معناه: أن الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحاليتين، لأن السبب في الحاليتين واحد وهو فساد الباطن، فإذا جنّ في يد البائع في صغره يوماً أو ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يردّه، وليس معناه أن المعاودة في يد المشتري بشرط كما مال إليه شمس الأئمة الحلواني وشيخ الإسلام، وهو رواية المتقى بناء على أن آثاره لا ترتفع، وذلك تبين في حماليق عينيه لأن الله تعالى قادر على إزالته بحيث لا يبقى من أثره شيء، والأصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد إلا بالمعاودة

يزول فلا بد من المعاودة للرد قال: (والبخر والذفر عيب في الجارية) لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به، وليس بعيب في الغلام لأن المقصود الاستخدام ولا يخلان به، إلا أن يكون من داء لأن الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد، ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام، إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا، لأن اتباعهن يخل بالخدمة.

والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره إلا في المأكولات، فإن سرقتها لأجل الأكل من المولى ليست عيباً ومن غيره عيب، وسرقتها للبيع من المولى وغيره عيب، ونقب البيت عيب وإن لم يسرق منه، وإباق ما دون السفر عيب بلا خلاف. واختلفوا في أنه هل يشترط خروجه من البلد؟ فقليل شرط، فلو أبق من محلة إلى محلة لا يكون عيباً، ومن القرية إلى مصر إباق وكذا على العكس. ولو أبق من غاصبه إلى المولى فليس بعيب، ولو أبق منه ولم يرجع إلى المولى ولا إلى الغاصب، فإن كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع إليه فهو عيب، وإن لم يعرفه أو لا يقدر فلا قوله: (والذفر النخ) هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليست عيباً في الغلام: البخر، والذفر، والزنا، وولد الزنا، لأن الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيباً بخلاف الغلام فإنه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعه منه فلا يعد عيباً، إلا إذا كان البخر والذفر من داء فيكون عيباً في الغلام أيضاً لأن الداء عيب. وفي فتاوى قاضيخان قال: إلا أن يكون فاحشاً لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيباً. وعن أبي حنيفة: الذفر ليس عيباً في الجارية أيضاً إلا أن يفحش فيكون عيباً فيها إذا كان العبد أمرد يكون البخر عيباً به، والصحيح أنه لا فرق بين كونه أمرد وغيره والذفر: نتن ريح الإبط، يقال رجل أذفر وامرأة ذفراء، ومنه للسب يقال يا ذفار معدول عن دافرة، ويقال شممت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة وأما بإعجام الدال فيفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو نتن، وربما خص به الطيب فقليل مسك أذفر. ذكره في الجمهرة، وفيها وصفت امرأة من العرب شيخاً فقالت: ذهب ذفرة وأقبل بخره. قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة. والبجر بالجيم عيب، وهو انتفاخ تحت السرّة ومنه سمي بعض الناس أبجر، وفي الصحابة غالب ابن أبجر، أو قلبه وسمى به فرس لعنترة، وكذا الأدر وهو عظم الخصيتين، والأذن عيب، وهو من يسيل الماء من منخرينه، والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلع في الأسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها. ووجه كون الجارية ولد زنا عيباً بأنه يخل بالمقصود من طلب الولد، لأنها إذا كانت ولد زنا غير الولد بأمه. وقوله: (إلا أن يكون الزنا له عادة) استثناء من قوله دون الغلام. وقوله: (على ما قالوا) يعني المشايخ (لأن اتباعهن يخل بالخدمة) إذ كلما وجه لحاجة اتباع هواه. قال: قاضيخان: لو كان الزنا منه مراراً كان عيباً لأنه يضعفه عن بعض الأعمال ويزداد بالحدود ضعفاً في نفسه انتهى. بل وفي عرضه وربما تأذى به عرض سيدة. ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولودين البالغين، بخلافهما في الصغيرين، وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيباً مطلقاً.

وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير. قال: (والذفر والبخر عيب في الجارية) الذفر: رائحة مؤذية تجيء من الإبط، والذفر بالذال المعجمة: شدة الرائحة طيبة كانت أو كريهة، ومنه مسك أذفر وإبط ذفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب في الجارية، وهكذا في الرواية. والبخر: نتن رائحة الفم، كل منهما عيب في الجارية للإخلال بما عسى يكون مقصوداً وهو الاستفراش، وليس بعيب في الغلام لأنه لا يخل بالخدمة المقصودة منه إلا أن يكون فاحشاً لا يكون في الناس مثله، لأنه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيباً، والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام، لأن الأول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد، فإن الولد يعير بزنا أمة وليس بمخلين في المقصود من الغلام وهو الاستخدام، إلا أن يتكرر وذلك منه

قوله: (ومنه مسك أذفر وإبط ذفراء، وهو مراد الفقهاء من قولهم النخ) أقول: فيه تأمل قال المصنف: (والزنا وولد الزنا) أقول: وكون المبيع ولد الزنا فحذف المضاف والمضاف إليه قوله: (والثاني بطلب الولد) أقول: خص الثاني بإخلال طلب الولد مع أن الأول

قال: (والكفر عيب فيهما) لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته، ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة، فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لأنه زوال العيب. وعند الشافعي يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم، وفوات الشرط بمنزلة العيب قال: (فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو

وفي الفتاوى قاضيان: وهذا عندهم: يعني عدم الختان في الجارية المولدة، وأما عندنا عدم الخفض في الجوازي لا يكون عيباً قوله: (والكفر عيب فيهما) أي في الغلام والجارية (لأن طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر) للعداوة الدينية، وفي إلزامه به غاية الإضرار بالمسلم، ولا يأمنه على الخدمة في الأمور الدينية كاتخاذ ماء الوضوء وحمل المصحف إليه من مكان إلى مكان، ولا يقدر على إعتاقه عن كفارة قتل خطأ فقتل رغبته، والوجه هو الأول ولذا إنه لو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لأنه زائل العيب، والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام، وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو أنه إن كان ديناً يتأخر إلى ما بعد العتق فلا خيار له يرده به كدين معاملة بأن اشترى شيئاً بغير إذن المولى، وإن كان في رقبته بأن جنى في يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده إلا أن يقال: وبعد العتق قد يضره في نقصان ولانه وميراثه قوله: (وإذا كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن انقطاع الحيض) في أوانه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليلاً على الداء والداء عيب، وقد يتولد المرض من الانقطاع في أوانه، بخلاف ما إذا كانت بسن الإياس فإن الانقطاع ليس عيباً حيثئذ فحقيقته التعيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم: إذا أراد أن يرد بعيب الانقطاع فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي أن يدعي بأحد السببين من الحبل أو الداء حتى تسمع دعواه، لأن الانقطاع بدونهما لا يعد عيباً، والمرجع في الحبل إلى قول النساء، وفي الداء قول الأطباء، ولا يثبت العيب بقول الأطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع إلا أن يتفق منهم عدلان، بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه إلا النساء فإنه يقبل في توجه الخصومة قول امرأة واحدة، وكذا في الحبل. وفي الكافي:

على ما قال المشايخ فإنه يصير عادة ويحتاج إلى اتباعهن وهو مخل بالخدمة، قال: (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب في الجارية والغلام لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته، والثفرة عن الصحبة تؤدي إلى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيباً، ولأنه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق، وعن كفارتي اليمين والظهار عند بعض فيخلل بالرغبة، فإن اشتراه على أنه مسلم فوجده كافراً فلا شبهة في الرد، فإن اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لم يرد عندنا لأنه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون إياه كما إذا اشترى معيباً فإذا هو سليم، فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على أنه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة. وقال الشافعي: يرد به لأنه فات شرط مرغوب، لأن الأولى بالمسلم أن يستعيد الكافر وكان السلف يستعيدون العلوج، والجواب أن هذا أمر راجع إلى الديانة ولا عبرة به في المعاملات، فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بأن ارتفع عنها في أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيما روي عن أبي يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيما روي عن محمد أو سثن فيما روي عن أبي حنيفة وزفر رحمهما الله أنها لم تحض لحبل بها أو لداء كان ذلك عيباً ترد به، والمرجع في الحبل قول النساء، ويكتفي بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة، وفي الداء قول الأطباء يقبل فيه قول عدلين. وقال أبو المعين: يكفي قول عدل واحد منهم. وقيدنا بأن تكون الدعوة بعد المدة المذكورة، لأنه إذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الإصغاء إلى ذلك، وبأن تكون دعواه مشتتة على انضمام الحبل إلى انقطاع الحيض، أو على انضمام الداء إليه لأن الارتفاع بدون هذين الأمرين لا يعد عيباً، وكذا إذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيباً، لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء، لأن العادة في التي

مخل به أيضاً لاختصاص الثاني به قوله: (فإن الولد يعير بؤناً أمه) أقول: وتأتى النفس من الاستيلاء ممن يعير بسراية ذلك إلى ولده. قوله: (ولأنه يمنع صرفه عن كفارة القتل) أقول: الأولى أن يقال: يمنع عن صرفه في كفارة القتل قوله: (ولا عبرة به في المعاملات) أقول: أي عند التجار قوله: (بأن تكون دعواه مشتتة) أقول: معطوف على قوله بأن تكون الدعوى بعد المدة قوله: (لأن الارتفاع بدون هذين الأمرين لا يعد عيباً) أقول: فيه بحث، ألا يرى أن التعليل الذي ذكره بقوله لأن ارتفاع الدم علامة الداء لأن العادة الخ قوله: (وكذا إذا بلغت المدة المذكورة) أقول: التقييد بالبلوغ إلى المدة المذكورة في الاستمرار ضائع بل مخل، فإن الاستمرار قبله عيب أيضاً قال

عيب) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء، ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله، ويعرف ذلك بقول الأمة فتد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح. قال:

نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طيب عدل، ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة، وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير وهو أوجه، لأنه لتوجه الخصومة لا للرد. وفي التحفة: إذا كان العيب باطناً لا يعرفه إلا الخواص كالأطباء والنخاسين، فإن اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل، ويثبت العيب في إثبات حق الخصومة. وفي فتاوى قاضيه خان: إن أخبر بذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى، ثم يقول القاضي: هل حدث عندك هذا العيب؟ فإن قال نعم قضى عليه بالرد، وإن أنكر ولا بينة له استحلف كما سنذكر (ويعتبر في الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنه (سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة، ويعرف ذلك) أي الارتفاع والاستمرار (بقول الأمة) لأنه لا طريق له إلا ذلك (فإذا انضم إلى قولها نكول البائع) إذا استحلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحترز بقوله في الصحيح عما روي عن أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة. وعما عن محمد إذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء. وجه الصحيح أن شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها إلا بمؤيد وهو نكول البائع، ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدى الانقطاع، فإن ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه، وإن ذكر مدة مديدة سمعت. والمديدة روى عن أبي يوسف مقدرة بثلاثة أشهر، وعن محمد بأربعة أشهر وعشر. وعن أبي حنيفة وزفر بستين، وما دون المديدة قصيرة، فإن كان القاضي مجتهداً أخذ بما أدى إليه اجتهاده وإلا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو ستان، وإذا سمع الدعوى يسأل البائع أمي كما ذكر المشتري، فإن قال نعم ردها على البائع بالتماس المشتري، وإن قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندني توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامها للحال، وإن طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع فإن حلف برىء، وإن نكل ردت عليه، وإن شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة لأنها مما يمكن الاضطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذي يعد عيباً، وإن أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف؟ عند أبي حنيفة لا. وعندهما يستحلف، وهذا ينبو عن تقرير الكتاب، وإنما يوافق تقرير الهداية ما نقله صاحب النهاية بعد ما ذكر. هذا ما ذكر عن فتاوى قاضيه خان: اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهراً أو أربعين يوماً. قال القاضي الإمام: ارتفاع الحيض عيب، وأدناه شهر واحد إذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرده إذا ثبت أنه كان عند البائع انتهى. وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر، وينبغي أن يعول عليه، وما تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر، فعند أبي حنيفة وهو قول زفر ستان، وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لأبي حنيفة، وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر، وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى، والرواية هناك ليست واردة هنا لأن الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فإن الوطء ممنوع شرعاً إلى الحيضة لاحتمال الحمل فيكون ساقياً ماؤه زرع

خلقت على السلامة الحيض في أوانه والمعاودة على وجه لا يدوم، فإذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في بطنها والداء عيب، ويعرف ذلك: أي الارتفاع والاستمرار بقول الأمة، فإن أنكر البائع ذلك لا ترد عليه إلا بحجة، ولا يقبل فيه قول الأمة وحدها فيستحلف البائع، فإن نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية، وهو الصحيح لأن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط. وعن أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقول الأمة وشهادة النساء لأن العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز أن يفسخ شهادتهن قال:

المصنف: (وهو الصحيح) أقول: قال ابن الهمام: احترز بقوله هو الصحيح عما روي عن أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة. وعن محمد إذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء انتهى. وله كلام متعلق به بعد صحيحه.

غيره، فقدرة أبو حنيفة وزفر هناك بسنتين لأنه أكثر مدة الحمل، فإذا مضت ظهر انتفاؤه فجاز وطؤها وهو أقيس. وقدره محمد وأبي حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لأنها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها، ولأن فيها يظهر الحمل غالباً لو كانت حاملاً، وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لأنها جعلت عدة التي لا تحيض، والحكم هنا ليس إلا كون الامتداد عيباً فلا يتجه إناطته بسنتين أو غيرها من المدد لأن كونه عيباً باعتبار كونه يؤدي إلى الداء وطريقاً إليه، وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكر. وبما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للرد به إلى تعيين أنه عن حمل أو داء في الدعوى فإن كونه عيباً باعتبار كونه مفضياً إلى الداء لا لأنه لا يكون إلا عن داء يتقدم عليه، فلذا لم يتعرض فقيه النفس قاضيهان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما، بل إذا ادعى الانقطاع في أوانه فقد ادعى العيب، ويكفي شهر واحد فإن به يتحقق الانقطاع في أوانه وهو العيب، لأنه إذا كان في الواقع مسبباً عن داء فهو عيب وطريقاً إليه، فكذا فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعول عليه، وإلا فقلما يظهر للطبيب داء بممتدة الطهر، وكثيراً ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها داء، وهذا هو ظاهر الهداية، ألا ترى إلى قوله ويعرف ذلك بقول الأمة، وكذا قال الإمام العتابي وغيره إنما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لا يقف على ذلك غيرها، فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الحمل في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حيثئذ غيرها، توجه اليمين على البائع، بل لا يرجع إلا إلى قول الأطباء أو النساء، فظهر أن ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحمل في دعوى انقطاع الحيض، ثم إنه يحتاج في توجه الخصومة إلى قول الأطباء أو النساء ليس تقرير ما في الكتاب، بل ما ذكره مشايخ آخرون يغلب على الظن خطؤهم،

وكذا ما ذكر غيره من جعل هذه وزان المشتراة بكراً على قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إذا قال المشتري ليست بكراً وقال البائع بكراً في الحال فإن القاضي يريها النساء، فإن قلن هي بكراً لزم المشتري من غير يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد هو أن الأصل البكارة، وإن قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكراً إن كان بعد القبض، وإن كان قبله حلف أنها بكراً غير موافق لأن العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضي بالنكول على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما، وفي البكارة لا بد من رؤية النساء، وكيف ولا طريق إلى استعلام الانقطاع إلا قولها، بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها إلى قولها، وإذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح إن كان احترازاً عن قول أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة، وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب، فإن ما عن أبي يوسف ومحمد في ذلك إنما هو دعوى البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليها غير صحيح، إذ لا يعرف ذلك إلا من النساء، وقول النساء هنا إنها منقطعة الحيض غير معتبر، وقد ذكروا أن الشهادة على الانقطاع الكائن عيباً لا تقبل إذ لا يطلع عليه. وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضيهان والعتابي وهو ما صصحناه أن يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع، فإن اعترف البائع بهما ردت عليه، وإن أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية، فإن ذكرت أنها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده، فإن نكل ردت عليه، وهذا قول المصنف ترد إذا انضم إليه نكول البائع، ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع، والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قدمناه من أنه إذا أنكر الانقطاع في الحال لا يستحلف عند أبي حنيفة ويستحلف عندهما، ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم أنها منقطعة عند المشتري، فإن نكل اتجهت الخصومة وإن حلف تعذرت، ولعمري قلما يحلف كذلك إلا وهو بار، ومن أين له العلم بأنها عند المشتري لم تحض، وكان المذكور في النهاية مبني على ما ذكره هو في صورة الخصومة، وأما على ما في الهداية

(وإذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن في الرد إضراراً بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً فامتنع، ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا

فإن القول قولها في الانقطاع. ويمكن أن يجري فيه أيضاً، وهذا تعداد للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنكاح عيب فيهما، وكثرة الخيلان وحمرة الشعر إذا فحشت بحيث يضرب إلى البياض، وكذا الشمط في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر، والعشا أن لا يبصر ليلاً، والسن الساقطة ضرساً أو غيره وسواده وسواد الظفر، والعسر وهو أن يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه، بخلاف أعسر بسر وهو أن يعمل بهما معاً فإنه زيادة حسن، والقشم وهو يبوسة الجلد وتشنج في الأعضاء، والغرب وهو ورم في الأماقي وربما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب الجرح البائل، والحوول والحوص نوع منه، والشر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الأشتر، والظفر هو بياض يبدو في إنسان العين وجرب العين وغيرها، والشعر والقبل في العين، ومنه قول الشاعر يصف خيلاً:

* تراهن يوم الروع كالحدل القبل *

والماء في العين والسبل، والسعال القديم إذا كان عن داء فأما القدر المعتاد منه فلا، والعزل وهو أن يعزل ذنبه إلى أحد الجانبين، والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة، والفدع وهو اعوجاج في مفاصل الرجل، والفحج وهو تباعد ما بين القدمين، والصكك وهو صك إحدى ركبتيه بالأخرى، والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج، والسلعة والقروح وآثارها، والدخس وهو ورم يكون بأطراف حافر الفرس والحمار، والحنف وهو ميل كل من إبهامي الرجل إلى أخرى. وقال محمد بن الأعرابي: الأحنف الذي يمشي على ظهر قدميه، وتناسل شعر الرأس والصدف وهو التواء في أصل العنق، وقيل ميل في البدن، والشدق سعة مفرطة في الفم، والتخنث قيل إذا فحش أو كان يأتي بأفعال رديئة، والحمق، وكونها مغنية، وشرب الغلام، وترك الصلاة وغيره من الذنوب، وقلة الأكل في البقرة ونحوها وكثرته في الإنسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام، ولا شك أنه لا فرق إذا أفرط، وعدم المسيل في الدار والشرب للأرض، وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى إلا بالسكر، وكون الجارية محترقة الوجه لا يدري حسننها من قبحها، بخلاف ما إذا كانت دميعة أو سوداء، والعتار في الدواب إن كان كثيراً فاحشاً، وكذا أكل العذار والجروح والامتناع من اللجام، وكذا الحرن عند العطف والسير وسيلان اللعاب على وجه يبل المخلاة إذا علق عليه فيها، وكثرة التراب في الحنطة ترد به، بخلاف ما إذا كان معتاداً ليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته، وكذا لو اشترى أخفاً أو مكعباً للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب. ولو باع سوياً ملتوتاً على أن فيه كذا من السمن أو قميصاً على أن فيه عشرة أذرع والمشتري ينظر إليه وظهر خلافه فلا خيار له قوله: (وإذا حدث عند المشتري عيب) بأفة سماوية أو غيرها (ثم اطلع على عيب كان عند

(وإذا حدث عند المشتري عيب) إذا حدث عند المشتري عيب بأفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليماً عن العيب القديم ومعيباً به فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به عليه (ولا يرد المبيع لأن في الرد إضراراً بالبائع) بخروج المبيع من ملكه سليماً من العيب الحادث وعوده إليه معيباً به والإضرار ممتنع (ولا بد من دفع الضرر عنه) أي عن البائع، ويجوز أن يعود إلى المشتري لأنه أيضاً يتضرر بالمعيب، لأن مطلق العقد يقتضي السلامة، والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعاً، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث لأنه رضي بالضرر، والرضا إسقاط لحقه، كما أن للمشتري أن يرضى أن يأخذه بعيبه القديم. فإن قيل: أين قولكم الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن أجيب بأنها إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكماً كان لها حصة من الثمن، وهاتنا كذلك كما

قال المصنف: (ولا بد من دفع الضرر عنه) أقول: أي عن البائع، ويجوز أن يعود إلى المشتري. والثاني أولى عندي، فإن ما يتعلق بحال البائع تم عند قوله فامتنع كما لا يخفى.

أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر. قال: (ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب) لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث (فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك) لأن الامتناع لحقه وقد رضي به (فإن

البائع فله أن يرجع بنقصان) العيب (وليس له يرد المبيع لأن الرد إضرار بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالماً) فلو ألزمناه به معيباً تضرر (ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشتري فله ذلك (لأنه رضي بالضرر) وما كان عدم إلزامه المبيع إلا لدفع الضرر عنه، فإذا رضي فقد أسقط حقه، اللهم إلا أن يمتنع أخذه إياه لحق الشرع بأن كان المبيع عصيراً فتخمر عند المشتري، ثم اطلع على عيب فإنه لو أراد البائع أن يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تملك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على إهداره، كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها. فإن قيل: ينبغي أن يرجع جانب المشتري فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لأن البائع دلس عليه فكان مغروراً من جهته. أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله، كالمغاصب إذا عمل في الثوب المغصوب الخياطة أو الصبغ بالخمرة لأن الظالم لا يظلم، والضرر عن المشتري يندفع بإثبات حق الرجوع بحصة العيب. فإن قيل: فقد تقدم أن الأوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها. أجيب بأنها اعتبرت أصولاً ضرورة جبر حق المشتري وإلا يهدر كما صيرت أصولاً بالقصد من إتلافهما، وكل ما رجع بالنقصان فمعناه أن يقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب وينظر إلى التفاوت، فإن كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن، وإن كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق، ثم الرجوع بالنقصان إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري، أما إذا كان بفعل من جهته كذلك كأن قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان، وكذا إذا قتل عند المشتري خطأ لأنه لما وصل البدل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبدل، فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع، ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع.

[فرع] لا يرجع بالنقصان إذا أبقى العبد ما دام حياً عند أبي حنيفة، وبه قال الشافعي لأن الرد موهوم فلا يصار إلى خلفه وهو الرجوع بالنقصان إلا عند الإياس من الأصل: وعند أبي يوسف يرجع لتحقيق العجز في الحال والرد موهوم قوله: (ومن اشترى ثوباً فقطعه) يعني ولم يخطه (ثم وجد به عيباً رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع لأنه

مر. قال: (ومن اشترى ثوباً فقطعه) (فوجده معيباً رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع) الذي هو عيب حادث. لا يقال: البائع يتضرر برده معيباً والمشتري بعدم رده، فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لأن البائع غره بتدليس العيب. لأننا نقول: المعصية لا تمنع عصمة المال كالمغاصب إذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما، وفي إلزام الرد بالعيب الحادث إضرار للبائع لا لفعل باشره، وفي عدم الرد وإن كان إضرار بالمشتري لكن لعجزه بما باشره فكانا سواء فاعتبر ما هو أنظر لهما، إلا إذا قال البائع أنا أقبله كذلك فإن له ذلك لأن الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان إسقاطاً لحقه. فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا اشترى بعيراً فنحره فلما شق بطنه وجد أمعاء فاسدة فإنه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله. أجيب بأن النحر إفساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للثمن والفساد، ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع، فإن باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لأنه جاز أن يقول البائع كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعاً برضا البائع، فإن المشتري يصير بالمبيع حاسباً المبيع ولا رجوع بالنقصان إذ ذاك لإمكان رد المبيع وأخذ الثمن لولا البيع، ولو قطع الثوب وخطاه أو صبغة أحمر أو لث السوق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لأن الرد قد امتنع بسبب الزيادة، لأن الفسخ إما أن يرد على الأصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل إلى شيء من ذلك. أما الأول فلأنها لا تنفك عنه، وأما الثاني فلأن الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد إلا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه رباً فليس للبائع أن يقول أنا أخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعاً للضرر. ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فإنها لا تمنع الرد بالعيب لأن

باعه المشتري لم يرجع بشيء) لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حاسباً للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر، أولت السوق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه، ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً (وليس للبائع أن يأخذها) لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه (فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان) لأن الرد ممتنع أصلاً قبله فلا يكون بالبيع حاسباً للمبيع، وعن هذا قلنا: (إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً

عيب حادث، فإن قال البائع أنا أقبله كذلك) أي مقطوعاً (كان له ذلك لأن الامتناع) أي الامتناع رده (لحقه وقد رضي به) أي برده معيباً فزال المانع (فإن باعه المشتري) أي بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله (لم يرجع بشيء لأن الرد لم يمتنع) بالقطع (برضا البائع) فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعاً (صار حاسباً للمبيع) بالبيع (فإن) كان المشتري (قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو كان) المبيع (سويقاً فله بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لأنه امتنع الرد بسبب الزيادة) المتصلة، وإنما امتنع (لأنه لا وجه للفسخ في الأصل) أعني الثوب بدونها كالصبغ مثلاً والخياطة والسمن لأنه لا ينفك عنه ولا إلى الفسخ معها (لأن الزيادة ليست بمبيعة) والفسخ لا يرد على غير المبيع لأنه رفع ما كان من البيع فيبقى ما كان من المبيع والتمن على ما كان، فلو رده على الزيادة لزم الربا فإن الزيادة حيثئذ تكون فضلاً مستحقاً في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهة الربا حكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلاً، وليس للبائع أن يأخذها) وإن رضي المشتري بترك الزيادة (لأن الامتناع) لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه بإسقاط حقه لا يتعدى إلى حق الشرع بالإسقاط، وإذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشتري رجع بالنقصان لأن الرد) لما امتنع لم يكن المشتري ببيعه حاسباً له عن البائع (وعن هذا) الأصل وهو أن الرد إذا كان ممكناً فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لأنه حابس، وإن كان مع عدم إمكانه يرجع لأنه غير حابس قلنا: (إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان) لأن التملك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلماً إليه وهو نائبه في التسلم فصار به حاسباً للمبيع مع إمكان الرد، والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان الولد كبيراً) والباقي بحاله (رجع) بالنقصان لأنه لم يصير مسلماً إليه إلا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل إخراجها عن ملكه، فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين أن يخرجها عن ملكه بالبيع أو الهبة أو لا في جواز الرجوع بالنقصان، وهو معنى ما في الفوائد الظهيرية من أن الأصل في جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون

فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعاً للأصل لأن الزيادة هنا تمحضت تبعاً للأصل باعتبار التولد. بخلاف الصبغ والخياطة. واعلم أن الزيادة إما متصلة أو منفصلة، وكل منهما إما متولدة من المبيع أو غير متولدة، فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهر الرواية، وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق، والمنفصلة المتولدة كالولد والتمر تمنع منه لما مر من التعليل، وغير المتولدة كالكسب لا تمنع، لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجاناً، بخلاف التولد. والفرق بينهما أن الكسب ليس بمبيع بحال ما لأنه تولد من المنافع، والمنافع غير الأعيان ولهذا كانت منافع الحرة مالاً، وإن لم يكن الحر مالاً والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع، فلا يجوز أن تسلم له مجاناً لما فيه من الربا، فإن باع المشتري الثوب المخطط أو الثوب المصبوغ بالحمرة أو السوق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد كان ممتنعاً قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حاسباً للمبيع، ولو كان البيع قبل الخياطة كان حاسباً، والأصل في ذلك أن كل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع، فإن أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب، وكل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد وإن رضي به البائع، فإن أخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب (وعن هذا) أي عما قلنا إن المشتري متى كان حاسباً للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حاسباً يرجع قلنا: (إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان) لأن التملك

لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان، ولو كان الولد كبيراً يرجع لأن التملك حصل في الأول قبل الخياطة، وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه. قال: (ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على

المبيع قائماً على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان، وكل موضع يكون المبيع قائماً على ملكه ولا يمكنه الرد وإن رضي البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى. وهذا أصل آخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ والخياطة واللت بالسمن والغرس والبناء، وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافاً للشافعي وأحمد، ولو قال البائع أنا أقبله كذلك ورضي المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا. ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان حنطة فطحنها أو لحماً فشواه أو دقيقاً فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لأنه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل البيع لحق الشرع، وفي كون الطحن والشيء من الزيادة المتصلة تأمل. والمتولدة من الأصل كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا يمتنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية، لأن الزيادة تمحضت تبعاً للأصل بتولدها منه مع عدم انفصالها، فكأن الفسخ لم يرد على زيادة أصلاً، والمنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والتمر في بيع الشجر والأرض والعقر، وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لأن العقد لم يرد عليها، ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض إن شاء ردهما جميعاً وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن، وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض، فإذا كانت قيمته ألفاً وقيمة الزيادة مائة والثلث ألف سقط عشر الثمن إن رده وأخذ تسعمائة، وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة، وهو قول أحمد والشافعي رحمهما الله، وفيه الحديث الذي ذكرناه أول الباب الذي فيه قول البائع إنه استغل غلامي فقال ﷺ «الخراج بالضمان»^(١) وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لإمكان الفسخ على الأصل بدونها والزيادة للمشتري، ونحن نفرق بين الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الأعيان، ولذا كانت منافع الحر مالاً مع أن الحر ليس بمال، والعبد المكسوب للمكاتب ليس مكاتباً والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلمه له مجاناً لما فيه من شبهة الربا. ولو هلكت الزيادة بأفة سماوية ثبت له الرد كأنها لم تكن، وبه قال الشافعي قبل الحكم بالأرض، وإنما قيد المصنف بقوله أحمر لتكون زيادة بالاتفاق فإن السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالقطع، وانتقص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأي سبب كان بالاتفاق قوله: (ومن اشترى عبداً فأعتقه) المشتري (أو مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان أما الموت فلأن الملك ينتهي به) والشيء بانتهائه يتقرر، فكأن الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع، إذ امتناع الرد إنما يكون مانعاً إذا كان عن فعل المشتري، أما إذا ثبت حكماً لشيء فلا، وهنا ثبت حكماً للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان. واستشكل عليه ما إذا صبغ الثوب أحمر وأخواته

حصل قبل الخياطة، لأنه لما قطعه لباساً له كان واهياً له وقابضاً لأجله فتم الهبة بنفس الإيجاب وقامت يده مقام يد الصغير. فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان للبائع أن يقول أنا أقبله كذلك، لكن باعتبار أن القطع للولد الصغير وهو تملك له صار حاسباً للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب، وهذه نظير ما إذا باع بعد القطع قبل الخياطة، وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس بمحتاج إليه إلا أنه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية (ولو كان الولد كبيراً رجع بنقصان العيب) لأن القطع عيب حادث، فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقاً للتسرع بسبب الزيادة، فبالتملك والتسليم بعد ذلك لا يكون حاسباً للمبيع لامتناع الرد قبله، وهذه نظير ما إذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللت قال: (ومن اشترى عبداً فأعتقه) المشتري (أو مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان أما الموت فلأن الملك ينتهي به) أي يتم، وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ، وفيه إضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعاً للضرر. فإن قيل: قوله: (والامتناع

عيب يرجع بنقصانه) أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل، وفي الاستحسان: يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك، وإنما يثبت الملك فيه مؤقتاً إلى الإعتاق فكان إنهاء فصار كالموت، وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باقٍ والرد متعذر، والتدبير والاستيلاء بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر

فإنه يرجع بالنقصان مع أن الامتناع بفعله. وأجيب بأن امتناع الرد في ذلك إنما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقاً للشرع للزوم شبهة الربا. قيل فكان ينبغي للمصنف أن يزيد فيقول لا يفعله الذي لا يوجد زيادة (وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع) وهو قول الشافعي وأحمد (لأن العتق إنهاء للملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل للملك، وإنما يثبت الملك فيه) عن سببه (موقتاً إلى الإعتاق) فيثبت (أنه إنهاء فصار كالموت، وهذا) وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب أنه إنهاء (لأن الشيء بانتهائه يتقرر) إلى آخر ما قررناه. وقوله: (والتدبير والاستيلاء بمنزلته) أي بمنزلة الإعتاق وإن لم يزيلا الملك كما يزيله الإعتاق (لأنه يتعذر) معهما (النقل) من ملك إلى ملك وبذلك يتعذر الرد. وقوله: (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والإعتاق. وقوله: (بالأمر الحكمي) أي بحكم الشرع لا بفعل المشتري كالقتل (فإن أعتقه على مال) ثم اطلع على عيب (لم يرجع بشيء) وكذا لو كاتبه لأن المشتري حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه) أي المعتق على مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف، وبه قال الشافعي وأحمد (لأن العتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (إنهاء للملك) أعني الرق، وبهذا يثبت به الولاء في الوجهين، وإذا كان إنهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طرد، والوجه ما تقدم من كونه حابساً له بحبس بدله قوله: (فإن قتل المشتري العبد) أي لم يمت عنده حتف أنه (أو كان) المبيع (طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رضي الله عنه أما القتل فالمذكور) من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف أنه يرجع) وذكر صاحب الينابيع أن محمداً معه وهو قول الشافعي وأحمد (لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي) من قصاص أو دية (فكان كالموت حتف أنفه) وإنما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب إذا كان بغير حق (ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضموناً) قال ﷺ «ليس في الإسلام دم مفرج»^(١) أي مهدر (وإنما سقط الضمان) عن المولى (بسبب الملك) وكذا لو باشره في غير ملكه كان مضموناً، ولما سقط الضمان عن المولى (صار كالمستفيد بالعبد عوضاً) هو سلامة نفسه إن كان عمداً وسلامة الدية للمولى إن كان خطأ فكان كأنه باعه (بخلاف الإعتاق) لأنه ليس بفعل مضمون لا محالة لأنه

حكمي لا بفعله) يدل على أن الامتناع إذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما إذا صبح الثوب أحمر فإنه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب. أجيب بأن امتناع هناك بسبب وجود زيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا. ورد بأنه حيثنذ يجب أن يقول: والامتناع حكمي لا يفعله الذي لا يوجد الزيادة، والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبح بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لا بفعله، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع، لأنه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حابساً حكماً فكانه في يده يحسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان: يرجع لأن العتق إنهاء للملك لأن الآدمي ما خلف في الأصل محلاً للملك فيه يثبت فيه مؤقتاً إلى وقت الإعتاق والموقت إلى وقت ينتهي بانتهائه، فكان الإعتاق إنهاء كالموت قوله: (وهذا) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باقٍ والرد متعذر فصار حابساً، ألا ترى أن الولاء يثبت بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاء بمنزلة الإعتاق) لأن النقل إلى ملك البائع تعذر بالرد

قوله: (قوله فإن قيل قوله والامتناع حكمي، إلى قوله: لا يرجع بالنقصان) أقول: إن أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله سبباً مستقلاً لعدم الرجوع فهو ممنوع، وإن أراد دلالتها على سببية في الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فمسلّم، ولا يرد النقض

(١) تقدم تخريجه في باب كيفية القتال من كتاب السير.

الحكمي (وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء) لأنه حبس بدله وحبس البذل كحبس المبدل. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض (فإن قتل المشتري العبد أو كان طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمه الله، أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع) لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء. ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضموناً، وإنما يسقط الضمان ها هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضاً، بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبداً مشتركاً، وأما الأكل فعلى الخلاف، فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق. وله أنه

في ملك الغير لا ينفذ، وعق أحد الشريكين إن نفذ لا يتعلق به ضمان إذا كان معسراً، بل إذا كان موسراً على تقدير فلم يوجب به ذاته فلم يستفد: أي لم يلزم استفادته بالإعتاق عن ملكه شيئاً حقيقة ولا حكماً (وأما الأكل فعندهما يرجع به) وبه قال الشافعي وأحمد، وفي الخلاصة عليه الفتوى، وبه أخذ الطحاوي (وعنده لا يرجع استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق) ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع (لهما أنه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه) من الأكل واللبس حتى انتهى الملك به (فكان كالإعتاق) بخلاف القتل والإحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتاداً غرضاً من الشراء مقصوداً به (وله أنه أثلفه بفعل مضمون منه) لو وجد في غير ملكه غير أنه سقط: أي انتفى الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضاً (كالقتل) فلا يرجع (ولا معتبر بكونه مقصوداً) بالشراء لأنه وصف طردي لا أثر في إثبات الرجوع (ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع) وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحساناً مع تأخير جوابه عن دليلهما يفيد مخالفته في كون الفتوى على قولهما، وأورد عليه القطع والخياطة فإنهما موجبان للضمان في ملك الغير مع أنه يرجع بالنقصان فيهما.

أجيب بأن امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله، ولا كذلك هنا فإنه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة، أما في مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعاً كان له ذلك بخلافه مخيلاً ومصبوغاً بغير السواد قوله: (ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عنده) يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لأن الطعام كشيء واحد) حتى كان رؤية بعضه كروية كله يسقط الخيار (فصار كما لو باع بعضه) ثم اطلع على عيب فإنه يبطل حقه في الرجوع من غير قول زفر فإنه قال: يرجع بنقصان العيب في الباقي إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن، وعنهما روايتان: رواية أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي، ورواية يرد ما بقي

بالأمر الحكمي مع بقاء المحل والملك. فإن قيل: كيف يكونان كالإعتاق وهو منه دونهما فالجواب أن الانتهاء يحتاج إليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائناً، وهاتنا الملك متقرر فلا حاجة إليه (وإن أعتقه على مال) أو كاتبه (لم يرجع بشيء) لأنه حبس بدله، وحبس البذل كحبس المبدل. وعن أبي حنيفة أنه يرجع لأن الإعتاق إنهاء للملك وإن كان بعوض لأن المال فيه ليس بأمر أصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به. وإن قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه يرجع، وذكر في اليتابع قول محمد معه لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي يفيد بدلاً كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه، وجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا

والرد الذي أوردته على جوابه، ولك أن تقول: الباء فيه للملابسة، ولا يلزم الاطراد فتأمل، وأنت خير بأنه لو أراد رد النقض على قوله لأن الامتناع بفعله لكان أظهر، إذ لا يرد حيثن ما أوردناه، والحق أن يقال في الجواب عدم الرد. أقول: أنت خير بأن عبارة الجواب السابق لا تأبي عن الحمل على هذا المعنى قوله: (فصار حاسباً) أقول: فيه بحث لعدم مناسبة المقام قوله: (فالجواب أن الإنهاء يحتاج إلخ) أقول: فيه بحث فإن مراد القائل كيف يكونان كالإعتاق ولا يجري فيهما وجه الاستحسان فيقيان على القياس فتأمل قال المصنف: (ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد) أقول: ولقائل أن يقول: المعتق يستفيد بإعتاق الولاء فلم لم يجعل مستفيضاً..

تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل، ولا معتبر بكونه مقصوداً؛ ألا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع، فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض، وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل، وعندهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض قال: (ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله) لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً، ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قبل لأن ماليته باعتبار اللب

لأن الطعام لا يضره التبعض فكان قادراً على الرد كما أخذه ويرجع بالنقصان فيما أكل، هكذا ذكر المصنف، وهو نقل القدوري في كتاب التقييد، وفي شرح الطحاوي أن الأول قول أبي يوسف قال: يرجع بالنقصان في الكل إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن، وأن الثاني قول محمد قال: وكان الفقيه أبو جعفر يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه أبي الليث، وفي شرح المجمع قال أبو يوسف: يرد ما بقي إن رضي البائع لأن استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتوقف على رضاه. وقال محمد: يرد ما بقي وإن لم يرض لما ذكرنا أن التبعض لا يضره، وفيما لو باع البعض عنهما روايتان: في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فيبيع البعض كبيع الكل، وفي رواية يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع. وفي المجتبى عن جمع البخاري أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي، وبه يفتي، ولو أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشيء، ولو أطعمه عبده أو مديره أو أم ولده يرجع لأن ملكه باق، ولو اشترى دقيقاً فخبز بعضه وظهر أنه مَرَد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار، ولو كان سمناً ذائباً فأكله ثم أقر البائع أنه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عنده وبه يفتي. وفي الكفاية: كل تصرف يسقط خيار العيب إذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لأنه كالرضا به قوله: (ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً) أو قرعاً أو فاكهة (فكسره) غير عالم بالعيب (فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به) كالقرع المر والبيض المذر رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً بخلاف ما لو كسره عالماً بالعيب لا يرده (ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) بأن كان في موضع يعز فيه الحطب وهو مما يشتري للوقود (على ما قيل) من أنه إذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لأن العقد فيه صادق محله (لأن مالية الجوز) قبل الكسر ليس إلا (باعتبار اللب) وإذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجوداً فيظهر أن العقد وقع باطلاً، واختاره المصنف وأشار إليه الإمام

مضموناً لقوله ﷺ «ليس في الإسلام دم مفرج» أي مبطل. وسقوط الفصااص والدية عن المولى في قتل عبده إنما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضاً، بخلاف الإعتاق فإنه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقاً لعدم نفوذه، ومن أحد الشريكين إذا كان معسراً فقد تخلف عن الضمان فلم يصبر به مستقضيًا فيمنع الرجوع، وإذا كان المبيع طعاماً فأكله أو ثوباً فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحساناً، وعندهما يرجع لأنه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الإعتاق. وأبى حنيفة رحمه الله أن الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما إذا باع أو قتل، وذلك لأن الأكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير، وباعتبار ملكه استفاد البرائة فذلك بمنزلة عوض سلم له. والجواب عن قولهما إنه لا معتبر بكونه مقصوداً لأن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وإن أكل بعضه ثم علم بالعيب، فكذا الجواب عند أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض. وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان: في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لأن الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولى. وفي رواية: يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله. وفي بيع البعض عنهما روايتان: في إحداهما لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة وهو المذكور ها هنا لأن الطعام شيء واحد فيبيع البعض فيه كبيع الكل. وفي الأخرى يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتباراً للبعض بالكل. قال: (ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً) إذا اشترى بيضاً أو بطيخاً (أو قثاء أو جوزاً) أو شيئاً من

(وإن كان ينتفع به مع فساد له لم يرد) لأن الكسر عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعاً للضرر بقدر الإمكان. وقال الشافعي رحمه الله: يرد لأن الكسر بتسليطه. قلنا: التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان ثوباً فقطعه، ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز البيع استحساناً لأنه لا يخلو عن قليل فاسد، والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة، وإن كان الفاسد كثيراً لا يجوز ويرجع بكل

السرخسي (وإن كان ينتفع به مع فساد) بأن يأكله الفقراء أو يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لأن الكسر عيب حادث عند المشتري (فيمتنع الرد فيرجع) بالنقصان إلا أن يتناول شيئاً منه بعد العلم فلا يرجع بشيء، ولذا قال الحلواني: هذا إذا ذاقه فوجده كذلك فتركه، فإن تناول شيئاً منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشيء. وأما إذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية البيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعاً. وقول المصنف وقال الشافعي: (يرده) يعني إذا وجده بعد الكسر بحيث ينتفع به أطلقه. وفي شرح الأقطع قيده بما إذا كان الكسر مقداراً لا يعلم العيب إلا به فله الرد في الصحيح من قوله انتهى. وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب أن هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسره بنفسه قلنا: (التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان) المبيع (ثوباً فقطعه) المشتري ثم اطلع على عيب فإنه لا يرد مع أنه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالإجماع على أنه لا يرد. وفي مسألة القطع أن تسليطه هذا هدر، وأن التسليط المعتبر هو ما لو سلطه أن يكسره وهو في ملكه: أي ملك البائع بأن أمره بكسره فذاك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر، وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك نفسه ولا أثر لهذا في نفي ولا إثبات (ولو وجد البعض فاسداً فإن كان قليلاً جاز البيع استحساناً لأن كثيراً) من الجوز والبيض (لا يخلو عن قليل فاسد) فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء أصلاً، وفي القياس يفسد وهو الظاهر (وإن كان كثيراً لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد) في صفقة واحدة، ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة. وقال المصنف في القليل إنه كالواحد والمثنى، وفي النهاية أراد بالكثير ما وراء الثلاثة لا ما زاد على النصف، وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفو قال: لأن مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد: يعني عند البيع. ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه: قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع، وقيل يفسد في الكل بالإجماع لأن الثمن لم يفصل، وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة لأنه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع، وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن

الفواكة (فكسره) غير عالم بعيبه (فوجد الكل فاسداً) بأن كان متنتاً أو مرأ أو خالياً بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئاً بعد ما ذاقه (فله أن يرجع بالثمن كله) لأنه تبين بالكسر أنه ليس بمال ما ينتفع به إما في الحال وإما في المال والمذكور ليس كذلك، ونقطن من القيود بأضدادها، فإنه إذا كسره عالماً بعيبه صار راضياً، وإذا صلح لأكل بعض الناس أو الدواب أو وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد، وإن تناول منه شيئاً بعد ما ذاقه صار راضياً، وإذا لم يكن مالاً لا يكون محلاً للبيع فيكون باطلاً. فإن قيل: التعليل صحيح في البيض لأن قشره لا قيمة له، وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحاً في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشايخنا. أجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل، لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر، وإذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فيقع باطلاً فإرد القشر ويرجع بكل الثمن، وعلى هذا إذا كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ أنه يرجع بنقصان العيب، وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية البيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعاً، وإذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرد لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الإمكان من الجانبين.

الثلث لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال: (ومن باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه بيعه فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار أو بينة أو بإبائه يمين له أن يرده على بائعه) لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن

وهو الأصح لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما، فإن الثمن ينقسم على الأجزاء لا على القيمة قوله: (ومن باع عبداً فباعه المشتري) ثم رد عليه بيعه فإنه قبله بقضاء القاضي (ب) سبب (إقراره) بالعيب أنه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الآخر (أو بينة) على ذلك لإنكاره العيب أو بسبب نكوله عن اليمين على العيب (فله أن يرده على بائعه) الأول: يعني له أن يخاصم الأول ويفعل ما يجب معه إلى أن يرده عليه. وقيد في المسوط بما إذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الأول أما إذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الأول لم يذكره في الجامع، وإنما ذكره في إقرار الأصل فقال: ليس للمشتري الأول أن يخاصم مع بائعه بالإجماع، لأن المشتري الأول لم يصير مكذباً فيما أقر به، ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به بقي إقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد، هذا وإنما يرده على ذلك التقدير لأن الرد بهذا الطريق (فسخ من الأصل) يعني من كل وجه (فجعل البيع كأن لم يكن) وقد اطلع على عيب فله أن يخاصم فيه إذ لا مانع من ذلك، وما يخال مانعاً منه وهو أن القضاء بالبينة والنكول فرع إنكاره العيب فبخصومته البائع الأول فيه يكون مناقضاً فلا تسمع خصومته، ولذا قال زفر: إنه لا يرده عليه للتناقض المذكور، وكذا بالإقرار فإن معناه على ما فسره المصنف أن يدعي عليه أنه أقر بالعيب فينكر الإقرار فيشهد عليه بالإقرار، فإن إقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووههم، ولهذا لو قال بعد الرد ليس به عيب لا يرده على البائع الأول بالاتفاق. أجاب المصنف عنه بقوله: (لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء) فأنعدم إنكاره العيب هذا بعد تسليم أن إنكاره ظاهر في الصدق وإلا فيجوز كونه لدفع الخصومة فإن كثيراً من الناس يفعل فصار ظاهراً يعارض ظاهر الدبابة المقتضية لصدقه، ثم لو كان ظاهراً في صدقه ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع إياه، بخلاف قوله لا عيب بعد الرد لأنه لا مكذب له. وقد يقال: تكذيب الشرع إياه بإثبات العيب لا يرفع مناقضته، وكونه مؤاخذاً في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الأول.

وقال الشافعي رحمه الله: يرده لأن الكسر وإن كان عيباً حادثاً لكنه بتسليطه. قلنا: التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري، وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما إذا باع ثوباً فقطعه ثم وجده معيباً فإنه يرجع بالنقصان بالإجماع وإن حصل التسليط منه لكونه هدرًا، ولو وجد البعض فاسداً فالفاقد إما أن يكون قليلاً كائنين في المائة أو كثيراً كما فوقه: ففي الأول جاز البيع استحساناً وليس له أن يخاصم البائع لأصله لأنه عند الإقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا. وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره، وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والخن قال: (ومن باع عبداً فباعه المشتري) ومن باع عبداً فباعه المشتري (ثم رد عليه بيعه) إما (إن قبل بقضاء القاضي) أو بغير قضائه، فإن كان الأول فإما أن يكون بإقرار، ومعنى القضاء في هذه الصورة أن الخصم ادعى على المشتري الإقرار بالعيب والمشتري أنكر ذلك فأثبت الخصم بالبينة، وإنما احتج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره لا يكون الرد محتاجاً إلى القضاء بل يرد عليه بإقراره بالعيب، وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه لأنه إقالة وإما أن يكون (بينة أو بإبائه يمين) وفي كل ذلك له أن يرده على بائعه (لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم) والبيع الأول قائم فله الخصومة والرد بالعيب قوله: (غاية الأمر) إشارة إلى جواب زفر عما قال: إذا جحد العيب ليس له أن يدعي على البائع الأول أن به عيباً لكون كلامه متناقضاً. ووجهه أن غاية أمر المشتري إنكاره قيام العيب، لكنه لما صار مكذباً شرعاً بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئاً وأقر أن البائع باع ملك نفسه ثم

قوله: (وإن تناول منه شيئاً بعد ما ذاقه صار راضياً بالغ) أقول: فيه بحث، فإنه إذا لم يكن مالاً وكان يبيعه باطلاً لا يفيد رضاه صحة البيع كما لو رضي بشراء الميتة والدّم حيث لا يصححه الشرع برضاه، فالتقييد بما لا يستلزم الرضا ضائع بل محل كما لا يخفى على المتأمل.

لم يكن، غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء، ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة، وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداً على الموكل لأن البيع هناك واحداً

وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له أن يرده لأن المعنى له أن يخاصم فيرده، بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة أو بإبائه يمين أو بإقرار من المأمور بالعيب، كذا لفظ الجامع حيث يكون رداً على الموكل من غير حاجة إلى خصومة والرد عليه بالخصومة لأن ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الأول قائماً بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج إلى الخصومة في الرد، وهنا البيع واحداً فإذا ارتفع رجع إلى الموكل من غير تكلف زيادة، وقيد فخر الإسلام بعيب لا يحدث مثله. فقال: له الرد بالبينة وإبائه اليمين وبالإقرار هو عيب لا يحدث مثله. أما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وإبائه اليمين ولا يرده المأمور مع الإقرار لأن إقرار المأمور لا يسمع على الأمر. ومعنى اشتراط البينة أو النكول أو الإقرار والفرض أنه لا يحدث مثله أنه إذا اشتبه على القاضي أن هذا عيب قديم أو لا أو علم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري إلى إقامة البينة أو غيرها من الحجج أم تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ أن العيب كان في يد البائع فيرده عليه، أما إذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج إلى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل رداً على الموكل بلا زيادة خصومة، وقد اعترض قول محمد أنه بنكول الوكيل يلزم الموكل، فإن النكول بذل عنده إقرار عندهما، وبذل الإنسان لا يثبت في حق غيره وإقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الأمر في عيب يحدث مثله. أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه، ألا ترى أنه لو ادعى بمال على عبد مأذون له في التجارة فأنكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع أن بذله المال لا يجوز إلا في نحو الضيافة السيرة، وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه، ولو كان إقراراً لم يملك الرجوع عنه، والشيء إذا أجرى مجرى الشيء لا يلزم كونه مجرى مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الإقرار؟ عند أبي يوسف لا، وعند محمد نعم، وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف: لو ادعى داراً في يد رجل فأنكر ونكل وقضى القاضي للمدعى بها ثم أقام المدعى عليه البينة أنه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بيته وترد الدار عليه، ولو أقام أنه اشتراها من رجل آخر لا تقبل. وقال محمد بن سماعه: لا تقبل في الوجين، والنكول بمنزلة الإقرار، وأبو يوسف يقول: ليس بصريح الإقرار فيقبل. وفي الإيضاح إن رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله، لأن هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى. يعني الفسخ الذي بلا قضاء. وقوله: (وإن قبل) يعني المشتري الأول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لا يرده) على بائعه، هذا

جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن قوله: (وهذا بخلاف الوكيل) إشارة إلى الجواب عما يقال إذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رداً على الموكل، وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس رداً على البائع. وجهه أن البيع في صورة الوكيل بيع واحد فردّه على الوكيل رد على الموكل، وفيما نحن فيه يبعان ويرد أحدهما لا يرتد الآخر، وإن كان الثاني فليس له أن يرده لأنه إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الأول ثالثهما هذا إذا رد المشتري الثاني على الأول بعد القبض وأما إذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما إذا كان الرد بقضاء أو بغيره، لأن الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الأصل في حق الكل فصار كالدرد بخيار الشرط أو بخيار الرؤية، وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليتين أن الجوار في عيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة أو الناقصة، وفي عيب يحدث مثله كالقروح والأمراض سواء، وإن كان قد يتوهم أن العيب إذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن يرده على بائعه لثيقته بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيوع الأصل، والصحيح رواية الجامع الصغير لأن الرد بغير قضاء إقالة تعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه. قال: (ومن اشترى عبداً فقبضه

قوله: (لأنه إقالة الخ) أقول: لعل المراد لأنه كالإقالة.

والموجود هاهنا بيعان، فيفسخ الثاني والأول لا يفسخ (وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده) لأنه بيع جديد في حق ثالث وإن كان فسخاً في حقهما والأول ثالثهما (وفي الجامع الصغير: وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء بعيب

هو الشق الثاني من ترديد المسئلة. وحاصلها أن من اشترى عبداً أو غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء بأحد الوجوه الثلاثة كان له أن يرده على البائع الأول خلافاً لزفر، وإن قبله بالتراضي ليس له أن يرده عليه لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الأول ثالثهما كأن المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني. ولو اشتراه المشتري الأول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرده على الأول فلا خصومة فكذا هذا، ولهذا لو كان على المشتري الأول في الدار شفعة فأسقط الشفع حق الشفعة كأن المشتري الأول اشترى ثانياً ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان. وقال الشافعي: يرده إذا قبله بلا قضاء لأن الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله، نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا، ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وإن كان فسخاً في حقهما. فإن قيل: لما باشر الفسخ وهو النكول أو الإقرار بالعيب يكون راضياً بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعاً في حق ثالث. أجيب بأن المسئلة فيما أقر بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبراً فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا، وقد قدمنا أن معنى الإقرار الشهادة عليه به، ولأنه إذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الأصل وهو أنه فسخ من الأصل مسائل: إحداها المبيع لو كان عقاراً لا يبطل حق الشفع في الشفعة، ولو كان الرد بالعيب بالينة فسخاً من الأصل بطل حق الشفع لبطلان البيع من الأصل. والثانية ما إذا باع أمته الحلي وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدأ فادعاه أبو البائع لا تصح دعوته، ولو كان الرد بقضاء فسخاً من الأصل صحت كما لو لم يبيعها الابن فادعاه الأب. والثالثة ما لو أحال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل

فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البينة) فإن حلف البائع دفع إليه الثمن، وإن أقام المشتري البينة فهو إن شاء يدفع الثمن أو المبيع. واستشكل هذه العبارة لأنه جعل غاية عدم الإيجاب إما يمين البائع أو بينة المشتري، وذلك بالنسبة إلى الأولى صحيح، لأن باليمين يتوجه الإيجاب، وبالنسبة إلى الثاني ليس بصحيح لأن بإقامة البينة يستمر عدم الإيجاب لا ينتهي به. وأجابوا بأوجه: بأنه من باب

* علفتها تبنأ وماء بارداً *

تقديره وسقيتها ماء بارداً، وبأن يجعل الكلام متضمناً للفظ عام يندرج تحته الغائتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم: أي حكم الإيجاب أو حكم عدم الإيجاب لأن كل واحد من الحلف وإقامة البينة حكم من الأحكام، وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها تبنأ أنه بمعنى أطعمتها، فإنه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى الشرب، قال تعالى ﴿ومن لم يطعمه فإنه مني﴾ أي ومن لم يشربه وبأن الانتظار مستلزم لعدم الإيجاب، وذكر اللازم وإرادة الملزوم كناية. والحق أن الاستشكل إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلامم قول: (لأنه أنكر وجوب دفع الثمن) لتعليل لعدم الإيجاب لأن المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعيين حقه بدعوى العيب، وإنكار تعيين الحق إنكار علة وجوب دفع الثمن، لأن وجوب دفع الثمن أولاً ليس إلا لتعيين حق البائع بإزاء تعيين المبيع فحيث أنكر تعيين حقه في المبيع لأن حقه في السليم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولاً وفي إنكار العلة إنكار المعلول فانتصب خصماً ولا بد حينئذ من حجة، وهي إما بينة أو يمين البائع. فإن قيل: في هذا التعليل فساد الوضع لأن صفة الإنكار تقتضي إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة بالحديث. فالجواب الاعتبار بالمعنى لا

قال المصنف: (لكنه صار مكلباً شرعاً) أقول: قال ابن الهمام: وقد يقال: تكذيب الشرع إياه بإثبات العيب لا يرفع مناقضته، وكونه مواخذاً في حق نفسه بزعمه، وهي الدافعة لخصومته للبائع الأول اه، وفيه بحث قوله: (وإن كان الثاني فليس له أن يرده) أقول: معطوف على ما تقدم في هذا القول، وهو قوله فإن كان الأول غاماً أن يكون بإقرار.

لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذي باعه) وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء. وفي بعض روايات البيوع: إن كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول قال:

الحالة ولو كان فسخاً من الأصل بطلت. أجب ببيان المراد وهو أن محمد ذكر في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب إلى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى، ألا ترى أن من ذهب مال الزكاة إلى رجل قبل الحول فسلمه إليه ثم رجع في هبته بعد الحول فإنه لا يجب على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائداً إلى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول، وكذا الرجل إذا وهب دار لآخر وسلمها إليه ثم بيعت دار بجنتها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة، ولو عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذ بالشفعة، وإذا عرف هذا الأصل خرجت المسائل المذكورة عليه. أما الشفعة فلأن حق الشفيع كان ثابتاً قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى، وكذا المسئلة الثانية لأن الأب إنما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة، وكذا المسئلة الثالثة لأن الحالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في إبطالها، ولأن صحتها لا تستدعي عندنا ديناً على المحال عليه، ولهذا قال شيخ الإسلام: قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض، لأن العقد إذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لأن فسخ العقد بدون العقد لا يكون، فإذا انعدم العقد من الأصل انعدم الفسخ من الأصل وإذا انعدم الفسخ في الأصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كأن لم يكن على التفسير الذي قلناه. وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما إذا كان المبيع من غير النقود، أما منها فلا، وذلك لمسئلة نقلها في المحيط من المنتقى: أن من اشترى ديناراً بدرهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيباً ورده على المشتري بغير قضاء فإنه يردّه على بائعه، وذلك لمعنى وهو أن المبيعين حينئذ يكونان معدومين لأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع، فإذا رد على المشتري يردّه بخلاف المبيعين في غير النقود كمسئلة الهداية فإنهما موجودان في ذلك إذا قبله بدون القضاء فقد رضي بالعيب فلا يردّه على بائعه، وإذن ما فيها من الإطلاق المذكور بالنسبة إلى موضوع المسئلة غير محتاج إلى هذا القيد. وقوله: (وفي الجامع الصغير) إلى آخره إنما ذكره لأن ظاهره يخالف القدوري، فإنه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله، وقيدها في الجامع حيث قال: وإن رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم فقال: إنما قيد به ليعلم أنه كذلك

بالصورة، وهو فيه مدّع يدعي ما يوجب دفع الثمن أولاً وإن كان في الصورة منكراً قوله: (ولأنه لو قضى بالدفع) دليل آخر يتضمن جواب ما قبل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق، وما ادعاه المشتري من العيب موهوم، والموهوم لا يعارض المتحقق. وتقديره أن ما ادعاه المشتري وإن كان موهوماً لكن يجب على القاضي اعتباره صوتاً لقضائه عن النقص، فإنه إذا قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء. قال: (فإن قال المشتري شهودي بالشام) إذا طلب من المشتري إقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي بالشام غيب (استحلف البائع) فإن حلف دفع إليه الثمن لأن في الانتظار ضرراً بالبائع. فإن قيل: في إلزام المشتري دفع الثمن له ضرر أيضاً. أجاب المصنف بقوله: (وليس في دفع الثمن كبير ضرر به لأنه على حجة) يعني هو بسبيل من إقامة البينة عند حضور شهوده. وفي بحث من وجهين: الأول ما قيل في بقاء المشتري على حجة بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه. والثاني أن الانتظار وإقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضرراً والآخر دونه؟ والجواب عن الأول أن القاضي هاهنا قد قضى بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقاً فلا يلزم البطلان. وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود منهم. لجواز أن يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره، وإذا طلب المشتري يمين البائع فنكل ألزم العيب لأن النكول حجة في ثبوت العيب. قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالإجماع وعن النكول في الأشياء الستة عند أبي حنيفة. قال: (ومن اشترى عبداً فادعى إيقاعاً) إذا ادعى المشتري إبقاء العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده، فإن أقام بينة أنه أبق عنده يسمع دعواه وقال

(ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة) لأنه أنكر

فيما يحدث مثله بطريق أولى، لأنه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالأصبع الزائد. والناقصة والسنة الشاعبة، فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال أنه حدث عند المشتري أولى. قال المصنف: (وفي بعض روايات البيوع) أي بيع الأصل (إن كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعني على البائع الأول إذا رده بالتراضي (للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول) وقد فعلاً بغير قضاء ما لو رفع إلى قاض فعله لأن الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقاً أو في مدة كونه في ملك المشتري الأول إلى رد المشتري الثاني. قيل ووجه عامة الروايات أن هذا رد ثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد، ولا نسلم أنهما فعلاً عين ما يفعله القاضي لأن الحكم الأصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة، وإنما يصار إلى الرد للعجز فإذا نقله إلى الرد لم يصح في حق غيرهما، ألا ترى أن الرد إذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب، وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول إلى غيره فافترقا. هذا كله فيما إذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه، أما إذا كان قبل قبضه فللمشتري الأول أن يرده على البائع الأول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كما لو باع المشتري الأول للمشتري الثاني بشرط الخيار له أو يبعاً فيه خيار رؤية فإنه إذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الأول أن يرده مطلقاً، وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء. قال في الإيضاح: الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الإطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض، وولاية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل، ولهذا لا يتوقف على القضاء، فأما بعد القبض فموجب العقد وقد تناهى إلا أن حقه في صفة السلامة قائم، فإذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلاً لأن الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة، وإنما ظهر أثره في حق الكل لأنه ثبت بولاية عامة، ولو كان بالتراضي ظهر أثره في حقهما خاصة، بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لأنه فسخ في حق الكل لأن حقه في الفسخ ثبت أصلاً لأنهما يسلبان اللزوم في أصل العقد فكان بالفسخ مستوفياً حقاً له، وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء قوله: (ومن اشترى عبداً وقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة) على البائع أن العيب كان عنده وعنده، ومقتضى هذا التركيب أنه إذا أقام هذه البينة يجبر

للبيع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فإن قال نعم رده عليه إن لم يدع الرضا أو الإبراء، وإن أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري ألك بينة فإن أقامها عليه رده عليه، وإن لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف أنه لم يأت به عنده، وإنما لم يحلف قبل إقامة المشتري البينة لأن القول وإن كان قول البائع لكونه منكراً لكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري، لأن السلامة أصل والعيب عارض، ومعرفة إنما لا تكون بالحجة، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن البينة إنما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع، بل فيما إذا ادعى العيب في يد البائع. والثاني أن سلامة الذم عن الدين أصل والشغل به عارض، كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض، فأني فرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا ادعى على آخر ديناً فأنكر المدعي عليه ذلك، فإن القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب، وإن لم يثبت قيام الدين في الحال وأجيب عن الأول بأن إقامة هذه البينة من تنمة إقامة البينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك إلا بهذه فكانت من المدعي بهذا الاعتبار، وعن الثاني بأن قيام الدين في الحال لو كان شرطاً لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي إلى إحياء حقه لأنه ربما لا يكون له بينة، أو كانت له بينة لكن لا يقدر على إقامتها لموت أو غيبة، بخلاف ما نحن فيه لأن توسل المشتري إلى إحياء حقه ممكن لأن العيب إذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن

قوله: (وأجابوا بأوجه بأنه من باب علفتها الخ) أقول: هذا الجواب للإمام ظهير الدين قوله: (وبأن يجعل الكلام متضمناً للخ) أقول: هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكي، وفيه تأمل قوله: (فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول. أي لم يحكم

وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب، ودفع الثمن أولاً ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع، ولأنه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صوناً لقضائه (فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلّفت البائع ودفع الثمن) يعني إذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لأن في الانتظار ضرراً بالبائع، وليس في الدفع كثير ضرر به لأنه على حجته، أما إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه قال: (ومن اشترى عبداً فادعى إيقاقاً لم يحلف

على دفع الثمن وهو فاسد، فقد ظهر الدين للثاني خبراً هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم البيعة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى. ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لأن معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطلب منه الحلف، وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن، بل إذا حلف وهو غير لازم لجواز أن ينكل فيستمر عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع إحدى صورتَي التحليف كما يثبت مع إقامة البيعة. وقيل يقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان: أعني الحلف وإقامة البيعة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعدمه بأن يحلف فيحلف أو يقيم البيعة، ومنهم من أول لا يجبر ينتظر بدفع الثمن، وإنما قلنا إنه لا يجبر على دفع الثمن إذا طالبه البائع به فادعى هو عيباً (لأنه أنكر وجوب الثمن بدعوى العيب فإنه به أنكر تعين حقه) لأن حقه في السليم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجباً دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن أولاً ليتعين حق البائع بإزاء تعين) حق المشتري في (المبيع) ولم يتعين لأنه السليم وقد أنكره. وأورد عليه أن الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا يعارض المتحقق. فالجواب منع قيام الموجب لأنه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع، وأيضاً فقد ثبت ما ادعاه فيؤدي إلى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقص ينبغي ما أمكن (قلو أن المشتري قال شهودي بالشام) مثلاً فأمهلي حتى أحضرهم أو آتيك بكتاب حكمي من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل (يستحلّفت البائع) ويقضي (بدفع الثمن إن حلف) وإن نكل رد المبيع، وإنما قلنا هذا (لأن في الانتظار بالبائع كبير إضرار) لأن التأخير إلى غاية غير معلومة يجري مجرى الإبطال خصوصاً بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة، وليس في الدفع كبير إضرار بالمشتري (لأنه على حجته) إذ له أن يقيم البيعة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن، بخلاف ما لو قال شهودي حضور فإن الإمهال هنا إلى المجلس الثاني، ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيهمل.

إثباته بالتعرف عن آثاره، وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء والقوابل، وإذا ظهر هذا فإذا أقام المشتري البيعة حلف البائع على البينات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط، كذا ذكر في المبسوط. وقيل المراد بالكتاب هاهنا الجامع الصغير، وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط، ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد، وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى، وبه يتضرر المشتري، وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً، ولجواز أن يحدث الغيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً، ففي وجوده في أحدهما يكون بازراً لأن الكل يتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري. وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح، ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال: إلا أنهم قالوا: النظر للمشتري ينعقد إذا استحلّفت بهذه الصفة. وذكر الوجه المذكور ثم قال: والأصح عندي الأول لأن البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بازراً في يمينه إذا لم يكن العيب منتفياً في الحالين جميعاً، وعلى هذا

بشيء قوله: (وإقامة البيعة حكم من الأحكام) أقول: أي وجه حكم فالمضاف محذوف. قوله: (والحق أن الاستشكال إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) أقول: فيه بحث لأن مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على ما صرح به في التلويح خصوصاً في الروايات وكلام المصنفين قوله: (لأن المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه) أقول: ضمير حقه راجع إلى المشتري قوله: (فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) أقول: ولعل الصحيح في الجواب أن يقال: إن صفة الإنكار إنما تقتضي إسناد اليمين إليه لو لم يكن إنكاره في

البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عيده) والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده، لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة (فإذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما

ولو قال أحضر بينتي إلى ثلاثة أجلها، وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة، لأن ذلك في العقود والفسوخ، ولم يتناكراً العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير، فالقضاء هنا بدفع الثمن إلى غاية حضور الشهود بالمسقط، وهذا صريح في قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله: أعني ما إذا قال لي بينة غائبة أو قال ليس لي بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل. وأما إذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم أتى ببينة. في أدب القاضي تقبل في قول أبي حنيفة، وعند محمد لا تقبل، ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف. وفي الخلاصة من رواية الحسن عن أبي حنيفة تقبل، وفي جمع النسفي في قبول البينة عن أصحابنا روايتان: نعم تحليف البائع في مسئلة الكتاب يخالف ما في روضة القضاء إذا قال بينتي غائبة لم يحلف عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يحلف، وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصر فأحلفه ثم أتى بها لا يحلف في قوله خلافاً لأبي يوسف وقوله: (أما إذا انكل ألزم العيب لأنه) يعني النكول (حجة فيه) أي في ثبوت العيب، وقيد به لأن النكول ليس حجة في كل شيء إذ ليس حجة في الحدود والقصاص بالإجماع ولا في الأشياء الستة عند أبي حنيفة قوله: (ومن اشترى عبداً فادعى) المشتري (إيقاً) عنده وعند البائع فأراد تحليف البائع على عدم الإباق عنده (لا يحلف حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده) أي عند المشتري لأنه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه، وإنما لزم ذلك (لأن القول وإن كان قوله) أي قول البائع لكن لا يعتبر إنكاره ولا يتوجه اليمين عليه (إلا بعد) ثبوت قيام المدعي مسبباً للرد (ومعرفته) أي معرفة قيام العيب (بالحجة) عند إنكاره، وهذا في دعوى نحو الإباق مما يتوقف الرد على وجود العيب عندهما، أما في عيب

فلقائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال: (أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعلله (بأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوّل) وقالوا: إنما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فإذا لم يكن التأويل صحيحاً كان التحليف به جائزاً، وهو يناقض قوله لا يحلفه إلا إذا حمل النفي على الوجه الأحوط فيستقيم. فإن قيل: الإباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات. فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما التزمه. وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك، أما إذا ادعى أن لي علماً بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك، فإن لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عند المشتري هل له ذلك أو لا قيل له ذلك على قولهما. واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذكور في النوارد ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف، وقيل لا خلاف في هذه المسئلة (لهما أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البينة) وكل ما يترتب عليه البينة (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء ولأبي حنيفة على قول من يقول لا تحليف على مذهبه أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، ولا تصح الدعوى إلا من خصم، ولا يصير المدعي وهو المشتري هاهنا خصماً إلا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها. ولا نسلم أن كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف، فإن دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف، والبينة لا تستلزم الدعوى فضلاً عن صحتها بل قد تقوم على

ضمن دعوى خلاف الظاهر، وهاهنا في ضمن ذلك فإن الظاهر في المبيع هو السلامة قوله: (وإن كان في الصورة منكراً) أقول: فيه بحث، فإنه مدع صورة، ألا يرى أنه يدعي وجود العيب وثبوت حق الرد قوله: (وإن كان موهوباً لكن يجب على القاضي الخ) أقول: إذا سلم كونه موهوباً فلا يجب على القاضي اعتباره، وإلا فقلما يخلو قضاء عن أمر موهوم فلعل للخصم مدفعاً، إلا أن يفرق بين موهوم وموهوم. والحق منع تحقق موجب الجبر لأن البيع للسليم أو هو مع قبضه، وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام قوله: (قد قضى بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقاً) أقول: وإذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الأولى أيضاً، إلا أن يقال: التوقيت هنا لضرورة دفع الضرر والأصل الإطلاق ولا ضرورة هناك قوله: (وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود، منهم) أقول: ولك أن تحيب أيضاً بأنا لم نف الضرر عن المشتري، بل قلنا إن ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البدلان في يد المشتري دون البائع فليتأمل قوله: (لجواز أن يكون ذلك ماطلة) أقول: إذ ليس له غاية معلومة قوله: (هذا العيب في الحالة التي كانت الخ) أقول: يعني في الكبير أو في الصغر قوله:

أبق عنده قط) كذا قال في الكتاب، وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه النظر

لا يتوقف الرد فيه على عوده عند المشتري كولاية الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا، وعرف أن معنى المسئلة أن يدعي إباحاً فينكر قيامه في الحال فيحتاج إلى إثباته أما لو اعترف البائع فإنه يسأل عن وجوده عنده، فإن اعترف رده عليه بالتماس المشتري، وإن أنكر طوّل المشتري بالبينة، على أن الإباق وجد عند البائع، فإن أقامها رده وإلا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط. قال المصنف: (كذا قاله في الكتاب) أي الجامع، فإن عبارته هكذا: فإذا أقام على ذلك البينة استحلّف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط. قالوا: (وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي به أو بالله ما أبق) عندك قط، كل من هذه العبارات حسنة، بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب، أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب. قالوا: لا يحلف كذلك لأن فيه ترك النظر للمشتري، لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد، فإذا فرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد بعته وما به هذا العيب كان بازاً في يمينه، وأما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لأن هذه العبارة صادقة هنا إذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم، فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأوله البائع في يمينه: أي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعاً وهما البيع والتسليم على ظن أن صدقه لغة على تقدير قصده إليه يوجب بزه شرعاً، وليس كذلك فإن تأوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هي يمين غموس، والأخضر مع الوفاء بالمقصود أن يحلف بالله ما أبق عندي قط (ولو لم يجد المشتري بينه على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عند المشتري يحلف على قولهما. واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة؟ فعن القاضي أبي الهيثم أن الخلاف المذكور في النوادر عنده لا يحلف، وعندهما نعم. وفي شرح الجامع الكبير للشيخ أبي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد: لا خلاف في هذه المسئلة، وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما، وإنما يحلف على العلم لأنه حلف على فعل الغير، بخلاف حلفه على أنه ما كان عنده، فقيل لأنه وإن كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا لم يكن الحالف مدعياً للعلم به، أما إذا كان مدعياً فلا، ألا ترى أن المودع إذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البتات مع أنه فعل الغير. وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليماً، وهو قول الإمام السرخسي. والأول أوجه فإن

ما لا دعوى فيه أصلاً كما في الحدود، بخلاف التحليف. والفرق أن التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضياً سابقة الخصم وأن يكون المشتري هنا خصماً إلا بعد إثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم، وأما البينة هاهنا فمشروعة لإثبات كونه خصماً فلا تستلزم كونه خصماً (وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانياً للرد) على البتات (على الوجه الذي قدمناه) على ما تقدم. قال المصنف: (إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم، فلو حلف مطلقاً كان ترك النظر في حق البائع، لأنه إذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أبق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الإباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذراً عن اليمين الكاذبة فيقضي عليه بالرد لنكوله ويتضرر به. قال: (ومن اشترى جارية وتقابضاً) ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشتري (بها عيباً) فأراد البائع تخصيص الثمن عل تقدير الرد (فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال

(وفيه بحث من وجهين، إلى قوله: والثاني أن سلامة الذمم الخ) أقول: ولنا أن نجيب عن هذا البحث الثاني بأن في الرد بالعيب لا بد أن يوجد الغيب عند البائع ويعود عند المشتري حتى يرد، ولا يلزم ثبوت الدين في الحالين للقضاء بالإيفاء، بل يكفي وجوده في الحال قوله: (وقيل المراد بالكتاب) أقول: القائل هو الإتقاني. قوله: (لأن شمس الأئمة، إلى قوله: والأصح عندي) أقول: تصحيح شمس

للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد، والأول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع، ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما. واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله. لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف. وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، وليست تصح إلا من خصم ولا يصير خصماً فيه إلا بعد قيام العيب، وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانياً للرد على الوجه الذي قدمناه. قال رضي الله عنه: إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ

معنى تسليمه سليماً ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يفعل السرقة عندي فيرجع إلى الحلف على فعل الغير. وأورد على الأول مسألتان: إحداها ما لو باع رجلان عبداً من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثة البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيباً فإنه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع أنه يدعي العلم بانتفاء العيب. الثانية إذا باع المتفاوضان عبداً وغاب أحدهما فادعى المشتري عيباً يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علماً بذلك كما قلنا انتهى. والوجه عندي أن يشكل ما نحن فيه على هاتين المسألتين لا عكسه، لأن تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البتات وهو واحد: أعني العيب في ذات واحدة هو المشكل، فالوجه ما ذكرنا، والمسألتان مشكلتان لأنه إن علم بالعيب كان علمه بالنسبة إلى النصفين أو جهله كان أيضاً كذلك إلا أن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات في مدته ما أبق عندي، وعلى العلم في مدة شريكه ما أعلم أنه أبق عند شريكه، فليكن محملهما ذلك، وعلى هذا فلو لم تكن إقامة العبد إلا عند هذا الشريك لا يحلف إلا على البتات ويكتفي بذلك، إلا أن هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا، ولو لم تكن إقامته إلا عند الذي مات لا يحلف إلا على البتات لأن العقد اقتضى وصف السلامة. وأعلم أن مما تطارحناه أنه لو لم يأتق عند البائع وابق عند المشتري وكان ابق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبتته يرد به لأنه معيب. والعقد أوجب على هذا البائع السليم، ولو لم يقدر على إثباته له أن يحلفه على العلم، وكذا في كل عيب يرد بتكرره. وجه قوله على تقدير الخلاف وهو (ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، وليست تصح إلا من خصم ولا يصير خصماً فيه إلا بعد قيام العيب) وإذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري (يحلف ثانياً لرد على الوجه الذي قدمناه) لأنه بنكوله أنزل مقراً بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة فيه فيحلف على أنه ما وجد عنده إلى آخر ما ذكرنا. وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد أن البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى أصلاً في الحدود، وكذا على أنه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلاً

المشتري بعنتيها وحدها فالقول قول المشتري، لأن الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لأنه أعرف بما قبض (كما في الغصب) فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصب مني غلامين وقال الغاصب غلاماً واحداً فالقول قول الغاصب لأنه القابض (وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) في مقداره بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت إلا إحداهما فالقول قول المشتري (لما بينا) أن في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض، بل هاهنا أولى لأن كون المبيع شيئين أمانة ظاهرة على أن المقبوض كذلك لأن العقد عليهما سبب مطلقاً لقبضهما، ومع ذلك كان القول قول القابض فهاهنا أولى. قال: (ومن اشترى عبدتين

الأئمة لا يكون حجة على غيره قوله: (وهو المذكور في التواتر) أقول: أي الاختلاف هو المذكور قوله: (وقيل لا خلاف في هذه المسئلة الخ) أقول: بل قوله كقولهما. قوله: (والفرق أن التحليف شرع لقطع الخصومة) أقول: وكذلك البينات، فإذا كان لها حكم مخصص هاهنا فلم لا يجوز أن يكون للتحليف حكم كذلك.

الرجال، لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال: (ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيباً فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعتهما وحدهما فالقول قول المشتري) لأن الاختلاف في مقدار المقبوض

ففي دعوى غير صحيحة أولى. وفي الكافي: الأصح أنه لا يحلف لأن التحليف شرع لدفع الخصومة لا لإثباتها، وهنا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى، ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإن توجه اليمين هو من الخصومة فيها تنتهي خصومة لا تندفع، وكثيراً ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ أخرى. وأما قوله في الوجه الحلف إنما يترتب على دعوى صحيحة فنقول: إن كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك، لأنه إذا ادعى أنه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك أن القاضي يطلب جوابه عنه: ألا ترى إلى قولهم فإن اعترف أن الأمر كذلك رد عليه، وإن أنكر وجوده عنده واعترف بوجوده عند المشتري فعل المشتري البينة، فإن عجز عنها حلف إلى آخره أو اعترف بوجوده عنده وأنكر وجوده عند المشتري. وكل ذلك فرع إلزامه بالجواب بأحد هذه، غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الأولى وهو وجوده، لأن تحليله على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد إن لم يثبت عودة عنده فلا يترتب عليه فائدته إلا بعده فوجب تقديمه، وكذا لو كان العيب مما يكفي للرد وجوده عند البائع فقط كولد الجارية وكونها ولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك، وبهذا ظهر أن لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلا منهما يستدعي جواباً بما يليق بالحال وإن تكليف الفرق مع ضعفه على أن الخصومة هناك تتجه قبل إثبات الدين وهنا لا تتجه إلا بعد إثبات العيب غلط، وإنما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب، فكما أن له أن يجيب هنا بإنكار العيب عندهما رأساً كذلك له أن يجيب بإنكار الدين رأساً، بمعنى أنه لم يثبت قط، ثم كما أن عليه أن يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة أو النكول كذلك عليه أن يثبت دخول الدين في الوجود كذلك، وإذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده إليه، فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده، فإذا تأملت لا فرق والله أعلم. فالوجه ما قالنا من إلزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض، لأنه ادعى عليه معنى لو أقرب له لزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول، وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال إلا بعد يمين أخرى على وجوده عند البائع لا يضّر، لأنه إذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من إثبات كل منهما. ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعني نفسه (إذا كانت الدعوى في إباق) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما أبق) عندي (منذ بلغ مبلغ الرجال) لأنه عساه أبق عنده في الصغر فقط ثم أبق عند المشتري بعد البلوغ، وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم، فلو ألزمت الحلف ما أبق عنده قط أضربنا به وألزمناه مالا يلزمه، ولو لم يحلف أصلاً أضربنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا، وهذا في كل عيب يدعي ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده، بخلاف ما لا يختلف كالجنون، وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الإباق ونحوه، وهو كل عيب لا يعرف إلا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا. وبقي أصناف أخرى ذكرها قاضيهان هي مع ما ذكرنا تنتم أربعة أنواع: الأول أن يكون عيباً ظاهراً لا يحدث مثله أصلاً من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالأصبع الزائد والعمى والناقصة والسن الشاعبة: أي الزائدة، فالقاضي فيهما يقضي بالرد إذا طلب المشتري من غير تحليل للتيقن به في يد البائع والمشتري، إلا أن يدعي البائع رضاه به أو العلم به عند

صفقة واحدة) رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيباً) ليس له أن يرد المعيب خاصة (بل يأخذهما أو يدههما) جميعاً (لأن الصفقة تتم بقبضهما) لما أن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ، وما تتم بقبضه الصفقة لا تتم بقبض بعضه لتوقفه على قبض الكل إذ ذاك، فالتفريق قبل قبضهما تفريق (قبل التمام) وهو لا يجوز (لما ذكرنا) يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد

فيكون القول للقابض كما في الغصب (وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) لما بينا. قال: (ومن

الشرء أو الإبراء منه، فإذا ادّعه سأل المشتري، فإن اعترف امتنع الرد، وإن أنكر أقام البينة عليه، فإن عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضي ونحوه، فإن حلف رده، وإن نكل امتنع الرد. الثاني أن يدعي عيباً باطلاً لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال، فإن اعترف به عندهما رده، وكذا إذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فنكل إلا إن ادّعى الرضا فيعمل ما ذكرنا، وإن أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان أحوط، فإذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده. الثالث أن يكون عيباً لا يطلع عليه إلا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة، فعلى هذا أنه إذا أنكر قيامه في الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية، فإذا قالت ثيباً أو قرناً ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم، وإذا انضم إليه نكولة عند تحليله غير أن القرن ونحوه إن كان مما لا يحدث ترد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الأصبع الزائدة إلا أن يدعي رضاه فعلى ما ذكرنا. وفي شرح قاضيخان: العيب إذا كان مشاهداً وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد وإن كان مما يحدث واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لأنه يثبت الخيار والقول للبائع لأنه ينكر الخيار، وهذا يعرف مما قدمناه. ولو اشترى جارية وادّعى أنها خشي يحلف البائع لأنه لا ينظر إليه الرجال ولا النساء، ولو وجد به عيباً فقال له البائع أنبيعه قال نعم يلزمه لأنه عرض على البائع، ولو قال بعه فإن لم يشتر رده عليّ فعرضه فلم يشتر سقط الرد. ولو وجد البائع الثمن زيواً فقال المشتري للبائع أنفقه، فإن لم يرج رده عليّ فأنفق فلم يرج رده استحساناً، ولو كان ثوباً فقال هو قصير فقال البائع أره الخياط، فإن قطعه وإلا رده ففعل فإذا هو قصير فله الرد. اشترى لميت كفنّاً ثم وجد به عيب لا يرده ولا يرجع بالأرض حتى يحدث به عيب مانع من الرد. وفي القنية: لو وجد معيباً فخاصم بائه فيه ثم ترك الخصومة إياماً ثم عاد إليها فقال له بائه لم سكنت عن الخصومة مدة؟ فقال لأنظر أنه يزول أو لا فله رده. كذا في المجتبى قوله: (ومن اشترى جارية) أو غيرها من الأعيان (وتقابضاً) فقبض البائع الثمن والمشتري الجارية (فوجد بها) المشتري (عيباً) فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد إلا أنه (قال بعثك هذه وأخرى معها) وإنما يستحق عليّ رد حصة فقط لا كل الثمن (وقال المشتري بعثتها وحدها) فأرد جميع الثمن ولا بينه لأحد (فالقول قول المشتري لأن هذا اختلاف في مقدار المقبوض، والقول) فيه (قول القابض) أميناً كان أو ضمنياً لأنه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع، ولأن البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك سقط للثمن عن المشتري والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري ينكر فalcول قوله، وصار (كالغصب) إذا ادّعى المصنوب منه أنه غصبه هذا مع آخر أو حدث فيه زيادة فأنكر الغاصب فalcول قوله (وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع) بأن اتفقا على أن المبيع جاريّتان ثم قال البائع قبضتهما وإنما تستحق حصة هذه وقال المشتري لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري (لما بينا) من أن القول قول القابض قوله: (ومن اشترى عبيدين) أو ثوبين (صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر) الذي لم يقبض (عيباً فإنه بالخيار) إن شاء أخذهما بجميع الثمن، وإن شاء ردهما، وليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن في هذه الصورة (لأن الصفقة إنما تتم بقبضهما) لأنها إنما تتم بقبض المبيع ولم يوجد (فيكون) رد أحدهما وحده (تفريقاً قبل التمام، وهذا) أي كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفريقاً للصفقة قبل تمامها بناء على أن تفريقها قبل القبض كتفريقها

القبض وإن كانت لا تتم قبله (وهذا) أي التفريق في القبض لا يجوز (لأن للقبض شيئاً بالعقد) من حيث إن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد، كما أن العقد يثبت ملك الرقبة، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد) ولو قال بعث منك هذين العبيدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا.

قوله: (لما بينا، إلى قوله: بل هاتنا أولى) أقول: فيه تأمل.

اشترى عبيدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيباً فإنه يأخذهما أو يدههما) لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه، وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد، ولو وجد بالمقبوض عيباً اختلفوا فيه. ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة، والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه (ولو قبضتهما ثم وجد) بأحدهما عيباً يرده خاصة خلافاً لزفر. هو يقول: فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن

في نفس العقد فيما إذا قال بعثكما بألف فقال قبلت في هذا بخمسائة، وإنما كان كذلك (لأن القبض له شبه بالعقد) لأنه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة، ولأنه أعني القبض مؤكد لما أثبتته العقد، حتى أن الشهود بالطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لأنه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج ونحوه، فالشهود بشهادتهم أكدوا لزومه وحققوه وما قبل في تمامه، وحكم المشبه حكم المشبه به، فإن الصلاة للنار وعلى النجاسة حرام. ولو صلى وبين يديه نار وبقره نجاسة كان مكروهاً ليس تمثيلاً صحيحاً فإن الثابت الكراهة، وإنما يكون حكمه لو ثبتت الحرمة، هذا إذا كان العيب في غير المقبوض (فإن وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه. يروي عن أبي يوسف أنه يرده خاصة) لأن الصفقة تامة في المقبوض (والصحيح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله) فما لم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقاً قبل التمام (وصار تمام الصفقة) كحبس البيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه، ولو قال المشتري أنا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك (ف)أما (لو) كان (قبضهما) أعني العبدین (ثم وجد بأحدهما عيباً) فإن له أن (يرده خاصة لزفر. هو يقول: فيه) أي في رده وحده (تفريق الصفقة، ولا يعرى عن ضرر لأن العادة ضم الجيد إلى الرديء) لترويج الرديء، وفي إلزامه المعيب وحده إلزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لا تتم إذا كان فيها أحد الخيارين هكذا ذكر، خلاف زفر في المبسوط وغيره. وقال القدوري في التفریب: قال أصحابنا، إذا اشترى عبيدين صفقة فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض رده خاصة. وإن كان قبل القبض ردهما. وقال زفر: يرد المعيب في الوجهين لأن العقد صح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض. وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف

قال: (ولو وجد بالمقبوض عيباً اختلفوا فيه) إذا وجد المشتري بالمقبوض عيباً، قالوا في شروح الجامع الصغير: اختلف المشايخ فيه، وكلام المصنف يشير إلى أن الاختلاف بين العلماء، فإنه قال: (ويروي عن أبي يوسف أنه يرده خاصة) ووجهه أن الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر إليه لا يلزم تفريق الصفقة (والأصح أنه) ليس له ذلك (لأن تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم لكل فهو كحبس المبيع) لأجل الثمن فإنه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتباراً لأحد البديلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً له أن يرده خاصة) وقال زفر: لا فرق بينه وبين ما تقدم لأن فيه تفريق الصفقة (ولا يعرى عن ضرر إذ العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض) بجامع دفع الضرر (وأشبه خيار الرؤية والشرط) ولنا أنه إذا قبضهما جميعاً فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضائر، بخلاف خيار الرؤية والشرط فإن الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجب العقد، والأصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد، وتضرر البائع إنما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري. لا يقال: لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما أيضاً لوجود التدليس منه، لأنه يستلزم التفريق قبل التمام وإنه لا يجوز، قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدین. وأما إذا لا يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فإنه يردهما أو يمسكهما، حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المعيب خاصة قوله: (ولهذا) أي ولأن الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله

ضرر لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط. ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر، ولهذا لو استحق

الرواية عن زفر (ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض يتم في خيار العيب، بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعاً بدليل أنه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع أنه تفريق الصفقة على المشتري، والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لما قدمنا من أن الظاهر أن البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمي لكل واحد ثمناً أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه، ثم هذا فيما يمكن إفراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدین، أما إذا لم يكن في العادة كنعلين أو خفين أو مصراعي باب فوجد بأحدهما عيباً فإنه يردهما أو يمسكهما بالإجماع لأنهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد، والمعتبر هو المعنى. وفي الإيضاح والفوائد الظهيرية: ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله: (ومن اشترى شيئاً مما يكال) كالحنطة والتمر (أو يوزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد ببعضه عيباً رده كله أو أخذه كله، ومراده) إذا كان الإطلاع على العيب (بعد القبض) أما لو كان قبله فلا فرق بين المكمل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل، بخلاف ما بعد القبض فإنه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكمل والموزون دونهما وإنما قلنا بعد القبض يرد الكل (لأن المكمل إذا كان من جنس واحد) كالحنطة أو الشعير (فهو كشيء واحد) فإن الانتفاع والتقوم لا يتحقق بأحد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الأحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب أو بساط ونحوه (ألا ترى أنه يسمى) المتعدد منه المجتمع (باسم واحد كالكز) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب، بخلاف الثوبين والعبدین فإنه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لأنهما شيان حقيقة وتقوماً وانتفاعاً لا يوجب إفراد أحدهما عن الآخر عيباً حادثاً فيه (قيل هذا) يعني كونه يرد الكل (إذا كان في وعاء واحد) أما (لو كان في وعاءين) كما إذا اشترى عدلي حنطة صفقة فوجد بأحدهما عيباً فإنه يرد ذلك العدل خاصة كما ذكره فخر الإسلام قال: لأن تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب، فإنه إذا كان مختلطاً بالجيد يكون أخف عيباً مما إذا انفرد، فلو رد كان مع عيب حادث عند المشتري، بخلاف ما إذا كان في وعاءين فرد أحدهما بعينه فإنه لا يوجب زيادة عيب. قال الفقيه أبو الليث: هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة، وإحدى الروایتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة، فإنه روى الحسن عن أبي حنيفة في المجرد أن

(لو استحق أحد العبدین) بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد الآخر) بل العقد قد لزم فيه لأنه تفريق بعد التمام قال: (ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن) تفريق الصفقة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الأعيان، وبعده يجوز في غير المكمل والموزون، وأما فيهما فلا يجوز إذا كان الجنس واحداً سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين على اختيار المشايخ. وقيل إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدین يجوز رد المعيب خاصة لأنه يرد على الوجه الذي خرج من ضمان البائع. ووجه الأظهر أنه إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسماً وحكماً. أما الأول فلأنه يسمى باسم واحد ككز وقفيز ونحوهما، وأما الثاني فلأن المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع، لأن الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضهما كروية كلها كالثوب الواحد، وفي الثوب الواحد إذا وجد بعضه معيباً ليس له إلا رد الكل أو إمساكه، لأن رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الأعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد عيب زائد وليس له ذلك. فإن قيل: لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل

قال المصنف: (ومراده بعد القبض) أقول: أما قبل القبض فالحكم في غير المثلى والموزون أيضاً كذلك قال المصنف: (وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد) أقول: اختار هذا القول في فتاوى قاضيان ولم يذكر غيره قوله: (لأن رد الجزء المعيب) أقول: فيه بحث.

أحدهما ليس له أن يرد الآخر قال: (ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيباً رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد؛ ألا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه. وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد، فإذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر. (ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لأنه لا يضره التبعض، والاستحقاق لا يمنع تمام

رجلاً لو اشترى أعدالاً من تمر فوجد بعدل منها عيباً، فإن كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لأن التمر إذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض. وذكر الناطفي رواية بشر بن الوليد: لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة إلا أن يكون هذا والآخر سواء، فإما أن يرده كله أو يترك كله، فقد رأيت كيف جعل التمر أجناساً مع أن الكل جنس التمر، فعلى هذا يتقيد الإطلاق أيضاً في نحو الحنطة فإنها تكون صعيدية وبحرية، وهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين، ويتقيد إطلاق فخر الإسلام أن في الأعدال يرد المعيب خاصة بأن ذلك إذا كان باقي الأعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بأن يكون بعض الأعدال برنياً وبعضها لبانة فيرد ذلك خاصة، أما إذا كان الأعدال من جنس واحد بأن يكون كلها برنياً أو صيحانياً أو لبانة أو عرقية فيرد الكل والبصرة كالعدل الواحد وإن كثرت لجريان ما ذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها قوله: (ولو استحق بعضه) أي بعض المكيل أو الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه أن لا يرده. وروي عن أبي حنيفة أن له رده دفعاً لضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعض) لا في القيمة ولا في المنفعة، أما في القيمة فإن المد من القمح يباع على وزن ما يباع به الأردب والغرارة. وأما في المنفعة فظاهر فلا يتضرر به، بخلاف غيره فإنه إن كان مما يفصل يصير معيباً بتبعيضه فإن الفضلة من الثوب كالذراع إذا نودي عليه في الأسواق لا تبلغ قيمته متصلاً بباقي الثوب، وإن كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيباً بغيب الشركة، بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فإنهما إن شاء اقتسما في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تكون بكيل عدهما وغلماهما وقوله: (والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم تفريق الصفقة على المشتري للمستحق عليه. فأجاب بأن تفريق الصفقة إنما يمتنع قبل التمام لا بعده، وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك إلا الاستحقاق، والاستحقاق لا يمنع تمامها (لأن تمامها برضا العاقد) وقد

بالإجماع. فالجواب أنه على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ساقط، وعلى الأخرى إنما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لأنه لا يضره التبعض، لأن استحقاق البعض لا يوجب عيباً في المستحق وغيره لأنهما في المالية سواء، والانتفاع بالباقي ممكن، وما لا يوجب عيباً في المالية والانتفاع لا يوجب ضرراً بخلاف ما لو وجد بالبعض عيباً وميزه ليرده لأن تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب، بخلاف الثوب الواحد فإن التبعض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق إلا رد الكل أو إمساكه قوله: (والاستحقاق) يجوز أن يكون جواب سؤال. تقريره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لأن تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضياً، وتوجيهه أن الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك، لأن العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالأستحقاق لا ينعدم ذلك، ولهذا قلنا في الصرف والسلم إذا أجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحاً، فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد إذا كان بعد القبض، وأما إذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفريق الصفقة قبل التمام، وهذا يرشدك إلى أن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقد وقبض المبيع، وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها، وإن كان المبيع ثوباً واحداً وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي، لأن التشقيص في الثوب عيب لأنه يضر في ماله والانتفاع به. فإن قيل: حدث بالاستحقاق عيب جديد في المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب. أجاب المصنف بقوله:

الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك، وهذا إذا كان بعد القبض، أما لو كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام. قال: (وإن كان ثوباً فله الخيار) لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق، بخلاف المكيل والموزون قال: (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواه أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا) لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا

تحقق (لا برضا المالك) يعني المستحق، ولذا قلنا: إذا أجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم بعد افتراق العاقلين يبقى العقد صحيحاً فلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك. وقوله: (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (إذا كان بعد القبض، أما إذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة) عليه (قبل التمام) لأن تمامها بعد الرضا بالقبض (ولو كان) المستحق (ثوباً) ونحوه كعبد وكتاب (فله الخيار، لأن التشقيص في الثوب عيب) والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقائه شريكاً، لا يقال: ينبغي أن لا يثبت له خيار رد الكل لأنه حدث عنده عيب بالاستحقاق. وأجاب بقوله: (وقد كان) إلى آخره: أي هذا العيب: أعني عيب الشركة كان ثابتاً (وقت البيع) وإنما تأخر ظهوره، والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد، بخلاف تمييز الجيد من الرديء في المكيل إذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فإنه عيب حدث عنده فلا يمكنه إلا رد الكل قوله: (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً) ونحوه من مرض أو عرض فداواها (أو كانت دابة فركبها في حاجة نفسه) وفي بعض النسخ (حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصد الاستبقاء، بخلاف خيار الشرط) إذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون مسقطاً للخيار (لأن ذلك) الخيار (للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجته مرة أو الاستخدام مرة (مسقط) له فصار جنس هذه المسائل أن كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والأرش، فمن ذلك العرض على البيع والإجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والدهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب، بخلاف خيار الشرط فإنه لا يسقط إلا بالمرة الثانية، لأن الأولى للاختيار الذي لأجله شرع الخيار فلم تكن الأولى دليل الرضا. أما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري إلى رأس ماله إذا عجز عن وصول الجزء الفائت إليه، فبالمرة الأولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق، إنما الخلاف فيما إذا أجزأ الرد مع القدرة عليه بالتراضي أو بالخصومة بأن كان هناك حاكم فلم يفعل، ولم يفعل ما يدل على الرضا، فعندنا لا يطل خيار الرد منه، وعند الشافعي يطل والتقييد بحاجته لأنه (لو ركبها ليسقيها أو يردّها على بائعها أو يشتري لها علفاً فليس برضا) وله الرد بعد ذلك (أما الركوب للرد فإنه سبب الرد) فإنه لو لم يركبها احتاج إلى سوقها فربما لا تنقاد أو تلتف مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك إلا الركوب (والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته) إلى ذلك فيها لأنها قد تكون صعبة، ففي قودها ليسقيها أو يحمل عليها علفها ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزاً عن المشي (أو لكون العلف في عدل واحد) فلا يتمكن من حملها عليها إلا إذا كان راكباً، وتقييده بعدل واحد لأنه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضا. ذكره قاضيان وغيره. ولا يخفى أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها

(وقد كان وقت البيع) يعني أنه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعاً، بخلاف المكيل والموزون فإن التشقيص ليس بعيب فيها حيث لا يضّر، وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سببين قبل القبض في جميع الصور: أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما. أما العيب فظاهر، وأما الاستحقاق فلقوله أما إذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام، وتجد حكمهما بعد القبض كذلك إلا في المكيل والموزون لأنه ذكر في العبدتين ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر، وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض ثم قال: ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي. قال: (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواه المشتري)

يكون الركوب مسقطاً قال: (وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفاً فليس برضا) أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد. والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدا منه، إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد، وأما إذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا. قال: (ومن اشترى

للسقي أنها لا تمنع الرد معها تجري فيما إذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطلق امتناع الرد إذا كان العلف في عدلين. ولو اختلفا فقال البائع ركبها لحاجة نفسك. وقال المشتري لأردّها عليك فالقول قول المشتري. فأما لو قال البائع ركبها للسقي بلا حاجة لأنها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لأن الظاهر أن المسوّج للركوب بلا إبطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة، والناس يختلفون في تخيل أسباب الخوف، فرب رجل لا يخطر بخاطره شيء من تلك الأسباب وآخر بخلاف. نعم لو حمل عليها علفاً لغيرها كان رضا ركبها أو لم يركبها.

[فرع] وجد بالدابة عيباً في السفر وهو يخاف على حملة عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور قوله: (ومن اشترى عبداً قد سرق) عند البائع. وعلى ما ذكرنا مما وقع في المطارحة لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشتري (به) أي يفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وستأتي فائدة هذا القيد (فقطع عند المشتري فله أن يرده) على بائعه (ويأخذ الثمن) كله منه (عند أبي حنيفة) هكذا في عامة شروح الجامع الصغير، وفي روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكرنا في المبسوط حيث قال: وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقاً بسبب كان عند البائع واليد من الأدمي نصفه فينتقص قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار، إن شاء رجع بنصف الثمن وإن شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن، كما لو قطعت يده عند البائع، ولما ثبت الخيار بين رده وإمسائه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفاً إلى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفاً إلى اختياره إمساكه. وفي شرح الطحاوي للإسبيجابي: لو قطعت يده بعد القبض إلى آخر الصورة إن شاء رضي بالعبد الأقطع بنصف الثمن وإن شاء ترك. وفي قول أبي يوسف ومحمد: لا يرده، ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبداً وجب عليه القطع وعبداً لم يجب عليه القطع ويرجع بإزاء النقصان من الثمن إلا إذا رضي البائع أن يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن، وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف أن له أن يرده ويرجع بالكل، وما في نقل المؤتلف والمختلف فيما إذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البائع أنه يرجع بنصف الثمن من الإيقاع في الإلباس، وأقرب ما يظن أنهما روايتان عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما كرنا. وعبرة الهداية أخف فإنه قال: فله أن يرده ويأخذ الثمن فإنها لا تمنع أن له شيئاً آخر، لكن لا يجوز الاقتصار على هذا إلا إذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقاً عليه فاقصر على محل الخلاف، لكن الفرض أن الخلاف ثابت في الآخر، وهو إذا أمسكه فإنه يأخذ النصف عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان ويمسكه وقوله: (وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد عند البائع) من قتل عمداً أو رده ونحو

جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عذراً رضا بالعيب لأن ذلك دليل قصد الاستبقاء لأن المداواة إزالة العيب وهي تمنع الرد، لأن نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الإمساك، ودليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب، وله ذلك بعيب آخر لأن الرضا بعيب لا يستلزم رضا بغيره، وكذلك الركوب لحاجته، بخلاف خيار الشرط لأنه للاختبار، والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطاً (وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفاً فليس ذلك برضا، أما الركوب للرد فلا فرق) فيه بين أن يكون له منه بد أو لا، لأن في الركوب ضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر، وأما للسقي والعلف فمحمول على ما إذا لم يجد منه بداً لصعوبة الدابة لكونها شموساً، أو لعجزه عن المشي لضعف أو كبر، أو لكون العلف في عدل واحد، أما إذا وجد منه بداً لانعدام الأولين أو لكون العلف في عدلين وركب كان الركوب رضا، لأن حملة حينئذ ممكن بدون الركوب. قال: (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم

عبدًا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يردّه ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: يرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق) وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع. والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما. لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملاً فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل. وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق، وصار كما إذا قتل المغضوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد

ذلك: يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتماً. وعندهما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن. قال المصنف: (فالحاصل أنه) أي القطع والقتل: أي ثبوته في العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفي المبسوط: فإن مات العبد من ذلك القطع قبل أن يردّه لم يرجع إلا بنصف الثمن لأن النفس ما كانت مستحقة في يد البائع ليقبض قبض المشتري في النصف (لهما أن الموجود عند البائع سبب القتل والقطع) وثبت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه، ولو مات كان الثمن مقرراً على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته، ولذا لو كان ولي القصاص يأتي شراء المشتري إياه صح شراؤه، ولو كان له حق في ماليته لم يصح، كما لو أبى المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية، فعرف أن استحقاق العقوبة متعلق بأدميته لا بماليته، والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشأه المستوفي باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان المشتري، وبه لا يتنقض قبض المشتري لأنه يتعلق بالمال المبيع ويتنقض بأخذ المستحق له لأنه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيباً حادثاً في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما إذا اشترى حاملاً) لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فماتت) عنده (بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً وغير حامل) ولقطة إلى في قوله إلى غير حامل ليس لها موقع (وله أن سبب وجوب القطع والقتل) وجد (في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى سبب) القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقتله فصار موته مضافاً إليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغضوب إذا رده الغاصب على مالكة بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فإنه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها، كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود إلى سبب الوجوب الكائن عند الأول. وإذا كان كذلك فيتنقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية، إلا أنه لا يظهر أثر ذلك إلا بحقيقته فعل الاستيفاء، وقبله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصح البيع ونحوه، فأما إذا قتل فقد تم حيثئذ الاستحقاق وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا (وما ذكر من المسئلة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة، بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضي أبو زيد

يعلم به إلخ) رجل اشترى عبدًا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يردّه ويأخذ الثمن كله، وله أن يمسه ويرجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة، وقالوا: إنه يقوم سارقاً وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن، وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد أو الرد: لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع أو القتل وهو لا ينافي المالية، ألا ترى أنه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرف فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لأنه يعتمد على متعيب لأن مباح اليد أو الدم لا يشتري كالسلم لأنه أشد من المرض الذي هو عيب بالإجماع، والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه، وها هنا قد تعذر الرد. أما في صورة القتل فظاهر، وأما في صورة القطع فلأن الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده، ومثله مانع من الرد يعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان، كما إذا اشترى جارية حاملاً ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فإنه

الغاصب، وما ذكر من المسئلة ممنوعة. ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا. وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن، وإن قبله البائع فثلاثة الأرباع لأن

وفخر الدين قاضيخان رحمهما الله تعالى وإن لم يذكر. الخلاف في كتاب البيوع من الأصل استدلالاً بما ذكر في الجامع الصغير في الأمة المغصوبة إذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذاك هنا عنده واقتصر المصنف عليه. وإن سلمنا فنقول: الموجود في يد البائع العلوق، وإنما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي إليه غالباً بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي إلى الوجود فهو نظير موت من الجلد، بخلاف مسئلة الغصب لأن الرد لم يصح لأن شرط صحته أن يردها كما أخذها ولم يوجد فصار كما لو هلك في يد الغاصب، وهنا الجبل لا يمنع من التسليم إلى المشتري، ثم إن تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك به مستحقاً عند البائع فينتقص قبض المشتري فيه، وإن لم يكن مستحقاً لا ينتقص. ونوقض بمسائل: الأولى إذا اشترى جارية محمولة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف إلى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع أن موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع. وثانيها إذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن. وثالثها ما إذا زوّج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وإن كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع. ورابعها لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فماتت منه لا يرجع على البائع بالثمن وإن كان موته بسبب كان عند البائع. وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وإن كان موته بسبب كان عند البائع، أجيب بأن الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الألم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه، وأما الثانية فلأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الأجنبي قطع سراية القطع لأن السراية حق البائع فتنقطع ببيع من له السراية، وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع. وأما الثالثة فإن البكارة لا تستحق بالبيع، حتى لو وجدها ثيباً لا يتمكن من الرد إذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب. وعن الرابعة بأن المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل، وموته بذلك الضرب إنما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاذ أو ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حداً مستحقاً. وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط قوله: (ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما) أي بالسرقين جميعاً (فعندهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع (وعند أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقولهما، ولكن إن رضي البائع كذلك رده

يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً وما بين قيمتها غير حامل. وله أن سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي إلى الوجوب والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق فصار كالمستحق، والمستحق لا يتناوله العقد فينتقص القبض من الأصل لعدم مصادفة العقد محله، أو لأنه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن إن رده، كما لو استحق بعض العبد فردّه وصار كما إذا غصب عبداً فقتل العبد عند الغاصب رجلاً عمداً فردّه على المولى فاقتص منه في يده، فإن الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب. والجواب عن مسئلة الحمل أنها ممنوعة فإن ذلك قولهما. وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما إذا اقتص من العبد المشتري، ولئن سلمنا فنقول: ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري، وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بأنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لأنه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم، فمن هذا الوجه سارت المالية كأنها هي المستحقة، وأما إذا مات في يد المشتري فترقر الثمن عليه لأنه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري، وإذا قتل فقد تم الاستحقاق، ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر إلا في حكم الاستيفاء،

اليدين من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي إحداهما رجوع فيتصرف؛ ولو تداولته الأيدي ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق، وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب. وقوله: (في الكتاب ولم يعلم المشتري) يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضا به، ولا

ورجع بثلاثة أرباع الثمن، وإن لم يرض به أمسكه ورجع بربع الثمن (لأن اليد في الآدمي نصفه) في حق الإتلاف وقد تلفت بالسرقين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالباقي إن رده بأن رضيه البائع وذلك ثلاثة أرباع الثمن، ويربعه إن أمسكه بأن لم يرض البائع لأن نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع، وهذا لأن البائع إنما قبله أقطع معياً لا مع أن يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما، كما في الغاصب للعبد إذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقين فإنما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة قوله: (ولو تداولته الأيدي) بعد أن سرق عند البائع ثم تداولته الأيدي بعده (ثم قطع عند الأخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كما في الاستحقاق عند أبي حنيفة) لأنه أجراه مجرى الاستحقاق، ولا يخفى أن هذا إذا اختار الرد لأنك علمت أن حكم المسئلة عنده أنه بالخيار بين أن يرده ويرجع بالكل أو يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الأخير) الذي قطع في يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب) أما رجوع الأخير فلأنه لما لم يبعه لم يصح حاسباً للمبيع مع إمكان الرد بالعيب، وعلمت أن بيع المشتري للمعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله: (في الكتاب) أي الجامع الصغير (ولم يعلم به) أي وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لأنه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والأرض) وأما عنده فعنه روايتان: في رواية كقولهما فلا يرجع إذا علم باستحقاق يده أو نفسه. قال المصنف تبعاً لشمس الأئمة: الصحيح أنه يرجع وإن علم بسرقة أو إباحة دمه وقت البيع أو القبض لأن هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه، فلشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن إذا لم يعلم، ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملاً بالشبهين. ونظر فيه بعضهم بأن هذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن، وكونه أجرى مجرى الاستحقاق لا يخرج عن كونه عيباً قوله: (ومن باع عبداً الخ) ليس العبد بقيد، فإن البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره، ويرى البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له أو غير معلوم، ومن كل عيب يحدث إلى وقت القبض أيضاً خلافاً لمحمد في الحادث. وأجمعوا أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل

حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص، قال: (ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري الخ) إذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفاً. وعند أبي حنيفة لا يرد إلا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده، ثم الأمر لا يخلو من أن يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل، فإن لم يقبله يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لأنها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد، وإن قبل يرجع بثلاثة أرباع الثمن لأن اليد نصف الآدمي وتلفت بالجنايتين، وفي إحداهما الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع فيرده العبد عليه. فإن قيل: إذا حدث عند المشتري عيب ثم أطلع على عيب كان عند البائع قبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم يكن هنا كذلك؟ أجيب بأن هذا على قول أبي حنيفة نظراً إلى جريانه مجرى الاستحقاق، وما ذكرتم لا يتصور فيه. فإن قيل: ألا تذكرون ما تقدم أن حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكمل والموزون فما الذي أوجب الاختلاف هنا بينهما؟ قلنا: بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيكون بمنزلة الاستحقاق والمعيب، وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم أن يساويه في جميع الأحكام

قوله: (والنصف الآخر الخ) أقول: يعني الذي لم يتلف قوله: (فإن قيل، إلى قوله: يستويان) أقول: يعني ما تقدم بورقة تخميناً، وهو قوله وتنبه المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيئين قوله: (ليقتض القبض من الأصل لما مر آنفاً) أقول: يعني ما تقدم

يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال: (ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وإن لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي: لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح. هو يقول: إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد، وتمليك المجهول لا يصح.

الحادث في البراءة، وللشافعي قول كقولنا، وقول إنه لا يبرأ من عيب أصلاً. وثالثها وهو الأصح أنه يبرأ. ويروي عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه، لما روى «أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبداً من زيد بن ثابت شرط البراءة فوجد زيد به عيباً فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا إلى عثمان رضي الله عنه، فقال عثمان لابن عمر: أتختلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال لا، فرده عليه». والفرق أن كتمان المعلوم تلبيس، بخلاف غير المعلوم، وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما، فذكر المصنف خلافه مطلقاً هو أحد أقواله. قال: وهذا (بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبني فقال: (هو يقول في الإبراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مدينه فرده المدينون لم يبرأ، وكذا لا يصح تعليق الإبراء لما فيه من معنى التمليك (وتمليك المجهول لا يصح) ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر^(١) وهذا بيع الغرر، لأنه لا يدري أن المبيع على أي صفة هو، ولأنه شرط على خلاف مقتضى العقد لأن مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك، ولنا أن الإبراء إسقاط حق يتم بلا قبول كالطلاق والعاق بأن طلق نسوته أو أعتق عبيده ولم يدركهم هم ولا أعيانهم، كأن ورث عبيداً في غير بلده أو زوجه وليه صغيراً فبلغ وهي في غير بلده، ولذا لا يصح تمليك الأعيان بلفظ الإبراء، ويصح الإبراء بلفظ الإسقاط كأن يقول: أسقطت عنك ديني عليك، والإسقاط لا يبطله

ففسى يكفي شياً بين ما نحن فيه، والاستحقاق كون العقد غير متناول لينتقض القبض من الأصل لما مر آنفاً. قال: ولو تداولته الأيدي: يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع. إذا تداولته الأيدي بالبياعات ثم قطع العبد في يد الأخير ترجع الباعة وهو جمع بائع كالحاكة جمع حائك بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كما في الاستحقاق لأنه بمنزلة، وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لأنه بمنزلة، وهذا لأن المشتري الأخير لم يصر حاسباً حيث لم يبعه، ولا كذلك الآخرون فإن البيع يمنع الرجوع لنقصان العيب لما تقدم قوله: (وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن) هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به، ولا يفيد على مذهب أبي حنيفة في الصحيح لأنه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع، وقوله: (في الصحيح) احتراز عما روي عن أبي حنيفة أنه لا يرجع لأن حل الدم من وجهه كالاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فله شبهه بالاستحقاق، قلنا عن الجهل به يرجع بجميع الثمن، ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء، لأنه إنما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتره. وقال شمس الأئمة: إذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضاً إذا قتل عنده لأن هذا بمنزلة الاستحقاق. وقال فخر الإسلام: الصحيح أن الجهل والعلم سواء لأنه من قبيل الاستحقاق، والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع. قيل فيه نظر، لأننا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع، لكن لا نسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع، وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن، ولكنه أجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزله لا حقيقته، لأن في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعاً سواء كان عالماً بذلك أو

بصحيفة تخميناً، وهو قوله فينتقض القبض من الأصل لعدم مصادفة العقد محله. قوله: (قيل فيه نظر) أقول: أي فيما قاله فخر الإسلام قوله: (والجواب أن كونها أصح أو صحيحاً) أقول: لا يخفى عليك أن نزاع القائل إنما هو في صحة الدليل فلا مساس لجوابه الأول فليتأمل قوله: (وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول: أنت خير بأن منع السند مما لا يجوز أحد، فقوله ممنوع خارج عن الأداب. وجوابه أن المنع متوجه إلى ما جعله المعتز مبنياً لمنعه لا إلى سنده وبينهما فرق. بقي الكلام في صحة المنع بعد إقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل. ثم أقول: بقي هاهنا شيء آخر، وهو أن كونه عيباً لا يمكن أن ينازع فيه لظهور صدق تعريفه عليه، وأيضاً عادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين، وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي إلغاء جهة العيب، ولم يقل المعتز إن حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى. قوله: (أرايت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول: ليس في هذا كثرة

(١) تقدم تخريجه في أوائل باب خيار الرؤية رواه مسلم وغيره.

ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة، ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف. وقال محمد رحمه الله:

جهالة الساقط، لأن جهالته (لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك) فأظهرنا أثره في صحة رده وعدم تعليقه بالشرط فانتهى المانع ووجد المقتضي وهو تصرف العاقل البالغ بإسقاط حقوقه، بخلاف التمليك فإن جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا تترتب فائدة التصرف عليه، أما الإسقاط فإن الساقط يتلاشى فلا يحتاج إلى تسليم، فظهر أن المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم، ولذا جاز بيع قفيز من صبرة، وإنما امتنع بيع شاة من قطع للمنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت. وأما عدم الصحة في قوله أبرأت أحدكما فلجهالة من له الحق، كما لم يصح قوله لرجل علي ألف وصح لفلان علي شيء، ويلزم بالتعيين، على أن من المشايخ من أجازوه وألزمه بالتعيين كطلاق إحدى زوجتيه. وجه المختار أن الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه، وكذا العتاق لمن له الحق لأنه الله تبارك وتعالى، ولذا لو اتفقا على إبطاله لم يبطل، ويدل على ما قلنا حديث علي رضي الله عنه حين بعثه النبي ﷺ ليصلح بين بني خزيمه «وذلك أنه ﷺ وسلم بعث أولاً خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسجود، فدفع ﷺ إلى علي مالا فوداهم حتى मिलغة الكلب، وبقي في يده مال فقال: هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله ﷺ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ به»^(١) وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة، وروي أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في موارث درست، فقال ﷺ: «استهما وتواخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه»^(٢) وفيه إجماع عملي للمسلمين لأن من حضره الموت في كافة الأعصار استحل من معامليه من غير تكبير، والمعنى الفقهي ما ذكرنا، والغرور والله أعلم إيهام خلاف الثابت. ومنه ولد المغرور للمغرور بحرية امرأة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبه على إيهام العيوب وبقائه في يده بها فلم يغره. وقوله شرط ينافي مقتضى العقد وهو السلامة. قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم، وكون السلامة مقتضاه إن أردت العقد المطلق سلمناه، أو المقيد بشرط البراءة من العيوب إن كانت منعناه، إلا لزم أن لا يصح شرط البراءة من العيوب المساة إن ظهرت وجوازه اتفاقاً. وقوله: (ويدخل في هذه البراءة) يعني البراءة المذكورة في الكتاب، فإن الإشارة جاهلاً قبل القبض أو بعده، وهنا لا يبطل البيع. والجواب أن كونها أصح أو صحيحاً يجوز أن يكون من حيث صحة النقل

شناعة، إذ لا يلزم رؤية البائع، والمحكي أنه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبداً كذا كان يلزمه أن يرى ذلك. قوله: (ولهذا جاز طلاق نسائه وإعتاق عبيده وهو لا يدرى عدلهم) أقول: بأن زوج أوليائه في صغره نسوة لا يعلم كم هن، والله أعلم.

(١) ذكره ابن هشام في السيرة ٣٧/٤، ٣٨ عن ابن إسحق حدثني حكيم بن حكيم عن محمد الباقر فذكره مع خبر علي بتمامه وزيادة. وليس فيه ذكر السجود وهذا إسناد ومنقطع.

وقد أخرجه البخاري ٤٣٣٩ و ٧١٨٩ والنسائي ٢٣٧/٨ والبيهقي ١١٥/٩ وأحمد ١٥٠/٢ كلهم عن ابن عمر: أن النبي ﷺ بعث خالداً إلى بني جَذِيمَةَ فدعاهم إلى الإسلام، فلم يُحْسِنُوا أن يقولوا أسلمنا فقالوا: صابنا صياناً. فجعل خالد يقتل منهم، ويأسره، ودفع إلى كل رجل من أسيريه حتى إذا كان يوم أمر خالد أن يقتل كل رجل من أسيريه. فقلت: والله لا أقتل أسيري ولا يقتل رجل من أصحابي أسيريه حتى قدما على النبي ﷺ فذكرناه فرفع يديه فقال: اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد. مؤتين.

هذا لفظ البخاري، والنسائي، وغيرهما. ولم يذكروا خبر علي ووُذِيَ إياهم. ونقل ابن حجر في الفتح عن الخطابي قوله: لعل خالداً نقم عليهم العدول عن لفظ الإسلام لأنه فهم أن ذلك وقع منهم على سبيل الأئمة ولم يتقادوا إلى الدين فقتلهم متأولاً قولهم. اهـ الفتح ٥٧/٨.

تنبيه: وقع للمصنف في الأصل: بني خزيمه. وصوابه ما أثبتته جَزِيمَةُ. بالجم مَكْسُور ما بعدها وهي مفتوحة. (٢) حسن صحيح. أخرجه أبو داود ٣٥٨٤ و ٣٥٨٥ والحاكم ٩٥/٤ والبيهقي ٦٦/٦ وأحمد ٣٢٠/٦ كلهم من حديث أم سلمة: أن رجلاً من الأنصار أتى رسول الله ﷺ يختصم في موارث بينهما قد درست ليس بينهما بنية فقال ﷺ: إنكم تختصمون إلي، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته... وفيه: فافتسما وتوفيا الحق، ثم استرحا ثم تحالا. وصححه الحاكم على شرط مسلم، ووافقه الذهبي وهو كما قال.

لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت. ولأبي يوسف أن الغرض إلزام العقد

إليها وهي البراءة من كل عيب. واحترز بالإشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به، وقد ذكرنا أنه لا يبرأ عن العيب الحادث بالإجماع، والمراد بقوله: (في قول أبي يوسف) ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة وقال محمد: (لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن بن زياد والشافعي ومالك ورواية عن أبي يوسف (لأن البراءة تتناول الثابت) فتتصرف إلى الموجود عند العقد فقط (ولأبي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض، ومعلوم أن (الغرض) من هذا الشرط (إلزام العقد بإسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة) ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال (وذلك بالبراءة عن كل عيب) يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك، فاقضى القرض المعلوم دخوله. وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوي أنه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالإجماع فكيف يصح من أبي يوسف إدخال الحادث بلا تخصيص وهو مع التنصيص عليه يطله. أجيب بمنع أنه إجماع بأن في الذخيرة إذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن أبي يوسف فيما إذا نص على البراءة من كل عيب حادث، ثم قال: وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد. ولئن سلمنا فالفرق أن الحادث يدخل تبعاً لتقرير غرضهما، وكم من شيء لا يثبت مقصوداً ويثبت تبعاً، ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف. وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث، لأن بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة، وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن، فإذا ادعى باطلاً ليزيل به ظاهراً لا يصدق إلا بحجة. وعند زفر القول للمشتري لأنه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما أسقط قوله.

[فرع] جمعها في الدراية: شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضرباً من العيوب لم ينصرف إلى الحادث بالإجماع ويصح تخصيصه، ولو شرطها من عيب واحد كشجرة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشجرة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لا امتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به إليه وجعله محمد للمشتري فبرد بأيهما شاء. ولا يخفى أن هذا إذا لم يعين الشجرة المتبرأ منها عند البيع بل أبرأه من شجرة به أو عيب. ولو أبرأه من كل غائلة فهي السرقة والإباق

وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل. وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا أنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه، وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه العيب من كل وجه، وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجرى مجراه. قال: (ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب) البيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح سمي العيوب وعددها أولاً علمه البائع أو لم يعلمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار إليه أو لا موجوداً كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية. قال محمد: لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر والشافعي ومالك. وقال زفر: إذا كان مجهولاً صح البيع وفسد الشرط وقال الشافعي: (لا تصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري. وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي، فقال له أبو حنيفة: رأيت لو باع جارية في المأني منها عيب أكان يجب على البائع أن يرى المشتري ذلك الموضع منها؟ رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبداً برأس ذكره برص أكان يلزمه أن يرى المشتري ذلك؟ وما زال حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به. الشافعي يقول: إذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد، وفي قول آخر له: البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا تصح، لأن في الإبراء معنى التمليك، ولهذا لو أبرأ المديون عن دينه فرد الإبراء لم يصح الإبراء، وتمليك المجهول لا يصح. ولنا أن الإبراء إسقاط لا تمليك لأنه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الإبراء بأسقطت عنك ديني، ولأنه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه، والإسقاط لا تقضي الجهالة فيه إلى المنازعة لأن الجهالة إنما أبطلت التمليكات لفوت التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الإسقاط فلا يكون مبطلاً له، ولهذا جاز طلاق نساء

بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث.

والفجور، وكذا روي عن أبي يوسف. ولو أبرأ من كل داء، فعن أبي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضاً. وقال أبو يوسف: يتناول الكل وتقدم أول الباب ذلك. وفي جمع التفارق قطع الأصبع عيب والأصبعين عيبان والأصابع مع الكف عيب واحد. ولو قبل في الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو. ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء، ومن كل قرح تدخل القروح الدامية. وفي المحيط: أبرأتك من كل عيب بعينه فإذا هو أعور لا يبرأ لأنه عدمها لا عيب بها، ولو قال أنا بريء من كل عيب إلا إياقه بريء من إياقه. ولو قال الإباق فله الرد بالإباق، ولو قال أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك. ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن إقراراً بانتفاء العيوب، حتى لو وجد به عيباً رده. ولو عين فقال ليس بآبق صح إقراره. ولو وجد به عيباً فاصطلحاً على أن يدفع أو يحط ديناراً جاز. ولو دفعه المشتري ليرد لم يجز لأنه رباً وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط إذا زال. ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد. ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وإن لم يجد به عيباً، ولو قال اشتريت منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقصها أو النقطة أو الأعراب في المصحف عيب، ولو وجد به عيباً فاصطلحاً على أن يحط كل عشرة ويأخذ الأجنبي بما وراء المحطوط ورضي الأجنبي بذلك وجاز حط المشتري دون البائع، ولو قصر المشتري الثوب فإذا هو متخرق وقال المشتري لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهماً والبائع درهماً جاز، وكذا لو اصطلاحاً على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهماً ويترك المشتري درهماً قيل هذا غلط، وتأويله أن يضمن القصار أولاً للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع. وفي المجتبى: أدخل المشتري القدوم في النار أو حذّ المنشار أو حلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصرة أو غيرها. وفي المصرة يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر ورواية عن أبي يوسف: والمصرة شاة ونحوها سد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري أنها كثيرة اللبن فإذا حلبها ليس له ردها عندنا. وهل يرجع بالنقصان؟ في رواية الكرخي لا، وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة، وقيل لو اخترت هذه للفتوى كان حسناً لغرور المشتري بالتصيرية. ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا. ولو وقف الأرض أو جعلها مسجداً ثم اطلع على عيب امتنع الرد، والرجوع بالأرض عند محمد. وعند أبي يوسف يرجع بالأرض. ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها في الحال لأنه إن جمع غلاتها فهو رضا، وإن تركها يزداد العيب فيمتنع الرد.

وإعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم. وقوله: (وإن كان في ضمنه التملك) إشارة إلى الجواب عن قوله يرتد بالرد. وتقريره أن ذلك لما فيه من معنى التملك ضمناً، وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لأننا بينا أن محض التملك لا يبطل بجهالة لا تفوت التسليم، كما إذا باع قفيزاً من صبرة فلان لا يبطل الإسقاط الذي فيه معنى التملك، والمسقط متلاش لا يحتاج إلى التسليم أولى. ووجه قول محمد إن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لأن ما يحبس مجهول لا يعلم أيحدث أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله. وأبو يوسف يقول: الغرض من الإبراء إلزام العقد بإسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث. فإن قيل: لو نص بالحادث فقال بعث بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبيع فاسد بالإجماع، والحكم الذي يفسد تنصيبه كيف يدخل في مطلق البراءة؟ قلنا لا نسلم الإجماع فإنه ذكر في الذخيرة أنه يصح عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، سلمناه ولكن الفرق لأن ظاهر لفظه ها هنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعاً، وقد يدخل في التصرف تبعاً ما لا يجوز أن يكون مقصوداً. والجواب عن قوله إن ما يحدث مجهول أن مثله من الجهالة غير مانع في الإسقاط كما تقدم قوله: (ويدخل في هذه البراءة) احتراز عما لو قال بعث هذا العبد على أي بريء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع لأنه لما قال به اقتصر على الموجود.

باب البيع الفاسد

باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز، والجائز ثلاثة أنواع: بيع الدين بالعين وهو السلم، وبيع العين بالعين وهو المقايضة، وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق، وغير الجائز ثلاثة أنواع: باطل وفاسد وهو بيع ما ليس بمال الخمر والمدبر والمعدوم كالسمن في اللبن، وغير مقدور التسليم كالآبق وموقوف. حصره في الخلاصة في خمسة عشر: بيع العبد والصبي المحجورين: أي موقوف على إجازة المولى والأب أو الوصي، وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على إجازة المرتهن والمستأجر والمزارع، فلو تفاسخا الإجازة أورد الرهن لوفاء أو إبراء لزمه أو يسلمه للمشتري، وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على إجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا يتعقد أصلاً حتى لو تفاسخا لا ينفذ، وفي العقار على الخلاف المعروف. وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع برقمه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس، وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان، وبيع المال المغصوب ذكره محمد إن أقر الغاصب أو جحد للمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير. ولنتمم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب: ذكر أنه إذا رجع الرهن والمستأجر إلى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع، وكذا إذا أجاز المستأجر والمرتهن، فإن لم يجزها وطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخه، وللمشتري الخيار إذا لم يعلم الرهن والإجازة وقت البيع، وكذا إن علم عند محمد وعند أبي يوسف إن علم ليس له حق الفسخ ففعل ظاهر الرواية قول محمد، وقيل بل قول أبي يوسف، وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا خلاف. وفي المرتهن خلاف المشايخ، وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ، ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الأصح، وقيل لا لأنه أخلف بدلاً. وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف أنه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى. وعن أبي حنيفة روايتان، وتقدم أن المزارعة والإجازة سواء: أعني سواء كان البذر منه أو لا، فإن أجاز فلا أجر لعمله وفي النوازل: فلو أجاز المزارع فكلا النصيبين للمشتري وكذا في الكرم، وإن كانت الأرض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع، وبه أخذ المرغيناني ذكره في المجتبى. ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد أنه الموصل إلى تمام المقصود، فإن المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود وليندفع التغالب والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة. وأما الفاسد فعقد مخالف للدين، ثم إنه وإن أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه إذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن إذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد. وفي قوله إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد

باب البيع الفاسد

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج إلى تنبيه، ولقب الباب بالفاسد وإن كان مشتملاً عليه وعلى الباطل لكثرة

باب البيع الفاسد

قوله: (ولقب الباب بالفاسد الخ) أقول: ولعل الأولى أن يقال في وجه التلقب أراد بالفاسد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له

(وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر، وكذا إذا كان

مستعمل في الأعم من الفاسد والباطل، فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لأن الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله، والباطل غير المشروع بواحد منهما، ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما أنه غير مشروع بوصفه، وهذا يقتضي أن يقال حقيقة على الباطل، لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والأصول أنه يباينه، فإنهم قالوا: إن حكم الفاسد إفادة الملك بطريقه والباطل لا يفيد أصلاً فقابلوه به وأعطوه حكماً يباين حكمه وهو دليل تباينهما، وأيضاً فإنه مأخوذ في مفهومه أو لازم له أنه مشروع بأصله لا وصفه. وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين، فإن المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان. اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركاً بين الأعم والأخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف، لكن نجعله مجازاً عرفياً في الأعم لأنه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتباراً لمعنى اللغوي، ولذا يوجه بعضهم الأعمية بأنه يقال للحم إذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم، وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة، ولذا أدخل بعضهم أيضاً في البيع الفاسد بشموله المكروه لأنه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور، ثم الفاسد بالمعنى الذي يعم الباطل يثبت بأسباب منها الجهالة المفضية إلى المنازعة في المبيع أو الثمن؛ فخرج نحو جهالة كمية قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما إذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبائع، والفساد بمعنى البطلان إلا في السلم أو مع الملك لكن قبل قبضه. ومنها العجز عن التسليم أو التسلم إلا بضرب كجذع من سفوف. ومنها الغرر كضربة القناص والشرط الفاسد، بخلاف الصحيح، وتدخل فيه صفتان في صفقة كبيع كذا على أن يبيعه كذا، والاتباع مقصوداً كحيل الحيلة تدخل في عدم الملك، وبيع الأوصاف كإلية شاة حية يرجع إلى ما في تسليمه ضرر إذ لا يمكن شرعاً إلا بذبحها إذ في قطعها حية عجز عن التسليم لأنها تصير ميتة يطل بيعها، وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المبتاع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن، وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقفيز حنطة أو شعير مستدرك لدخوله في جهالة الثمن قوله: (إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر، وكذا إذا كان) أحدهما (غير مملوك كالحر) هذا لفظ القدوري، وقد ذكرنا آنفاً أن لفظ فاسد يراد به ما هو أعم من الباطل لأن أحد العوضين يصدق على كل من المبيع، والثمن إما حقيقة أو تغلياً كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لأنه يراد به المعوض، ولا شك أن المبيع إذا كان محرماً لا يصح، فإن كان مالاً فالبيع باطل كالخمر، وكذا الثمن إذا كان محرماً ميتة فهو باطل، فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أي في حكم واحد وهو الفساد (والواقع أن فيها تفصيلاً) يعني ليس كلها فاسداً، فإن منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروف في عرف فقهاء التباين بين الباطل والفاسد، فإن الأعم لا ينفي عن الأخص. قال: (فنقول: البيع بالميتة والدم باطل) لا فاسد بإجماع علماء الأمصار (وكذا بالحر) بأن يجعل الميتة والحر ثمناً لثوب مثلاً، وذلك (لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال، فإن هذه الأشياء لا تعد مالاً عند أحد) يعني ممن له دين سماوي فلذا كان البيع بالحر باطلاً وإن كان مالاً عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) ف (فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه) أي كلاً من الخمر والخنزير (مال عند البعض) وهم أهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال: إنه مال لأهل الذمة لحملها عندهم، وهذا من المصنف يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية في شرعنا

وقوعه بتعدد أسبابه. والباطل هو ما لا يكون صحيحاً أصلاً ووصفاً، والفاسد هو ما لا يصح وصفاً، وكل ما أورث خللاً في ركن المبيع فهو مبطل، وما أورثه في غيره كالتسليم والتسليم الواجبين به والانتفاع المقصود منه ودعم الإطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد، وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال: البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف

غير مملوك كالححر) قال رضي الله عنه: هذه فصول جمعها، وفيها تفصيل نبيته إن شاء الله تعالى فنقول: البيع بالميتة والدلم باطل، وكذا بالححر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال، فإن هذه الأشياء لا تعدّ مالاً عند أحد، والبيع

وهو كذلك، غاية الأمر أن الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الأديان فاسد، وبما ليس مالاً في دين سماوي باطل وهذا سهل، وإنما الإشكال في جعل حكمه الملك قلنا فيه نظر نذكره إن شاء الله تعالى. ثم قال (أما بيع الخمر والخنزير) يعني إذا جعلاً مبيعاً (فإن كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل، وإن كان بعين) بيع المقايضة (ففساد). والفرق أن الخمر مال) في الجملة في شرع ثم أمر بإهانتها في شرع نسخ الأول، وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء، بخلاف جعله ثمناً، وإذا بطل كون الخمر مبيعاً فلأن يبطل إذا جعل الميتة والحرم مبيعاً أولى، ومقتضى هذا أن يبطل في المقايضة بطريق أولى لأن كلا منهما مبيع، لكن لما كان كل منهما ثمناً أيضاً كما أن كلا منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعية في كل منهما، فاعتبر الخمر ثمناً والثوب مبيعاً والعكس وإن كان ممكناً لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الإعزاز للثوب مثلاً فيبقى ذكر الخمر معتبراً لإعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجب قيمة الثوب لا الخمر، ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر في جعل الثوب المبيع. وجه البطلان في بيع هذه الأشياء النص، لقوله ﷺ عن الله تعالى «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره»^(١) ومعنى أعطى بي: أعطى ذمة من الذمات، ذكره في صحيح البخاري. وقوله ﷺ في الصحيح «لعن الله الخمر إلى أن قال: وبائعها»^(٢) وفي الصحيحين «لعن الله

أنفه، والدم والححر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي، لأن هذه الأشياء لا تعدّ مالاً عند أحد ممن له دين سماوي، وإنما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالمجروحة بالمذبوحة في غير المذبح فإن ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا، ولهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس وإن كان ميتة عندنا، بخلاف الميتة حلفت أنفه فإن بيعه فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست بمال عندهم، وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومهم في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهي مبادلة المال بالمال، فإنه أي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر، وإنما أولنا بذلك لأنه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم، لأن الشرع أبطل تقومها في

قوله: (كالتسليم والتسلم الواجبين به) أقول: ضمير به راجع إلى البيع قال المصنف: (كالبيع بالميتة) أقول: الميتة في اللغة وهو الذي

(١) تقدم في السير باب الأمان رواء البخاري وغيره.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٦٧٤ وابن ماجه ٣٣٨٠ وأحمد ٢٠٥/٢. والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٤٧٨/٥ من طرق كلهم من حديث ابن عمر. وكذا رواء أبو يعلى ٥٥٨٣ وجه آخر وأحمد ٩٧/٢ كلاهما من حديث ابن عمر. وله طريق ثالثة أخرجه الطيالسي ١٩٥٧ عن أبي توبة المصري عن ابن عمر مرفوعاً. وفيه محمد بن أبي حميد ضعيف.

وورد من طريق رابعة عن ثابت بن يزيد الخولاني عن ابن عمر موطولاً فذكره في أثناء قصته وفيه: فإن الله لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وشاربها، وساقها، وحاملها، والمحمولة إليه، وبائعها، ومشتريها، وأكل ثمنها. الحديث وهذا أخرجه الحاكم ١٤٤/٤. والبيهقي ٨/٢٨٧ والطحاوي في المشكل ٣٠٥/٤. ٣٠٦ كلهم من هذا الوجه مصححه الحاكم وأقره الذهبي وإسناده غير قوي إلا أنه صحيح لشواذه.

وله شاهد من حديث أشهر أخرجه الترمذي ١٢٩٥ وابن ماجه ٣٣٨١ وفيه شيب بن بشر. قال الترمذي: غريب من حديث أنس.

وقال الحافظ في التقریب عن ابن بشر: صدوق يخطيء.

وورد من حديث ابن مسعود. أخرجه البزار، والطبراني كما في المجمع ٧٢/٥. وقال الهيثمي: فيه عيسى ابن أبي عيسى الخياط ضعيف.

قال: ورواه أحمد، والطبراني من حديث ابن عباس ورجاله ثقات.

وأخرجه الطبراني من حديث عثمان بن أبي العاص وفي إسناده عبيد الله بن موسى العطار لم أعرفه. وبقي رجاله ثقات اه كلام الهيثمي.

قلت: فالحديث صحيح بمجموع طرقه إلا أنه لم يروه البخاري ولا مسلم.

بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض، والباطل لا يفيد ملك

اليهود حرمت عليهم الشحوم فجعلوها فباعوها فأكلوها ثمنها^(١) وحديث «إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه»^(٢) وأما الإجماع فظاهر. ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف أنفها، أما المنخقة والموقودة فهي وإن كانت في حكم الميتة شرعاً فإننا نحكم بجوازها إذا وقعت بينهم لأنها مال عندهم كالخمر. كذا ذكره المصنف في التجنيس مطلقاً عن الخلاف، وفي جامع الكرخي: يجوز بينهم عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وجه قول محمد أن أحكامهم كأحكامنا شرعاً إلا ما استثنى بعد الأمان، والذي استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الأصل. واتفق الرواة عن أبي حنيفة أن بيع الأشربة المحرمة تجوز إلا الخمر، ومنعاً جواز كل ما حرم شربه، وثبت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع. وقوله في الذخيرة في المنخقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح، لأنها وإن كانت ميتة عندنا فهي مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر ثم (الباطل لا يفيد ملك التصرف. ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أي في البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواوسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لأن العقد غير معتبر فبقي) مجرد (القبض بإذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الأئمة السرخسي وغيره (يكون مضموناً) بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة (لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء. وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما ك) بالخلاف الكائن بينهم في (أم الولد والمدير) إذا بيعا فماتا عند المشتري لا يضمهما عند أبي حنيفة ويضمهما عندهما، والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشترى مع تسمية الثمن بلا إبرام بيع كأن يقول: اذهب بهذا فإن رضيتে اشتريته بعشرة، فإذا هلك ضمن قيمته، فإذا ضمن هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة فلأن يضمن فيما نحن فيه مع أنه وجد ذلك أولى، ولمن ينصر المروي عنه من عدم الضمان أن الضمان في المقبوض على سوم الشراء إن قلت إنه عند صحة كون المسمى ثمناً كالدراهم على ما ذكرنا من قوله إن

حق المسلمين لثلا يتمولوها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها في حق المكيل والموزون، ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين لم يحتج إلى تأويل لكنه خلاف الظاهر. وقوله: (والباطل لا يفيد ملك التصرف) كأنه إشارة إلى الفرق بين الباطل والفاقد،

مات حتف أنه فلا يرد المخنوقة وأمثالها التي هي كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فإنها ليست ميتة لغة وإن كانت ميتة عندنا قوله: (وعلى هذا إلى قوله: والبيع بالخمر والخنزير فاسد) أقول: فيه بحث فإن البيع بالخمر والخنزير يقضي بصحته عند أهل الذمة فكيف تستقيم إرادة العموم؟ وجوابه أنه ليس محرماً عندهم، تأمل فإن فيه ما لا يخفى قوله: (أي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ) أقول: وأنت خبير بأن قيد التقوم مما لا حاجة إليه في إثبات المطلوب قوله: (وإنما أولنا بذلك) أقول: أشار به إلى قوله متقوم قوله: (لأنه مال عندنا بلا خلاف) أقول: فلا وجه لتخصيص البعض.

(١) صحیح. أخرجه البخاري ٢٢٣٦ و ٤٦٣٣ ومسلم ١٥٨١ وأبو داود ٣٤٨٦ والترمذي ١٢٩٧ والنسائي ٣٠٩/٧ وابن ماجه ٢١٦٧ وابن الجارود ٥٧٨ وابن حبان ٩٣٣٧ والبيهقي ٣٥٤/٩ و ٣٥٥ من طرق كلهم من حديث جابر ذكره الأكثر بلفظ: قاتل. بدل: لمن. قوله: جعلوها. أي أذابوها حتى صارت ودساً. أي سناً، وقال البغوي في معالم التنزيل ١٣٩/٢. فيه دليل بطلان كل حيلة يُحتال بها للتوصل إلى محرم، وأنه لا يتغير حكمه بتغير هيئته أو اسمه.

وأخرجه مسلم ١٥٨٣ من حديث أبي هريرة وأخرجه البخاري ٢٢٢٣ ومسلم ١٥٨٢ والنسائي ١٧٧/٧ والشافعي ١٤١/٢ والحميري ١٣ وعبد الرزاق ١٤٨٥٤ وابن أبي شيبة ٤٤٤/٦ والدارمي ١١٥/٢ وأحمد ٢٥/١ وابن الجارود ٥٧٧ والبيهقي ٢٨٦/٨ والبغوي ٢٠٤١ كلهم عن ابن عباس عن عمر بلغه أن سقرة باع خمرأ فقال: قاتل الله سقرة ألم يعلم أن رسول الله ﷺ قال: لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم، فجعلوها، فباعوها، وورد من حديث ابن عباس. أخرجه أبو داود ٣٤٨٨ وابن حبان ٤٩٣٨ والبيهقي ١٣/٦. ١٤. وأحمد ٢٤٢/١. ٢٩٣. ٣٢٢ والطبراني ١٢٣٧٨ و ١٢٣٧٩ كلهم من حديث ابن عباس بزيادة: وإن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه.

وإسناده حسن رجاله رجال الصحيح غير بركة بن العريان أبي الوليد. وهو ثقة كما في التقريب.

(٢) إسناده حسن هو بعض الرواية المتقدمة في حديث ابن عباس.

التصرف؛ ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء. وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدير على ما نبينه إن شاء الله تعالى، والفاقد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله، وسنبيته بعد هذا. وكذا بيع الميتة والدم والحز بابل لأنها ليست أموالاً فلا تكون محللاً للبيع. وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدرهم والذنانير فالبيع باطل، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير. ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلى أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانتها وترك إعزازه، وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له، وهذا لأنه متى اشتراهما بالدرهم فالدرهم غير مقصوداً لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن المشتري للثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر، وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر، وكذا إذا باع الخمر

رضيته اشترته بعشرة سلمناه، وهو متنف في تسمية المحرم كالخمر وإن قلت عند التسمية مطلقاً منعاه فيجب تفصيله وهو أنه إن كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلاً لا يضمن، وإن كان لعدم المبيع كما لو باعه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بثمان صحيح دراهم مثلاً فقبضه يصير مضموناً (والفاقد يفيد الملك عند اتصال القبض به) إذا كان القبض بإذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضموناً عليه بالمثل إن كان مثلياً أو القيمة، وكذا إذا قبضه في مجلس العقد بغير إذنه على الصحيح، وفي غير مجلس العقد هل يملكه؟ سيأتي تمام هذه المسائل في أحكام البيع الفاسد، وكذا الخلاف في أن المملوك التصرف أو العين. ووجه لزوم القيمة وما عليه من الإشكال. وقوله: (وفيه) أي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد (خلاف الشافعي) وكذا مالك وأحمد باعتبار أن الفاسد هو عندهم الباطل، وسببونه المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد: أي يبين الوجه من الجانبين قوله: (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) هذا لفظ القدوري. قال المصنف (ومعناه باطل لأن استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى

والباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة (ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ) أبي أحمد الطواوسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير، نقله أبو المعين في شرح الجامع الكبير (لأن العقد) باطل والباطل (غير معتبر) والقبض بإذن المالك فيكون أمانة (وعند بعض آخر) شمس الأئمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد أنه (يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء) لوجود صورة العلة ها هنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ها هنا، والمقبوض على سوم الشراء هو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فإن رضيته اشترته بعشرة. أما إذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن، نص عليه أبو الليث في العيون. قيل وعليه الفتوى. وقال محمد بن مسلمة البلخي (الأول قول أبي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدير على ما نبينه إن شاء الله تعالى، والفاقد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أي إذا كان ذلك القبض بإذن المالك باتفاق الروايات، وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع ذكر في المأذون أنه لا يملك، قالوا: ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئاً لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير، وأما إذا كان شيئاً يملكه فقبض الثمن منه يكون إذناً بالقبض. فإن قيل: لو أفاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطء جارية اشتراها شراء فاسداً وجاز أخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل أكل طعام اشتراه كذلك لأن الملك مطلق له لكن ليس له ذلك. فالجواب أن ما لم يحل وطؤها وأكله لم تثبت الشفعة فما ذكرت لأن في الاشتغال بالوطء والأكل اعراضاً عن الرد، وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتأكيده فلا يجوز. واعلم أن المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشتري في المشتري بشراء فاسد: فذهب العراقيون إلى أنه مبنى على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين، واستدلوا بالمسائل المذكورة.

بالثوب لأنه لا يعتبر شراء الثوب بالخمير لكونه مقايضة. قال: (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» وسبب الحرية انعقد في المدير في

بقوله ﷺ في أم الولد «أعتقها ولدها»^(١) وأقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وتصحيح التدبير شرعاً، وتصحيحه يوجب انعقاد التدبير سبباً للعتق في الحال لانتفاء أهلية الإعناق عن السيد بعد موته والإجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سبباً في الحال (والمكاتب استحق يدأ على نفسه لازمة في حق المولى) حتى يملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للمشتري (بالباع بطل ذلك كله فلا يجوز) البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل، وذكر في الأصل حديث سعيد بن المسيب قال «أمر رسول الله ﷺ بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث وقال: لا يبيعن في دين» وحديث «أعتقها ولدها»^(٢) تقدم في باب الاستيلاء، وإذا كان أقل ما يوجب هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد منه بالإجماع (ولو رضي المكاتب ففيه روايتان، والأظهر جواز بيعه) وتنسخ الكتابة في ضمنه لأن اللزوم كان لحقه وقد رضي بإسقاطه (والمراد) بالمدير

قالوا لو ملك العين لملك الأمور المذكورة ولم يملكها. وذهب مشايخ بلخ إلى أن جواز التصرف بناء على ملك العين. واستدلوا بما إذا اشترى داراً بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار أخرى فللمشتري أن يأخذها بالشفعة لنفسه. ولو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء. ولو باع الأب أو الوصي عبد يتيماً ببيعاً فاسداً وقبضه المشتري ثم أعتقه جاز عتقه، ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين. وأجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الأصح. وإذا كان مفيداً للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضموناً في يد المشتري فيه: أي في البيع الفاسد، وفيه خلاف الشافعي وسنينه بعد هذا في أول الفصل الذي يلي هذا الباب قوله: (وكذا بيع الميتة) يعني كما أن البيع بهذه الأشياء باطل فكذا بيع هذه الأشياء لأنها ليست أموالاً فلا تكون محللاً للبيع، وأما بيع الخمير والخنزير فلا يخلو إما أن يكون بالدين كالدرهم والدنانير أو بالعين، فإن كان الأول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمير ولا ما يقابلها، وإن كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمير ويفيد ملك ما يقابلها من البديل بالقبض. ووجه الفرق بين الصورتين أن الخمير مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم: أي غير معزز يقابله قيمة لأن الشرع أمر بإهانتته وترك إعزازه، وما أمر الشرع بترك إعزازه لا يكون معزوزاً فلا يكون متقوماً، وفي تملكه بالعقد مقصوداً: أي يجعله مبيعاً إعزازه له وهو خلاف المأمور به، وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لأنه متى اشتراها بالدرهم والدنانير فالدرهم غير مقصود لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمير، وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فيسقط التقويم أصلاً لثلاث يفضي إلى خلاف المأمور به. وحينئذ يكون البيع باطلاً، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمير لأن مشتري الثوب يجعله مبيعاً إنما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمير، وفيه إعزاز للثوب دون الخمير فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك إعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلاً وفسدت التسمية وجبت قيمة الثوب دون الخمير، وكذا إذا باع الخمير بالثوب يكون البيع فاسداً، وإن وقع الخمير مبيعاً والثوب ثمناً بدخول البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمناً ومثماً، فلما كان في الخمير جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطان صوتاً للتصرف عن البطان بقدر الإمكان. قال: (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) أي باطل، وإنما فسرته بذلك لثلاث يتوهم أنه يفيد الملك باتصال القبض

قوله: (فالجواب إنما لم يحل وطؤها) أقول: وسيجيء في فصل أحكام البيع الفاسد: منع قوم حل تناول الطعام المشتري شراء فاسداً، وعدم حل وطء الجارية المشتراة كذلك قوله: (إلا أنه غير متقوم) أي غير معزوز. أقول: عز لازم، فالظاهر أن يقول غير معزوز. قال المصنف: (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول: قال الزيلعي: أي في حق نفسه لا فيما يقابله انتهى، فإن ما يقابله يملك بالقبض، إلا أنه سيجيء في آخر هذا الباب أن البيع فيما ذكر موقوف قوله: (لا يدخل عليها الإبطال) أقول: وللخصم أن ينازع فيه.

(١) هو الآتي، وتقدم في باب الاستيلاء.

(٢) تقدم هذا الحديث في باب الاستيلاء. تقدم وهو ومرسل ابن المسيب.

الحال لبطلان الأهلية بعد الموت، والمكاتب استحق يدأ على نفسه لازمة في حق المولى، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز، ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان، والأظهر الجواز، والمراد المدبر المطلق دون المقيد. وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله، وقد ذكرناه في العتاق. قال: (وإن ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالوا: عليه قيمتهما) وهو رواية عنه. لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال، وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع، بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به. وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته

(المدبر المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب العتاق، أما المقيد فجواز بيعه اتفاق. واستشكل حكم المصنف بأن يبيع المدبر وأخويه باطل فإنه يوجب كونهم كالحرّ، ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن إذا جمع مع مدبر أو أم ولد أو مكاتب كما إذا ضم إلى حرّ وهو متنف، بل يصح بيع القن ويلزم مشتريهما حصته من الثمن المسمى. وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون بالقبض كما لا يملك الحر فكانوا مثله، فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون. وأما تملك القن المضموم إليهم فلدخولهم في البيع لصلاحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه، ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ، وكذا أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين. وهذا الجواب ربما يوهم أنه يبيع فاسد، ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض. والحق أن لا حاجة إلى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه، وجاز أن يختلف أفراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية. فإن قيل: التخصيص لازم على كل حال، فإنه إن كان فاسداً فلا يملك بالقبض فهو تخصيص، وإن كان باطلاً فهو يدخل في البيع حتى ملك القن المضموم إليه، وهذا تخصيص للبطل فليكن فاسداً مخصوصاً من حكم الفاسد فلا حاجة إلى تأويله بالبطل. قلنا نحن لم نعط حكم الباطل أنه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه ويتحد اللازم على تقدير تأويل الفاسد بالبطل وعدمه، إنما قلنا حكمه أن لا يملك بالقبض، غاية الأمر أنه اتفق أن بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمدير وبعضه لا يدخل كالحر، وأصل السؤال فاسد لأنه مغالطة لأن قوله في الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم إليه ممنوع، وإنما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو متنف. فصار حاصل الصورة: لو كان باطلاً كان كالحر في بعض الوجوه، ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر قوله: (وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالوا: عليه قيمتهما للبائع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية أن الروايتين عنه في المدبر، أما أم الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتها إذ لا تقوم لأم الولد عنده، وإنما تضمن بما يضمن الصبي الحر إذا غصب، ومعناه أنه إذا نقلها إلى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سيع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه، أما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتهما هذه (لهما) في ضمان المدبر وأم الولد (أنهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الأموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب أنهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما مما يصح تملكه وتمليكه، وإذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح أن يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه) لأنه حرّ يدأ فلا يضمن بقبضه

والأمر بخلافه، والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لأن استحقاق العتق قد ثبت إلخ، وتحقيقه أن بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لأن استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الإبطال وثبوت الملك يطلها، وأحد المتنافيين وهو

قال المصنف: (وقالوا عليه قيمتهما وهو رواية عنه) أقول: قوله وهو: أي تضمنين قيمة المدبر دون أم الولد، ففي كلامه تساهل وسيجيء في باب كتابة العبد المشترك من الأكمل وغيره أن في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة.

في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب، وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما، وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه، كذا هذا. قال: (ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد) لأنه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد) لأنه غير مقدور التسليم، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز، إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك. قال: (ولا بيع الطير في الهواء) لأنه

على إحدى الروايتين: أعني التي تبطل بيعه، وإن دخل تحت البيع إذا ضم إليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجعل المشار اليد بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا إليه أحسن إن شاء الله تعالى، لأن المذكور بعده تعليل للمشار إليه، وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل إذا صلح له وهو صالح، بل انصبابه ليس إلا عليه، فإنه دعوى أنه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع. وأما كونه مقبوضاً بفرض وقوعه حساً، وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليشترى بعد القبض إن وافقه، فلو صح لزم أن لا يضمنا لأنهما لم يقبضا ليشترى بعد القبض إن وافق بل قبضا بعد الموافقة وإتمام البيع بزعمهما، فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان، فالحق أن المقبوض أعم من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع، فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاقد والباطل وعلى سوم الشراء، وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء، وما نحن فيه ليس مقبوضاً على سوم الشراء وإلا صار الأصل عين الفرع، فالمقبوض على سوم الشراء هو الأصل فيما نحن فيه، والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق (وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته) أي حقيقة حكمه وهو الملك، لأن ضمان القيمة في البيع إنما هو مقابل بملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع، ولا ملك متصور هنا مع اعتبار جهته فبقي مجرد قبض بإذن المالك، فلو أوجبناها كان عدواناً محضاً، بخلاف ضمان الغصب في المدير عنده فإنه لا يستدعي ذلك الاعتبار فكان بمجرد القبض بغير إذن المالك، وهنا الإذن موجود ودخولهما في البيع ليس إلا ليثبت حكمه فيما ضم إليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده) ويدخل إذا ضم البائع إليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصّة من الثمن المسمى على الأصح وإن كان قد قيل إنه لا يصح أصلاً في شيء، وإذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد والمدير فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قن، وقيمة المدير ثلثا قيمته قناً، وقيل نصفها وبه يفتي، وتقدم ذلك في العتاق قوله: (ولا يجوز بيع السمك في الماء) بيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز، فإن كانت له حظيرة فدخلها السمك، فإما أن

الاستحقاق ثابت لقوله ﷺ «أعتقها ولدها» فينتفي الآخر لا يقال: وهو متروك الظاهر لأنه يوجب العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلاً لأن المجاز مراد بالإجماع، وكذلك المناقاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدير في الحال وبين ثبوت الملك بالبائع لتنافي اللوازم لأن الملك مع الحرية لا يجتمعان، فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال، لأنه لو لم يكن ثابتاً في الحال لكان إما غير ثابت مطلقاً أو ثابتاً بعد الموت، والأول باطل لأنه يستلزم إعمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والإعمال أولى، وكذلك الثاني لأن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية، فمتى قلنا إنه يعقد سبباً بعد الموت احتجنا إلى بقاء الأهلية والموت يناهيا فدعت الضرورة إلى القول بانعقاد التدبير سبباً في الحال وتأخر الحكم إلى ما بعد الموت، وكذلك بين استحقاق المكاتب يدأ على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة، لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الآخر، وإنما قيد بقوله في حق المولى لأنها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه، فإن قيل: لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ بطل بيع القن المضموم إليهم في البيع كالمضموم إلى الحر والأمر بخلافه. فالجواب أن بيع الحر باطل ابتداء وبقاء

غير مملوك قبل الأخذ، وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم قال: (ولا بيع الحمل ولا التاج) «لنهى النبي

يكون أعدّها لذلك أو لا، فإن كان أعدّها لذلك فما دخلها ملكه وليس لأحد أن يأخذها، ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطيد جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب، وإن لم يكن يؤخذ إلا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع، وإن لم يكن أعدّها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل فحيثئذ يملكه، ثم ينظر إن كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه وإلا لا يجوز، ولو لم يعدّها لذلك ولكنه أخذه ثم أرسله في الحظيرة ملكه، فإن كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم، أو بحيلة لم يجز لأنه وإن كان مملوكاً فليس مقدور التسليم. وقال أبو يوسف في كتاب الخراج: رخص في بيع السمك في الآجام أقوام، فكان الصواب عندنا في قول من كرهه: حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحرث المكلبي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «لا تباعوا السمك في الماء فإنه غرر». وأخرج مثله عن ابن مسعود. ومعلوم أن الأجمة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر، وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر.

[فروع] من مسائل التهيئة حفر حفرة فوق فيها صيد، فإن كان اتخذها للصيد ملكه وليس لأحد أخذه وإن لم يتخذها له فهو لمن أخذه. نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه، فلو كان نصبها ليحفظها من بلل فتعلق بها لا يملكه، وهو لمن يأخذها إلا أن يأتي فيحوزه، ومثله إذا هيا حجره لوقوع الثار فيه ملك ما يقع فيه، ولو وقع في حجره ولو لم يكن هياًه لذلك فلو أحد أن يسبق فيأخذها ما لم يكف حجره عليه، وكذا من هيا مكاناً للسرقة فله ما طرح فيه عند البعض. وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال: أهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقة هو لمن يسبق سواء هياً المكان له أو لا، أما النحل إذا عسل في أرض إنسان فهو له بكل حال لأنه ليس صيداً بل قائم بأصله بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد، وكذا الفرخ لا يملك إلا بإعداد المكان لذلك قوله: (ولا بيع الطير في الهواء لأنه قبل أخذه غير مملوك، وبعد أخذه وإرساله غير مقدور التسليم) عقيب العقد، ثم لو قدر على التسليم

لعدم محلية البيع أصلاً بثبوت حقيقة الحرية، وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها، والفرق بينهما بين ولهذا جاز بيع أو الولد والمدير والمكاتب من أنفسهم، ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه، وإذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلاً له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم بغير القن بحصته من الثمن والبيع بالحصّة بقاء جائز بخلاف الحر فإنه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصّة ابتداء وأنه باطل على ما يجيء. قال: (ولو رضي المكاتب بالبيع فقيه روايتان والأظهر الجواز إلخ) لأن عدمه كان لحقه، فلما أسقط حقه برضاء انفسخت الكتابة وجاز البيع. وروي في النوادر أنه لا يجوز، والمراد هو المطلق دون المقيّد بالتفسير المار في التدبير، وفي المطلق خلاف الشافعي، وقد تقدم فيه، وإن ماتت أم الولد أو المدير في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالوا: يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن أبي حنيفة، وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدير، روى المعلى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدير بالبيع كما يضمن بالغصب، وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنها لا تضمن بالبيع والغصب لأنها لا تقوم لماليتها. والفرق لأبي حنيفة بين ضمان الغصب في المدير وضمان بيعه في غير رواية المعلى أن ضمان البيع وإن أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمان بالقبض، لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لأن الملك إنما يثبت بهذا الاعتبار، فإذا لم يكن محلاً للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضاً بإذن المالك فلا يجب الضمان. لهما أنه أي كل واحد من المدير وأم الولد مقبوض بجهة البيع، لأن المدير وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم إليهما في البيع كما مر آنفاً، وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الأموال المقبوضة على سوم الشراء. فإن قيل: لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم إليه موجباً للضمان لكان في

قوله: (لأن استحقاله^(١)) عبارة عن جهة لا يدخل عليها الإبطال) أقول: وللخصم فيه أن ينازع فيه.

(١) قوله: (قوله لأن استحقاله الخ) تنظر هذه القولة لأنها لم نعر عليها اه. مصححه.

عليه الصلاة والسلام عن البيع الحبل وحبل الحبل^(١) ولأن فيه غرراً، (ولا اللبن في الضرع للغرر) ففساه انتفاخ، ولأنه يتنازع في كيفية الحلب، وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره. قال: (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان، ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره، بخلاف القوائم لأنها تزيد من أعلى، وبخلاف الفصيل لأنه يمكن قلعه، والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضعه القطع، وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام نهى

بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ، وعلى قول الكرخي يعود، وكذا عن الطحاوي، وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير ثمناً لأن العين المجهولة ثمناً مبيع في حق صاحبه. وذكر التمرناشي: لو باع طيراً يذهب ويحيى كالحمام فالظاهر أنه لا يجوز، وفي فتاوى قاضيخان: وإن باع طيراً له يطير، إن كان داخلياً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه وإلا فلا، وقول المصنف فيما يأتي: والحمام إذا علم عدده وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم، يوافقه قوله: (ولا الحمل) بسكون الميم ما في البطن من الجنين (ولا التاج) لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحباله»^(٢) وكان يبيعاً يبتاعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تتج الناقة ثم يتج الذي في بطنها، وفي الموطأ: أنبأنا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال: «لا ربا في الحيوان، وإنما نهى عن الحيوان عن ثلاث: عن المضامين، والملاقيح، وحبل الحبل»^(٣) وإنما بطل هذا البيع للغرر، فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو تموت قبل ذلك. وأما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبل^(٤) فغير معروف. والملاقيح ما في الأرحام جمع ملقوح، والمضامين ما في الأصلاب، وقيل بالعكس جمع مضمون لقحت الناقة وولدها ملقوح به إلا أنهم استعملوه بلا باء، يقال ضمن الشيء أن تضمنه. قوله: (ولا اللبن) يجوز بالجر عطفاً على المضاف إليه، وتقدير المضاف والرفع على إقامته مقام المضاف (للمرر فلعله انتفاخ) وبه قال الشافعي وأحمد، وأجازه مالك أياماً معلومة إذا عرف قد رحل بها ويكون تسليمه بالتخلية كبيع التمر على رءوس النخل، وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر^(٥) (لأنه يتنازع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في

المكاتب كذلك. أجاب بقوله بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه أن المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم. ولأبي حنيفة أن جهة البيع إنما توجب الضمان في الأموال إلحاقاً بحقيقته في محل يقبل الحقيقة، وهما: أي أم الولد والمدير لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بها فصارتا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة قوله: (وليس دخولهما) جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع، ومعناه أن فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز أن تكون عائدة إلى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم إليهما، وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما إذا باع عبداً مع عبد المشتري فإنه يشتري فإنه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصبح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا. قال: (ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل أن يصطاده) بيع السمك قبل الاصطياد بيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز، وإذا اصطاده ثم ألقاه في الحظيرة فلا يخلو إما أن تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الأخذ منها إلا بتكلف واحتيال، فإن كانت كبيرة لا يجوز لأنه غير مقدر التسليم، وإن كانت صغيرة جاز لأنه باع مقدور التسليم، وإذا سلمها إلى المشتري فله خيار الرؤية وإن رآها في الماء لأن السمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشتري ما لم يره قوله: (إلا إذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز: يعني الحظيرة إذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٤٣ و ٢٢٥٦ و ٣٨٤٣ ومسلم ١٥١٤ وأبو داود ٣٣٨٠ و ٣٣٨١ والترمذي ١٢٢٩ والنسائي ٢٩٣/٧ و ٢٩٤ وابن ماجه ٢١٩٧ ومالك ٦٥٣/٢ و ٦٢ والحميدي ٦٨٩ والبيهقي ٣٤٠/٥ لم طرق كلهم من حديث ابن عمر.

(٢) مقطوع. أخرجه مالك ٦٥٤/٢ و ٦٣ عن ابن شهاب عن ابن المسيب. فذكره. وإسناده صحيح وهو مقطوع لأنه قول التابعي إلا أن له حكم الرضع.

(٣) لا أصل له بهذا اللفظ. ذكره صاحب الهداية. وتمعنه الزيلعي في نصب الراية ١٠/٤ فقال: غريب بهذا اللفظ.

وقال ابن حجر في الدراية ١٤٩/٢: لم أره بهذا اللفظ ووافقهما ابن الهمام.

(٤) صحيح تقدم مراراً.

عن بيع الصوف على ظهر الغنم، وعن لبن في ضرع، وعن سمن في لبن» هو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه. قال: (وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أو لم يذكره) لأنه

التسليم والتسليم وما وضعت الأسباب إلا لقطعها فبطل قول مالك لذلك، ولجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص قوله: (ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان) لأنه يقوم به أو لأنه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (ولأنه ينبت من أسفل) ساعة فساعة (فيختلط المبيع بغيره) بحيث يتعذر التمييز (بخلاف القوائم) أي قوائم الخراف (لأنها تزيد من أعلاها) ويعرف ذلك بأن توضع في مكان من القائمة علامة فإنها بعد ذلك تصير أسفل ويرتفع عنها رأس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من أسفل، فالزائد يكون على ملك المشتري. وقال الإمام الفضلي: الصحيح عندي أن بيع قوائم الخراف لا يجوز، لأنه وإن كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهاالة موضع القطع، وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقاً عليه بل هي خلافية، منهم من منعها إذ لا بد في القطع من حفر الأرض، ومنهم من أجازها للتعامل (بخلاف القصيل) لأنه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائماً في الأرض. قال المصنف (وقد صح أنه ﷺ نهى إلى آخره) وذلك أن الطبراني قال: حدثنا عثمان بن عمر الضبي، حدثنا حفص بن عمر الحوضي، حدثنا عمر بن فروخ، حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تطعم، ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع»^(١). وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني: وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ولم

يسد عليها المدخل فإنه لا يجوز لعدم الملك، وهو استثناء منقطع لكونه غير مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه، وفيه إشارة إلى أنه لو سَدَّ صاحب الحظيرة عليها ملكها، أما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا، كما لو باض الطير في أرض إنسان أو فرخت فإنه لا يملك لعدم الإحراز. لا يشكل بما إذا غسل النحل في أرضه فإنه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحزره أو يهيه له موضعاً، لأن العسل إذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها، بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فإنها ليست فيها على وجه القرار. قال: (ولا يجوز بيع الطير في الهواء) بيع الطير على ثلاثة أوجه: الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك. والثاني بيعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضاً لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم. والثالث بيع طير يذهب ويحيى كالحمام وهو أيضاً لا يجوز في الظاهر. وذكر في فتاوى قاضيه خان: وإن باع طيراً له يطير في الهواء، إن كان داخلياً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه وإلا فلا (ولا) يجوز (بيع الحمل) أي الجنين (ولا نتاج الحمل) هو حبل الحبل، «وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبل». والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتج ها هنا. والحبل مصدر

(١) يشبه الحسن. أخرجه الدارقطني ١٤/٣ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ١٠٢/٤ والبيهقي ٣٤٠/٥ كلهم من طريق عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً.

وقال الهيثمي: رجاله ثقات.

وقال الدارقطني والبيهقي: رواه وكيع عن ابن قُروِج فارس. وزاد البيهقي: وابن فروخ ليس بالقوي. ثم روياه من وجه آخر عن ابن عباس موقوفاً وكذا ابن أبي شيبة. قال الزيلي في نصب الراية ١١/٤، ورواه أبو داود في مراسله عن ابن فروخ عن عكرمة مرسلاً. لم يذكر حبيب بن الزبير ولا ابن عباس. ورواه ابن أبي شيبة بسنده عن عكرمة مرسلاً.

قلت: الحديث المرفوع والمرسل مداره على عمر بن فروخ قال عنه في التريب: صدوق ربما وهم.

وقال الذهبي في الميزان: قال البيهقي: ليس به القوي. وأما يحيى وأبو حاتم فقالا: ثقة. ورضيه أبو داود ثم قال الذهبي وقع لي من عواليه... فشاقت بسنده هذا الحديث. مرفوعاً.

وهذا من الذهبي ثبت لهذا الحديث.

والخلاصة: ورد مرفوعاً ومرسلاً فالمرفوع وإن كان ضعيفاً إلا أن وروده مرسلاً يعضده وكذا الموقوف لأن مثله لا يقال بال رأي. فلعل ابن عباس تارة حدث به مرفوعاً، وتارة أفنى بما يحفظه عن رسول الله ﷺ، فالخبر يشبه الحسن والله أعلم.

لا يمكن التسليم إلا بضرب، بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعضه، ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضاً، ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحاً لزوال المفسد، بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحاً، وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالاً، أما الجذع فعين موجود. قال: (وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب

يذكر ابن عباس. وهذا السند حجة. وقول البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي لا يضره، فإنه إن كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع، لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ، فقد نقل الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن أئمة الشأن كأبي داود وابن معين وأبي حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة. ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي ﷺ. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام «أنه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن». ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبي ﷺ بلفظ ابن أبي شيبة. وروى مرة موقوفاً على ابن عباس في مراسيل أبي داود، وكذا رواه الشافعي رحمه الله قال: أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس أنه كان ينهي عن بيع اللبن في ضروع الغنم والصوف على ظهورها^(١) فعرف بذلك أن كل ما بيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها وأليتها أو أكارعها أو جلودها أو دقيق في هذه الحنطة أو سمن في هذا اللبن ونحو ذلك من الأشياء التي في غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها إلا بإفساد الخلقة، والحبوب في قشرها مستثنى من ذلك بما أسلفناه، والذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما، والله الموفق قوله: (وجذع من سقف بالجر: أي لا يجوز بيع جذع من سقف (وفروع من ثوب) أي ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز. وقول الطحاوي في آجر من حائط أو ذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به. أما ما لا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة، وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه، وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك. وأورد عليه أنه ضرر لزوم البائع بالتزامه. أجيب بأنه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه. وقول فخر الإسلام إن رضي فله أن

حبلت المرأة حبلاً فهي حبلى فسمى به المحمول كما سمي بالحمل، وإنما دخلت عليه التاء إشعاراً لمعنى الأنوثة فيه. قيل معناه: أن يبيع ما سوف يحمله الجنين إن كان أنثى، وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله ﷺ، ولأن فيه غرراً وهو ما طوى عنك علمه. قال المغرب في الحديث: «نهى عن بيع الغرر» وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أو لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء. قال: (ولا اللبن في الضرع للغرر إلخ) وبيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجه ثلاثة للغرر:

لجواز أن يكون الضرع منتفخاً يظن لبناً والغرر منهى عنه، وللنزاع في كيفية الحلب فإن المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولأنه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره، واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع. وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من باب أوصاف الحيوان لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض، بخلاف ما يكون متصلاً بالشجر فإنه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه، ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر. فإن قيل: القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها. وأجاب بأنها تزيد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط، حتى لو ربطت خيطاً في أعلاها وتركت أياً ما يبقى الخيط أسفل مما

قوله: (فيتمكن من الرجوع وتحقق المنازعة) أقول: فيه بحث، فإنه إذا كان متمكناً من الرجوع شرعاً لا يعتبر بمنازعته، إذ لا وجه لها، والأولى عندي أن يقال بدله: ولا يكون لازماً، والبيع إذا لم يكن مشروطاً فيه الخيار يكون لازماً فيبطل فليتأمل.

(١) تقدم هذا مستوفياً في الذي قبله.

الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً. قال: (وبيع المزبنة، وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله

يرجع فيبطل البيع إلا أن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحاً كذلك، فإن الرجوع لا يمكنه مع الملزم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر، وأما إيراد المحابة فدفق بأنه ليس فيه استهلاك مال. نعم يرد بيع الحباب التي لا تخرج إلا بقلع الأبواب على قول من أجاز والبعض قد منعه. وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب، وهذا يفيد أن المنظور إليه في المنع تعيب البيع، والكلام السابق يفيد أنه تعيب غير المبيع وهو الظاهر. والحق أنه لا بد من سمع حاكم يمنع هذا وما يلحق به هذا هو المعول عليه، وذلك هو الحديث السابق من نهيه ﷺ عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن، أفاد أن المنع إذا كان لا يسلم المبيع إلا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فإن اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن. وأظهر من هذا ثبوت الإجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء وإلتهامها ورجلها، وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع فخرج بيع الحباب التي يحتاج في تسليمها إلى هدم أكتاف الأبواب على من يصحح بيعها قوله: (ولو لم يكن معيناً) يعني الجذع والذراع. (لا يجوز لما ذكرنا) من لزوم الضرر (وللجهالة) ومعلوم أن هذا فيما يتعيب بالتعيب ويختلف بخلاف درهم من قطعة نفرة (ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحاً لزوال المفسد) قبل نقض البيع، ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز. وقوله: (بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ) وكسرها وسلم البزر والنوى قبل الفسخ (لا يعود صحيحاً) لأن الفساد للغرر (إذ في وجودهما احتمالاً) فكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلاً، بخلاف الجذع فإنه عين محسوسة قائمة، وإنما يفسد للزوم الضرر فإذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لأن الغرض أن البيع قائم لكن بوصف الفساد، فإذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعاً بلا فساد وهو معنى الصحيح، فهذا معنى قولهم انقلب صحيحاً بخلاف الأول وقع باطلاً وهو معنى المعدوم شرعاً فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعاً بلا بطلان، بل إذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من إيراد العقد الصحيح عليه، وعدم المانع من إيراد العقد الصحيح وإيجاده ليس هو وجود البيع الصحيح. ونوقض بعدم جواز البيع فيما إذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أو سواد بطنها فذبحها وأعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزاً مع أنه تحمل الضرر بالذبح. أجيب بأن المنع هناك لعلة أخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلاً متضمناً له خلقه والنص يمنعه وهو

في رأسها الآن، والأعلى ملك المشتري، وما وقع من الزيادة وقع في ملكه. أما الصوف فإن نموه من أسفله، فإن خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالمخضوب يبقى على رأسه لا في أصله. فإن قيل: القصيل كالصوف وجاز بيعه. أجاب بأن القصيل وإن أمكن وقوع النزاع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القطع فيقلع، وأما القطع في الصوف فمتعين إذ لم يهد فيه القلع: أي التفت فبعد ذلك يقع النزاع في موضع القطع، وقد صح «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن» وهو حجة على أبي يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم. قال: (وجذع في سقف) إذا باع جذعاً في سقف أو ذراعاً من ثوب: يعني ثوباً يضره التعيب كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع أولاً، لأنه لا يمكنه التسليم إلا بضرر لم يوجب العقد، ومثله لا يكون لازماً فيتمكن من الرجوع وتحقق المنازعة، بخلاف ما لم يكن في التعيب مضرة كبيع عشرة دراهم من نفرة فضة وذراع من كرباس فإن بيعه جائز لانتهاء العلة (ولو لم يكن الجذع معيناً لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة أيضاً). ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع صحيحاً لزوال المفسد وهو الضرر (ولو باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ لم يصح وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالاً) أي هو شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه. فإن قيل: بيع الحنطة في سنبلها وأمثالها بيع ما في وجوده احتمال فإنه شيء مغيب في غلافه وهو جائز. أجيب بأن جوازه باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به، فإن الحنطة إذا بيعت في سنبلها إنما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحاً هو المعقود عليه فصح العقد إعمالاً لتصحيح لفظه، وأما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق عليه، إذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن، فلم يكن المبيع المذكوراً، وما هو المذكور فليس بمبيع، وهذا

خراً) «لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزانة والمحاقلة» فالمزانة ما ذكرنا، والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً، ولأنه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا تجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض، وكذا العنب بالزبيب على هذا. وقال الشافعي رحمه الله: يجوز فيما دون خمسة أو سبق «لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزانة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق». قلنا: العرية:

النهي عن بيع الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن. وقد يقال: لا أثر لذلك فيما فيه الكلام، وهو أنه إذا أزال المانع بالذبح والفصل. فإن قيل: يتناوله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهياً. قلنا: وكذا الجذع في السقف سواء قوله: (وضربة القانص) بالرفع والجر على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد يقول بعثك (ما يخرج من) إلقاء هذه (الشبكة مرة) بكذا. وقيل بالغين والياء الغائض. قال في تهذيب الأزهري: نهى عن ضربة الغائض وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجه من اللائء فهو لك بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غرراً ولجهالة ما يخرج قوله: (وبيع المزانة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصاً، لأنه ﷺ نهى عن بيع المزانة) في الصحيحين من حديث جابر «نهى رسول الله ﷺ عن المزانة والمحاقلة. وزاد مسلم في لفظ: وزعم جابر أن المزانة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً. والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلاً»^(١). وأخرج البخاري عن أنس قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخاطرة والملامسة والمنابذة والمزانة»^(٢). وقول المصنف (بمثل كيله خرصاً) الخرص الحزر (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز، ومعنى

على قول من يرى تخصيص العلة ووضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في أصول الفقه. وقوله: (أما الجذع فعين موجودة) إشارة إلى إتمام الفرق بين البز والنوى والجذع المعين في السقف بأن الجذع معين موجود إذ الفرض فيه والبز والنوى ليس كذلك. فإن قيل: إذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز، ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزاً وإن كان الجلد عيناً موجوداً كالجذع في السقف، وكذا بيع كرشها وأكارعها. أجيب بأن المبيع وإن كان موجوداً فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقه فكان تابعاً له، فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصلياً لا أنه اعتبر عاجزاً حكماً لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد، وأما الجذع فإنه عين مال في نفسه، وإنما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد، والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد، فإذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز، وحينئذ يجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم. قال: (وضربة القانص) القانص الصائد، يقال قنص إذا صاد. وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة. يقال ضرب الشبكة على الطائر ألقاها، ومنه نهى عن ضربة. وفي تهذيب الأزهري عن ضربة الغائض وهو الغواص على اللائء وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا، والمعنى فيهما واحد وهو أنه مجهول وأن فيه غرراً لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وأن لا يخرج من الغوصة شيئاً قال: (وبيع المزانة) الرفع فيه والجر والرفع فيما تقدم جائز، والمزانة وهو بيع الثمر بالثاء المثلة على النخل بتمر بالثاء المثانة قوله: (قال وبيع المزانة، إلى قوله: من المجذوذ لا يجوز) أقول: قوله الرفع فيه: أي وحده، وقوله والجر والرفع: أي كلاهما. وقوله والمزانة مبتدأ، وقوله لا تجوز خبره.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٨١ ومسلم ١٥٣٦ - ٨٢ والسياق له وكذا الشافعي ١٢٧٤ والطحاوي ٢/٢١٤ والبيهقي ٣٠٧/٥ كلهم من حديث جابر والسياق لمسلم كما أسلفت.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٠٧ والمحاكم ٥٧/٢ والبيهقي ٢٩٨/٥ والطحاوي ٢/٢٠٩ والدارقطني ٣/٧٥ كلهم من حديث أنس: أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة، والمخاطرة، والملامسة، والمنابذة، والمزانة. هذا لفظ البخاري وغيره. كلهم ذكروا: المخاطرة.

بدل: المخاطرة. وقد تبع ابن الهمام الزيلعي على ذلك حيث وقع عنده: المخاطرة اه فتنبه.

ويؤكد ذلك أن البخاري والبيهقي وغيرهما يؤيدوا به حيث قالوا: باب بيع المخاطرة.

قال ابن حجر في الفتح: المخاطرة. جاء تفسيرها في رواية الإسماعيلي عن يونس بن القاسم قال: والمخاطرة. بيع الثمار قبل أن تطعم، وبيع الزرع قبل أن يشتد ويفرك منه اه.

قال الحكم: هذا حديث صحيح تفرد بإخراجه البخاري.

العطية لغة، وتأويله أن يبيع المغري له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ، وهو بيع مجازاً لأنه لم يملكه فيكون براً مبتدأ. قال: (ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمناينة) وهذه بيوع كانت في الجاهلية، وهو أن

النهى أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كما لو كانا موضوعين على الأرض. وقال الشافعي رحمه الله: تجوز) المزينة بالتفسير الذي ذكرنا (فيما دون خمسة أوسق) لما في الصحيحين من حديث أبي هريرة «أنه رخص في بيع العرايا»^(١). وفي الصحيحين أيضاً عن ابن عمر عن زيد بن ثابت «رخص عليه الصلاة والسلام في بيع العرايا أن تباع بخرصها». وفي لفظ «رخص في العرية أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ يأكلها أرطباً»^(٢) ووافق الشافعي أحمد في ذلك إلا أنه لم يبيحها إلا للضرورة. قال الطحاوي: جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعاً ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تأويلها، فقال قوم: العرايا أن يكون له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر، قالوا: وكان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار خرجوا بأهلهم إلى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين فيضرب ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص ﷺ لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمرأ لينصرف هو وأهله عنه. وأروى هذا عن مالك. قال الطحاوي: وكان أبو حنيفة يقول: فيما سمعت أحمد بن أبي عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: معنى ذلك عندنا أن يعرى الرجل الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك إليه حتى يبدو له فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرأ. قال الطحاوي: وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك، لأن العرية إنما هي العطية: ألا ترى إلى الذي مدح الأنصار كيف مدحهم إذ يقول:

فليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

أي أنهم كانوا يعرفون في السنين الجوائح: أي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا ممدوحين بها إذ كانوا يعطون كما يعطون^(٣). والحق أن قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكاه عنه محققوا مذهبه، واستدل عليه بأن العرية مشهورة

مجذودة مثل كيل ما على النخل من الثمر حرراً وظناً لا حقيقياً، لأنه لو كان مثله كيلاً حقيقياً لم يبق ما على الرأس تمرأ بل تمرأ مجذوداً كالذي يقابله من المجذوذ لا يجوز «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع المزينة والمحاكلة» والمحاكلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً، ولأنه باع مكياً بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصاً لأن فيه شبهة الربا الملحقة بالحققة في التحريم، كما لو كانا موضوعين على الأرض وباع أحدهما بالآخر خرصاً، وبيع العنب بالزبيب على هذا. وقال الشافعي: يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق، وله في مقدار خمسة أوسق قولان استدل بأن النبي ﷺ نهى عن بيع المزينة ورخص في العرايا، وفسرها بأن يباع الثمر الذي على رأس النخل بخرصها تمرأ فيها دون خمسة أوسق،

(١) صحيح. أخرجه ٢١٩٠ و ٢٣٨٢ ومسلم ١٥٤١ وأبو داود ٣٣٦٤ والترمذي ١٣٠١ كلهم من حديث أبي هريرة وزادوا: بخرصهما فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق. شك داود. أحد الروايات. قال: دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق. ورواه الطحاوي ٣٠/٤ جاء في المغرب: العرية هي النخلة يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً. أي يجعل ثمرتها له عامها. وقال النووي في شرح مسلم: أوسق. جمع وبق. بفتح الواو ويقال: بالكسر، والفتح أفصح. والوسق ستون صاعاً، والصاع خمسة أرطال وثلاث بالبيدادي اهـ.

وقدره الشيخ شعيب الأرنؤوط في صحيح ابن حبان ٥٠٠٦ ب (٧٠٠) كغ تقريباً.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٨٨ و ٢١٨٣ و ٢٣٨٠ و ٢١٨٤ و ٢١٩٢ ومسلم ١٥٢٩ من وجوه عدة وأبو داود ٣٣٦٢ والترمذي ١٣٠٢ والنسائي ٢٦٧/٧ وابن ماجه ٢٢٦٨ ومالك ٦١٩/٢ و ٦٢٠ والشافعي ١٥٠/٢ وفي الرسالة فقرة ٩٠٨ وعبد الرزاق ١٤٤٨٦ والدارمي ٢٥٢/٢ والحميدي ٣٩٩ والطحاوي ٢٩/٤ وأحمد ١٨٢/٥ و ١٨٨. ١٨٦. ١٩٠ وابن حبان ٥٠٠١ و ٥٠٠٤ و ٥٠٠٩ والبيهقي ١٨٦/٥ و ١٨٧. والبغوي ٢٠٧٤ وأبو يعلى ٥٤١٦ والطبراني في الكبير ٤٧٦٤ و ٤٧٦٥ و ٤٧٦٦ و ٤٧٦٧ و ٤٧٦٩ و ٤٧٧٩ من طرق كثيرة كلهم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت. روه مطولاً ومختصراً.

(٣) إلى هنا كلام الطحاوي في معاني الآثار ٣٠/٤.

يتراوض الرجلان على سلعة: أي يتساومان، فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع؛ فالأول بيع الملامسة والثاني المنابذة، والثالث إلقاء الحجر، «وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمنابذة» ولأن فيه تعليقاً بالخطر. قال: (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع؛ ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحساناً، وقد ذكرناه بفروعه. قال: (ولا يجوز بيع المراهي ولا إجارتها) المراد الكلا، أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث، وأما الإجارة فلأنها عقدت على

بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك، ثم على قولهم تكون العرية معناها النخلة ولا يعرف ذلك في اللغة، وتخصيص ما دون خمسة أوسق لأنهم كانوا يعرفون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من إخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق بإعطاء هذا الثمر خرساً وهو غير الموعود دفعاً للضرر عنه. وكون إخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عند عبد الله بن عمرو بن العاص أنه حين حضرته الوفاة قال زوجوا بنتي من فلان، فإنه كان سبق إليه مني شبه الوعد فلا ألقى الله بثلث النفاق وجعله ثلثاً لحديث عنه ﷺ «علامة المنافق ثلاث: إن حدث كذب، وإن وعد أخلف، وإن أؤتمن خان»^(١) وأما ما ذكر من تأويل العرية الإمام موفق الدين روى محمد بن ليبيد قال: قلت لزيد بن ثابت: «ما عراياكم هذه؟ فسمى رجلاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتناعون به رطباً يأكلونه وعندهم فضول من الثمر، فرخص لهم أن يتناعوا العرية بخرصها من الثمر فيأكلونه رطباً»^(٢) وقال: متفق عليه فقد وهم في ذلك، فإن هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة. قال الإمام الزيلعي مخرج الحديث: ولم أجد له سنداً بعد الفحص البالغ، ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير إسناد قوله: (ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر واللامسة) إلى قوله: (وقد نهى النبي ﷺ إلى آخره) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة» زاد مسلم: أما الملامسة فإن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل^(٣) فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية، وهذا بأن يكون مثلاً في ظلمة أو يكون مطوياً مرئياً متفقاً على أنه إذا لمسه فقد باعه وفساده لتعليق

وأنت الضمير في قوله بخرصها على أنه جمع الثمرة. قلنا بالقول بالموجب وهو أن يقول: سلمنا أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا فإن في الأحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها، لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة،

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣ و ٢٧٤٩ و ٦٠٩٥ و مسلم ٥٩ > ١١٠ من وجوه والترمذي ٢٦٣١ والنسائي ١١٧/٨ وأحمد ٣٥٧/٢ و ٣٩٧. ٥٣٦ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً: أية المنافق ثلاث إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان. وورد من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بنحوه.

أخرجه البخاري ٣٤ و ٢٤٥٩ و مسلم ٥٨ و الترمذي ٢٦٣٢ والنسائي ١١٦/٨ وأبو عواية ٢٠/١ وابن حبان ٢٥٤ و ٢٥٥ وابن أبي شيبة ٥٩٣/٨ وأحمد ١٨٩/٢ من طرق كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. (٢) غريب. ذكره موفق الدين المقدسي صاحب المغني وعزاه للبخاري ومسلم. وتبعه على ذلك صاحب العدة بها الدين المقدسي. والصواب أنه لم يرو مستنداً وإنما ذكره الشافعي هكذا بلا سند. ذكره الزيلعي في نصب الراية ١٣/٤. ونقل ذلك عن صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي. وأقره ابن حجر في تلخيص الحبير ٣٠/٣.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٤٦ و مسلم ١٥١١ و الترمذي ١٣١٠ و النسائي ٢٥٩/٧ و ٢٦٠. ٢٦١ وابن ماجه ٢١٦٩ وابن أبي شيبة ٤٣/٧ وعبد الرزاق ١٤٩٨٩ ومالك ٦٦٦/٢ والشافعي ١٤٤/٢ وأحمد ٣٨٠/٢ و ٤٧٦. ٤٨٠ و البغوي ٢١٠١ وابن حبان ٤٩٧٥ و البيهقي ٣٤١/٥ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

رواية البخاري وابن حبان مختصرة واللفظ لمسلم وزاد: والمنابذة: أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر، ولم ينظر واحد. منهما إلى ثوب صاحبه اهـ.

وصدره عند مسلم: نهى عن بيعتين الملامسة، والمنابذة... الحديث. ورواه مختصراً مثل رواية البخاري وغيره. وورد من حديث أبي سعيد. أخرجه البخاري ٢١٤٤ و ٥٨٢٠ و مسلم ١٥١٢ وأبو داود ٣٣٧٩ و ٣٣٧٨ و النسائي ٢٦٠/٧ والدارمي ٢٥٣/٢ وابن ماجه ٢١٧٠ وابن الجارود ٥٩٢ وابن حبان ٤٩٧٦ وابن أبي شيبة ٤٣/٧ وعبد الرزاق ١٤٩٨٧ و البيهقي ٣٤١/٥ و ٣٤٢ من طرق كلهم من حديث أبي سعيد.

استهلاك عين مباح، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بكرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى. قال:

التملك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس. والمنازعة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبد بيعاً، وهذه كانت بيوعاً يتعارفونها في الجاهلية، وكذا إلقاء الحجر أن يلقي حصاة وثمة أثواب فأني ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية ولا خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوضهما على الثمن، ولا فرق بين كون المبيع معيناً فإذا تراوضا فألقاه إليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كما ذكرناه، ومعنى النهي ما في كل من الجهالة وتعليق التملك بالخطر فإنه في معنى إذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك أو بعثنيه بكذا أو إذا لمسته أو نبذته. والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها سوماً، ومنه «لا يسوم الرجل على سوم أخيه»^(١) أي لا يطلب البيع ويروض فيه حال مراوضة أخيه فيه لا أنه بمعنى لا يشتري كما قيل، بل نهيه عن السوم يثبت التزاماً لأنه إذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء قوله: (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع إلا أن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعثك واحداً منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحساناً، وتقدم ذكرها بفروعها في خيار الشرط قوله: (ولا يجوز بيع المراعي) ثم فسرها بالكلا دفعاً لوهم أن يراد مكان الرعي فإنه جائز (ولا إجارتهما، أما البيع فإنه ورد على ما لا يملكه لا اشتراك الناس فيه) اشتراك إباحة لا ملك، ولأنه لا يحصل به للمشتري فائدة، فإن المقصود من الملك يحصل بلا بيع إذ يملكه بدونه (للحديث) الذي رواه أبو داود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن أبي خراش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضي الله عنهم قال: غزوت مع رسول الله ﷺ ثلاثاً فكنت أسمع يقول «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء، والنار، والكلا»^(٢) ورواه أحمد

وتأويلها أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرأ مجدوداً بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفاً لوعدة، وبه نقول لأن الموهوب لم يصير ملكاً للموهوب له ما دام متصلاً بملك الواهب، فما يعطيه من التمر لا يكون عوضاً بل هبة مبتدأة، ويسمى بيعاً مجازاً لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد، وافق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده. وفيه بحث من وجهين: الأول أنه جاء في حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا» فسياقه يدل على أن المراد بالعرايا بيع ثمر بتمر. والثاني أنه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء إلا العرايا، والأصل حمل الاستثناء على الحقيقة، والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه. والجواب عن الأول أن القرآن في النظم لا

قوله: (وأي ثوب نيلته): أقول فيه مسامحة لا تخفى.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٢٣ ومسلم ١٤١٣ والنسائي ٢٥٨/٧. ٢٥٩. وأحمد ٤٨٧/٢ كلهم من حديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ نهى أن يبيع حاضر لباد، أو يتناجشوا أو يخطب الرجل على خطبة أخيه أو يبيع على بيع أخيه. هذا السياق للبخاري، ومسلم وأتم. وزاد مسلم: ولا يسم الرجل على سوم أخيه. وكرره ٥٤٠ بلفظ: لا يسم المسلم على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبته.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٤٧٧ وأحمد ٣٦٤/٥ والبيهقي ١٥٠/٦ كلهم عن أبي جندب عن رجل من المهاجرين من أصحاب النبي ﷺ. قال البيهقي: وأبو خدش هو جيان بن زيد الشَّزْعِيّ اهـ.

وقد قال الحافظ في التزيين: ثقة اهـ.

وبقية رجاله ثقات وله شواهد سياقي في إحياء الموت مفضلاً إن شاء الله تعالى.

تنبيه: وقع للمصنف: أبي خراش بن حبان بن زيد اهـ وصوابه حبان بن زيد.

(ولا يجوز بيع النحل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: يجوز إذا كان محرزاً، وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل

في مسنده وابن أبي شيبة، وأسند ابن أبي عدي في الكامل عن أحمد وابن معين أنهما قالا في حريز ثقة وجهالة الصحابي لا تضر، ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب: يعني إذا أوقد رجل ناراً فلكل أن يصطلي بها، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه. كذا ذكره القدوري. ومعناه في الماء الشرب ومشي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة. وفي الكلأ أن له احتشاشه وإن كان في أرض مملوكة، غير أن لصاحب الأرض أن يمنع من الدخول في أرضه، فإذا منع فلغيره أن يقول إن لي في أرضك حقاً، فإما أن توصلني إليه أو تحشه أو تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل إما أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذه وإما أن يخرج به إليه. أما إذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والكلأ بقطعه جاز حينئذ بيعه لأنه بذلك ملكه، وظاهر أن هذا إذا نبت بنفسه، فأما لو كان سقى الأرض وأعدّها للإنبات فنبتت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لأنه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد، وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة وزفر نبت الكلأ بإنباته جاز بيعه، وكذا لو حدّق حول أرضه وهياها للإنبات حتى نبت القصب صار ملكاً له، ولا يجوز بيع كمأة في أرضه قبل أن يقلعها ولا ماء. وقال القدوري: لا يجوز بيع الكلأ في أرضه وإن ساق الماء إلى أرضه ولحقته مؤنة لأن الشركة فيه ثابتة، وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة، والأكثر على الأول، إلا أن على هذا القائل أن يقول ينبغي إن حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلف الحفر والطّيّ لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقي، وإن لم يكن في أرض مملوكة له. ثم الكلأ ذكر الحلواني عن محمد أنه ما ليس له ساق وما له ساق ليس كلاً، وكان الفضلي يقول: هو أيضاً كلاً. وفي المغرب: هو كل ما رعت الدواب من رطب ويابس وهو واحد الأكلاء (وأما الإجارة فلأنها) لو صحت ملك بها الأعيان، وحكمها ليس إلا ملك المنافع. نعم إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق كالصنغ واللبن في استئجار الطّهر فيملك بعد إقامة العمل تبعاً، أما ابتداء فلا (وكذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز) مع أنها عقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لأنها على استهلاك عين غير مملوكة، وهل الإجارة فاسدة أو باطلة؟ ذكر في الشرب أنها فاسدة حتى يملك الأجر الأجرة بالقبض وينفذ عقته فيه، وقيل في لبن الأدمية إنه في حكم المنفعة شرعاً بدليل أن عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه. والحيلة في ذلك أن يستأجر الأرض ليضرب فيها فسطاطه أو ليحمله حظيرة لغنمه ثم يستبيع المرعي فيحصل مقصودهما قوله: (ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد: يجوز إذا كان محرزاً، وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه منتفع به حقيقة وشرعاً مقدور التسليم إذا كان محرزاً (فيجوز بيعه، وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار) يجوز بيعهما وإن لم يؤكلا للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما (ولأبي حنيفة وأبي يوسف أنه من الهوام فلا يجوز بيعه) كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية، وهذا

يوجب القرآن في الحكم. وعن الثاني أنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة والسلام المشهور «التمر بالتمر مثلاً بمثل» والمشهور قاض عليه. قال: (ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر) سام البائع السلعة: أي عرضها وذكر ثمنها، وسامها المشتري بمعنى استامها.

بيع الملامسة هو أن يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك ابتياعاً لها رضي مالكاها بذلك أو لم يرض، وبيع المناذبة هو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيجب مالكاها إلزام المساوم له عليها إياها فينبذها إليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه. وبيع إلقاء الحجر هو أن يتساوم الرجلان على السلعة فإذا وضع الطالب لشراؤها حصة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها، وهذه كانت بيوعاً في الجاهلية فنهى عنها رسول الله ﷺ. وعبرة الكتاب تشير إلى أن المنهي عنه بيع الملامسة والمناذبة وبيع إلقاء الحجر ملحق بهما لأنه في معناهما، ولأن فيه تعليقاً بالخطر

والحمار. ولهما أنهما من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج، حتى لو باع كوَارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له، كذا ذكره الكرخي رحمه الله (ولا يجوز بيع دود القَرز عند أبي حنيفة) لأنه من الهوام، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز إذا ظهر فيه القَرز تبعاً له. وعند محمد

وهو أنه في نفسه من الهوام لأنه غير منتفع به (و) إنما (الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه) بخلاف الجحش فإنه ينتفع به في ثاني الحال قبل حدوث ما يتولد منه، فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام، ولذا قال في الجامع الصغير: إن وجد بها عيباً بكم يردّها إشارة إلى أن النحل لا قيمة لها، حتى لو باعه تبعاً لكوَارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكره الكرخي كالشرب والطريق. وقال القدوري: إنه حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول: إنما يدخل في البيع تبعاً ما هو من حقوق المبيع وأتباعه، والنحل ليس من حقوق العسل، إلا أنه ذكر في جامع هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف، والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوَارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل إذا سَوى من طين. وفي التهذيب: كوَارة النحل مخففة، وفي المغرب بالكسر من غير تشديد، وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم قوله: (ولا يجوز بيع دود القَرز عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من الهوام. وعند أبي يوسف يجوز

والتمليكات لا تحتمله لأدائه إلى معنى القمار لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري: أتي ثوب ألقيت عليه الحجر بيدك فقد بعته، وأتي ثوب لمسته بيدك فقد بعته، وأتي ثوب نبذته إليّ فقد اشتريته (ولا يجوز بيع ثوب من الثوبين لجهالة المبيع، إلا أن يقول على أنك بالخيار أن تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحساناً، وقد تقدم الكلام فيه). قال: (ولا يجوز بيع المراعي ولا إيجارته) والمراد به الكلأ وهو ما ليس له ساق من الحشيش، كذا روي عن محمد، وقيل ما ليس له ساق وماله ساق فهو كلأ، وإنما فسر المراعي بذلك لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الأرض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعي، ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الأرض وإيجارته لا يجوز، وهو غير صحيح لأن بيع الأراضي وإيجارته صحيح سواء كان فيها الكلأ أو لم يكن، أما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز فلأنه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث، وهو قوله ﷺ «الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكلأ، والنار» وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه، ومعنى شركتهم فيها أن لهم الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض المملوكة والأنهار المملوكة من الأراضي المملوكة والاحتشاش من الأراضي المملوكة، ولكن له أن يمنع من الدخول في أرضه، فإن منع كان لغيره أن يقول له إن لي في أرضك حقاً، فإما أن توصليني إلى حقي أو تحشه فتدفعه إليّ أو تدعني أخذه، كثوب لرجل وقع في دار إنسان هذا إذا نبت ظاهراً، وأما إذا أنبته صاحب الأرض بالسقي فيه اختلاف الرواية. وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل أن صاحبها يملكه وليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه فجاز بيعه. وذكر القدوري أنه لا يجوز بيعه لأن الشركة في الكلأ ثابتة بالنص، وإنما تنقطع بالحياسة وسوق الماء إلى أرضه ليس بحياسة للكلأ بقي على الشركة فلا يجوز بيعه، وأما عدم جواز الإجارة فلمعنيين: أحدهما وقوع الإجارة في عين غير مملوكة. والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح، فعلى استهلاك عين مباح أولى، وذلك لأن المستحق بعقد الإجارة على الأجر المنافع لا الأعيان إلا إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبيغ في استئجار الصباغ واللبن في استئجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظفورة، ولم يذكر أن إجارة الكلأ وقعت فاسدة أو باطلة، وذكر في الشرب أنها فاسدة حتى يملك الأجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها. قال: (ولا يجوز بيع النحل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يجوز بيع النحل. وقال محمد: يجوز إذا كان محرزاً: أي مجموعاً وهو قول الشافعي لأنه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه، وشرعاً لعدم ما يمنع عنه شرعاً، وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير مأكول اللحم لا ينافيه كالبغل والحمار. ولهما أنه من الهوام وهي المخوفة من الأحناش لا يجوز

قوله: (لعدم ما يمنع عنه) أقول: أي عن الإيقاع قوله: (قيل قوله لا بعينه احتراز الخ) أقول: القائل هو الإقناني والخيازي قوله: (وفيه بعد لخروجهما الخ) أقول: فيه تأمل فإنه ينتفع بما يخرج ويحصل منهما في مستقبل الزمان من أولادهما فلا يخرجانه به. قال المصنف: (ولا يجوز بيع دود القَرز عند أبي حنيفة) أقول: لا بد لأبي حنيفة من الفرق بين بيع النحل وبين بيع دود القَرز، حيث جوز الأول تبعاً دون الثاني قوله: (وهذه العبارة تشير الخ) أقول: فيه تأمل.

رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به (ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يجوز) لمكان الضرورة. وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كما في دود القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز

إذا ظهر فيه القز تبعاً له) وأجاز بيع بزر القز الذي يكون منه الدود (وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به) وأجاز السلم فيه كيلاً إذا كان وقته وجعل منتهى الأجل في وقته. وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه قبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ، والوجه قول محمد للعادة الضرورية، وقد ضمن محمد متلف كل من النخل ودود القز. وفي الخلاصة في بيعهما قال: الفتوي على قول محمد. ثم لا يخفى أن محمداً ناسب أصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه، وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه. وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النحل، وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي بجوازه إذا بيع تبعاً للكوارة ظاهره أنه يجوز باتفاق حينئذ، وعلى هذا يجب أن لا يختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود القز بل يقولان معاً إن كان وحده لا يجوز لأنه من الهوام. وإن كان تبعاً للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لإفراد أبي حنيفة في هذه، وقرآن أبي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية^(١) والقنادس والجعل^(٢) والضب.

ولا يجوز بيع شيء من البحر إلا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك. وقال محمد: إذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز، وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان. وفي فتاوى اللؤلؤجي: امرأة أعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البزر لأنه حدث من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الأوراق وأجر مثلها، ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يعلقها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله، وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف قوله: (والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها) أما إذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا إشكال في جواز بيعها، وأما إذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة إنها تجيء فكذلك لأن المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكاً مقدور التسليم، وتجوز كونه لا يعود أو عروض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجوز هلاك المبيع قبل القبض، ثم إذا عرض الهلاك انفسخ

بيعها. قال في الجامع الصغير: رأيت إن وجد بها عيباً بكم يردّها، وفيه إشارة إلى أن النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها قوله: (والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به: يعني لا نسلم أنه منتفع به بعينه، بل الانتفاع بما سيحدث منه وذلك معدوم في الحال. قيل قوله لا يعنيه احتراز عن المهر والجحش فإنهما وإن كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المآل بأعيانهما، وفيه بعد لخروجهما بقوله يخرج منه، وإذا كان الانتفاع بما يخرج فقيل خروجه لا يكون منتفعاً به، حتى لو كان ما يخرج منه بأن باع كواره بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل إذا سوى من طين فيها غسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له، كذا ذكر الكرخي في مختصره. وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر: وأما إذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وإن لم يجز إفراده بالبيع كالشرب والطريق. ثم قال: وقد حكى عن الحسن الكرخي أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول: إنما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل، إلا أنه ذكر في جامعهم هذا العلل بعينه عن أبي يوسف. قال: (ولا يجوز بيع دود القز وبيضه) وهو البزر الذي يكون منه الدود لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث

قوله: (والآبق الذي، إلى قوله: هل يصير) أقول: فيه تأمل.

(١) العظاية: سام أبرص اه مصباح.

(٢) الجعل: بضم الجيم وفتح العين: الجزاء اه مصباح.

بيعها لأنه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) لنهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه (إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده) لأن المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري، ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع، ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع، ولو كان لم

كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل في بر فإنه يجوز وإن جاز أن لا يعود قوله: (ولا يجوز بيع الآبق) الآبق إذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الأئمة الأربعة ويجوز عتقه، غير أنه إذا اعتقه عن كفارة اشترط العلم بحياته وتجاوز هبته لابنه الصغير أو ليتيم في حجره، بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لأن شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو متنفذ، وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لأنه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن، وهذا قبض ليس بإزائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظراً للصغير، فإنه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا أجزأنا بيعه ممن ذكر أنه في يده لثبوت التسليم، والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم، فإذا كان ثابتاً حصل المقصود، بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وأنا أقبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز. وإذا جاز بيعه هل يصير قابضاً في الحال، حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع إن كان حين قبضه أشهد أنه قبض هذا ليرده على مالكة لا يصير قابضاً لأن قبضه هذا قبض أمانة، حتى لو هلك قبل أن يصل إلى سيده لا يضمنه، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع، فإن هلك قبل أن يرجع إليه انفسخ البيع ورجع بالثمن، وإن لم يشهد بصير قابضاً لأن قبضه إذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع، ولو عاد من إياقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزاً إذا سلمه؟ فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحاً وهو مروي عن محمد، كما إذا باع خمراً فتخللت قبل التسليم أو باع (طيراً في الهواء) ثم أخذه لا يعود صحيحاً، وهذا يفيد أن البيع باطل، وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لأن وجود الشرط يجب كونه عند العقد، وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآبق، ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون إذا افتنكه قبل الخصومة وفسخ القاضي للبيع، وبه أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى إذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك، لأن صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ، بخلاف ما إذا رجع بعد أن فسخ القاضي البيع أو تخاصماً فإنه لا يعود صحيحاً

منه وهو معدوم في الحال. وجاز عند محمد لكونه متنعاً به ولمكان الضرورة في بيعه، قيل وعليه الفتوى، وأجاز أبو يوسف بيع دود القز إذا ظهر فيه القز تبعاً له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقاً لمكان الضرورة، ونقل عنه أنه مع أبي حنيفة كما في دوده، وهذه العبارة تشير إلى أن أبا حنيفة إنما لم يجوز بيعه بانفراده، فأما إذا كان تبعاً فيجوز، والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء، وإنما ذكرها هنا تبعاً لما ذكره الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لأنه وضعه ثمة كذلك. قال: (ولا يجوز بيع الآبق) بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الأصل بقوله «بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق» ولأنه غير مقدور التسليم، والآبق الذي لا يكون مطلقاً وهو الذي لا يكون آبقاً في حق المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم أنه عنده لأن المنهي عنه بيع المطلق منه، وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفي عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضاً بمجرد العقد أو لا، إن كان قبضه لنفسه يصير قابضاً عقيب الشراء بالاتفاق، وإن قبضه للرد، فإما أن يشهد على ذلك أو لا، فإن كان الأول لا يصير قابضاً لأنه أمانة عنده، حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال المولى (وقبض الأمانة لا

قوله: (والآبق الذي، إلى قوله: هل يصير) أقول: فيه تأمل.

يشهد يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غضب. ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لأنه أبقي في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه؛ ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم، كما إذا أبقي بعد البيع، وهكذا يروى عن محمد رحمه الله. قال: (ولا بيع

اتفاقاً، وهذا يقتضي أن البيع فاسد، فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد، فإنك علمت أن ارتفاع المفسد في الفاسد يردّه صحيحاً لأن البيع قائم مع الفساد، وارتفاع المبطل لا يرجع لأن البيع لم يكن قائماً بصفة البطلان بل معدوماً، فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم، ووجه الفساد قيام المالية والملك. والوجه عندي أن عدم القدرة على التسليم مفسد لا يبطل وهذا مما يخرج فيه الخلاف، فإنهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وإن كان أخذه ثم أرسله فإنه لا يخرج عن ملكه، وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه؛ فطائفة مع الكرخي يعود جائزاً والبلخيون لا يعود جائزاً، فبالضرورة أن من قال بالجواز قائل بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم، وقول من قال المحلية كونه مالاً مملوكاً مقدور التسليم، إن عنى محلية البيع الصحيح فنعم وإلا فلا، بل محل البيع المال المملوك للبائع أو غيره، فإن كان له فنافذ أو لغيره فموقوف، والنافذ إما صحيح إن كان مبيعه مقدور التسليم ليس فيه شرط فاسد وإلا ففاسد. وأما حديث النهي عن بيع الآبق فروى إسحاق بن راهويه: أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال: حدثنا جعفر بن الحرث أبو الأشهب الواسطي قال: حدثني من سمع محمد بن إبراهيم التيمي عن أبي سعيد الخدري «أن النبي ﷺ نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعن بيع ما في ضروعها، وعن بيع العبد وهو آبق» ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن إبراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري يرفعه إلى أن قال: «وعن شراء العبد وهو آبق، وعن شراء المغنم حتى تقسم، وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة القانص» وشهر مختلف فيه. وقال أبو حاتم: إن محمد بن إبراهيم مجهول، وقيل فيه انقطاع أيضاً^(١)، وعلى كل حال فالإجماع على ثبوت

يثوب عن قبض البيع) لأن قبض الضمان أقوى لتأكده باللزوم والملك، أما اللزوم فلأن المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه، بخلاف الأمانة. وأما الملك فلأن الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الأصل، بخلاف قبض الهبة، وإن كان الثاني يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غضب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد. وذكر الإمام التمرناشي أنه لا يصير قابضاً عند أبي يوسف، وقول المصنف يجب أن يصير قابضاً كأنه إشارة إلى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضاً نظراً إلى القاعدة. ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه آبقاً في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم، إذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده، ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق هل يتم ذلك العقد أو يحتاج إلى عقد جديد؟ ففي ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بلخ أن ذلك العقد لا يتم ويحتاج إلى عقد جديد لوقوعه باطلاً، فإن جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانهدم المحل فصار كما إذا باع الطير في الهواء ثم

قوله: (لدفع ما عسى أن يتوهم) أقول: هذا التوهم بعيد جداً بعد ما سبق قوله ولا اللبن في الضرع قوله: (لأنه مشروب طاهر،

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢١٩٦ وأحمد ٤٢/٣ وأبو يعلى ١٠٩٣ والدارقطني ١٥/٣ كلهم من حديث أبي سعيد. وليس عند الدارقطني ذكر العبد الآبق.

قال الزيلعي في نصب الراية ١٥/٤: قال ابن أبي حاتم: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: فيه محمد بن إبراهيم شيخ مجهول اه كلامه في العلل ١١٠٩.

ورواه إسحق من طريق أبي الأشهب حدثني من سمع محمد بن إبراهيم التيمي عن أبي سعيد مرفوعاً اه. قلت: له علل ثلاث. الأولى: جهالة شيخ أبي الأشهب والثانية: كون محمد بن إبراهيم في هذا الإسناد أيضاً وهو مجهول كما قال أبو حاتم، وكذا قال الحافظ عنه في التقريب. ويقال فيه: التيمي، ويقال: الباهلي. والثالثة: الانقطاع بينه وبين أبي سعيد. وقوله: ضربة القانص معناه أن يقول من يعتاد الغوص في البحر لغيره ما أخرجه في هذه الغوصة فهو لك بكذا من الثمن.

لبن امرأة في قرح) وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر. ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفعها فكذلك على جزئها. قلنا: الرق قد حل نفعها، فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن. قال: (ولا يجوز بيع شعر

حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الأمر قوله: (ولا بيع لبن امرأة في قرح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فإنه لا يكون في قرح إلا بعد انفصاله، أما عين القرحية فليس قيداً بل سائر الأواني سواء، وإنما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كي لا يظن أن امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعي يجوز لأنه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحن نمنع أنه مشروب مطلقاً بل للضرورة حتى إذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه، والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمءاء وبعضهم أجازه إذا عرف أنه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من الآدمي مكرم مصون عن الابتذال بالبيع، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الأمة. وعن أبي يوسف أنه يجوز في لبن الأمة لأنه لا يجوز إيراد العقد على كلها فيجوز على جزئها. قلنا) الجواز يتبع المالية ولا مالية للإنسان إلا ما كان محلاً للرق (وهو للحي ولا حياة في اللبن) ولأن العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعاً على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحاد محلها وليس اللبن محل تلك القدرة. فإن قيل: أجزاء الآدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالإتلاف. أجيب بمنع ضمان إجزائه مطلقاً بل المضمون ما انتقص من الأصل، حتى لو نبت السن التي قلعت لا ضمان إلا ما يستوفي بالوطء فإنه مضمون وإن لم ينتقص شيئاً تغليظاً لأمر البضع فجعل ما يستوفي بالوطء في حكم النفس، بخلاف من جزّ صوف شاة فإنه يضمن وإن نبت غيره، وبإتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الأصل، ولأن حرمة المصاهرة تثبت بشربه، ففي إشاعته ببيعه فتح لباب فساد الأنكحة، فإنه لا يقدر على ضبط المشتريين والبائعين فيشيع فساد الأنكحة بين المسلمين. وهذا وإن كان يندفع إذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم أن شراءه ليس إلا لمنفعة أخرى كشراء الأمة المجوسية بعد اشتها حرمة وطئها شرعاً لكنهم يجيزون شربه للكبير. هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث إلى محمد بسند متصل قال: سمعت الفقيه أبا جعفر يقول: سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حنبل قال: قال نصير بن يحيى: سمعت الحسن بن سيهوب^(١) يقول: سمعت محمد بن الحسن يقول: جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها، لأنه لما جازت الإجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الأموال، لأنه لو كان مالا لم تجز الإجارة؛ ألا ترى أن رجلاً لو استأجر بقرة على

أخذه وسلمه في المجلس. وعورض بأن الإعتاق يجوز، ولو فات المحل لما جاز، وأجيب بأن الإعتاق إبطال الملك وهو يلائم النوى بالإباق، بخلاف البيع فيه فإنه إثباته، والنوى ينافيه، وروي عن أبي حنيفة أن العقد يتم إذا لم يفسخ، والبائع إن امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه أجبر على ذلك لأن العقد قد انعقد لقيام المالية لأن مال المولى لا يزول بالإباق ولهذا جاز اعتاقه وتدييره، والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضى وانتفى المانع فيجوز وصار كما إذا أبق العبد بعد البيع، وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا. وأما إذا رفعه المشتري إلى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فإنه يحتاج إلى بيع جديد، قال: (ولا لبن امرأة في قرح) قيد بقوله في قرح لدفع ما عسى أن يتوهم أن بيعه في الضرع لا يجوز كسائر ألوان الحيوانات، وفي القرح يجوز فقال: إنه لا يجوز في

وبيع مثله جائز) أقول: الماء مشروب طاهر، ولا يجوز بيعه قبل الإحراز كالكلاب، فلم أن مجرد ذلك لا يكفي. قوله: (وتقريه أن الآدمي بجميع أجزائه مكرم الخ) أقول: قياس من الشكل الثاني قوله: (لا يرد عليه الرق) يعني استقلالاً قوله: (وليست بمال) أقول: أي متقوم.

(١) قوله: (سيهوب) كذا في النسخ التي بأيدينا ولم نجده فحرر اه. مصححه.

الخنزير) لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له، ويجوز الانتفاع به للخمر للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدون، ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع، ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف. وعند محمد رحمه الله لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهاراته. ولأبي يوسف رحمه الله أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها) لأن الآدمي مكرم لا مبتذل

أن يشرب لبنها لم تجز الإجارة، فلما جاز إجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالاً. هذا وأما المصنف فإنما علل للمنع بأن الآدمي مكرم بجميع أجزائه فلا يبتذل بالبيع وسيأتي باقيه قوله: (ولا بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له) أورد عليه أنه جعل البيع هنا في لبن المرأة إهانة مانعة من جواز البيع للزوم الإكرام والبيع ينفيه، وجعله في مسألة بيع الخمر والخنزير إعزازاً فبطل للزوم الإهانة شرعاً والبيع إعزازاً، وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة إلى محل إهانة وبالنسبة إلى آخر إكرام. مثلاً: لو أمر السلطان بعض سائسي الدواب أن يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الإكرام له، ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الإهانة له، فالخمر والخنزير في غاية الإهانة شرعاً، فلو جعل مبيعاً مقابلاً ببذل معزوز كالدراهم أو الثياب كان غاية إكرامه والآدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً فإيراد العقد عليه وإيداله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له. هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين، فالمعول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة إليه مع إمكان وجوده مباح الأصل فلا تنافي (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فإن الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدون (و) هو (يوجد مباح الأصل فلا حاجة إلى بيعه) فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز، وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث: فلو لم يوجد إلا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة إليه. وقد قيل أيضاً إن الضرورة ليست ثابتة في الجزر به بل يمكن أن يقام بغيره. وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير، فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به. وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لأن ذلك العمل يتأتى بدون كما ذكرنا، إلا أن يقال: ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرجاً مثله ثم (قال أبو يوسف إنه لو وقع في ماء قليل أفسده، وعنده محمد لا ينجس به لأن حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبي يوسف، لأن حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة إليه فقط كذلك، وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدراهم ينبغي أن يخرج على القول بطهارته في حقهم، أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه، فإن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرّون على الامتناع عنه ويتجمع على ثبائهم هذا المقدار قوله: (ولا يجوز

قدح. وجوز الشافعي بيعه لأنه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الألبان، وعقب بقوله طاهراً احترازاً عن الخمر فإنها ليست بطاهرة. ولنا أنه جزء الآدمي لأن الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية، وجزء الآدمي ليس لأن الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه. وعورض بأنه لو كان جزء الآدمي لكان مضموناً بالإتلاف كبقية أجزاء الآدمي. أجب بأن لا نسلم أن الأجزاء تضمن بالإتلاف بل المضمون ما انتقص من الأصل، ألا ترى أن الجرح إذا اتصل به البرء يسقط الضمان وكذا السن إذا نبتت قوله: (وهو) أي الآدمي بجميع أجزائه مكرمه يجوز أن يكون دليلاً آخره وتقديره أن الآدمي بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال، وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة. وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتباراً للجزء بالكل. والجواب أنه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز. وبيانه أن الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه، وأما اللبن فلا رق فيه لأن الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق: يعني العتق، وهو أي المحل هو الحي، ومعناه أنهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان، وإذ لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع، والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروباً مطلقاً أو في حال الضرورة، والأول ممنوع، فإنه إذا استغنى عنه حرم شربه. والثاني مسلم لأنه غذاء في تربية الصغار لأجل الضرورة فإنهم لا يتربون إلا بلبن الجنس عادة، ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه. قال: (ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين) ونجس العين لا يجوز

فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً ومبتذلاً وقد قال عليه الصلاة والسلام «لعن الله الواصلة والمستوصلة» الحديث، وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذواتهن. قال: (ولا بيع جلود الميتة قبل أن

بيع شعر الإنسان) مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لأن الأدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً ومبتذلاً) وفي بيعه إهانة، وكذا في امتهانه بالانتفاع، وقد قال ﷺ فيما ثبت عنه في الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة)^(١)، فالواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء، والمستوصلة المعمول بها بإذنهما ورضاها، وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به، ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير، فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة وإلا لمنع القراميل، ولا شك أن الزينة حلال، قال الله تعالى ﴿قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده﴾ [الأعراف ٣٢] فلولاً لزوم الإهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعر النساء أيضاً، وفي الحديث «لعن الله النامصة والمتنمصة أيضاً»^(٢) والنامصة هي التي تنفش الحاجب لترقه، والمتنمصة التي يفعل بها ذلك قوله: (ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدفغ) لأنها غير متنفعة بها، قال ﷺ «لا تتنفعوا من الميتة بإهاب»^(٣) وتقدم في الصلاة^(٤) تقريره وتخريجها، ولا خلاف في هذا، فإن قيل:

بيعه إهانة له، ويجوز الانتفاع به للحرز للضرورة لأن غيره لا يعمل عمله. فإن قيل: إذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه. أجاب بأنه يوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى بيعه، وعلى هذا قيل: إذا كان لا يوجد إلا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع. وقال أبو الليث: إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء ينبغي أن يجوز لهم الشراء، ولو وقع في الماء أفسده عند أبي يوسف لأن الإطلاق للضرورة إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال. وقال محمد: لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته، ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه، وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره، قيل: هذا إذا كان متوفاً، وأما المجزوز فظاهر كذا في التمرثاشي وقاضخان، قال: (ولا يجوز بيع شعور الإنسان الخ) بيع شعور الأدميين والانتفاع بها لا يجوز. وعن محمد أنه يجوز الانتفاع بها استدلالاً بما روي «أن النبي ﷺ حين خلق

قوله: (وقد قال عليه الصلاة والسلام «لعن الله الواصلة والمستوصلة» الحديث) أقول: قال الزيلعي: إنما لعنا للانتفاع به لما فيه من إهانة المكرم انتهى، وفيه بحث قوله: (وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول: فيه بحث، إذ لو تم ما ذكره لكان البيع بما يماثله في التحقير والتعظيم جائزاً، وليس كذلك إلا أن يقال: لا نظير لذلك في الشرع وفيه تأمل، أو يقال: ما ذكرته كلام على السند، ولعل الأولى أن يقال في جواب أصل السؤال إن بعض الأشياء خلق مالمكاً فجعله مملوكاً إهانة له لكونه خطأ عن درجته، وبعض الأشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملوكية فجعله مملوكاً رفع له عن مرتبته، ولا بعد في إيجاب الشيء الواحد أمرين متنافيين في محلين مختلفين؛ ألا يرى أن الشمس تبيض الثوب وتسود وجه القصار وتعقد الملح وتذيب الشمع فليتأمل قوله: (فليس ذلك) أقول: أي ما ذكر من الإهانة والإعزاز قوله: (من المبيع في شيء) أقول: لعل المراد أن المبيع ليس موجباً تاماً لهما حتى يرد السؤال.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٣٧ و ٥٩٤٠ و ٥٩٤٢ و ٥٩٤٧ ومسلم ٢١٢٤ وأبو داود ٤١٦٨ والترمذي ٢٧٨٣ وابن ماجه ١٩٨٧ وابن حبان ٥٥١٣ وابن أبي شيبة ٤٨٧/٨ والبيهقي ٣١٨٩ من طرق كلهم من حديث نافع عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ لعن الواصلة، والمستوصلة، والواشمة، والمستوشمة.

وورد صدره من حديث عائشة. أخرجه البخاري ٥٩٣٤ ومسلم ٢١٢٣ والطبراني ١٥٦٤ والنسائي ١٤٦/٨ وأحمد ١١١/٦ وابن حبان ٥١٤ والطحاوي في المشكل ٤١/٢ والبيهقي ٤٢٦/٢ كلهم من حديث عائشة.

وورد من حديث ابن مسعود. أخرجه البخاري ٤٨٨٦ و ٤٨٨٧ و ٤٨٨٨ و ٥٩٤٣ و ٥٩٤٨ ومسلم ٢١٢٥ والترمذي ٢٧٨٢ والنسائي ١٤٦/٨. ١٨٨ والدارمي ٢٧٩/٢ وأحمد ٤٣٣/١ و ٤٣٤. ٤٤٣. ٤٥٤. ٤٦٢. ٤٤٨. وابن حبان ٥٥٠٤ و ٥٥٠٥ والبيهقي ٢٠٨/٧ والبخاري ٣١٩١ والحميدي ٩٧ من طرق كلهم من حديث ابن مسعود بزيادة: والنامصة، والمتنمصة. وله قصة

(٢) تقدم في رواية ابن مسعود الأخيرة في الحديث المتقدم

(٣) تقدم في كتاب الطهارة.

(٤) صوابه في الطهارة.

تدبغ) لأنه غير منتفع به، قال عليه الصلاة والسلام «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب» وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لأنها قد طهرت بالدباغ، وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل. والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به. قال: (وإذا كان السفلى لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومنفرداً في رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لأنه

نجاستها ليست إلا يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس. أجيبت بأن المنجس منها باعتبار أصل الخلقة فما لم يزايله فهي كعين الجلد، فعلى هذا يكون الجلد نجس العين، بخلاف الثوب والدهن والنجس فإن النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بما فيه. وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أو لا يحتاج إلى الجواب عنه، فإنه ما علل المنع إلا بعدم الانتفاع به، وإنما يرد على من علل بالنجاسة. ولا ينبغي أن يعلل بها بطلان بيع أصلاً، فإن بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية، فإن بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا. وأما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع بها حيثئذ شرعاً، والحكم بطهارتها زيادة ثبت شرعاً على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها) وریشها ومنقارها وظلفها وحافرها فإن هذه الأشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة قوله: (والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السؤر واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به، قيل وروي «أن النبي ﷺ اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير تكير،

رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتركبون به» ولو كان نجساً لما فعله، إذ النجس لا يترك به. وجه الظاهر أن آدمي مكرم غير مبتذل، وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مبتذلاً مهاناً وفي البيع والانتفاع ذلك، ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «لن الله الواصلة والمستوصلة» والواصلة من تصل الشعر، والمستوصلة من يفعل بها ذلك. فإن قيل: جعل المصنف رحمه الله بيع شعر الخنزير إعزازاً فيما تقدم وجعل بيع شعر آدمي إهانة له البيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجباً، لأمرين متنافيين. وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع، فإن كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره إعزاز له فلا يجوز لإفضائه إلى إعزاز ما حقره الشرع، وإن كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك إهانة له فلا يجوز لإفضائه إلى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء، وإنما هو من وصف المحل شرعاً، ثم إن عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لأن شعر غير الإنسان لا ينجس بالمزابلة فشعره وهو طاهر أولى، ولأن في تناثر الشعر ضرورة وهي تنافي النجاسة. وقال الشافعي: نجس لحرمة الانتفاع به، وهو محجوج بالضرورة، ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر لزبد في قرون النساء: أي في أصول شعرهن بالكثير وفي ذوائبهن بالتطويل، ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنه غير منتفع بها لنجاستها، قال ﷺ «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب» وهو اسم لغير المدبوغ، كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة، فإن قيل: نجاستها مجاورة باتصال الرسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس. أجيبت بأنها خلقية فما لم يزايل بالدباغ فهي كعين الجلد، بخلاف نجاسة الثوب. فإن قيل: قوله ﷺ «لا تنتفعوا» وهو يقتضي المشروعية فمن أين اللاجواز؟ فالجواب أنه نهى عن الأفعال الحسية وهو يفيد، طالع التقرير تطلع عليه (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت به) لأن تأثيره في إزالة الرطوبات كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ. ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها

حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب. قال: (وبيع الطريق وهبته

ومنهم من حكى إجماع العلماء على جواز بيعه. وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره: أدركت ناساً من سلف العلماء يمتشطون به ويدهنون فيها لأ يرون بأساً. وقال ابن سيرين وإبراهيم: لا بأس بتجارة العاج. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع القرد. وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه، وهو المختار لأنه مما ينتفع به في بعض الأشياء قوله: (وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطاً أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لأن المبيع حيث لا حق التعلي (وحق التعلي ليس بمال لأن المال عين يمكن إحرازها) وإمسакها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء ما لا يباع والمبيع لا بد أن يكون أحدهما. وقول المصنف: (والمال هو المحل للبيع) تساهل أو تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات) فيما إذا كان الشرب شرب تلك الأرض، أما إذا باع أرضاً مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ. والصحيح أنه لا يجوز مفرداً كبيع الشرب يوماً أو يومين حتى تزداد نوبته، وجوز مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكافي ومحمد بن سلمة لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم إليه، والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل (ولأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب) فإنه قال فيه: ادعى رجل شراء أرض بشرها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار ثمن الأرض لأن الذي زاد الشرب نقص من ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن. وقيل لو باع أرضاً بشرها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب، وأما ضمانه بالإتلاف وهو بأن يسقي أرضه بشرب غيره فهو رواية البزدوي، وعلى رواية شيخ الإسلام لا يضمن، وقيل يضمن إذا جمع الماء ثم أتلفه، ولا يضمن قبل الجمع، وحينئذ فالإلزام به من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه فلا يلزم المخالف. وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف أنه قصر ضمانه بالإتلاف على ما إذا كان شهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال: لا وجه للضمان بالإتلاف إلا بهذه الصورة، لأنه لو ضمن بغيرها فإما

وصرفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة، وقد تقدم في كتاب الصلاة (والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) اعتباراً به في حرمة اللحم وغيرها. قال لا تقع عليه الزكاة، وإذا دبح جلده لم يطهر. وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لأنه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك، فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع. قالوا: يباع عظمه إنما يجوز إذا لم تكن عليه دسومة، وأما إذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه. قال: (وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطاً أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لعدم إمكان إحرازه والمال هو المحل للبيع) فإن قيل: الشرب حق الأرض ولهذا قال في كتاب الشرب: إذا اشترى أرضاً لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز. أجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات، ومفرداً في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء لوجوب الضمان بالإتلاف، فإن من سقى أرض نفسه بماء غيره يضمن، ولأن له حظاً من الثمن ذكره في كتاب الشرب. قال في شاهدين شهد أحدهما بشراء أرض بشرها بألف والآخر بشرائها بألف ولم يذكر الشرب لم تقبل لأنهما اختلفا في ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب، وإنما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار أنه ليس بمال، بخلاف بيعه معها لزوالها باعتبار التبعية. قال: (وبيع الطريق وهبته جائزة) بيع رقبة الطريق وهبته

قال المصنف: (لأنه حظ من الماء) أقول: فإن قيل: سلمنا أنه نصيب ولكن ليس ذلك النصيب في ملكه وقت البيع، وإن وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لا تبعاً ولا منفرداً. قلت: لا حاجة إلى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع والسلم فيجوز بيعه. أما قوله والماء ليس بملك. قلنا: إذا وجد في أرضه وأتلفه إلى آخر يضمن علم أنه يملكه، كذا في شرح شاهان، إلا أنه مخالف لما ذكره في شرح قول المصنف: ولا يجوز بيع المراعي كما سبق فليتأمل، وسيجيء في آخر كتاب الشرب أنه لا يضمن إذا سقى من شرب غيره.

جائز ويبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتل وجهين: بيع رقة الطريق والمسيل، وبيع حق المرور والتسيل. فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسئلتين أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً، وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان. ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين

بالسقي أو يمنع حق الشرب، لا وجه إلى الأول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا إلى الثاني لأن منع حق الغير ليس سبباً للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد، وأما أنه حظ من الماء فهو عين شيء يتعلق بالعين فأورد عليه أنه لو كان عيناً ينبغي أن لا يجوز بيعه إذا لم يكن فيه ماء، وأجيب بأنه إنما يجوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير أنه حظ من الماء فهو مجموع المقدار فلا يجوز بيعه، وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفرداً، قالوا: وتعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير إجماعاً كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه، والضرورة في بيع الشرب مفرداً على العموم متفية بل إن تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الأوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس.

[قصر] باع العلو قبل سقوطه جاز، فإن سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض قوله: (وبيع الطريق وهبته جائز ويبيع مسيل الماء وهبته باطل) قال المصنف: (المسئلة تحتل وجهين) أن يكون المراد (بيع رقة الطريق والمسيل، و) أن يكون المراد (بيع حق المرور) الذي هو التطرق (والتسيل، فإن كان الأول) وهو بيع رقة الطريق والمسيل: أي مع اعتبار حق التسيل (فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً) فإن بينه فلا إشكال في حق نفسه، وإن لم يبينه جاز أيضاً، وهو المراد بالمسئلة هاهنا فإنه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله إلى السكة النافذة (أما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله الماء) ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما إذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل، أما لو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسيل فهو جائز بعد أن يبين حدوده. (وإن كان) المراد (الثاني) وهو مجرد حق المرور والتسيل (ففي بيع حق المرور) مجرداً (روايتان) على رواية الزيادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي لجهالته، وعلى رواية كتاب القسمة يجوز، فإنه قال: دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فإنه لا حق له في غير الطريق، فإذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الأصل بثلاثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلاث الثمن لأن صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤوس لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى. فقد جعل لصاحب حق المرور قسماً من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ، واتفقت الروايات على أن بيع حق التسيل لا يجوز (فوجه الفرق على إحداهما) أي وجه الفرق (بين حق المرور وحق التسيل) على الرواية المجيزة لبيع حق المرور (أن)

جائز لكونه معلوماً بطوله وعرضه إن بين ذلك وهو ظاهر، وإلا قدر بعرض باب الدار العظمى، وهو مشاهد محسوس لا يقبل النزاع. وبيع رقة المسيل من حيث هو مسيل وهبته إذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء، والقيد الأول لإخراج بيع رقبته من حيث إنه نهر فإنه أرض مملوكة جاز بيعها. ذكره شمس الأئمة السرخسي. والثاني لإخراج بيعه من حيث هو مسيل إذا بين حدوده وموضعه فإنه جائز أيضاً. ذكره قاضيخان، وهذا أحد محتملي المسئلة، وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقة الأرض جائز في رواية ابن سماعه، وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسماً من الثمن حيث قال: دار بين رجلين آخر ليس له منعهما من القسمة لحق المرور قسماً من الثمن حيث قال: دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى لأنه لا حق له في غير الطريق، فإن باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الأصل بثلاثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلاثي الثمن لأن صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد، وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤوس لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في

حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق، أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله. ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبهه المنافع، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الأعيان. قال: (ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما) بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير

حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق، أما التسييل فإن كان على السطح (فهو نظير حق التعلي) لا يجوز باتفاق الروايات ومزوجه فساده وهو أنه ليس حقاً متعلقاً بما هو مال بل بالهواء، وفي هذا نظر، فإن ذلك إذا باع حق التعلي بعد سقوط العلو فإنما يكون نظير ما إذا باع حق التسييل على سطح وإن كان على الأرض، وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمرّه على أرض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء بقيت الحاجة إلى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية، وإنما احتيج إلى الفرق لأنه علل المنع في حق التعلي بأنه ليس بمال فيرد عليه أن حق المرور كذلك، وقد جاز بيعه في رواية، وفي كل منهما بيع الحق لا بيع العين، وهو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض وهي مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين، أما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال، وأما فرق المصنف بأن حق التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى فأشبهه المنافع، بخلاف الأرض فليس بذلك لأن البيع كما يرد على ما يبقى من الأعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وإن أشبهه المنافع، ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لأن بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتمسك وحق المرور قوله: (ومن اشترى إلى آخره) إذا اشترى هذه الجارية فظهرت غلاماً فالبيع باطل لعدم المبيع، وهذه وأمثالها تبني على الأصل الذي تقدم في المهر أنه إذا اجتمع تسمية وإشارة إلى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار إلى ذات وسمائها جارية فإن المسمى مع المشار إليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية، لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل بأشباهاها لتلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما تعريفه أبلغ، وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى، ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد، فإنه عبر هنا بقوله فلا بيع بينهما، وقيل بل هو فاسد وإن كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضاً كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلاً، وإن كان قليلاً اعتبرته الإشارة فينعقد البيع لوروده

الارتفاع، فقد جعل لحق المرور قسماً من الثمن وهو مما يدل على جواز البيع، وفي رواية الزيادات: لا يجوز، وصححه الفقيه أبو الليث لأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالإنفراد لا يجوز، وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز، وهذا محتملها الآخر. وإذا عرف هذا، فإن كان المراد المحتمل الأول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفاً، وإن كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج إلى الفرق لشمول عدم الجواز، وأما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم إما بالبيان أو التقدير كما مر وهو الطريق، وأما المسيل فإنما أن يكون على السطح أو على الأرض، والأول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلقاً به مع كونه مجهولاً لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته، والثاني مجهول فعاد إلى الفرق بين المحتمل الأول، وهذه الرواية: أعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور تلجئ إلى الفرق بينه وبين التعلي، والفرق بينهما ما ذكره بقوله إن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبهه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها، أما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الأعيان والبيع يرد عليها، فظهر من هذا أن محل البيع إما الأعيان التي هي أموال أو حق يتعلق بها، وفيه نظر لأن السكنى من الدار مثلاً حق يتعلق بعين تبقى هو مال ولا يجوز بيعه. قال: (ومن باع جارية فإذا هو غلام) اعلم أن الذكر والأنثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما، وقد يكونان جنساً واحداً لقلته، فالجارية جنسان لأن الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت كالاستفراش والاستيلاء للذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية، والكبش والنعجة جنس واحد لأن الغرض الكلي من الحيوانات الأكل والركوب والحمل والذكر

والفرق يبني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه، وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبداً على أنه خَبَّاز فإذا هو كاتب، وفي مسئلتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للفتاوت في الأغراض، وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس

على مبيع قائم إلا أنه ذكر فيه وصفاً مرغوباً فيه فلم يجده المشتري فثبت له الخيار. وقول المصنف: (والفرق يبني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد) لا يريد أن الأصل مختلف فيه بل هو متفق عليه، وإنما ذكره محمد في خلافته في المهر مستنداً به على قوله فيما إذا تزوج على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر في الجنسين كل ذكر مع أنثى من بني آدم وإن كان متحدي الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل فقد ألحقا بمختلفيهما، بخلاف الذكر والأنثى من سائر البهائم غير الآدمي فإن البيع ينعقد ويثبت الخيار. ونقل القدوري عن زفر أنه جعل الذكر والأنثى من بني آدم كالذكر والأنثى من غيرهما، فحكم بجواز البيع. وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الأغراض منهما، فالحق بالجنسين، فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة، والأنثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش، بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقيه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً، فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشاً بلا نظر إلى الذاتي، وهذا قول المصنف (وهو المعتبر في هذا دون الأصل) يعني المعتبر في أنهما جنسان أو حبس واحد تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس، أو قريباً فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل: يعني الذاتي، ولذا قالوا (الخل مع الدبس جنسان) مع اتحاد أصلهما بفحش تفاوت الغرض منهما (والوذاي والزندنجي) كذلك، والوذاي بفتح الواو وكسرهما وإعجام الذال ثم راء مهملة: نسبة إلى وذار قرية من قرى سمرقند، والزندنجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم نون أخرى ثم ياء ثم جيم نسبة إلى زندنة بفتح الزاي والنون الأخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ. وما ذكر لأبي حنيفة في باب المهر يقتضي أنه اعتبر الخل مع الخمر جنساً واحداً، ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الدبس كذلك. ومن المختلفين جنساً ما إذا باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلاً على ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير، كما إذا باع^(١) عبداً على أنه خَبَّاز فإذا هو كاتب، كذا ذكره المصنف، وإن كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيراً من الصفة التي عينت أو لا في ثبوت الخيار، كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار، وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص وصحح الأول لفوات غرض المشتري، فإن الظاهر أن غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضاً له الآن، وكان مستند المفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبداً على أنه كافر فإذا هو مسلم لا خيار له، لأنه خير مما

والأنثى في ذلك سواء، فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الأغراض دون الأصل كالخل والدبس فإنهما جنسان مع اتحاد أصلهما لعظم التفاوت. والوذاي بكسر الواو وفتحها: ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند، والزندنجي ثوب منسوب إلى زندنة: قرية ببخارى جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير. وإذا عرف هذا فإذا وقعت الإشارة على مبيع ذكر بتسمية، فإن كان ذلك مما يكون الذكر والأنثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه، وإذا قال بعتك هذه الجارية فإذا هي غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي أبلغ في التعريف من الإشارة، فإن التسمية لبيان المعايير يعني موصوفاً بصفة، والإشارة لتعريف الذات يعني مجرداً عن بيان صفة، والأبلغ في التعريف أقوى، وإن كان مما يكونان جنساً واحداً فالعقد يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده لأن العبارة إذ ذاك للإشارة للتسمية لأن ما سمي وجد في المشار إليه فصار حق التسمية مقضياً بالمشار إليه، وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليم محمد رحمه الله: إذا باع كبشاً

(١) قوله (كما إذا باع الخ) كذا في النسخ ولعلها نسخة وقعت للكمال اهـ. ومصححه.

جنسان والوذاري والزندنجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما. قال: (ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو

عين. وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافراً من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها، بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة ونحوه فإنه يفيد أن حاجته التي لأجلها اشترى هي هذا الوصف قوله: (ومن باع جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن) بمثل الثمن أو أكثر جاز، وإن باعها من البائع بأقل لا يجوز عندنا، وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه، ولو اشترى ولده أو والدته أو زوجته فكذلك عنده. وعندهما يجوز لتباين الأملاك وكان كما لو اشتراه آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر. ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الأول جاز عنده خلافاً لهما، لأن تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً بشراء خمر وبيعها عنده ولكن ينتقل الملك إلى الموكل حكماً فكان كما لو اشترى لنفسه فمات فورثه البائع. وعندهما عقد الوكيل كعقده. ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم، وعن أبي يوسف لا يجوز، ولو باعه المشتري من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الأسباب بلا شبهة، وبه تختلف المسببات، ويقولنا قال مالك وأحمد. وقد بقوله قبل نقد الثمن لأن ما بعده يجوز بالإجماع بأقل من الثمن، وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن وقال الشافعي رحمه الله: (يجوز) كيفما كان، كما لو باعه من غير البائع بأقل من الثمن أو منه بمثل الثمن الأول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لأنه هو المطلق في الأصول التي عينها، وتقبيده بالعرض دون أن يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمه أقل، لأنه لو باعه يذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحساناً خلافاً لزفر، وقياسه على العرض بجامع أنه خلاف جنسه فإن الذهب جنس آخر بالنسبة إلى الدراهم. وجه الاستحسان أنهما جنس واحد من حيث

فإذا هو نعجة صبح البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب، فإنه إذا خرج عن كونه معروفاً جعل للترغيب حذراً عن الإلغاء فصار كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب فهو بالخيار. وقد يشير كلام المصنف إلى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص، لأن الظاهر أن صفة الخبز لا تربو على الكتابة. وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي كذلك. وقال فخر الإسلام وأخوه صدر الإسلام والصدر الشهيد: إن الموجود إن كان أنقص من المشروط الفاتت كان له الخيار، إن كان زائداً فهو للمشتري. ونص الكرخي على ذلك في مختصره، ولكل واحد منهما وجه. أما الأول فلأن المشتري قد يكون محتاجاً إلى خباز فيلزم الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا. وأما الثاني فلما تقدم أن المشتري إذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير، وإن وجد أحد عشر فهو له بلا خيار. قال: (ومن اشترى جارية بألف درهم) من اشترى شيئاً بألف درهم (حالة أو نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسائة قبل نقد الثمن) فالبيع الثاني فاسد خلافاً للشافعي. هو يقول: الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه، وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة على الثمن الأول أو بالعرض وقيمه أقل من الألف. وحاصل ذلك أن شراء ما باع لا يخلو من أوجه: إما أن يكون من المشتري بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر. والثاني جائز بالاتفاق مطلقاً: أعني سواء اشترى بالثمن الأول أو بأنقص أو بأكثر أو بالعرض. والأول إما أن يكون بأقل أو بغيره، والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق. والأول هو المختلف فيه. فالشافعي رحمه الله جوزه قياساً على الأقسام الباقية، وبما إذا باع من غير البائع فإنه جائز أيضاً بالاتفاق، ونحن لم نجوزه بالأثر والمعقول. أما الأثر فما قال محمد: حدثنا أبو حنيفة يرفعه إلى عائشة رضي الله عنها: أن امرأة سألتها فقالت: إني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم بيعتها منه بستمانمائة درهم قبل مجل الأجل، فقالت عائشة رضي الله عنها: بشماً شريت وبشماً اشتريت، أبلغني زيد بن أرقم أن الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب، فأتاها

قال المصنف: (والوذاري والزندنجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول: الوذاري يفتح الواو وكسرهما والذال المعجمة: ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند، والزندنجي: ثوب منسوب إلى زندنة قرية ببخارى، كذا في المغرب. قوله: (والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق مطلقاً) أقول: إلا من وارثه، نص عليه الإثنائي وغيره قوله: (فقالت عائشة: بشماً شريت) أقول: أي بعت فإن الشراء من الأضداد.

نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسائة قبل أن ينقد الثمن الأول لا يجوز البيع الثاني) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز لأن الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو

كونهما ثمناً ومن حيث وجب ضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطاً وألزم أن اعتبارهما جنساً واحداً يوجب التفاضل بينهما احتياطاً. والجواب أنه مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بعين الآخر إجماع (ولنا قول عائشة) إلى آخر ما نقله المصنف عن عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعت زیداً بعد أن اشترت منه وحصل له الربح، لأن شريت معناه بعته، قال تعالى ﴿وشروه بثمن بخس﴾ أي باعوه، وهو رواية أبي حنيفة، فإنه روى في مسنده عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأة أبي السفر أن امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها: إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتراها مني بستمائة، فقالت: أبلغني عني أن الله أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب. ففي هذا أن الذي باع زيد ثم استرد وحصل الربح له، ولكن رواية غير أبي حنيفة من أئمة الحديث عكسه. روى الإمام أحمد بن حنبل: حدثنا محمد بن جعفر، حدثنا شعبة عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة هي وأم ولد زيد بن أرقم، فقالت أم ولد زيد لعائشة: إني بعته من زيد غلاماً بثمانمائة درهم نسيئة واشتريته بستمائة نقداً، فقالت: أبلغني زيداً أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله ﷺ إلا أن تتوب، بشئ ما اشتريت وبشئ ما شريت^(١). وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة. وقال ابن عبد الهادي في التنقيح: هذا إسناد جيد وإن كان

زيد بن أرقم معتزراً، فتلت عليه قوله تعالى ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾ ووجه الاستدلال أنها جعلت جزءاً مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله ﷺ، وأجزية الأفعال لا تعلم بالرأي فكان مسموعاً من رسول الله ﷺ والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسداً، وأن زيداً اعتذر إليها وهو دليل على كونه مسموعاً لأن في المجتهدين كان بعضهم يخالف بعضاً وما كان أحدهما يعتذر إلى صاحبه. وفيه بحث لجواز أن يقال: إلحاق الوعيد لكون البيع إلى العطاء وهو أجل مجهول. والجواب أنه ثبت من مذهبه جواز البيع إلى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون كذلك، ولأنها كرهت العقد الثاني حيث قالت: بشئ ما شريت مع عرائه عن هذا المعنى، فلا يكون لذلك بل لأنهما تطرقا به إلى الثاني. فإن قيل: القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه. أجيب بأن تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا لا لعدم القبض. فإن قيل: الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فإنه جائز مع وجود الوعيد. أجيب بأن الوعيد ليس للمبيع ثمة بل لنفس التفريق، حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً. وأما الثاني فهو ما قال إن الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض، فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل

قال المصنف: (إن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله تعالى عليه وسلم) أقول: هذا على سبيل التوبيخ والتهديد. قوله: (فلا يكون لذلك بل لأنهما تطرقا به) أقول: قوله فلا يكون: أي الوعيد قوله لذلك: أي لكون البيع إلى العطاء، قوله تطرقاً به: أي بالبيع إلى العطاء قوله: (دليل على أنه للربا لا لعدم القبض) أقول: فيه بحث.

(١) موقوف حسن أخرجه الدارقطني ٥٢/٣ والبيهقي ٣٣٠/٥ وأحمد في مسنده كما في نصب الراية ١٦/٤ وكذا عبد الرزاق من طرق كثيرة عن أبي إسحق السبيعي عن العالية عن عائشة به.

وجاء في نصب الراية ١٦/٤ ما ملخصه: العالية هذه وكذا أم منحة صاحبة القصة. مجهولتان لا يحتج بهما. وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح: هذا إسناد جيد وإن كان الشافعي قال: لا يثبت مثله عن عائشة. وكذلك قول الدارقطني عن العالية: مجهولة لا يحتج بها. فيه نظر فقد خالفه غيره، ولولا أن عند أم المؤمنين عائشة علماً من رسول الله ﷺ أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد اهـ. وقال ابن الجوزي في التحقيق: العالية معروفة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال: العالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحق السبيعي سمعت من عائشة اه الزبلي. انظر كلام ابن سعد في ٣٥٧/٨ الطبقات وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: العالية معروفة وذهب إلى حديثها الثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة، وأصحابه، ومالك، وابن حنبل، والحسن بن صالح. وروى عن الشعبي، والحكم، وحماد فنعوا ذلك. كذا في الاستذكار اهـ.

قلت: والاستذكار لابن عبد البر. فالخير عليه الجمهور وهو موقوف حسن لكن له حكم الرفع وقواه عمل الفقهاء به.

بالزيادة أو بالعرض. ولنا قول عائشة رضي الله عنها: تلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة: بسماء

الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة. وقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج بها فيه نظر، فقد خالفه غير واحد، لولا أن عند أم المؤمنين علماً من رسول الله ﷺ أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره: هذا مما لا يدرك بالرأي. والمراد بالعالية امرأة أبي إسحاق السبيعي التي ذكر أنها دخلت مع أم الولد على عائشة. قال ابن الجوزي: قالوا: إن العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها. قلنا هي امرأة جلييلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال: العالية بنت أنفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي سمعت من عائشة. وقولها بئس ما شريت: أي بعثت، قال تعالى ﴿وشره بئس ما بئس﴾ [يوسف ٢٠] أي باعوه، وإنما ذمّت العقد الأول لأنه وسيلة وذمت الثاني لأن مقصود الفساد. وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال: أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق عن امرأة أنها دخلت على عائشة في نسوة فسألتهما امرأة فقالت: كانت لي جارية فبعتهما من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت عائشة: إلى قولها إلا أن تتوب، وزاد: فقالت المرأة لعائشة: أريت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل؟ فقالت ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾^(١) [البقرة ٢٧٥]. لا يقال: إن قول عائشة وردها لجهالة الأجل وهو البيع إلى العطاء، فإن عائشة كانت ترى جواز الأجل إلى العطاء. ذكره في الأسرار وغيره. والذي عقل من معنى النهي أنه استريح ما ليس في ضمانه. ونهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن^(٢)، وهذا لأن الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض، فإذا عاد إليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهة من باعه، وهذا لا يوجد فيما إذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل إلحاق الشافعي بذلك، بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لأن اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان حكماً، وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لأن الملك لم يعد إليه بالصفة التي خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن، بل يجعل نقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه، حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لأنه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين، ولذلك إذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لأن الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس، لأن الفضل إنما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الأول لظهوره بلا تقويم، وقد أورد عليه تجويز كون إنكار عائشة لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع إذ القبض لم يذكر في الحديث. قلنا: لا يصح هذا لأنها ذمته لأجل الربا بقرينة تلاوة آية الربا، وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا. ولا يخفى ضعف هذا الجواب لأن تلاوة الآية ظاهر في كونها لاشتمالها على قبول التوبة جواباً لقول المرأة: أريت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل، كان هذا مع التوبة، فتلت آية ظاهرة في قبول التوبة وإن كان سوقها في القرآن في الربا^(٣). وأورد عليه طلب الفرق بين النهي عن

خمسائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما إذا باعه من غيره لأن الربح لا يحصل للبائع، وبخلاف ما إذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لأنه لم يعد إليه المستفاد من جهته لأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان، وبخلاف ما إذا اشترى بالثمن الأول لعدم الربا، وبخلاف ما إذا اشترى بأكثر فإن الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه، وبخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة، وبخلاف ما إذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول لأن النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري، وبخلاف ما إذا اشترى بدنانير قيمتها أقل من الثمن الأول قياساً، وهو قول زفر لأن ربا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير، وفي الاستحسان لا يجوز لأنهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح.

(١) تقدم في الذي قبله مستوفياً وهو موقوف حسن.

(٢) هو بعض حديث رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهما سيأتي في ص ٤٤٢.

(٣) مراده ما تلت عائشة وهو قوله تعالى ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾ وهذه الآية من سورة البقرة. جاءت عقب النهي عن الربا.

شربت واشترت، أبلغني زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب، ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع وقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض، بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة. قال: (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع

بيع الولد الكائن مع أمه مفرداً لم يوجب الفساد فلم أوجبه هذا النهي. أوجب بأن النهي إذا كان لأمر يرجع إلى نفس البيع أوجبه، وإن كان لأمر خارج لا، والنهي فيما ذكر للتفريق لا لنفس البيع، حتى لو فرق بينهما بغير البيع أثم فيكره البيع في نفسه كالبيع وقت النداء، وهنا هو لشبهة الربا وهو مخصوص بالبيع ولشبهة الربا حكم حقيقته قوله: (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع) بخمسمائة (قبل نقد الثمن فالبائع جائز في التي لم يشتريها من البائع ويبطل في الأخرى) وهذا فرع المسئلة السابقة. وهي أن شراء ما باع من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (أنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه فيكون مشترياً للأخرى) والتي باعها (بأقل مما باع وهو فاسد عندنا، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبته) وهي التي ضمت إليها. وأورد عليه أن علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان إصابة حصتها إياها أقل من خمسمائة المستلزم لشرائها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها وأخرى معها بألف وخمسمائة، لأن عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلاً منهما أكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، لكن ذكروا أنه أيضاً فاسد. أوجب بأن الفساد في هذا المعنى آخر وهو تكثر جهات الجواز، وليس البعض في الحمل عليه بأولى من البعض فامتنع الجواز، بخلاف الأكرار وأمثالها حيث يتحرى الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على ما يجيء في كتاب الصرف، وهذا لو صح لزم أن يمتنع ثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فيمتنع تعدد العلل لأنه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد في الجاريتين؛ وما أبشع قول قائل إذا كثرت جهات الحل بلا معارض يحرم. والحق أن

قال: (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لأنها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع، وبيانه ما قال لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه فيكون مشترياً لأخرى بأقل مما باع، وقد تقدم فساد ونقض بما إذا باعها بألف وخمسمائة فإن البيع فاسد. ذكرها في جامعها العلمان في الإتيان شمس الأئمة وفخر الإسلام، ولو كان الفساد في المسئلة الموضوع في الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لأن عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الأصل المذكور. وأوجب بأن الفساد لتعدد جهات الجواز. وبيانه أنا لو جعلناه بإزاء ما باعها ألفاً جاز، وإن جعلنا ألفاً وجبة جاز وهلم جرا، وليس البعض بالحمل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز، وفيه نظر لأن إضافة الفساد إلى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة، على أنه معارض بأن تجعل الجارية التي لم يشتريها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة أو أقل أو أكثر فتعدد جهات الجواز. وليس البعض أولى، وبأن كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز. فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مريحة عليها ترجيحاً بكثرة الأدلة وهو لا يجوز على ما عرف. والأولى أن يقال: جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه، والترجيح هنا للمفسد ترجيحاً للمحرم، ولا يسري الفساد منها إلى غير المشتراة لأن الفساد ضعيف فيها لأمر: إما لأنه مجتهد فيه بخلاف

قوله: (وبيانه أنا لو جعلناه بإزاء ما باعها) أقول: أنت الضمير الراجع إلى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية قوله: (والأولى أن يقال: جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه) أقول: فيه بحث. ثم اعلم أن الضمير الأول في قوله تقتضيه راجع إلى الجواز، والضمير الثاني في تقتضيه راجع إلى الفساد قوله: (وفيه نظر، أما أولاً فلأن كونه مجتهداً فيه الخ) أقول: يجوز أن يقال المراد من قوله مجتهداً فيه أنه محل للاجتهاد قابل له، وقوله بخلاف الشافعي دليل على ذلك، فإنه لو لم يكن محلاً للاجتهاد لم يخالف الشافعي به فليتدبر قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ أقول: وأوجب بأن السلم مبنية على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شروط ولم تعتبر في مطلق البيع فيناسبه السرية، بخلاف ما نحن فيه. وأجاب في الكافي بجواب آخر فراجع قوله: (لأن شمس الأئمة قد قال: البيع في المدبر) أقول: تعليل لقوله ولا يشكل الخ قوله: (والثاني المقاصة) أقول: معطوف على قوله أحدهما أنه قابل للثمن.

قبل أن ينقد الثمن بخمسائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويطل في الأخرى) لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشترياً للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبته ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه أو لأنه باعتبار شبهة الربا، أو لأنه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها. قال: (ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل

بينهما فرقاً، فإن هناك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار، فإذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر إلا وكادة، فإن الآخر قبل الاعتبار لا وجود له، ومع ذلك لم يعمل المجوز الذي وجد وتحقق بتحقيق الاعتبار فليتأمل. وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل إلى وجه ذكر أنه الوجه، وهو أن من الممكنات أن يعتبر في مقابلة الجارية الأولى من الألف وخمسائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد، وليس هذا من المذهب في شيء، بل إذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحاً كما سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى للجواز اعتباراً لتصحيح تصرف المسلم. ولا إشكال فيه على قولهما بل على قوله لأن مذهب أبي حنيفة أن البيع إذا فسد بعضه فسد كله إذا كان الفساد مقارناً، فدفعه المصنف بوجوه: أولها أن الفساد فيما بيعت أو لا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعي فلم يسر للأخرى كما إذا اشترى عبيدين فإذا أحدهما مدبر لا يفسد في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد. واستشكل بما لو أسلم قوهيا في قوهي ومروي فإنه باطل في الكل عنده، وعندهما يصح في المروي؛ كما لو أسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل، وعندهما يصح في حصة الزيت مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه، فإن إسلام هروي في هروي جائز عند الشافعي، ولا مخلص منه إلا بتغيير تعليل تعدي الفساد بقوة الفساد بالإجماع عليه إلى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما، وهو شرط قبول العقد في الهروي شرطاً لقبول في المروي، فيفسد في المروي بالشرط الفاسد وفي الهروي باتحاد الجنس، وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل هو به في شرح الجامع. ثانيها أن الفساد في الأولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الأول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو متنف في المضمونة، فلو اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت إلى المشتراة أولاً كان اعتباراً لشبهة الشبهة، وهذا أحسن من تقرير قاضيه خان اعتبار الشبهة بأن الألف وهو الثمن الأول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيرده فيسقط الثمن عن المشتري، وبالباع الثاني يقع الأمن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشترياً ألفاً بخمسمائة. ثالثها أن الفساد في الأول طارئ غير مقارن. وله وجهان: أحدهما أنهما لم يذكر في العقد ما يوجب فساده فإنه

الشافعي المتقدم وفيه نظر؛ أما أولاً فلأن كونه مجتهداً فيه إن كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لأن خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد، ولأن أبا حنيفة رحمه الله أبطل إسلام القوهية في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه، فإنه لو أسلم قوهياً في قوهي جاز عن الشافعي، ومع ذلك تعدي فساد ذلك إلى المقرون به وهو إسلام القوهي في المروي؛ وإما لأن الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربا، فلو اعتبرناها في التي ضمت إليها كان ذلك اعتباراً لشبهة الشبهة وهي غير معتبرة، وبيانه أن في المشتراة شبهة الربا أن في المسئلة الأولى إنما لم يصح شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا، لأن الألف وإن وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالباع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً ألفاً بخمسمائة من هذا الوجه، والشبهة ملحقه بالحقيقة في باب الربا، وإما لأن الفساد طارئ لوجهين: أحدهما أنه قابل الثمن بالجارتين وهي مقابلة صحيحة، إذ لم يشترط فيها أن يكون بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول، لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بإزاء ما باع والبعض بإزاء ما لم يبيع ففسد البيع فيما باع، ولا شك في كونه طارئاً فلا يتعدى إلى الأخرى. ولا يشكل بما إذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فإن المفسد مقارن لأن قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر، والعقد جائز في العبد لأن شمس الأئمة قد قال البيع في المدبر غير فاسد، ولهذا لو أجاز

ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد، ولو اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف (جاز) لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه. قال: (ومن اشترى سمناً في زق فرد الظرف وهو عشرة أوطال) فقال البائع الرق غير هذا وهو خمسة أوطال فالقول قول المشتري، لأنه إن اعتبر اختلافاً في تعيين الرق المقبوض فالقول قول القابض ضمناً كان أو

قابل الثمن بالجارتين وهذه المقابلة صحيحة، ولكن بعد ذلك ينقطع الثمن على قيمتهما فيصير البعض بإزاء ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه. وهذا فساد طراً الآن لأن الانقسام بعد وجوب الثمن أي بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فلا يتعدى إلى الأخرى والآخر بسبب المقاصة، فإن المقاصة تقع بين الثمن الأول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الأول فضل بلا عوض، وذلك لأن البائع الأول لما باعها بألف ثم اشتراها بخمسائة قبل النقد فتقاصا الخمسائة بخمسائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الأول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها فهو طارئ فلا يظهر في الأخرى؛ كمن باع عشرين صفقة وبين ثمن كل ثم ألحقا في ثمن أحدهما أجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى إلى الآخر فكذا ما نحن فيه، وأورد ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لمعنى آخر وهو أنه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أو لا شرطاً لقبوله في الآخر. قلنا: قبول العقد فيه ليس شرطاً فاسداً: ألا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الأول أو خلاف جنسه كان صحيحاً، وإنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه، وهذا يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى إلى العقد الثاني. وفي المبسوط: لو اشتراه البائع مع رجل آخر جاز من الأجنبية في نصفه. ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها منه بأقل، إن كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بأقل، وإن لم تنقصها لا يجوز لأنه يحصل به ربح لا على ضمانه قوله: (ومن اشترى زيتاً في ظرف) صورتها في الجامع: محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بطروقه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً قال هذا فاسد، وإن كان قال على أن تطرح عني وزن الظرف فهو جائز، لأنه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن، بخلاف قوله على أن تزنه فتطرح عنه لكل ظرف عشرة أوطال أو خمسين فإن البيع حينئذ فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين، لأن زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري، وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط إعطاء الثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع، والمسئلة بعدها فرع عليها.

وهو ما في الجامع: رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الرق كل رطل بدرهم فوزنه له بزقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت السمن تسعين رطلاً والرق هذا وزنه خمسة أوطال فالقول قول المشتري مع يمينه إلا أن يقيم البائع البينة (لأن هذا) الاختلاف (إن اعتبر اختلافاً راجعاً إلى تعيين الرق المقبوض فالقول قول القابض ضمناً كان)

القاضي يبيعه جاز، ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى إلى الآخر. والثاني المقاصة فإنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسائة فتقاصا خمسمائة بخمسائة مثلها بقي للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طرده فلا يسري إلى غيرها. قال: (ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بطرقه الخ) اشترى زيتاً على أن يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد، فإنه شرط ما لا يقتضيه العقد، فإن مقتضاه أن يطرح عنه دون الظرف ما يوجد وعسى يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه، وإن اشترى على أن يزن ويطرح عنه بوزن الظرف جاز لكونه موافقاً لمقتضاه. قال: (ومن اشترى سمناً في زق الخ) ومن اشترى سمناً في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة أوطال فقال البائع الرق غير هذا وهو خمسة أوطال فالقول قول المشتري، لأن هذا الاختلاف إما أن يعتبر في تعيين الرق المقبوض أو في مقدار السمن، فإن كان الأول

قال المصنف: (ومن اشترى سمناً في زق فرد الظرف) أقول: ذكره استطرادي، فإنه ليس من مسائل البيع الفاسد.

أميناً، وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة. قال: (وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو شرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال لا يجوز: على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير، وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده. لهما أن الموكل لا يليه فلا يولي

كالغاصب (أو أميناً) كالمودع، ولأن البائع يدعي عليه زقاً آخر والمشتري ينكر الزيادة، وإن اختلفا في قدر السمن المقبوض فمرجه خلاف في قدر الثمن (فالقول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة) واستشكل بمسئلتين: إحداهما ما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر ويرده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتي في باب التحالف. والثانية أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف، وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلافاً في الثمن. أجيب عن الأول بأنها مع هذه طرد، فإن كون القول للمشتري لإنكاره الزيادة وهناك إنما كان للبائع لإنكاره الزيادة. وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصداً، وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض أم هو هذا أو لا يوجب التحالف قوله: (وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخمر أو الخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسبب الخنزير هذا في الشراء، وفيما إذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خمر أو خنزير. وصورته أن يكون كافراً فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزيلها وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافراً ببيعها فعليه أن يتصدق بثلثيها لتمكن الخبث فيه، قال ﷺ «إن الذي حرّمها حرّم بيعها وأكل ثمنها»^(١) وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى: لا يصح هذا التوكيل. وحاصل الوجه من جانبهم إثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل، ومن جانبه عدم المانع بالقدح في مانعيه ما جعلوه مانعاً فيبقى الجواز على الأصل. لهم أن الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك تولية غيره فيه، وهذا معنى قول المصنف (الموكل لا يليه فغيره لا يولي) بنصب غيره لأنه مفعول مقدم ليولي، كما أنه لما لم يملك تزوّج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجه إياها (ولأن ما يثبت للوكيل) من الملك (ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أو البيع (بنفسه فلا يجوز. ولأبي حنيفة أن الوكيل) في البيع (يتصرف بأهلية نفسه) لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى موكله وترجع حقوق العقد إليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب عليه وهو أهل لبيع الخمر وشرائها شرعاً فلا مانع شرعاً من توكله، والمسلم الموكل أهل لأن يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت

فالمشتري قابض (والقول قول القابض ضمناً) كان كالغاصب (أو أميناً) كالمودع، وإن كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن (فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة) والقول قول المنكر مع يمينه. فإن قيل: الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول إلى الحلف؟ أجيب بأنه يوجب إذا كان قصداً وهذا ضمنى لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق. والفقه فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن إنما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقد آخر، وأما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب اختلافهما في العقد فلا يوجب. قال: (وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو شرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة خلافاً لهما) وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالاً ببيع صيده على هذا الخلاف قالوا: الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسياً بتزويج مجوسية، ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشر بنفسه، ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به. وقال أبو حنيفة: المعتبر في هذا الباب أهليتان: أهلية الوكيل وأهلية الموكل، فالأولى أهلية العاقد وهي أهلية التصرف في المأمور به وللنصراني ذلك، والثانية أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكماً للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم؛ ألا ترى إلى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم إراثاً إذا أسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير. لا يقال: الورثة أمر جبري والتوكيل اختياري فأني يتشابهان، لأن ثبوت الحكم: أعني

(١) صحح. أخرجه مسلم ١٥٧٩ والدارمي ١١٤/٢ وأبو يعلى ٢٤٦٨، ٢٥٩٠ والدارقطني ٧/٣ والبيهقي ١٢/٦ وأحمد ١/٢٤٤، ٣٢٣، ٣٢٤

٢١٣٠ كلهم من حديث ابن عباس «أن رجلاً أهدى لرسول الله ﷺ رواية فقال له رسول الله ﷺ هل علمت أن الله قد حرّمها قال: لا. فسأروا

إنساناً فقال له رسول الله ﷺ: بم ساررت؟ فقال: أمرته ببيعها فقال: إن الذي حرّم شرّها حرّم بيعها قال: ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها.

غيره، ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز: ولأبي حنيفة رحمه الله أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الأمر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما، ثم إن كان خمرأ يخللها وإن كان خنزيراً يسيبه. قال: (ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكتبه أو أمة على أن

الملك الجبري له فيهما فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل: منها أن الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه. ومنها أن القاضي لا يملك بيع خمر أو خنزير خلفه ذمي ورجع أمره إلى القاضي ويملك توكيله به، وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به، والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله إذا كان عليه ديون مستغرقة، ويجوز من وصيه بعد موته. وكذا لا تباع الأم عرض الولد ووصيها ببيعه إذا لم يكن من ميراثها. فإن قيل: إن قلت إن تملك المسلم لها يثبت جبراً عن سبب جبري كالموت سلمناه أو عن سبب اختياري منعناه، وهنا كذلك إذ التوكيل اختياري والملك مترتب عليه إذ لا وجود له في الشرع. قلنا: نختار الثاني ونمنع أن التوكيل سبب للملك بل الشراء، وإنما هو اختياري للوكيل لا الموكل وليست الوكالة سبباً له بل شرط، وإنما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازماً للوكالة ولا مسبباً عنها إذ لا يلزمه الشراء بقي أن يقال: إذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن يسبب الخنزير ويريق الخمر أو يخللها بقي تصرفاً غير معقب لفائده، وكل ما هو كذلك ليس بمشروع. وقد روي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس إلا كراهة التحريم فأبي فائدة في الصحة قوله: (ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط قد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط) قال الطبراني في معجمه الوسط: حدثنا عبد الله بن أيوب المقرئ، حدثنا محمد بن سليمان الذهلي، حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعاً وشرط شرطاً فقال: البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت: يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة؟ فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالا. حدثني عمرو بن

الملك للموكل بعد تحقق العلة: أعني مباشرة الوكيل جبري كذلك تثبت بدون اختياره كما في الموت؛ ألا ترى أن المأذون له النصراني إذا اشترى خمرأ يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق، وإذا ثبت الأهليتان لم يمتنع العقد بسبب الإسلام لأنه جالب لا سالب، ثم الموكل به إن كان خمرأ خللها، وإن كان خنزيراً يسيبه، لكن قالوا: هذه الوكالة مكروهة أشد كراهة، وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه إذا وكل آخر بشرائه لنفسه فإنه يثبت الملك للوكيل الأول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي إذا أمر ذمياً ببيع خمر أو خنزير خلفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه، وبالذمي إذا أوصى لمسلم وقد تركهما فإن الوصي يوكل ذمياً بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه. والقياس على تزويج المجوسي مدفوع، فإن حقوق العقد في النكاح ترجع إلى الموكل والوكيل سفير لا غير. قال: (ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري) شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر أصلاً جامعاً لفروع أصحابنا. وتقديره أن الشرط ينقسم أولاً إلى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن أو المبيع، وإلى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك، وهذا ينقسم إلى ما كان متعارفاً وإلى ما ليس كذلك، وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين وإلى ما ليس فيه ذلك، وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق وإلى ما هو بخلافه. ففي القسم الأول جاز البيع والشرط يزيد وكادة. لا يقال: نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط وهو بإطلاقه يقتضي عدم جوازه لأنه في الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق. وفي الأول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفاً كبيع النعل مع شرط

قال المصنف: (كما إذا ورثهما) أقول: وصورة إرثهما بأن كانا لذي فأسلم فمات قبل التخليل والتسيب فورثهما الوارث قوله: (لا يقال إلى قوله: لأن ثبوت الحكم) أقول: لأن ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال لورثة الخ.

يستولدها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط. ثم جملة المذهب فيه أن يقال: كل

شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع وشرط» البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال: ما أدري ما قال، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: «أمرني النبي ﷺ أن أشتري بريرة فأعتقها» البيع جائز والشرط باطل. ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: ما أدري ما قال. حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضي الله عنه قال: «بعت من النبي ﷺ ناقة وشرط لي حملانها إلى المدينة» البيع جائز والشرط جائز. وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث. ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه وسكت عليه^(١) وقد ظهر من هذا أن في المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها. فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل إلا التخصيص فحملة الشافعي رحمه الله عليه، واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بريدة، فإن النبي ﷺ ما رد في حديثها إلا الولاء، وذكر الأقطع أنها رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت: «جاءتني بريرة فقالت: كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت: إني عرضت عليه ذلك فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فأخبرت عائشة رضي الله عنها رسول الله ﷺ فقال: خذوها واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق، ففعلت عائشة»^(٢) الحديث. وفيه دليل على جواز بيع المكاتب إذا رضي بالبيع، وفيه إبطال قول من منع بيعه. وقال: إنما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو: إن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك، وذلك لأنه ﷺ قال: «إنما الولاء لمن أعتق»^(٣) ورد اشتراطهم الولاء لأنفسهم والعتق من عائشة رضي الله عنها، هذا لا خلاف فيه. ولو قال قائل: إن الشرط إذا كان أمراً لا يحل شرعاً مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك إذا أعتقته بطل

التشريك كذلك، لأن الثابت بالعرف قاض على القياس. لا يقال: فساد البيع شرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه، لأنه معلول بوقوع النزاع المخروج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث، فلم يبق من الموانع إلا القياس على ما لا عرف فيه بجماع كونه شرطاً، والعرف قاض عليه، وفيما إذا لم يكن متعارفاً وفيه منفعة لأحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسداً لوجهين لأن فيه زيادة عارية عن العوض، لأنهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الربا. لا يقال: لا تطلق الزيادة إلا على المجانس

قوله: (لأنه في الحقيقة الخ) أقول: جواب لقوله لا يقال نهى النبي عليه الصلاة والسلام قوله: (لأنه معلول الخ) أقول: جواب لقوله لا يقال فساد البيع قوله: (بجماع كونه شرطاً) أقول: مفضياً إلى الزيادة العارية عن العوض، وفيه بحث.

(١) ضعيف. رواه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٨٤/٤ والحاكم في علوم الحديث كما في نصب الراية ١٨/٤ وابن حزم في المحلى، والخطابي في معالم السنن كما في تلخيص الحبير ١٣/٣ كلهم من طريق أبي حنيفة. قال الهيثمي: حديث عمرو بن شعيب في إسناده مقال اه وقال الزيلعي: سكت عنه عبد الحق وقال ابن القطان: فيه ضعف وعلمته ضعف أبي حنيفة في الحديث.

وقال ابن حجر في التلخيص: بيّض له الراعي، واستغفبه النووي، وقد رواه ابن حزم في المحلى ورويناه في الجزء الثالث من مشيخة بغداد للديماطي اه

ومما قاله الزيلعي نقلاً على ابن الجوزي في التحقيق: حيث استدل على صحة البيع بشرط العتق بحديث بريرة. فإن عائشة اشترتها بشرط العتق فأجاز النبي ﷺ ذلك وصحح البيع والشرط وإنما بين فيه بطلان الولاء لغير المعتق ولم يذكر بطلان شرط العتق وأقره صاحب التنقيح عليه اه قال الحديث واو.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٥٥، ٢٥٦٣، ٢٥٦١، ٢٧١٧ ومسلم ١٥٠٤ وأبو داود ٣٩٢٩، ٢٢٣٣، ٣٩٣٠ والترمذي ١١٥٤ والنسائي ٦/١٦٤، ١٦٥ وابن ماجه ٢٥٢١ والبيهقي ٢٩٩/١٠ وأحمد ٦/٢١٣، ٨١، ٨٢، ٢٧٢ ومالك ٢/٧٨٠، ٧٨١ كلهم من حديث عائشة.

(٣) هو بعض المتقدم.

شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعبرى العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس، ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده وهو الظاهر من

هو دون البيع فإنه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعله فيتم البيع كأنه لم يذكر إذا كان خارجاً عن طاقة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريرة. وأما الحنيفة فإنما لم يخصوه به لأن العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح، والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط وهو كونه مانعاً. وحديث بريرة مبيع فيحمل على ما قبل النهي لأن القاعدة الأصولية أن ما فيه الإباحة منسوخة بما فيه النهي. وأما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء حملانه لم يقع في صلب العقد، كذا قاله الشافعي رحمه الله، ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام. فإن قلت: كيف قال الشافعي بإفساد البيع بالشرط مع أن حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده^(١) من قبيل المرسل عند كثير من أهل الحديث؟ قلت: ذلك إذا لم يصرح فيه بجذ أبيه عبد الله بن عمرو بن العاص، وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه به أبو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(٢) ولهذا قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وروي هذا أيضاً من حديث حكيم ابن حزام في موطأ مالك بلاغاً^(٣). وأخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال: «نهاني رسول الله ﷺ عن أربع خصال في البيع: عن سلف وبيع، وشرطين في بيع، وبيع ما ليس عندك، وبيع ما لم يضمن»^(٤).

للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربا لأنه مال جاز أخذ العوض عليه ولم يعرض عنه بشيء فكان ربا، ولأنه يقع بسببه المنازعة في مقصوده فيعبرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان أسباب الشرائع وفيما إذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع، فإن العبد يعجنه أن لا تتداوله الأيدي وتتمام العقد بالمعقود عليه، حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلاً فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين، وفيما إذا لم يكن فيه منفعة لأحد فالبيع صحيح والشرط باطل، كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة لأنه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة، فكان الشرط لغواً وهو ظاهر المذهب. وفي رواية عن أبي يوسف أنه يبطل البيع به، نص عليه في آخر المزارة لتضرر المشتري به من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد

قوله: (لأنه مال) أقول: جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ. وقوله مال: أي في حكم المال.

(١) من المتقدم قبل حديثين.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٠٤ والترمذي ١٢٣٤ والنسائي ٢٨٨٧/٧، ٢٩٥ وابن ماجه ٢١٨٨ والدارمي ٢٥٣/٢ والدارقطني ٧٥/٣ وابن الجارود ٦٠١ والطحاوي ٢٢٢/٢ والحاكم ١٧/٢ والطبراني ٢٢٥٧ وأحمد ١٧٦/٢، ١٧٩، ٢٠٥ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وهذا إسناد حسن وقد توبع عمرو بن شعيب فقد أخرجه أبو داود ٣٦٤٦ والدارمي ١٢٥/١ والحاكم ١٠٥/١، ١٠٦ وأحمد ١٦٣/٢، ١٩٢ وابن حبان ٤٣٢١ وعبد الرزاق ٥٧٣٥ والبيهقي ٣٢٤/١٠ كلهم عن عبد الله بن عمرو بن العاص بنحوه مع تغير يسير وإسناده جيد جاء من طريقين فرواية عبد الرزاق وابن حبان من طريق عطاء الخراساني عن ابن عمرو. وعطاء هذا غير قوي لكن رواية أبي داود، وأحمد، والدارمي، والحاكم وغيرهم من طريق يوسف بن ماهك عن ابن عمرو، وهذا إسناد جيد فهذا الحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن الصحيح، وقد صححه الترمذي والحاكم، ووافقه الذهبي. وهو كما قالوا. يوسف بن ماهك ثقة مشهور.

(٣) حسن. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجموع ٨٥/٤ من حديث حكيم بن حزام. ورواه مالك بلاغاً كما في نصب الراية ١٩/٤ قال الهيثمي: في إسناده العلاء بن خالد الواسطي وثقة ابن حبان، وضعفه موسى بن إسماعيل اه قال الحديث غير قوي إلا أنه يقوّيه ما قبله فهو حسن والله أعلم

(٤) هو المتقدم.

المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا، ولا إلى المنازعة. إذا

ومعنى السلف في البيع: البيع بشرط أن يفرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك مما سيأتي قوله: (ثم جملة الأمر فيه) أي في الشرط (أنه إما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد أو لا يقتضيه، لكن ثبت تصحيحه شرعاً بما لا مرد له كشرط الأجل في الثمن والمثمن في السلم وشرط في الخيار فكذلك هو صحيح للإجماع على ثبوته شرعاً رخصة أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحدوها البائع أو يشركها فهو جائز أيضاً لما سيأتي، وكذا إذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر، وقبل الكفالة، أو بأن يرهنه به رهنه رهناً معلوماً بالإشارة أو التسمية فهو جائز أيضاً على الصحيح خلافاً لفرق، فإن حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضراً فحضر وقبل قبل أن يتفرقا جاز، فلو بعده أو كان حاضراً فلم يقبل لم يجز ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشاراً إليه لا يجوز بالاتفاق، لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد، بخلاف الرهن لا يشترط حضرته، لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام، فإن سلم مضى العقد على ما عقداً، وإن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن، فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ، وشرط الحوالة كالكفالة، ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا، فأما ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في داره شهراً أو ثوباً على أن يخطيه فالبيع فاسد، وكذا شرط أن لا يبيع المشتري العبد لأنه يعجبه أن لا تتداوله الأيدي، وكذا على أن لا يخرج من مكة مثلاً. وفي الخلاصة: اشترى عبداً على أن يبيعه جاز وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز: أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لأن للمبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لأن له طالباً، وكذا إذا كانت المنفعة لغير المتعاقدين. ومنه إذا باع ساحة على أن يبني بها مسجداً أو طعماً على أن يتصدق به فهو فاسد. أما لو كان المبيع ثوباً أو حيواناً غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين إذا شرط في المزارعة أن لا يبيع الآخر نصيبه أو يهبه أن المزرعة جائزة والشرط باطل، لأنه ليس لأحد العاملين فيه منفعة، وكذا ذكر الحسن في المجرد. قال المصنف: (وهو الظاهر من المذهب) لأنه إذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدي إلى الربا) وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع إلا لأنه يؤدي إليه لأنه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا. ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو

المتعاقدين. والجواب أن الاعتبار المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر. وإذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها المشتري فاسد لأنها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه، لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخير لا الإلزام، والشرط يقتضي الإلزام حتماً، والمنافاة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر. فعملنا بهما. وقلنا إنه فاسد والفساد ما يكون مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه؛ فبالنظر إلى وجود ركن العقد كان مشروعاً، وبالنظر إلى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسداً. ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي إلا في البيع بشرط العتق في قول فإنه يجوز به ويقبضه على بيع العبد نسمة، وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق، وفسره المصنف بأن يباع ممن يعلم أن يعتقه لا أن يشترط فيه، فإن كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله يقبضه لأنهما غير أن فيصح قياس أحدهما على الآخر إن ظهر جامع، وإن كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف يقبضه بيلحقه بدلالة النص لثلاث يلزم قياس الشيء على نفسه. وبيان إلحاقه بالدلالة أن بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة، إذ جاءت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها في الكتابة فقالت: إن شئت عدتها لأهلك وأعتقتك، فرضيت بذلك فاشتريتها وأعتقتها. وإنما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول

ثبت هذا فنقول: إن هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً، والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه، والشافعي رحمه الله وإن كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد

يكاتبه أو يدبره، والشافعي يخالفنا في شرط العتق في أحد قوليه فيصححه. ثم إن أعتقه المشتري فذاك وإلا خيّر البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه، وفي قول آخرين يجبر، قال المصنف: (ويقيسه) الشافعي (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بأن يبيعه ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تتحقق صورة القياس. وأما على تفسيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لأنه نفس المقيس عليه إلا أن قوله لا أن يشترط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعي بذلك ففاه، وحينئذ يقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا يقاس. قال: (والحجة عليه ما ذكرناه) يعني من الحديث والمعنى، وأنت علمت أنه يرجع إلى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة^(١). وجوابه أن ليس في حديث بريرة أصلاً أن البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها، وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع ممن يظن عتقه أصلاً لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع، ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضاً للعتق، وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما إذا أعتقت في مثل قوله ﷺ «فك الرقبة وأعتق النسمة»^(٢) فصبحت كالاسم لما عرض للعتق فعولمت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الفعل قوله: (فلو أعتقه المشتري الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشتري بهذا الشرط لو أعتقه بعد ما قبضه عتق، ثم عند أبي حنيفة يرجع البيع صحيحاً حتى يجب الثمن عنده، وعندهما لا يعود صحيحاً فتلزمه قيمته، وأما لو أعتقه قبل القبض فلا يعتق بالإجماع لأنه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع. وجه قولهما إنه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسد (فلا ينقلب جائزاً كما لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة أو قياساً على تدبيره واستيلادهما فإن هناك الضمان بالقيمة اتفاقاً فهو أوفى بالشرط

الله ﷺ، وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة، وإنما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لأنها عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الأصول، والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول. فالحديث «نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط». رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ. والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفاً لمقتضى العقد. والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد. وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقاً ووعدت لها أن تعتقها لترضي بذلك فإن بيع المكاتب لا يجوز بدون رضاها. النسمة من نسيم الريح، وسميت بها النفس، وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضاً للعتق، وإنما صح هذا لأنه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصاً في قوله عليه الصلاة والسلام «فك الرقبة وأعتق النسمة» صارت كأنها اسم لما هو بعرض العتق فعولمت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الأفعال، كذا في المغرب، فإن وفي بالشرط وأعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة. وقالوا: يبقى فاسداً كما كان فوجبت عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً، كما إذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع، وكما إذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفي المشتري بما شرط أو لم يف فإنه مضمون بالقيمة اعتباراً لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولأبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه) من تقييد التصرف به المغاير للإطلاق (ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والمنهي

قوله: (فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول: كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسره المصنف بما فسره قوله: (وبيان إلحاقه بالدلالة) أقول: فيه تأمل.

(١) حديث بريرة تقدم تخريجه قبل قليل وتقدم في كتاب الطلاق. رواه الجماعة.

(٢) حسن. أخرجه الطيالسي ٧٣٩ والبخاري ٢٤١٩ وابن حبان ٣٧٤ كلهم من حديث البراء بن عازب وإسناده حسن وكذا قال الهيثمي في المجمع ٤/ ٢٤٠: رجال أحمد ثقات اهـ وقد تقدم في كتاب العتاق وله شواهد.

نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه، وتفسير المبيع نسمة أن يباع ممن يعلم أن يعتقه لا أن يشترط فيه، فلو أعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: يبقى فاسداً حتى يجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا يتقلب جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر. ولأبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه، ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشئ بانتهائه يتقرر، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب، فإذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد، وإذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيرجع جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفاً. قال: (وكذلك لو باع عبداً على أن

اعتباراً لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولأبي حنيفة أن شرط العتق) وإن كان (لا يلائم العقد على ما ذكرناه) يعني قوله لأن قضية العقد الإطلاق في التصرف والتخيير إلى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (بلائمه لأنه) أي العتق (منه للملك) الذي هو أثر البيع (والشئ بانتهائه يتقرر) وجوده، والفساد لا تقرر له فكان صحيحاً (ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) إذا اطلع عليه بعد أن أعتقه، بخلاف ما إذا تلف بوجه آخر لأنه لا يصير به هذا الشرط ملائماً فيبقى على مجرد جهته المفسدة، ولذا لو مات لا يتقلب صحيحاً لأن بموته لا يصير شرط العتق ملائماً وهو المنظور إليه في إفساده العقد وتصحيحه، وكون شيء آخر كالموت ونحوه ملائماً لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسداً ملائماً. وأما شرط التدبير والاستيلاء فكذلك لا يصير العقد صحيحاً إذا دبره المشتري أو استولدها لأنه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاء ملائماً لأنه يتيقن امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعهما فيتقرر الفساد. وأورد لما كان فعل هذا الشرط مصححاً ينبغي أن يكون العقد صحيحاً في الابتداء عند اشتراطه. أوجب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وإنما يلائمه باعتبار حكمه فعملنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته، وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه. ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو لا يطأها فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يجوز في الأول لأنه ملائم للعقد. قلنا: الملائم له إطلاق الوطاء لا إلزامه. وعند محمد يصح فيهما الأول لما لأبي يوسف، والثاني إن لم يقتضيه العقد ولا يرجع نفعه لأحد فهو شرط لا طالب له قوله: (وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري دراهم أو على أن يهدي له هدية) أو ثوباً على أن يقطعته المشتري قميصاً أو قباء فهو فاسد (لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين) وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو (نهيه ﷺ عن بيع وسلف) أي قرض. ثم خص شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال: (ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شيء من الثمن) بأن يعتبر المسمى ثمناً بإزاء المبيع وإزاء أجرة الخدمة والسكنى (ويكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلها

للشيء مقرر له؛ ألا ترى أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) فبالنظر إلى الجهتين توقفت الحال بين بقاءه فاسداً كما كان وبين أن يتقلب جائزاً بوجود الشرط (فإذا وجد فقد تحققت الملاءمة فيرجع جانب الجواز) عملاً بالدليلين. وتأمل حق التأمل تخلص من ورطة شبيهة لا تكاد تنحل، وهي أن هذا الشرط في نفسه إما أن يكون فاسداً أو لا، فإن كان الأول فتحقيقه يقرر الفساد لثلاً يلزم فساد الوضع، وإن كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزاً، وذلك لأنه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم، فقلنا بالفساد في الابتداء عملاً بالذات والصورة، وبالجواز عند الوفاء عملاً بالحكم والمعنى، ولمنعكس لأننا لم نجد جائزاً يتقلب فاسداً ووجدنا فاسداً يتقلب جائزاً كالبيع بالرقم، بخلاف ما إذا أتلفه بوجه آخر فإنه لم يتقلب جائزاً لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد، وبخلاف التدبير والاستيلاء والكتابة. فإن الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال القضاء القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد، والمكاتب مخير في الإجازة، والإنهاء إنما يتحقق إذا وقع الأمن عن الزوال من ملك المشتري إلى ملك غيره كما في الإعتاق والموت. قال: (وكذلك إذا باع عبداً على أن يستخدمه

يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدي له هدية) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف، لأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما يكون إجارة في بيع، وقد نهى النبي عليه

يكون إجارة في بيع. وقد نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة^(١) فيتناول كلاً من الاعتبارين المذكورين. رواه أحمد عن أسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة»^(٢) أما ثبوته فقد رواه البزار في مسنده عن أسود بن عامر وأعل بعض طرقه ورجح وقفه، وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام. وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت، وفسره أبو عبيد القاسم ابن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى. ورواية ابن حبان للحديث موقوفة «الصفقة في الصفتين ربا»^(٣) تؤيد تفسير المصنف مع أنه أقرب تبادراً من تفسير أبي عبيد وأكثر فائدة، فإن كون الثمن على تقدير النقد ألفاً وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا، بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة. واعلم أنه روي عن رسول الله ﷺ «أنه نهى عن بيعتين في بيعة»^(٤) ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن أنه معنى الأول وليس كذلك بل هذا أخص منه، فإنه في خصوص من الصفقات وهو البيع، وفسره الشافعي بأن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري. وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي، وقال الترمذي: حسن صحيح، ورواه مالك بلاغاً^(٥). وفي فتاوى الولوالجي: لو قال

البائع شهراً (الخ) البيع بهذه الشروط فاسد، لأنها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولم يستدل بالحديث لأن المراد به هذا المذكور، وإنما قال على أن يقرضه المشتري درهماً احترازاً عما إذا قال بعثك هذه الدار على أن يقرضني فلان الأجنبي ألف درهم فقبله المشتري صح البيع لأنها لم تلزم الأجنبي لا ضماناً عن المشتري لأنها ليست في ذمته فيتحملها

(١) هو الآتي

(٢) جيد لشواهده. أخرجه أحمد ٣٩٨/١ والطبراني في الأوسط والبزار كما في المجموع ٨٤/٤ كلهم من حديث ابن مسعود مرفوعاً

قال الهيثمي: رجال أحمد ثقات اهـ

ولفظ الطبراني «لا تحل صفقتان في صفقته»

ورود موقوفة على ابن مسعود بلفظ «الصفقة في الصفقتين ربا» أخرجه البزار ١٢٧٨، وأحمد ٣٩٣/١، وابن حبان ١٠٥٣ والطبراني في الكبير كما في المجموع ٨٤/٤ رواه وابن حبان وغيره «وأمرنا رسول الله ﷺ بإسباع الوضوء» وهذا موقوف.

قال الزيلعي في نصب الرأية ٢٠/٤: رواه العقيلي في ضعفاته عن سماك به مرفوعاً، وأعله بعمر بن عثمان وقال: لا يتابع على رفعه، والموقوف أولى، ثم أخرجه من طريق أبي نعيم عن سفيان به موقوفة اهـ.

قلت: روي مرفوعاً وموقوفة. والموقوف لا يقال مثله بالرأي فله حكم الرفع، ويشهد له حديث أبي هريرة: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة. وهذا أخرجه الترمذي ١٢٣١ والنسائي ٢٩٦/٧ والبيهقي ١٤٢/٨ كلهم من حديث أبي هريرة وقال الترمذي: حسن صحيح. والعمل على هذا عند أهل العلم اهـ.

وأخرجه أحمد ٧١/٢ والبزار ١٢٧٩ كلاهما من حديث ابن عمر.

وقال الهيثمي في المجموع ٨٥/٤: رجال أحمد رجال الصحيح. وأخرجه أحمد ١٧٤/٢، ١٧٥، ٢٠٥ والبيهقي ١٤٤/٨ كلاهما من حديث عبد الله بن عمر وابن العاص.

فهذا الحدث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن الصحيح وهو وإن رواه بعضهم: عن ابن مسعود موقوفة فكما ذكرت مثله لا يقال بالرأي. فتارة حدث به مرفوعاً وتارة أفتى به معاً فحفظه وعلمه عن رسول الله ﷺ والله أعلم.

(٣) موقوف بهذا اللفظ. أخرجه ابن حبان ١٠٥٣ وعبد الرزاق ١٤٦٣٦ والطبراني ٩٦٠٩ وابن خزيمة ١٧٦ والبزار ١٢٧٨ كلهم من طريق سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن ابن مسعود قال: صفقتان في صفقة ربا. وإسناده حسن وهو موقوف. لكن بهذا اللفظ وأما النبي عن صفقتين في صفقة فتقدم أن الصواب كونه مرفوعاً. ورد من عدة طرق وله شواهد.

(٤) تقدم قبل حديثين مع حديث ابن مسعود وهو حديث أبي هريرة وإسناده قوي.

(٥) هو في الموطأ ٦٦٣/٢ ح ٧٢ بلاغاً. وقد تقدم أنه وصله الترمذي والنسائي من حديث هريرة.

الصلاة والسلام عن صفتين في صفقة. قال: (ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالباع فاسد) لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً، وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيليق بالديون دون الأعيان. قال: (ومن اشترى جارية إلا حملها فالباع فاسد) والأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد، والحمل من هذا القبيل، وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولهما فلاستثناء يكون

بعثك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لأنه لا يلزم الأجنبي، لأنه لو لزمه فإما بطريق الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن. لا وجه إلى الأول لأنه ليس في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل، ولا إلى الثاني لأنه لم يقل على أي ضامن، وإذا لم يلزم الأجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبايع، لأنه لو ثبت إنما يثبت إذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك. وفي الفتاوى الصغرى وقال: بع عبدك من فلان على أن الثمن عليّ والعبد لفلان، حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه يجوز، وهو خلاف ظاهر الرواية، واستبعده أبو بكر الجصاص.

[فروع] باع أمة بشرط أن يطأها المشتري أو أن لا يطأها فسد البيع عند أبي حنيفة فيهما لما ذكر من أن مقتضى العقد الإطلاق وهذا تعيين أحد الجائزين. وعند أبي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا، ويصح الأول لأن العقد يقتضيه. وعند محمد يصح فيهما. ولو كان في الشرط ضرر كأن شرط أن يقرض أجنبياً لا يفسد العقد، وذكر القدوري أنه يفسد، ولو لم تكن فيه منفعة ولا مضرة كأن اشترى طعاماً بشرط أن يأكله أو ثوباً بشرط أن يلبسه جاز. وذكر الإمام قاضيخان العقود التي تتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة: قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال. وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد. وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد. وفي الخلاصة: التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر: البيع، والقسمة، والإجارة، والإجازة، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن الدين، وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي، وتعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط، والمزارعة، والمعاملة، والإقرار، والوقف في رواية. وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون: الطلاق، والخلع، ولو بغير مال، والعق بمل وبلا مال، والرهن، والقرض، والهبة، والصدقة، والوصاية، والشركة، والمضاربة، والقضاء، والإمارة، والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافاً لأبي يوسف، والكفالة، والحوالة، والوكالة، والإقالة، والنسب، والكتابة، وإذن العبد، ودعوة الولد، والصلح عن دم العمد، والجراحة التي فيها القصاص حالاً ومؤجلاً، وجناية الغصب، والوديعة، والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة، وعقد الذمة، وتعليق الرد بالعيب، وتعليق الرد بخيار الشرط، وعزل القاضي. والنكاح لا يصح تعليقه ولا إضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط، وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط، وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط، وبغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى. فالحاصل أن كل ما كان من قبيل التملكيات أو التقيدات لا يصح تعليقه، فمن الأول الإقرار والإبراء، ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبي يوسف من قبيل التملكيات فلا يتعلق. وعند محمد يتعلق لأنه من إطلاق الولاية كالقضاء والإذن والإيصاء والوكالة، وإن جعل الوكالة في شرح

الكفيل، ولا زيادة في الثمن لأنه لم يقل على أي ضامن، بخلاف اشتراط الإقراض على المشتري «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف» وأيضاً اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفتين في صفقة كما ذكره في المتن. قال: (ومن باع عيناً على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر الخ) الأجل في المبيع العين باطل لإفضائه إلى تحصيل الحاصل فإنه شرع ترفيهاً في تحصيله باتساع المدة، فإذا كان المبيع أو الثمن حاصلًا كان الأجل لتحصيل الحاصل، وإنما قيد بالعين احترازاً عن السلم فإن ترك أجل فيه

على خلاف الموجب فلا يصح فيصير شرطاً فاسداً، والبيع يبطل به والكتابة والإجارة. والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة، غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها، والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل، بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة، وكذا الوصية لا تبطل به، لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية، لأن الوصية أخت الميراث

الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات أشبه قوله: (ومن باع عيناً على أن لا يسلمه) إياها (إلي رأس الشهر فالبيع فاسد، لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً، وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيلحق بالديون) لأنها ليست معينة في البيع فيحصل بالأجل الترفيه، بخلاف المبيع العين فإنه معين حاضر فلا فائدة في إلزامه تأخير تسليمه إذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون إضراراً بالبايع من غير نفع للمشتري قوله: (ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع، والأصل) الممهد لتعريف ما يصح استثناءه من العقد، وما لا يصح استثناءه هو (أن ما لا يصح إفراده بالعقد) ابتداء (لا يصح استثناءه من العقد) وما يصح يصح ومما لا يصح إفراده بالعقد فلا يصح استثناءه، هذا وهو كون الحمل لا يصح إفراده بالعقد (لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة) كرجل الشاة وأليتها حتى أنه يقرض بالمقراض وأطراف الحيوان لا تفرد بالعقد إجمالاً. ومن فروعه بعثك هذه الصبرة إلا قفيزاً منها بكذا يجوز لأن أفراد قفيز منها بالبيع يجوز، ولو قال بعثك هذا القطيع من الغنم إلا شاة بألف لا يجوز لأنه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها، بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فإنه يجوز لاتقاء الجهالة حيث يجوز لجواز إفرادها بالعقد، وكذا الحال في كل عدي متفاوت. ومنه ما إذا باع حيواناً واستثنى ما في بطنه لنهيه ﷺ عن بيع الحبل. وأما أن ما لا يفرد بالعقد لا يجوز استثناءه فلأن الاستثناء إنما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعاً ليس مما يتناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا تستثنى. وأما قول المصنف: (بيع الأصل يتناولهما) أي الأصل والتبع (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) فلا يفيد لأن الاستثناء ليس إخراجاً من حكم الصدر وحكمه هو موجه فلو صح ذلك بطل الاستثناء، وإصلاحه أن يريد بالتناول فيها الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب: أي طريق الاستثناء ومهيجه لا حقيقة موجبة وذلك لا يجوز، وإذا لم يصح الاستثناء بقي (شرطاً فاسداً) وفيه نفع للبايع (والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة) والأحسن أن يقال: تبطل بالشروط الفاسدة لأنها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة أثر المشابهة، وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات، إلا أن المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد،

مفسد للحاجة إلى التحصيل. قال: (ومن اشترى جارية إلا حملها إلخ). ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة أقسام: الأول ما فسد فيه العقد والاستثناء. والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء. والثالث ما صح فيه كلاهما. أما الأول فكالبيع والإجارة والكتابة والرهن، فإذا باع جارية إلا حملها أو أجر داره على جارية إلا حملها أو رهن جارية إلا حملها أو كاتب عبده على جارية إلا حملها فسد العقد لأنها عقود تبطل بالشروط الفاسدة، لأن غير البيع في معناه من حيث إنها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم، فكذا ما في معناه، والاستثناء يصير شرطاً فاسداً فيها فيفسدها، وذلك لما ذكره من الأصل فيه أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد، والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في أول البيوع، وهذا لأن الحمل بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويقر بقراره وبيع الأصل يتناوله، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد على أن الحمل تابع فيصير ذكره شرطاً فاسداً قوله: (غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لأنها تبطل بالشروط الفاسدة، ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة إنما يكون مفسداً لها إذا كان متمكناً في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل في البدل. وأما إذا لم يكن في صلبه كما

قال المصنف: (لأن الأجل في المبيع العين باطل) أقول: قيد المبيع به احترازاً عن المسلم فيه فإنه مبيع دين، ويصح الأجل فيه بالنص.

والميراث يجري فيما في البطن، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها. قال: (ومن اشترى ثوباً

وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكاتب فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره، وإنما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهه الإعتاق والنكاح من حيث إن أحب البدلين ليس بمال في حق نفسه، وكونه معاوضة إنما هو بالنسبة إلى السيد في الانتهاء وكان له شبهان: شبه بالبيع، وشبه بما ليس بمعاوضة، فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع، ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعق والصلح عن دم العمد) فلا يبطل بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره (و) أما (الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) فلا يبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط (فلا تبطل باستثناء الحمل) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية إلا حملها، أو تزوجت على هذه الجارية أو اخلعني عليها إلا حملها، أو اجعلها بدل الصلح إلا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء، ويدخل الحمل والهبة وإن كانت من قبيل التمليكات، لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد، لأنه ﷺ أجاز العمري بشرط عود المعمر فتصير العمري لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر. وأما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية، لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري في الحمل، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) بأن أوصى بجارية إلا خدمتها أو إلا غلتها حيث لا يصح الاستثناء (لأن الميراث لا يجري في الخدمة) والغلة بانفرادها، حتى لو أوصى بخدمة الجارية أو غلتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل يعود إلى ورثة الموصي، بخلاف ما لو أوصى بحمل جاريته لآخر حيث يصح ويكون حملها له. وأورد على الأصل أن الخدمة يصح إفرادها بالوصية فيجب أن يصح استثناءها. أوجب بمنع لزوم ذلك بدليل قولهم كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجره في الإجارة ولم يلزم كل ما لا يصح ثمناً لا يصح أجره، وبأن الوصية ليست عقداً حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضاً.

إذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انتهاء لأنه مال في حق المولى ولا تصح إلا ببطل معلوم وتحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث إنه ليس بمال في حق نفسه، ولا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقنه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه. وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإنها لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الفساد باعتبار إفضائه إلى الربا، وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات، وهذه تبرعات وإسقاطات والهبة وإن كانت من قبيل التمليكات لكنها عرفنا بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها، فإنه ﷺ أجاز العمري وأبطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر إذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء. وأما الثالث فكالوصية إذا أوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها فإنه يصح، والجارية وصية والحمل ميراث. أما عدم بطلان الوصية فلأنها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد. وأما صحة الاستثناء فلما ذكر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لأنه عين، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها لأنها ليست بعين، وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور. واعترض على قوله الأصل فيه أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناءه. والخدمة في الوصية مما يصح إفراده بالعقد بأن قال أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب أن يصح استثناءه. وأوجب بأن هذا العكس غير لازم؛ ولئن سلم فلا نسلم أن الوصية عقد؛ ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصي به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول بأن مات الموصى له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقاً. ولقاتل أن يقول: اعتبرتم الوصية عقداً وعكستم

قوله: (والميراث يجري) أقول: إن أراد أنه يجري فيه تبعاً لأمه فلا يفيد، وإن أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر أنه ليس كذلك فليتأمل في دفعه.

على أن يقطعه البائع ويخطيه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر (ومن اشترى نعلًا على أن يحذوها البائع قال أو يشركها فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه: ما ذكره جواب القياس، ووجهه ما بيناه. وفي الاستحسان: يجوز للتعامل فيه فصار كصبخ الثوب،

[فروع] باع صبرة بمائة إلا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن، ولو قال على أن عشرها لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلافاً لما روي عن محمد أنه بجميع الثمن فيها. وعن أبي يوسف: لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد، ولو قال إلا هذه كان ما بقي بمائة، ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين، ولو قال بعثك هذا العبد بألف إلا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بألف وخمسمائة لأن المعنى باع نصفه بألف لأنه الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسمائة. ولو قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لإدخال صفقة في صفقة، ولو قال بعثك الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقاً إلى داري هذه الداخلة فسد البيع، ولو قال إلا طريقاً إلى داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة، ولو باع بيتاً على أن لا طريق للمشتري في الدار وعلى أن بابه في الدهليز يجوز، ولو زعم أن له طريقاً فظهر أن لا له يرد، ولو باعه بألف دينار إلا درهماً أو إلا ثوباً أو إلا كز حنطة أو هذه الشياه إلا واحدة لا يجوز، ولو كانت بعينها جاز، ولو باع داراً على أن لا بناء فيها فإذا بناء البيع فاسد لأنه يحتاج إلى تقض البناء، ولو باعها على أن بناءها من آجر فإذا هو لبن فهو فاسد بناء على أنهما جنسان، كما لو باعه ثوباً على أنه هروي فظهر بلخيا، ولو باع الأرض على أن فيها بناء فإذا لا بناء فيها، وكذا إذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار. وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر أن لا علوها، ومثله لو اشترى بأجذاعها قوله: (ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخطيه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد) بإجماع الأئمة الأربعة (لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقتين في صفقة على ما مر) من امتناع الصفقتين في صفقة إلا أن هنا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط إجازة في بيع، وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير، وعلى تقدير عدم المقابلة يكون إعارة في بيع قوله: (ومن اشترى نعلًا على أن يحذوها البائع) المراد اشترى أديماً على أن يجعله البائع نعلًا له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله. ويمكن أن يراد حقيقته أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها: أي أن يجعل معها مثلاً آخر لينم نعلًا للرجلين، ومنه حذوت النعل بالنعل: أي قدرته بمثال قطعته، ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلاً لقوله نعلًا، ولا معنى لأن يشتري أديماً على أن يجعل له شراكاً فلا بد أن يراد حقيقة النعل (فالبيع فاسد) قال المصنف رحمه الله

الأصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحاً لصحة إفراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية، واستثناء الخدمة مع صحة إفراده بالعقد، فما الفرق بينهما؟ والجواب أنا ما منعنا العكس وجوباً، وإنما منعنا لزومه. والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي، فما صلح أن يكون موروثاً كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعه. قال: (ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع الخ) قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده، قال هاهنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكأنهما سواء، يشير إليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لأن فيه احتمال الإجازة والعارية هاهنا صفقة إذ ليس فيه احتمال العارية. قال: (ومن اشترى نعلًا) هذا النعل بالمثال قطعها به فهي تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه إذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال، وشرك النعل وضع عليها الشرك وهو سيرها الذي على ظهر القدم، فمن اشترى صرمًا واشترط أن يحذوه أو نعلًا على أن يشركها البائع فالبيع فاسد في القياس. ووجهه ما

قال المصنف: (ومن اشترى نعلًا على أن يحذوها البائع أو يشركها فالبيع فاسد) أقول: أراد بالنعل الصرم، تسمية للشيء باسم ما يؤول إليه، هكذا في شرح الكاكي، وضمير يشركها للنعل بمعناه الحقيقي على طريقة الاستخدام.

وللتعامل جوازنا الاستصناع. قال: (والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل) وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه

(ما ذكره) يعني القدوري (جواب القياس، ووجهه ما بيناه) من أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين (وفي الاستحسان: يجوز) البيع ويلزم الشرط (للتعامل) كذلك، ومثله في ديارنا شراء القيقاب على هذا الوجه: أي على أن يسمر له سيراً (وصار كصبيغ الثوب) مقتضي القياس منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبيغ ولكن جَوَزَ للتعامل. ومثله إجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل، لكن في الفوائد المستحق بالإجارة فعل الصبيغ والحضانة في استئجار الصباغ والظئر واللبن آلة فعلهما (وللتعامل جوازنا الاستصناع) مع أنه بيع المعدوم، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يطن لها البائع بطانة من عنده، وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا، وما تقدم كان المشروط معدوماً فيشترط أن يفعل من هذا. ذكر هشام عن محمد: اشترى شاة على أنها حامل يفسد البيع، وعن الشافعي قولان. وأصحهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة. وقال بعض أصحابه: القولان في غير الأدمي، أما في الجوّاري يصح قولاً واحداً وهو قولنا. ذكر هشام عن محمد: اشترى جارية على أنها حامل يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريد لها للظنونة فيفسد. ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشتري علم ذلك بل شرطه، وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فساداً بعد الرضا به. وعن الهندواني شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن للبائع يذكره على بيان العيب عادة. ولو وجد من المشتري يفسد لأنه ذكره على وجه اشتراط الزيادة، ولو اشترى سمساً أو زيتوناً أو حنطة على أن فيها كذا هنا أو يخرج كذا دقيقاً فالبيع فاسد وبه قال الشافعي. ولو شرط في الشاة أنها حلوب أو لبون لم يذكره محمد، واختلف فيه، فالكرخي يفسد، والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لأنه مرغوب فيه. والوجه أن لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا إلى غاية كذا، ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على أن يقرض فلاناً كذا ففيه اختلاف المشايخ. وقال محمد: كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع إذا شرط على أجنبي فهو باطل، وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به إذا شرط على أجنبي فهو جائز، ويختار المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الأجنبي عشرة جاز البيع، ويختار المشتري إن شاء أخذه بمائة وإن شاء ترك، وعن أبي يوسف: لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الأجنبي ديناراً من الثمن فالمبيع فاسد. وفي المنتقى خلافه فيما إذا كانت الهبة من المشتري. قال: لو اشترى على أن يهب له ديناراً من الثمن جاز وهو حسن، لأن حاصل هذا حطيطة مشترطة ومآلها إلى الشراء بالثمن الأنقص. ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السفل على أن له قرار العلو جاز. ولو باع عبيدين على أنه شريك المشتري في نصف هذا فسد، ولو قال نصفهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال أنا شريكك في نصفه، ومقتضى النظر أن يجوز الأول أيضاً لأنه في الحاصل بيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شائعاً صفقة ولا مانع من ذلك، ولو باع هذا بألف إلا نصفه بستمائة فقد باع نصفه بأربعمائة قوله: (والبيع إلى النيروز) وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عزّب، وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال: كل

بيناه أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين. وفي الاستحسان: يجوز للتعامل، والتعامل قاض على القياس لكونه إجماعاً فعلياً كصبيغ الثوب، فإن القياس لا يجوز استئجار الصباغ لصبيغ الثوب لأن الإجارة عقد على المنافع لا الأعيان وفيه عقد على العين وهو الصبيغ لا الصبيغ وحده لكن جَوَزَ للتعامل جواز الاستصناع (والبيع إلى النيروز) معزب نوروز أول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهران يوم في طرف الخريف (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن إلى هذه الأيام فاسد إذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهالة الأجل) المفضية إلى النزاع لابتناء المبايع على المماكسة أي المجادلة في النقصان، والمماكسة موجودة في المبايع إلى هذا الأجل فتكون الجهالة فيه مفضية إلى النزاع ومثلها يفسد البيع

لكونه معلوماً عندهما، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم معلومة بالأيام فلا جهالة فيه. قال: (ولا يجوز البيع إلى قديم الحاج)، وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطف والجزاز لأنها تتقدم وتتأخر، ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز، لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيها، ولأنه معلوم الأصل؛ ألا يرى أنها تحتل الجهالة في أصل

يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتهجون به. والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهر كان، وقيل هما عيدان للمجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل) وعرف بهذا التعليل أن المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع، لأن مجرد تأجيل المبيع مفسد، ولو كان إلى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الأجل، وقوله: (إذا لم يعرف إلى آخره أن الفساد) بالتأجيل إلى هذه بناء على عدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين، فلو كانا يعلمان ذلك صح. قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم غير معلوم. والحاصل أن المفسد الجهالة، فإذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الأوقات جاز. ولذا قال: (أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام وهي معلومة) وهي خمسة وخمسون يوماً. واعلم أن كون التأجيل في الثمن يصح إذا كان الأجل معلوماً هو في الثمن الدين، أما لو كان ثمناً عيناً فيفسد البيع بالأجل فيه للمعنى الذي ذكرناه مفسداً لتأجيل المبيع عند قوله ومن باع عيناً على أن يسلمه إلى رأس الشهر. وقوله: (لا يثبتها على المماكسة) المماكسة: استنقاص الثمن، والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة، فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة. وعند جهالة وقت القبض يحصل أخرى على وجه يضرب بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك، وحقيقة هذا يصلح تعليلاً لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة، بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع إلى قديم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرهما (و) مثله (القطف) وهو للعنب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم لينقشر، وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت ياء للكسر قبلها (والجزاز) أي جَزَ صوف الغنم (لأنها تتقدم وتتأخر) وذكر شمس الأئمة أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز، لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أي قريب تداركها وإزالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة، وكل جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لأنها عقد تبرع مبني على المسامحة فهذه متحملة فيها. وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الأئمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على أن يكون التأجيل إلى هذه الأوقات المجهولة متحملاً؛ ألا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة حيث يحتمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال أجنبي عن هذا المحل. ثم أجاب بأن الأصح صحة هذه الآجال في الصداق خلافاً لقول البعض إنها لا يصح تأجيل الصداق إليها، وإنما يرد هذا إذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويجاب بما ذكر. وقوله: (لاختلاف الصحابة) أخرجه مخرج الاستدلال على أنها جهالة يسيرة، فإن من الصحابة من

(وإن كانا يعرفان ذلك لكونه معلوماً عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم) جاز (لأن مدة صومهم بالأيام معلومة) وهي خمسون يوماً فلا جهالة. قال: (ولا يجوز البيع إلى قديم الحاج إلخ) الحصاد بفتح الحاء وكسرهما قطع الزروع، والدياس أن يوطأ المحصول بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطء الشيء بالقدم، والقطف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة، والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع إلى وقت قديم الحاج وإلى هذه الأوقات غير جائز للجهالة المفضية إلى النزاع بتقدم هذه الأوقات وتأخرها، والكفالة إلى هذه الأوقات جائزة (لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة؛ ألا ترى أنها تحتل الجهالة في أصل الدين بأن يكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه أولى) لكون الأصل أقوى من الوصف (وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها) فعائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع إلى العطاء وإن احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة، وابن عباس رضي الله عنهما منعه ونحن أخذنا بقوله، وهذا قد

الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى، بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثمن، فكذا في وصفه، بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز، لأن هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الآجال ثم

أجازته كعائشة رضي الله عنها أجازت البيع إلى العطاء. وابن عباس منعه^(١) وبه أخذنا. ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها، وقد قالوا: إن العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجلاً إذ ذاك لصدق الخلفاء الراشدين في ميعادهم في صرفه، وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيراً فلا يصح التأجيل إليه الآن. فإن صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه، والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلاً بنحو يوم أو يومين فأهدرته عائشة واعتبره ابن عباس. ثم قيل: اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر، والفاحشة هي ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح. وقوله: (ولأنه معلوم الأصل) أي ولأن الدين معلوم فأعاد الضمير عليه لأنه للكفالة إذ يستلزم ديناً: يعني الأصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه مؤجلاً إلى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر. وقوله: (ألا يرى إلى آخره) ابتداء لا تعليل لقوله لأنه معلوم الأصل، وحاصله أنه أثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثلها، وبأن الدين المكفول به معلوم الأصل فلم تبق جهالة إلا في الوصف، وجهالة الوصف يسيرة ارتفع إلى أولوية صحة هذه الآجال في الكفالة بأن بعض الكفالة تحتل جهالة الأصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فلان يتحمل جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثمن فكذا في وصفه) فاتجه عليه أن يقال: لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه، وهو أخف لأن الأصل أقوى. أجب بأن الاشتراك في العلة يوجب في الحكم، وعلة عدم تحملها في الأصل الإفضاء إلى المنازعة وهو موجود في جهالة الوصف، ثم أفاد أن ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الآجال هو إذا ذكرت في أصل العقد، أما إذا عقده بلا أجل وهو قوله: (بخلاف ما إذا باع مطلقاً) أي عن ذكر الأجل حتى انعقد صحيحاً (ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات) فإنه يجوز، فالتأجيل بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة لأنه حينئذ تأجيل دين من الديون، بخلافه في صلب العقد فإنه يبطل بالشرط الفاسد، وقبول هذه الآجال شرط فاسد، قوله: (ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا على إسقاط الأجل) قبل أن يجيء بأن أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً) كما جاز إذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الآجال وقال زفر: (لا يجوز) وتقييده بهذه الآجال لإخراج نحو التأجيل بهبوب الريح ونزول المطر، فإنه لو أجل بها ثم أسقطه لا يعود صحيحاً اتفاقاً. وجه قوله إن العقد فاسد (فلا ينقلب جائزاً كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) وكالإشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب

يشير إلى أن الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتأخر، والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلاً، والبيع لما لم يكن محتماً للجهالة في أصل الثمن لم يكن محتماً لها في وصفه. ورد بأنه لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن عدم تحمل وصفه لأن الأصل أقوى إذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه. وأجب بأن المانع من تحمل أصل الثمن الجهالة هو إفضاؤها إلى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه. وإذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات صح لكونه تأجيل الدين (وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم ابتناؤه على المماكسة، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يفسد بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الآجال) أعني النيروز والمهرجان إلى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضياً بإسقاط الأجل قبل تحقق هذه الأوقات انقلب البيع جائزاً، خلافاً لزفر رحمه الله. وهو يقول: انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً كإسقاط

(١) أثر ابن عباس. أورده الزيلعي في نصب الراية ٢١/٤ وقال: رواه البيهقي في المعرفة من طريق عبد الكريم الجزري عن ابن عباس قال: لا تبعوا إلى العطاء، ولا إلى الأندر، وإلى الدياس اهـ.

قلت: والجزري هذا ثقة وكذا بقية رجاله فهو موقوف جيد

تراضياً بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً. وقال زفر رحمه الله: لا يجوز لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تفرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه، بخلاف ما إذا باع الدرهم

جائزاً، وبيع الدرهم بالدرهمين إذا سقطا الدرهم لا يعود صحيحاً (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد بل في اعتبار أمر خارج هو الأجل، وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضي للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي، فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضي وهو معنى انقلابه صحيحاً، بخلاف ما قاس عليه من الإشهاد المتأخر، فإن عدم الإشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسداً لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحاً، مثلاً: إذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة، وإنما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة، وأما النكاح إلى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقداً آخر فلا يصح إسقاط الدرهم (لأن الفساد في صلب العقد) والذي يحتاج بعد هذا إلى الجواب ما إذا سقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحاً في آخر الصرف، اللهم إلا أن يقال، هو تبع للألف الثمن في بيع المسلم، بخلاف ما إذا باع الخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويفسد إذ لا مستتبع هناك، هذا وإلحاق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الإلزام فإنه يجيز النكاح الموقت. ثم قول المصنف رحمه الله وقوله: (في الكتاب تراضياً) أي قول القدوري في مختصره قوله: (ومن جمع بين حرز وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل ثمن كل واحد أو لم يفصل (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن سمي لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد) بما سمي له وكذا في الذكية، وإذا لم يُسم بطل بالإجماع، ويقول أبي حنيفة قال مالك، وعن الشافعي وأحمد كل من القولين، وعلى الخلاف ما إذا باع دينين خلا فإذا أحدهما خمر (ولو جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة. وقال زفر فسد فيهما، ومتروك التسمية عامداً كالهيئة والمكاتب وأم الولد كالمدبر) وأجمعوا أنه لو باع عبيدين فاستحق أحدهما لا يبطل البيع في الآخر (لزفر الاعتبار بالفصل الأول) وهو ما إذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل ثمن كل بجامع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعاً صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالإضافة إلى المجموع إذ يصدق أن الكل من حيث هو كل ليس

الأجل في النكاح: يعني على أصلكم. وأما على قول زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح، وهو استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وليس على ما ينبغي، وقد قررناه في التقرير وقلنا الفساد للمنازعة، والمنازعة إنما تتحقق عند حلول الأجل، فإذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تفرره فيعود جائزاً. فإن قيل: الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد. أجاب بأن هذه الجهالة في شرط زائد وهو الأجل لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه، بخلاف ما ذكرت فإن الفساد فيه في صلب العقد. واعترض بأنه إذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فإنه لا ينقلب جائزاً وليس الفساد في صلب العقد، فإذا باع إلى أن يهب الريح ثم أسقط الأجل لا ينقلب جائزاً. وأجيب عن الأول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد، ألا ترى أن من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة، وعن الثاني هبوب الريح ليس بأجل لأن الأجل ما يكون منتظراً والهبوب قد يكون متصلاً

قال المصنف: (وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً) أقول: لفظ أيضاً من كلام صاحب الهداية قال المصنف: (ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تفرره، وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه) أقول: يعني على أصلكم، أما عند زفر فالنكاح إلى أجل جائز، والشرط باطل كما مر في النكاح.

بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد لأن الفساد في صلب العقد، وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح. وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفقاً لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه. قال: (ومن جمع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن سمي لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد والشاة الذكية (وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة. وقال زفر رحمه الله: فسد فيهما، ومتروك التسمية عامداً كالهيئة والمكاتب وأم الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الأول، إذ محلية البيع متفية بالإضافة إلى الكل. ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن، كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح، بخلاف ما إذا

بمال (ولهما) في الأول (أن الفساد لا يتعدى) محل المفسد، وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى إلى غيره لأنه حينئذ بلا موجب، لأن كلاً منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن؛ ألا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبداً وصار كما لو جمع بين أخته وأجنبية في عقد النكاح، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل منهما لأن الفساد حينئذ في القن لجهالة ثمنه (ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الأجنبية وأخته والمدبر والعبد (أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً والبيع صفقة واحدة) بدليل أنه ليس للقابل أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرطاً في بيعه الآخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فإنه لا يبطل بالشرط الفاسد، أما بيع هؤلاء فموقوف) على القضاء في المدبر ورضا المكاتب في الأصح خلافاً لما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف وإجازة ذلك الغير (فقد دخلوا في العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين في أم الولد أيضاً فدخلت أيضاً على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (إلا أن المالك) أي مالك العبد المضموم إلى عبد البائع (باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده فيما يقبله، وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافاً لمحمد، وهو بناء على أن إجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة. وعند محمد نعم، فلذا صح القضاء ببيعها عندهما نظراً إلى الخلاف. وعنده لا نظراً إلى الإجماع وارتفاع الخلاف، مع أن قول عبيدة لعلي رضي الله عنه لما قال بدا لي رأي أنهم يبعن فقال رأيك في الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك، ظاهر في أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم إلا علياً. وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف في مسئلة الطوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما سيجيء في الصرف،

بكلامه قوله: (وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح. وتقريره أنا قد قلنا إن العقد الفاسد قد ينقلب جائزاً قبل تقرير المفسد، ولم نقل أن عقداً ينقلب عقداً آخر، والنكاح إلى أجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحاً قوله: (في الكتاب) أي القدوري ثم تراضيا خرج وفقاً لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه. قال: (ومن جمع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة الخ) إذا جمع في البيع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقاً أعني سواء فصل الثمن أو لم يفصل عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد: إن سمي لكل واحد ثمناً مثل أن يقول اشتريتهما بألف درهم كل واحد منهما خمسمائة جاز العقد في العبد والذكية (وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافاً لزفر رحمه الله فيهما) أي في العبد والمدبر. أي في الجمع بين جميعاً (ومتروك التسمية عامداً كالهيئة والمكاتب وأم الولد كالمدبر). فإن قيل: متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه من المذكي كبيع القن مع المدبر. أجيب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ حتى أن القاضي إذا قضى بحله لا يتخذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحرّ والعبد في البيع (لزفر الاعتبار بالفصل) الأول: يعني بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجميع. ولأبي يوسف ومحمد: إذا سمي لكل ثمناً أن الفساد بقدر المفسد إذا الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يعتد به كما إذا جمع بين الأجنبية وأخته في عقد النكاح، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لأن ثمن العبد مجهول. ولأبي حنيفة

لم يسم ثمن كل واحد منهما لأنه مجهول. ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصليين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد، بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة، وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في غير بإجازته، وفي المكاتب برضاه في الأصح، وفي المدبر بقضاء القاضي، وكذا في أم الولد

فاستدلوا به على رجوعه في هذه المسائل إذ الفرق بينهما لا يتضح، كذا في المبسوط. قيل ينبغي أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامبً وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد في متروكها للاجتهاد. أوجب بالفرق بأنه لا يحل بالقضاء، ويصح بيع المدبر به، والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص. هذا، وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها، فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله. وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع. وما في الأخيرة أن البائع إذا فصل الثمن وسمى لكل ثمناً على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة هو على قول أبي حنيفة. وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسداً. أوجب بمنع اشتراط النفع في إفساد الشرط أولاً وليس بشيء، ثم لو سلم ففيه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خالياً عن العوض فيكون رباً. وقوله: (وكان هذا) يعني رد البيع (إشارة إلى البقاء) يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح، وإذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده وتجب حصة الآخر من الثمن، وإذا كان المدبر وما معه محلاً للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع.

رحمه الله وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر، وإذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطاً لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطاً فاسداً، وفيه نظر. أما أولاً فلأنه إذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطاً للبيع في العبد. وأما ثانياً فلأن الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا، وليس في قبول العقد في الحر منفعة لأحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطاً فاسداً. وأما ثالثاً فلأن قبول العقد في الحر إنما يكون شرطاً لقبول العقد في العبد إذا صح الإيجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر. وأوجب عن الأول بأن الصفقة متحدة في مثله إذا لم يكر البيع أو الشراء، وقد تقدم في أول البيوع. وعن الثاني بأن قبول العقد في الحر منفعة للبائع، فإنه إذا باعهما بألف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعث هذا العبد بخمسائة على أن يسلم إلي خمسائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربا. وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعاً فلا يكون فيما نحن فيه، وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصليين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما قوله: (بخلاف النكاح) جواب عن قياسهما على النكاح بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد، بخلاف البيع. وقوله أما البيع في هؤلاء متصل بقوله لأن الحر لا يدخل تحت العقد، وأراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فإنهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فإنها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان قوله: (ولهذا ينفذ) يجوز أن يكون توضيحاً لقوله موقوف، فإن البيع في عبد الغير موقوف على إجازته، وفي المكاتب على رضاه في أصح الروايتين، وفي المدبر على قضاء القاضي، وكذا إذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد نفذ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافاً لمحمد بناء على أن الإجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الإجماع فلا ينفذ، وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ فقد عرف ذلك في أصول الفقه. فإن قيل: كيف يصح قوله موقوف وقد قال في أول الباب وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل؟ فالجواب أنه باطل إذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله، إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء، كما إذا اشترى عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض، وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعاً بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه.

[فروع] في الكافي جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح، وقال الحلواني: يفسد فيهما ثم رجع وقال: جاز في الملك كما في العبد والمدبر. ولو باع كرمًا فيه مسجد قديم، إن كان عامراً يفسد البيع وإلا لا، وكذا في المقبرة. ولو اشترى داراً فيه طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب. ولو اشترى داراً بطريقها ثم استحق الطريق، إن شاء أمسكها بحصتها، وإن شاء ردها إن كان الطريق مختلطاً بها، وإن كان متميزاً لزمه الدار بحصتها. ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود. وفي المتنقى: إذا لم يكن الطريق محدوداً فسد البيع، والمسجد الخاص كالطريق المعلوم، ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل، وفي بعض النسخ: ولو كان مسجد جامع فسد في الكل، وكذا لو كان مهدوماً أو أرضاً ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المجتبى. والظاهر أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد، إلا إن كان من ريعه معلوم يعاد به. ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز البيع.

كلامه هناك، ويجوز أن يكون توضيحاً لقيام المالية، فإن الإجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله، وإذا نفذ هاهنا عرفنا المحلية فيها ولا محل للبيع إلا بقيام المالية فعرفنا أنهم دخلوا في العقد فكان الواجب أن لا يكون العقد فيهم فاسداً، إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء استحقاقهم أنفسهم ردوا البيع، وهذا أي الرد بالاستحقاق لا يكون إلا في البقاء، فكان كما إذا اشترى عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة، وهذا أي الجمع بين القرن وأحد المذكورين لا يكون شرطاً للقبول في غير المبيع ولا بيعاً بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في المبيع، ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه: أي فيما إذا جمع بين القرن والمدبر.

فصل في أحكامه

(وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع)

فصل في أحكامه

قال: (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) صريحاً أو دلالة كما سيأتي (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه إذا لم يكن فيه خيار شرط لأن ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد، ولا يخفى أن لزوم القيمة عيناً إنما هو بعد هلاك المبيع في يده، أما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه وقال الشافعي: (لا يملكه وإن قبض لأنه) أي البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك، ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين المشروعية والنهي، والمراد أن النهي يتضمن انتفاء المشروعية (ولهذا) أي كونه غير مشروع (لا يفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعاً لثبت قبله. كما في البيع الصحيح (وصار كما إذا باع الخمر بالميتة أو باع الخمر بالدراهم) فإن الاتفاق على أنه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك إلا لانتفاء مشروعية السبب (ولنا أن ركن العقد صدر من أهله في محله، ولا خفاء في الأهلية ولا في المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أي الكلام مفروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان. قوله: (نعمة) الملك لا تنال بالمحظور. قلنا: ممنوع، بل ما وضعه الشرع سبباً لحكم إذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وأتمه. أصله الطلاق وضعه لإزالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما إذا كانت المرأة حائضاً ثم رأينا أنه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر^(١) بالمراجعة رفعاً للمعصية بالقدر الممكن وأثم المطلق فصار هذا أصلاً في كل سبب شرعي نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني إذا بوشر معه بثبت حكمه ويعصي به. وقوله النهي نسخ للمشروعية: يعني يفيد انتفاءها مع الوصف، فنقول: ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لا يفيد حكمه؟ إن أردت الأول سلمناه ومتعنا أنه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما أريناك من الشرع، وإن أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل. لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ لأن فائدته التحريم والتأثيم وهو موضع النهي فإنه

فصل في أحكامه

وإذا قبض المشتري المبيع. لما كان حكم الشيء لكونه أثراً ثابتاً به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقبيه. والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير ما مر إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف، وعند الشافعي إلى صحيح وباطل لا غير (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) يعني بإذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتب الأحكام عليه، وذكر البيع الفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئاً وإن اتصل به القبض وأمر البائع: يعني به الإذن في القبض أعم من كونه صريحاً أو دلالة، والمعنى بدلالة الإذن هو أن يقبضه عقب العقلة بحضرة البائع، فإن لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فإنه يفيد مطلقاً، وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها. وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى أهل العراق فإنهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي

فصل في أحكامه

قوله: (والبيع عندنا الخ) أقول: أي ما يطلق عليه لفظ البيع قوله: (غير ما مر) أقول: في أول البيع قوله: (بخلاف الصريح) أقول: هنا نوع مسامحة قوله: (وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها) أقول: ذكره بعد ورقة تخميناً، وهو قوله وشرط أن يكون

(١) تقدم في الطلاق رواه الجماعة

ولزمته قيمته) وقال الشافعي رحمه الله: لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك، ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد، ولهذا لا يفيد قبض القبض، وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدرهم. ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده، ولا خفاء في الأهلية والمحلية. وركنه: مبادلة المال بالمال، وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع، وبه تنال نعمة الملك، وإنما

للتحريم أو لكراهة التحريم إذا كان ظني الثبوت، وهذا بخلاف ما إذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بأن عقد على الخمر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلاً فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزاً فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلاً وما يفيد فاسداً أخذاً من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد، ولا خفاء في حسن هذا التقرير إن شاء الله تعالى وكفايته. وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور) يريدون أن النهي عن الأمر الشرعي يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه وإلا لم يكن للنهي فائدة فليس بذلك لأن كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى إمكانه فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد، فإنه إذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع، وإن أرادوا تصوّره شرعياً أي مأذوناً فيه شرع فممنوع، وإن قالوا نريد تصوّره مشروعاً بأصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير للنهي. قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه. والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقاً عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلاً إذ نسلم أنه مشروع بأصله: أعني ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئاً، وحينئذ فقلوه: (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي أو ما فيه؟ إن قلت: الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قرره من منع أن السبب إذا كان مع النهي لا يفيد الملك إلى آخر ما ذكرنا. وأما قوله: (وإنما المحظور ما يجاوزه كما في البيع وقت النداء) فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما إذا كان مع عدم ثبوت الركن وإلا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الخطر، والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر. هذا إلا أنني أقول وبالله التوفيق مع ذلك: إن الخمر والخنزير ليسا بمال في شريعتنا، فإن الشارع أهانهما بكل وجه حتى «لعن حاملها ومعتصرها»^(١) مع أنها مقصودة حال الاعتصار، بل الموجود حينئذ نية أن يصير خمرأ وبائعها وأكل ثمنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم، وحيث أمرنا أن نتركهم وما يدينون

رحمه الله: (القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لأنه محظور) والمحظور (لا تنال به نعمة الملك) لأن المناسبة بين الأسباب والمسببات لا بد منها ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية إذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكماً شرعياً (ولهذا لا يفيد قبض القبض وصار كما إذا باع الخمر بالدرهم) أو الدنانير أو بالميتة وقبضها المشتري فإنه لا يفيد الملك. ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله، لأن ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله، إذ الكلام في أن لا خلل في العاقلين مضافاً إلى محله كذلك، وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيد. لا يقال قد يكون النهي مانعاً عن ذلك، لأن النهي يقرر المشروعية عندنا

في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع الخ. قوله: (وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول: في أوائل البيع الفاسد قال المصنف: (ولأن النهي نسخ للمشروعية) أقول: جوابه وبالله العون إن أراد بالمشروعية ترتب الثمرات المطلوبة من المنهي عنه عليه شرعاً فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والمشروعية بهذا المعنى، كيف وهو أول المسئلة، وإن أراد بها المأذونية شرعاً فمسلّم، ولا يلزم من انتفاء المأذونية شرعاً انتفاء ترتب الأحكام فليتأمل قوله: (أو بالميتة) أقول: ظاهر عطف علي بالدرهم فلا يوافق المتن، إذ لا تخصيص فيه للميتة بجعله ثمناً للخمر بل عام قوله: (ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله الخ) أقول: لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد

(١) تقدم تخرج حديث الخمر في لعنها ولعن شاربها وحاملها والمحمولة إليه... إلخ. وإسناده قوي له شواهد كثيرة.

المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء، وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى، ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض

فقد أمرنا باعتبار بيعهم إياها وبيعهم بها، فإذا كان أحد العوضين خمرأ أو خنزيراً في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البذل الآخر وإن كان ثمنأ، وإن كان في بيعهم فصحيح، والله أعلم. وقوله: (وإنما لا يثبت الملك قبل القبض إلى آخره) جواب عن مقدّر هو أنه إذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه إلى وقت القبض؟ فأجاب: وحاصل الوجه فيه أنا قد أريناك أنه بسبب محظور وأن ما هو بسبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وإن ترتب حكمه كما أمر بمراجعة الحائض فوجب ذلك في البيع، وحيث أمرنا بإعدامه بعد فعله صار فيه ضعف، ورأينا حكم السبب قد يتأخر عنه في الشرع بسبب من الأسباب فأخزناه إلى القبض، فإنه به يتأكد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها إلا بالقبض. وقوله: (كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد) أي إلى زيادة تقريره، فإن المبادرة إليه تزيده وجوداً مع أنه واجب الرفع فلا يفعل ذلك. قوله: (وإن كان الخمر مثمنأ فقد خزجناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع إذا كانت مبيعاً لأن في جعلها المقصود بالعقد إعزازاً لها. وقوله: (وشيء آخر) أي وجه لبطلان العقد إذا كانت مبيعة، وهو أن الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها، والقيمة لا تكون إلا دراهم أو دنائير فنصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع، وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من أن المقابل للسلع من النقود ثمن: لا يقال: لا مانع من ذلك، فإن الدراهم والدنانير إذا

لاقضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلي بين أن يترك باختياره فيثاب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه. فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك. لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه في وصفه مجاوراً كما في البيع وقت النداء عملاً بالوجهين، وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أنتم. واعترض بأن المحظور في البيع وقت النداء مجاور، وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفاً فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحاً، وأيضاً الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد. وأجيب بأن غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم، والمجاور جمعاً والمتصل وصفاً سيان في ذلك ويأن غرضه أن حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك قوله: (وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض، وتقرير ذلك أنه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لأنهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لأنه واجب الرفع بالاسترداد، وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره، وإذا كان واجب الرفع بالاسترداد: يعني إذا كان المبيع مقبوضاً فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والإحضار والتسليم والتسلم. ثم الرفع بالاسترداد. وعورض بأنه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده، لأن كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط، ويأنه لو أفاد بعد القبض كان تقريراً للفساد. والجواب عن الأول أنه ممنوع وإلا لزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال، وخيار الشرط إنما استوى فيه القبض وعدمه لأن ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى، لأنه يقول على أنني بالخيار، والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده، وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه. فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لأن الشرط أهدر الغير: أعني القبض. وعن الثاني أن تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان، فإن القبض يوجب الضمان فإن لم ينتقل الملك من المضمون له إلى الضامن لاجتماع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز، والضمنيات لا معتبر بها قوله: (ولأن السبب)

الملك بقرينة آخر كلامه ليوجد التلازم بين كلاميه فليتأمل قال المصنف: (وركنه مبادلة المال بالمال) أقول: يعني حقيقته، وإلا فركته الإيجاب والقبول أو ما دل على ذلك قال المصنف: (وفيه الكلام) أقول: أي الكلام مفروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان. قال المصنف: (والنهي) أقول: معارضة للدليل الثاني قال المصنف: (بقرر المشروعية) أقول: بمعنى ترتب الأحكام المطلوبة منه عليه شرعاً لا بمعنى المأذونية شرعاً قال المصنف: (لاقضائه التصور الخ) أقول: يعني تصوره موجود شرعاً تصوراً مطابقاً للواقع، فإذا كان

فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة، والميتة ليست بمال فانعدم الركن، ولو كان الخمر مثنياً فقد خرجناه وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح مثنياً لا مثنماً. ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر، إلا أنه يكفي به دلالة كما إذا قبضه في مجلس العقد استحساناً، وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق، وكذا القبض في الهبة في

قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعاً ومثناً، والخمر قد قوبلت بالدرهم فإذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدرهم. لأننا نقول: الثابت هنا كون كل مبيعاً ومثناً، وهنا يلزم مبيعاً ليس غير. وقد يقال: لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آل إلى الصرف فتكون القيمة مبيعاً ومثناً كالقيمة التي يدفعها المشتري (ثم شرط) في الملك (أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (إلا أنه يكفي بالإذن دلالة كما إذا) اجتزه (قبضه في مجلس العقد) ولم يمنعه البائع (استحساناً، وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق) أما إذا كان أمره بالقبض فإنه يملكها، ولو كان القبض مع غيبة البائع، ولو قيل لا نسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن إفادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة، فالجواب أن ضعفه إنما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لا منع قبضه مطلقاً، وصار كالهبة في ضعف السبب مع أن القبض فيها (في مجلس العقد يصح استحساناً) وأثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يثبت مقيداً بالمجلس، حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياساً واستحساناً، وعن الهندواني أنه قال: يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير إذنه إذا كان أدى الثمن بما يملكه البائع بالقبض أخذاً من إطلاق سيأتي. وأما ما ذكر في المأذون

دليل آخر على إفادة البيع الفاسد الملك بعد القبض. ووجهه أن السبب: يعني البيع الفاسد (وقد ضعف لمكان اقترانه بالبيع) فيشترط اعتماده بالقبض في إفادة الحكم لأن للقبض شيئاً بالإيجاب فصار كأن إيجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه إلى ما يعضده العقد من القبض قوله: (والميتة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة. وتقديره أن الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه، ولو كان الخمر مثنماً وهو ما إذا اشترى الخمر بالدرهم فقد خرجناه: يعني في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله، وأما بيع الخمر والخزير إن كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما إذا كان الخمر مثنماً بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شيء آخر: أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك وهو أن العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسليمها، فلو قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثنماً لأن كل عين يقابله الدراهم أو الدنانير في البيع هو مثنم لتعين الدراهم والدنانير للشئنة خلقة وشرعاً، ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه قوله: (ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع) إشارة إلى صحة الإذن بالدلالة، كما إذا قبضه بمجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فإنه يصح استحساناً قوله: (وهو الصحيح) احتراز عما ذكره صاحب الإيضاح، وسماء الرواية

موجوداً شرعاً يترتب عليه الآثار والأحكام المطلوبة إذ هو معنى الوجود الخارجي على ما بين في موضعه قال المصنف: (فنفس البيع) أقول: مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف: (مشروع) أقول: أي مأذون فيه، فقله فنفس البيع مناقضة وإشارة إلى الجواب عن دليل الشافعي والفاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكرى قوله: (قد يكون النهي مانعاً عن ذلك) أقول: أي عن المشروعية قوله: (لكن لا بد فيه من قبض مقتضي النهي) أقول: قوله مقتضي النهي حال. قوله: (لأنهما من مواجب العقد) أقول: الظاهر أن يقول من مواجب الملك إلا أنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجازاً كما في: رعيña غيثاً قوله: (والجواب عن الأول أنه ممنوع الخ) أقول: لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض في البيع الباطل لكونه كلاماً على السند قوله: (لأن الشرط أهدر الغير) أقول: وللخصم أن يقول إن الفساد أهدر الغير أيضاً قوله: (فإن القبض يوجب الضمان) أقول: إن أراد بعد الهلاك فمسلم وليس الكلام فيه، وإن أراد حين قيام المبيع أو أعم فممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البديلين في ملك شخص، ولو صح ما ذكره لملك المغصوب بالقبض لجريان ما ذكره فيه فليتأمل، فإن جواب النقض يظهر مما سبق في باب خيار الشرط من قوله حكماً للمعاوضة والمقام بعد محل كلام. قوله: (بإذن البائع، إشارة إلى صحة الإذن) أقول: في حصول الإشارة مما ذكره خفاء، ولعل مراده هذا القول الخ قوله: (كما إذا قبضه) أقول: ينبغي أن تكون الكاف

مجلس العقد يصح استحساناً، وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحز والريح والبيع مع نفي الثمن، وقوله لزمته قيمته، في ذوات القيم، فأما في ذوات الأمثال فيلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب، وهذا لأن المثل صورة ومعنى أعدل من

من اشتراط إذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله إذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خمرًا مثلاً حتى لا يملك بالقبض، فأما إذا ملك به فلا يحتاج إلى الإذن ويكون قبض الثمن منه إذناً منه بالقبض. وفي المجتبى في التخلية اختلاف الروايات، والأصح أنها ليست بقبض. وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير، وفي المحيط: باع عبداً من ابنه الصغير فاسداً واشترى عبده لنفسه فاسداً لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله، وفي جمع التفاريق: لو كان ودیعة عنده وهي حاضرة ملكها.

وقوله: (فيخرج عليه) أي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالميتة والدم والحز والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن) كلها باطلة لعدم المال في العوض، وقيد بنفي الثمن لأنهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكرهما بنفي ولا إثبات انعقد فاسداً ويثبت الملك بالقبض موجباً للقيمة لأن مطلق البيع يقتضي المعاوضة، فإذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه بقيمته فيفسد البيع. وقوله: (لزمته قيمته) يعني يوم القبض. ولو زادت قيمته في يده فأتلفه لأنه إنما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير بالغصب. وقال محمد: عليه قيمته يوم أتلفه لأنه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ، كذا في الكافي، وهذا (في ذوات القيم، فأما في ذوات الأمثال فيلزمه المثل) ومنها العدديات المتقاربة (لأنه مضمون بنفسه) أي بالقيمة واحتراز به عن البيع الصحيح. هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لأنه الضامن، فالقول له في القدر والبينة فيه بينة البائع قوله: (ولكل واحد من المتبايعين فسخة رفعاً للفساد) أي للمعصية فرفعه حق لله تعالى، فإن نفس العقد مكروه والجري على موجبته بالتصرف في المبيع تمليك أو انتفاع بوطء أو لبس أو أكل كذلك: أي يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم. والوجه أن يكون حراماً لأن الإجماع على منعه شرعاً قطعي يوجب الحرمة، وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية أن الواجب أن يقال: وعلى كل واحد فسخة، غير أنه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه. وحاصل المنقول في المسئلة أنه إذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع إلى الثمن أو المثل كبيع

المشهوره فقال: وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض، وهذه الرواية هي المشهورة. وجه الصحيح أن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط سابق فيكتفي به، وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً، وعلى رواية صاحب الإيضاح يحتاج إلى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد، وذلك بأن العقد إذا وقع فاسداً لم يتضمن تسليطاً على القبض لأن التسليط لو ثبت إنما يثبت بمقتضاه شرعاً والفساد يجب إعدامه فلم يثبت المقتضي وهو التسليط على القبض، بخلاف ما إذا وهب فإنه يكون تسليطاً على القبض استحساناً ما دام في المجلس، لأن التصرف وقع صحيحاً فجاز أن يكون تسليطاً بمقتضاه، وإنما يتوقف على المجلس لأن القبض ركن في باب الهبة وأنه ينزل منزلة القبول في حق الحكم، فكما أن القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه، وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال، فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحز والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلاً لعدم المالية في هذه الأشياء سواء كانت ثمنًا أو مئمنًا، لكن ذكر جهة الأئمان ليعلم أنها إذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان. وقوله أي قول القدروري لزمته قيمته: معناه إذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة، فأما في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب، والحكم في الغصب كذلك بناء على أن المثل صورة ومعنى

زائدة على ما يدل عليه تفسيره الإذن دلالة في أول الفصل. قوله: (والفساد يجب إعدامه فلم يثبت المقتضي) أقول: في التفرغ كلام، فإن للبيع الفاسد وجوداً شرعياً، ولا يكفي ذلك في ثبوت المقتضي، ثم أقول له يجب إعدامه فلم يثبت المقتضي: يعني يجب إعدامه شرعاً فلم يثبت المقتضي شرعاً قال المصنف: (ليتحقق ركن البيع) أتول: يعني ليظهر تحققه، فإن الفاسد قد يستعمل في معنى العام

المثل معنى. قال: (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) رفعاً للفساد، وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه، وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته، وإن كان الفساد بشرط زائد فلنمّن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد، إلا أنه لم تتحقق المراضاة في حق من له الشرط. قال: (فإن باعه المشتري

درهم بدرهمين أو ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة الآخر عندهما لأنه وإن كان حق الشرع فيه إلزام موجب الفسخ فلا يلزمه إلا بعلمه. وعند أبي يوسف بغير حضرته أيضاً ولم يحك المصنف هذا الخلاف (وإن كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه، أو إلى أجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والأجل بالفسخ كالبائع في صورة الإقراض والمشتري في الأجل بحضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى، لأن منفعة الشرط إذا كانت عائدة عليه صح فسخه لأنه يقدر أن يسقط الأجل فيصح العقد، فإذا فسخه فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد، وعندهما لكل منهما حق الفسخ لأنه مستحق حقاً للشرع فانتفى الزوم وعن العقد، والعقد إذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه. كذا في الذخيرة والإيضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده، وهذا إذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص، أما إذا زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الأصل أولاً أو منفصلة كذلك أو انتقص بأفة سماوية أو بفعل الغير بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً فسنذكره. وقوله: (إلا أنه) إلى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد، وهو أنه لما كان قوياً ينبغي أن لا يكون لأحد ولاية الفسخ وإن كان له منفعة الشرط. فأجاب بأن القياس ذلك، إلا أنه لما لم تتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ قوله: (فإن باعه) أي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسداً بيعاً صحيحاً (نفذ بيعه لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق) البائع الأول في (الاسترداد لتعلق حق العبد) بالعقد (الثاني ونقض الأول) ما كان إلا (لحق الشرع وحق العبد) عند معارضة حق الله تعالى (يقدم) بإذن الله لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه، ولا ينقض بالصيد إذا أحرم ماله وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد. لأننا نقول: الواجب عليه إطلاقه لا إخراجة عن ملكه، فيطلقه بحيث لا يضيع عليه، وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع إذا مات البائع من المشتري مع أنه تعلق به حق العبد وهو الوارث لأن الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولاً بحق البائع في الرد فينتقل إليه كذلك، أما الموصى له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لورثة البائع استرداده منه لأن له ملكاً متجداً بسبب اختياري لا بتصرف من المشتري، ولو قيل المشتري الثاني أيضاً إنما ينتقل إليه المبيع مشغولاً بذلك الحق لأن ذلك كان فيه للبائع الأول وليس في قدرته أن يبطل حقه فلا يصل ما باعه إلى المشتري إلا مشغولاً بذلك احتاج إلى الجواب (و) أيضاً (الأول) مشروع بأصله لا وصفه، والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه لزيادة قوته (ولأنه) أي البيع الثاني (حصل بتسليط

أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه إلا إذا تعذر. قال: (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد الخ) لكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفعاً للفساد سواء كان قبل القبض أو بعده، أما إذا كان قبل القبض فلما تقدم أنه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعاً من أن يفيد الحكم، وأما إذا كان بعده فلا يخلو إما أن يكون الفساد في صلب العقد: أي لمعنى في أحد البديلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر، أو لشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينتفع به أحد المتعاقدين والبيع إلى النيروز والمهرجان ونحو ذلك، فإن كان الأول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد. وعند أبي يوسف بحضرته وغيبته. وإن كان الثاني فلكل منهما ذلك إذا كان قبل القبض، وأما إذا كان بعده فللذلي له الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه إذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص. وأما إذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي. قيل المذكور في الكتاب قول محمد. ووجه ما ذكره أن العقد قوي فكان الواجب أن لا

للباطل أيضاً. قوله: (فإن كان الأول كان الخ) أقول: كان الظاهر أن يقول: فإن كان الأول فذلك لقوة الفساد، إلا أنه عدل عنه إلى ما يرى لبعده المسافة عن قوله أما إذا كان بعده وليتعلق به قوله بحضرة صاحبه فليتدبر قوله: (فلكل منهما ذلك إذا كان قبل القبض الخ)

نفذ بيعه) لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته، ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه، والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه منجرده

من جهة البائع) أي البائع الأول لأن التملك منه مع الإذن في القبض تسليط على التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني وإلا كان ساعياً في نقض ما تم به ويؤدي إلى المناقضة، قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حيثئذ أولى. والجواب أنه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعياً في نقض ما تم به لأن الكائن من جهته تسليط على البيع وتماهه بأن يفعل المسلط، وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رحمةً عليه أن يتدارك بالتوبة، وذلك يكون قبل القوات بفعل المسلط، فإذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره، وحقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشتري ليس إلا لتدارك رفع المعصية بالتوبة، ومتى آخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته. أما الوارث فإنه مأمور بخلاص ميتته من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك الحق لذلك. وهذا (بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فإنه لا يمنع حق الشفيع، وله أن ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وإن تعلق بها حق الغير لأن حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه، وترجح الشفيع لأنه أسبق، ولأنه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما في البائع. وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لأنه ثان فيكون ناسخاً. أجب بأنه إنما ينسخ إذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فترجح الشفعة قوله: (ومن اشترى عبداً بخمر) المراد عبداً شراء فاسداً بخمر أو غيره (فأعقه أو باعه أو وهبه) وسلمه (فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من أنه ملكه بالقبض فتتخذ تصرفاته) فيه (و) إنما وجبت القيمة لأنه (بالإعتاق قد هلك) فوقع الإياس عن الاسترداد (فتعينت القيمة، وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر) في المسئلة قبلها من أنه تعلق به حق العبد: أعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم

يكون لأحد المتعاقدين حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله أن يفسخه، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لأنه مستحق حقاً للشرع فانتفى اللزوم عن العقد، وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه، كذا في الذخيرة والإيضاح والكافي، فإن باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لأنه ملكه بالقبض، وكل من ملك بالقبض شيئاً يملك التصرف فيه، سواء كان تصرفاً لا يحتمل النقص كالإعتاق والتدبير، أو يحتمله كالبيع والهبة. ورد بأن المبيع لو كان مأكولاً لم يحل أكله، ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره في شرح الطحاوي، فلم يملك التصرف مطلقاً. وأجب بالمنع، فإن محمداً نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لأن البائع سلطه على ذلك. وذكر شمس الأئمة الحلواني: يكره الوطء ولا يحرم، فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب، ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته أولى، وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل. وإذا كان البيع نافذاً سقط حق ارتداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الأول لحق الشرع. وإذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغني الشرع، وفيه بحث لأن التصرف إن كان إجارة أو تزويجاً لم يسقط حق استرداده، وكذا إذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وإن تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكماً. وأجب عن الأول بأن الإجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما يأتي، ولم يذكر محمد من يفسخها. وذكر في النوادر أن القاضي يفسخها، والتزويج يشبه الإجارة لوروده على المنفعة، والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك، فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم. وعن الثاني بأن ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه، وذلك الملك كان مستحق النقص فانتقل إلى الوارث

أقول: لا يخفى عليك أن الكلام فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليhle، ففي تقريره ركافة ظاهرة. قوله: (كذا في الذخيرة والإيضاح والكافي) أقول: وهو ظاهر كلام القدوري أيضاً، ولا يخفى عليك ما في دليلهما من القوة قوله: (وكل من ملك بالقبض) أقول: ليس في تقييده بقوله بالقبض كثير فائدة قوله: (وجواز التصرف الخ) أقول: لعل المراد من جواز التصرف هو أن يترتب عليه الأثر كثبوت النسب.

الوصف، ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع، بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفع. قال: (ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته، وبالإعتاق قد هلك فتلزمه القيمة، وبالباع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر، والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان، إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع، وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار، ورفع الفساد عذر،

فقد فوّت المكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعني إذا كاتب العبد المبيع بيعاً فاسداً أو رهنه فهو نظير البيع (لأنهما لازمان) لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (إلا أنه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة في تخصيصهما بذلك، بل يعود حق الاسترداد في المبيع والهبة إذا انتقضت هذه التصرفات كالزرد بالعيب والرجوع في الهبة ولو بغير قضاء لأنه عاد إلى قديم ملكه. ثم حق الاسترداد إنما يعود إذا لم يقبض بالقيمة على المشتري، فإن قضى بها عليه ثم عاد إلى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحوّل حقه من العين إلى القيمة كالعبد والمغصوب إذا أبى فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس لمالكه أخذه لما قلنا. وقوله: (وهذا بخلاف الإجارة) فإنه إذا أجر المشتري شراء فاسداً لا ينقطع به حق الاسترداد (لأن الإجارة تفسخ بالأعذار ورفع الفساد عذر، ولأن الإجارة تتعقد شيئاً فشيئاً فيكون) الاسترداد بالإضافة إلى المنافع التي تحدث (امتناعاً) عن العقد عليها والنكاح كالإجارة لأنه عقد على منفعة، فإذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسداً كان للبائع أن يستردها لأن حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولأنه لا يفوته ملك المنفعة، فإن مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع. نعم تصير بحيث له منعها وعدم ثبوتها معه بيتاً غير أنه إذا ظفر بها له وطؤها. ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسداً وأخذ المشتري الأرض أو ولدت الجازية وأخذ موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه. ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب؛ ولو صبغه فعن محمد رحمه الله يخير

كذلك، حتى لو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد، وهذا بخلاف ما إذا أوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حتى الاسترداد من الموصى له لأن الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له سبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب. فإن قيل: قولهم إذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما إذا كان في يد حلال صيد ثم أحرم فإنه يجب عليه إرساله وفيه تقديم حق الشرع. أجب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقين لإمكانه بالإرسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فإنه إنما يصار إليه إذا امتنع الجمع قوله: (ولأن الأول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع، ووجهه أن البيع الأول مشروع بأصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا، والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه إذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف. وحاصله أن الفاسد لا يعارض الصحيح قوله: (ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع) دليل آخر على ذلك، ومعناه أن البيع الثاني حصل بتسليط البائع الأول حيث كان القبض بإذنه، فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل. ونوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فإنه نقض ما تم من جهته. والجواب أنا لا نسلم التمام فيه، فإن كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فأين التمام، فإذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهى مقرر. وإذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك إلا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضاً لما تم من جهته قوله: (بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعاً عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفع أن ينقضها. وتوجيه الجواب ما قال إن كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما للآخر بدليل يقتضيه. وحاصله أن تعلق حق الغير إنما يمنع النقض إذا كان في مقابلته ما هو

قوله: (لأنه عند صحة الأخذ بالخ) أقول: الكلام في صحة الأخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير. والأظهر أن يعلل الرجحان بسبق حق الشفع كما سيأتي في كتاب الشفعة قوله: (على ما مر آنفاً من قوله لتعلق حق العبد) أقول: والأولى أن يجعل قول على ما مر إشارة إلى الأدلة الثلاثة التي ذكرها المصنف آنفاً.

ولأنها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً. قال: (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن (وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن) لأنه يقدم عليه في

البائع بين أخذه وإعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب. والحاصل أن كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك إذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع. وذكر الكرخي أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد. وعن محمد أنه كالغصب ولا يمتنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من المشتري، وزيادة المشتري شراء فاسداً لا تمنع الاسترداد، إلا إذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ، ونقصانه بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بأقرب سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان، وليس له أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وإن كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الأرض من المشتري، وإن شاء أخذه من الجاني، وفي قتل الأجنبي ليس له تضمين الجاني. ولو وطئ المشتري الجارية لا يمتنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع، فلو رد أو استرد لزمه العقر للبائع، أما إن أتلفها ضمن قيمتها قوله: (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قيل يعني القيمة التي أخذها من المشتري وليس يلزم بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي تراضيا عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن) وعلى هذا الإجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتباراً بالعقد الجائر إذا تفاسخا فللمستأجر أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الأجرة التي دفعها للمؤجر، وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لأن هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البديلين (ولو مات البائع) بيعاً فاسداً أو المؤجر إجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذلك، فالذي في يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت (لأنه مقدم عليه في حياته، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته) إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطي فما فضل فللغرماء، بخلاف ما إذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة من المحال عليه فإنه لا يختص المحتال بدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المحيل صار مشغولاً بحق المحتال كما في الرهن، لأن الاختصاص إنما يوجبه ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق ولا يد للمحتال (ثم إن كانت دراهم الثمن) التي دفعها (قائمة يأخذها) المشتري (بعينها لأنها تعين في البيع الفاسد وهو

مرجوح عنده، وأما إذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لأنه عند صح الأخذ تتحول الصفقة إليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض، ولأنه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضاً لما تم من جهته، وهذا لأن التسليط إنما ثبت بالإذن أو بإثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك. قال: (ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه الخ) ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه بإذن البائع وأعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً وأعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة (أما جوازه فلما ذكرنا أنه ملكه بالقبض) والملك مطلق التصرف فينفذ، وأما وجوب القيمة فلما تقدم أنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب (وبالإعتاق قد هلك) فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر) آنفاً من قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان) فإن الرهن إذا اتصل بالقبض صار لازماً في حق الراهن كالكتابة في حق المولى (إلا أن حق الاسترداد يعود بمعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع) وهو تعلق حق العبد. قيل وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد فائدة زائدة، فإنه ثابت في جميع الصور إذا نقض التصرفات، حتى لو رد المبيع يعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه إليه، ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور إنما يكون إذا لم يقض على المشتري بالقيمة، وأما إذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق إلى القيمة فلا يعود إلى العين كما إذا قضى على الغائب بقيمة المغصوب الآتي ثم عاد قوله: (وهذا) أي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة (بخلاف الإجارة) فإن حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا (أنها تفسخ بالأعذار، ورفع الفساد من أقوى الأعذار ولأنها تنعقد

قوله: (بل المراد به ما أخذه البائع في مقابلة المبيع عوضاً كان أو نقداً ثمناً كان أو قيمة) أقول: فيه بحث.

حياته، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالأمر، ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد، وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا، قال: (ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري فعليه قيمتها) عند أبي حنيفة رحمه الله، رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك

(الأصح) خلافاً لما ذكر أبو حفص أنها لا تتعين كما في البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف، ورواية أبي سليمان تتعين وهو الأصح، لكن سيأتي ما يقوي رواية أبي حفص (لأن البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب (وإن كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى (له أخذ مثلها) وكذا ذكر قاضيخان. وذكر في الفوائد الظهيرية وفخر الإسلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشتري، فإن فضل شيء عما دفعه يصرف إلى الغرماء، ولا شك أنه غير لازم لأن الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم قوله: (ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري) أو غرس فيها أشجاراً (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء) ويقبل الغرس (وتسترد الدار لهما أن حق الشفع) في الدار التي يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) بيعاً فاسداً في الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) في ثبوت الملك له في الدار (إلى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث، وحق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (و) الاتفاق على أن (حق الشفعة الأضعف لا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته (ولأبي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والهبة (بخلاف حق الشفع فإنه) وإن كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليطه على الفعل: أعني البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع (ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة) أيضاً بل

شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً) ولعل في الجوابين إشارة إلى المذهبين فيها. قال: (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرذ الثمن) قال في النهاية: أي القيمة التي أخذها من المشتري وليس بواضح، بل المراد به ما أخذه البائع في مقابلة المبيع عرضاً كان أو نقداً ثمناً كان أو قيمة، وهذا الحكم ثابت في الإجارة الفاسدة أيضاً وغيرها (فيصير المبيع محبوباً بالمقبوض) فكان له ولاية أن لا يدفع المبيع إلى أن يأخذ الثمن من البائع كما في الرهن، لكنه يفارقه من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير، وهاتنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب (وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من أن للمشتري حق منع البائع من المبيع إلى أن يأخذ ما أدى إليه، وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن، فإن الراهن إذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين (ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها) فيه (تتعين) بالتعيين على رواية أبي سليمان (وهو الأصح) وعلى رواية أبي حفص لا تتعين، والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم إلى أجل في تعيين المقبوض للرد على الروایتين. وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح. وجه رواية أبي سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع. وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد يجب رد عينها إذا كانت قائمة (وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا) أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك. وذكر في الفوائد الظهيرية أن المبيع يباع لحق المشتري. فإن فضل شيء يصرف إلى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين. قال: (ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: ينقض البناء وترد الدار) وكذا إذا اشترى أرضاً وغرس فيها. وذكر في الإيضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الأول وقوله آخر مع أبي حنيفة (لهما أن حق الشفع أضعف من حق البائع لأنه يحتاج فيه إلى القضاء) أو الرضا (ويبطل بالتأخير) ولا يورث (بخلاف حق البائع) فإنه لا يحتاج إلى ذلك، وقد تقدم أن البائع بيعاً فاسداً إذا مات كان لورثته الاسترداد، والأضعف إذا لم يبطل بشيء فالأقوى لا يبطل به وهو بديهي، وحق الشفع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك (ولأبي حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع) وكل ما هو كذلك (ينقطع به حق الاسترداد كالبيع) الحاصل من المشتري

قوله: (والقبض الفاسد، إلى قوله: على الروایتين) أقول: قوله والقرض مبتدأ، وقوله على الروایتين خبره.

في الرواية. وقالوا: (ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف. لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير، بخلاف حق البائع، ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى. وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع، بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهية المشتري وبيعه فكذا ببنائه. وشك يعقوب في

بأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لأن البيع ليس بتسليط منه. وهذه المسئلة من المسائل التي أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في الجامع؛ فقول المصنف (وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن أبي حنيفة) بذلك، قالوا إنه شك في حفظ الرواية عنه لا في مذهبه: يعني أن مذهبه معروف أنه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على المشتري (فإن محمداً نص على) هذا (الاختلاف في كتاب الشفعة) فإنه قال: إذا بنى في الدار المشتراة شراء فاسداً فللشفيع الشفعة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا شفعة، فهذا دليل على أن الرواية عن أبي حنيفة ثابتة لأن حق الشفعة في الدار المبيعة يبعاً فاسداً مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد، فلولاً قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها، غير أن حكاية شمس الأئمة قول أبي يوسف لمحمد ما رويت لك عن أبي حنيفة أنه يأخذ قيمتها وإنما رويت لك أنه ينقض البناء فقال بل رويت لي أنه يأخذ قيمتها صريح في الإنكار لا في الشك، وصريح في أنه ينقل عن أبي حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف. وقول المصنف (فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف) معناه أن حق الشفعة وجوداً وعدمياً مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجوداً وعدمياً، فوجوده مبني على عدمه وعدمه مبني على وجوده، وعلى هذا فثبوته على

(بخلاف الشفيع إذ التسليط لم يوجد منه) ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع، وكذا لو باعها من آخر فإنه يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن أو بالأول بالقيمة وإن كان لا شفعة في البيع الفاسد لأن حق البائع قد انقطع هاهنا، وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه، وهذا التقرير يثبتك أن قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة. قيل: وإنما أدخله فيها إشارة إلى الاحتراز عن الإجارة، فإن البناء والغرس بالإجارة لا يقصد بهما الدوام، ولعله ذكره لأن يلحقه بالبيع في كونه منهياً مقررأً لأنه لما قصد به الدوام أشبه البيع فكان منهياً للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع، وإذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري. واعترض بأنه إذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الأولى لأن فيه إعدام الفاسد. وإذا تامل ما ذكر فليس بوارد، إذ البائع مسلط دون الشفيع، ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الأولوية وبطلت الملازمة. واعترض أيضاً بأنه إذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء، كما إذا باع المشتري شراء فاسداً يبعاً صحيحاً ورد عليه المبيع بما هو فسخ. وأجيب بوجود مانع آخر فإن المانع من الاسترداد إنما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وأنه مانع آخر من الاسترداد، وهذا لأن النقض إنما وجب ضرورة إبقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضي صحة التسليم إلى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضي على وجه يبطل به المقتضي وهو التسليم إلى الشفيع. روي وجوب القيمة في هذه المسئلة عن أبي حنيفة ويعقوب رحمهما الله، ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن أبي حنيفة لا في مذهبه. والدليل على أن مذهبه ذلك تنصيص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة أن عند أبي حنيفة للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسداً وبني فيها أو غرس، وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقات الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه، فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع، ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لأن وجود الملزوم بدون لازمه محال، وعلى هذا فمن حفظ مذهب أبي حنيفة في ثبوت الشفعة لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك إلا في روايته عنه لمحمد رحمهم الله. قال شمس الأئمة السرخسي: هذه المسئلة هي المسئلة الثالثة التي جرت المحاوراة فيها بين أبي يوسف ومحمد. قال أبو يوسف: ما رويت عن أبي حنيفة أنه يأخذ قيمتها، وإنما رويت لك أن ينقض البناء. وقال محمد: بل رويت لي عنه أنه يأخذ قيمتها، وهذا كما ترى يشير إلى أن الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب أبي حنيفة كذا، وإنما قال ما رويت وفيه تأمل. ولما كان هذا الموضوع محتاجاً

حفظ الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف. قال: (ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً فباعها وربح فيها

الاختلاف بالجزء. وجماعة من الشارحين قالوا: وثبوته بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره، وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف، فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل بأنه ينقطع، وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد، والأقرب أن الأوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البائع في الاسترداد، والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عندهما لا ينقطع فله القلع والهدم، وعنده ينقطع فلا يسترد. واتفقت الروايات أن طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء. وأورد على أبي حنيفة لما وجب نقضهما لحق الشفع فيه تقرير للفاسد فأولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى وفيه إعدام الفساد. أجيب بمنع الملازمة، فإن البائع جان ولا جناية من الشفع فلا يلزم من النقض لأجل من لا جناية منه النقض لمن جنى. فإن قيل: إذا نقض البناء والغرس لأجل الشفع ينبغي أن يعود حق البائع في الاسترداد، كما إذا فسخ البيع عن العبد: أجيب بأن المانع من الاسترداد إنما يزول بعد ملك الشفع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكماً لملكه. هذا وقولهما أوجه لأن قول أبي حنيفة إن البناء مما يقصد به الدوام يمنع للاتفاق في الإجارة على إيجاب القلع، فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا. فإن قال المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء. قلنا: المشتري شراء فاسداً أيضاً يكلف القلع عندنا، وقولكم لا يلزم ذلك محل النزاع فأقل الأمر أن يعلم الخلاف، ويجوز أن يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء إلا مدة ما. وأما تعليل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب، لأن ذلك فيما إذا كان العبد عبداً آخر اشتراه ممن اشتراه شراء فاسداً أو قبل الهبة فيه بطريق صحيح، وما نحن فيه نفس العاقد الجاني بعقده هو الذي بنى فلا يستحق بجنايته، وفعله المقرر لمعصيته أن يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى، بخلاف ما إذا اتصل به حق من لا جناية منه فإنه جلّ وعلا أذن في تقديم حقه قوله: (ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً فباعها) المشتري (ويربح فيها تصدق بالربح ويطيب لباثمه ما ربح في الثمن) الذي قبضه من المشتري إذا عمل فربح، والأصل في هذا أن المال نوعان: نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدرهم والدنانير، ونوع يتعين وهو ما سواهما. والخبث نوعان: خبث في البذل لعدم الملك في

إلى تأكيد كرر المصنف قوله: (شك يعقوب في الرواية) وفي كلامه نوع انغلاق لأنه قال: رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير، والراوي في الجامع الصغير عنه محمد لأنه تصنيفه، إلا إذا أريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن أبي حنيفة لمحمد. قال: (ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً) اعلم أن الأموال على نوعين: نوع لا يتعين في العقد كالدرهم والدنانير، ونوع يتعين كخلافهما. والخبث أيضاً على نوعين: خبث لفساد الملك، وخبث لعدم الملك. فأما الأول فإنه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين. والثاني يؤثر فيهما جميعاً. وإذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً فباعها وربح فيها تصدق بالربح وإن اشترى البائع بالثمن شيئاً وربح فيه طاب له الربح لأن الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح والدرهم والدنانير لا يتعيان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لأنه لفساد الملك لا لعدمه، ومعنى عدم التعيين فيها أنه لو أشار إليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدرهم كان له أن يتركها ويدفع إلى البائع غيرها لما أن الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدرهم المشار إليها في البياعات، وهذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة، وهي أنها لا تتعين لا على الأصح وهي التي تقدمت أنها تتعين في البيع الفاسد لأنها بمنزلة المغصوب. ومن

قوله: (وفيه تأمل) أقول: لأنه إنما قال ما روي لأن النزاع كان في الرواية لا في المذهب، فيجوز أن يكون الشك في المذهب أيضاً، بل لا يبعد أن يقال ذلك هو الظاهر. ثم قوله: (ما روي) صريح في نفي الرواية لا في الشك فيها، إلا أن يراد بالشك خلاف اليقين مطلقاً.

تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن) والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح، والدرهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق،

المبدل، وخبث لفساد الملك. (فالخبث لعدم الملك) يعمل في النوعين حتى إن الغاصب أو المودع إذا تصرفا في المغصوب والوديعة وهما عرض أو نقد وأدى ضمانهما وفضل ربح وجب التصديق به عند أبي حنيفة ومحمد لأنه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث، وفيما لا يتعين إن لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لأن العقد لا يتعلق به بل بمثله في الذمة، لكنه إنما توسل إلى الربح بالمغصوب أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير (من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع) أن نقد الدراهم المغصوبة (أو تقدير الثمن) إن أشار إلى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لأن الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا، والخبث (لفساد الملك) دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث، وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى إلى بدلها. و (شبهة الشبهة) فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين، وشبهة الشبهة غير معتبرة لأن اعتبار الشبهة خلاف الأصل بالنص وهو نهيه عن الربا والريبة فلا يتعدى، وإلا اعتبر ما دونها كشبهة شبهة وهلم فينسد باب التجارة وهو مفتوح، فلذا قال: يتصدق المشتري بالربح فيها ويطيب للبائع ما ربح في الثمن، ولا شك أن هذا إنما هو على الرواية القائلة: إنه لا تتعين النقود في البيع الفاسد، أما على الرواية القائلة تتعين فحكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب، وقد ذكر المصنف أن رواية التعيين في البيع الفاسد هو الأصح، فحينئذ الأصح وجوب التصديق على البائع أيضاً بما ربح في الثمن، غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية في الجامع، فإن فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية يبيعاً فاسداً بألف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال: يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم، وحينئذ فالأصح أن الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال. وقول المصنف (لا تتعين في العقود) أي عقود البياعات، بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب، وقول بعضهما احترازه عن الوديعة والغصب والشركة إنما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكوراً للمصنف وليس كذلك، وهذا التفصيل قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يطيب له الربح مطلقاً لأن عنده شرط الطيب الضمان وقيد وجد، وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل

غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيئاً وباعه وربح فيه تصديق بالربح في الفصلين عند أبي حنيفة ومحمد، لأن الخبث لما كان لعدم الملك أثر فيما يتعين وفيما لا يتعين. وقال أبو يوسف: يطيب له الربح لأن شرط الطيب الضمان والفرض وجوده. ولهما أن العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبيانه أنه إذا اشترى بها فلا يخلو أما إن أشار إليها ونقد منها أو أشار إليها ونقد من غيرها، فإن كان الأول فقد تعلق به سلامة المبيع لأنه هو الواقع ثمناً، وإن كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الأول حصل بملك الغير من كل وجه. وفي الثاني توسل إليه بمال الغير لأن بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصديق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعاً، وإذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين إلى شبهته، لأن حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه، بل بماله فيه شائبة ملك تنزل، وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين إلى شبهة الشبهة، لأن تعلق سلامة المبيع

قوله: (وهذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي أنها لا تتعين الخ) أقول: فيه بحث، فإن عدم التعيين سواء كان في المغصوب أو ثمن المبيع الفاسد إنما هو في العقد الثاني ولا يضر تعينه في الأول، فقله إنما يستقيم الخ فيه ما فيه قوله: (لا على الأصح وهي التي تقدمت الخ) أقول: يعني تقدم ذكرها بورقة تخميناً بقوله ثم إذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها فيه تتعين بالتعيين على رواية أبي سليمان وهو الأصح. قوله: (لأن الخبث لما كان لعدم الملك الخ) أقول: كتب في هامش هذا البحث ما هو صورته. وقد استشكل قوله بعد ضمان قيمتها بأن الكلام في الخبث لعدم الملك وإن أدى الضمان فقد ملك على أصله، ثم إذا ربح بعد ذلك لم يكن الخبث

وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك، أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة، وفيما لا يتعين شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن، وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة، والشبهة هي المعبرة دون النازل عنها. قال: (وكذلك إذا ادعى على آخر مالا فقصاه إياه، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح) لأن الخبث لفساد الملك هاهنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق، وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين.

لأن الدراهم والدنانير تتعين، حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا لا يبطل، وليس له أن يحبسها ويعطي مثلها عندهما قوله: (وكذلك إلخ) قال في الجامع الصغير: وكذلك لو ادعى على ما آخر مالا فقصاه ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على أنها دينه (يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك هنا لأن الدين وجب بالتسمية) أي بالإقرار عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق مملوك) أي ملكاً فاسداً سواء كان عيناً أو ديناً، أما عيناً فبدليل أن من اشترى عبداً بجزارة أو ثوب ثم أعتق العبد واستحقت الجزارة يصح عتق العبد، فلو لم يكن بدل المستحق مملوكاً لم يصح العتق، إذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجزارة المستحقة. وإذا ملكه فاسداً فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثاً قطاب له الربح. وفي الجامع الكبير لقاضيخان: بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبداً لغيره بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث، لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفياً حقه فلم يحنث، ويبان فساد الملك في بدل المستحق أنه إذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتتمكن فيه شبهة عدم الملك؛ ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تتمكن فيه شبهة الخبث، فإذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر. واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلاً عما يزعم أنه ملكه، أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمداً للكذب فدفع إليه لا يملكه أصلاً لأنه متيقن أنه لا ملك له فيه، والله أعلم.

أو تقدير الثمن للدين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بما له فيه شائبة ملك والشبهة هي المعبرة لا النازل عنها. قيل بالحديث وهو ما روي «أن النبي ﷺ نهى عن الربا والريبة» والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة معتبرة. وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير، وأما إذا كان شبهة الشبهة أيضاً داخلة في الريبة فقد ثبت به خلاف المدعي والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبر ما دونها أيضاً دفعاً للتحكم، لكن لا يصح اعتباره لثلاث ينسد باب التجارة، إذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فما دونها. قال: (وكذلك إذا ادعى إلخ) رجل قال لآخر لي عليك ألف درهم فقصاها ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح ولا يجب التصديق به لأن الخبث فيه لفساد الملك لأن الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي وأداء المدعي عليه وملك ما قبضه بدلاً عنه فكان تصرفه مصادفاً لملكه. لكن لما تصادقا أنه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لأن بدل المستحق مملوك به إذا كان عيناً يتعين، كما إذا اشترى عبداً بجزارة وأعتقه فاستحقت الجزارة فإن العتق نافذ، ولو لم يكن بدل المستحق مملوكاً لما نفذ لامتناعه في غير الملك بالنص، فإذا كان ما لا يتعين أولى، لكنه يفسد الملك إذ الاستحقاق قصداً في مقابله لا فيه، فلو كان فيه كان باطلاً والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين.

لعدم الملك. والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك، وإنما يثبت الملك مستنداً بالضمان، وفي المستند شبهة عدم، وشبهة عدم ملحقه بحقيقة عدم فيما يبتني على الشبهات والصدقة تبتني عليها، فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة إلى الربح، فالملك بعد الضمان يفيد طيب المغصوب لا طيب الربح الحاصل منه، لأنه بالنسبة إليه كعدمه. ونحن نقول: فعلى هذا يكون في ربح المغصوب المضمون شبهة الخبث، وفي ربح الدرهم المغصوب المضمون شبهة الشبهة، إذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التي ادعاه في الكلام حيث لا يخرجها إلى الحقيقة فليتأمل.

فصل فيما يكره

قال: (ونهى رسول الله ﷺ عن النجش) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال «لا

فصل فيما يكره

لما كان دون الفاسد آخره عنه، وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد، وإلا فهذه الكراهات كلها تجزئة لا نعلم خلافاً في الإثم. ومقتضى النظر عندي أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه، والحاضر للبادي في القحط والإضرار فاسداً، وتلقي الجلب إذا لبس باطلاً أو ثبت له الخيار، وهذا لأن النهي مطلقه للتحريم إلا لصارف. وهذه المعاني المذكورة سبباً للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنه، فإن في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك، وشراء ما جيء به في زمن الحاجة ليغالي على الناس ضرر عام للمسلمين وأهل الذمة فيحرم، وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فإنه لم يرض بالثمن المذكور إلا على تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك، أو منعقداً ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي، وكون الوصف مجاوراً أو لازماً لا ينفي ما ذكرنا إذ الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد، على أن معنى الفساد ليس إلا كون العقد مطلوب التماسخ للمعصية بمباشرة المنهي عنه ويملك البدل منه بالقبض، وتأخر الملك إلى القبض ليس إلا لوجوب رفع المعصية برفعه، ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموه مكروهاً على اصطلاحنا، ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتاً جعلته فاسداً قوله: (ونهى رسول الله ﷺ عن النجش، وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعد ما بلغت قيمتها فإنه تغيير للمسلم ظلماً، فأما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره إذ كان شراء الغير بالقيمة (قال ﷺ «لا تناجشوا»^(١)) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن

فصل فيما يكره

قيل المكروه أدنى درجة من الفاسد، ولكن هو شعبة من شعبة فلذلك ألحق به وآخر عنه، ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن القبح إذا كان لأمر مجاور كان مكروهاً. وإذا كان يوصف متصل كان فاسداً وقد قررناه في التقرير (ونهى رسول الله ﷺ عن النجش) بفتحيتين (وهو أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه الصلاة والسلام (لا تناجشوا) أي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك إيقاع رجل فيه بأزيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروهاً، وظهر من هذا أن الراغب في السلعة إذا طلبها من صاحبها بأنقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء إلى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروهاً لانتفاء الخداع (ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام) «لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه» وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية، وصورته أن يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضياً بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فإنه يجوز، لكنه يكره لاشتماله على الإيحاء والإضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروهاً إذا جنح البائع إلى البيع بما طلب به الأول من الثمن، وكذلك في النكاح. أما إذا لم يجنح فلا بأس بذلك لأنه بيع من يزيد. وقد روى أنس رضي الله عنه «أن النبي ﷺ باع قدحاً وحلساً بيع من يزيد». قال: وعن تلقي الجلب: أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقي الجلب:

فصل فيما يكره

(١) هو بعض الآتي.

تتاجشوا». قال: (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام: لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه» ولأن في ذلك إيحاءاً وإضراراً، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة، فأما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما ذكره، وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضاً. قال: (وعن تلقى الجلب) وهذا إذا كان يضّر بأهل البلد فإن كان لا يضّر فلا بأس به، إلا إذا لبس السعر على

رسول الله ﷺ قال «لا تتلقى الركبان للبيع، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تتاجشوا، ولا يبيع حاضر لباد»^(١) والنجش بفتحين ويروى بسكون الجيم قوله: (وعن السوم) أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ «لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له»^(٢) وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة «أن رسول الله ﷺ نهى عن تلقي الركبان» إلى أن قال «وأن يستام الرجل على سوم أخيه»^(٣) وعرفت مثيره وهو ما فيه من الإيحاء والإضرار، وشرطه وهو أن يتراضيا بثمان ويقع الركوب به فيجاء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيبيعه منه لوجهاته. وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن سلعة فيجاء آخر فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص من هذا الثمن فيضّر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع في قوله ﷺ «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه»^(٤) جامعاً للبيع والشراء مجازاً، إنما يحتاج إلى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام، وكذا محله في الخطبة، فإن لم يتراضيا فهو بيع من يزيدوا ولا بأس به كما سنذكر قوله: (وعن تلقى الجلب) في الصحيحين عن عبد الله بن عباس: «نهى رسول الله ﷺ أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد»^(٥). قال: لا يكون له سماراً^(٦). وللتلقي صورتان: إحداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة لبيعهوه من أهل البلد بزيادة. وثانيتها أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر، ولا خلاف عند الشافعية أنه إذا خرج إليهم لذلك أنه

أي المجلوب. وصورته المصري أخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصر لبيعه على ما أراد فذلك لا يخلو إما أن يضّر بأهل البلد أو لا، والثاني لا يخلو من أن يلبس السعر على الواردين أو لا، فإن كان الأول بأن كان أهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضيق المجاور المنفك، وإن كان الثاني فقد لبس السعر على الواردين فقد غر وضر وهو قبيح فيكره، وإلا فلا بأس بذلك قال: (وبيع الحاضر للبادي) أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلاة والسلام «لا يبيع حاضر لباد» وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لأهل المصر ويبيعه من أهل البادية بثمان غال، فلا يخلو إما أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك أو في قحط يتضررون، فإن كان الثاني فهو مكروه،

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٥٠ ومسلم ١٥١٥ ح ١١ وأبو داود ٣٤٤٣ والبيهقي ٣٤٦/٥ كلهم من حديث أبي هريرة بزيادة: ولا تُصْرُوا الإبل والغنم. فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين بعد أن يخلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردّها، وصاعاً من تمر. وهكذا رواه مالك ٦٨٣/٢ وجاء في شرح مسلم للنووي: والصّر: معناه في المشهور: لا تجمعوا اللبن في ضرعها عند إرادة بيعها حتى يعظم ضرعها فيظن المشتري أن ذلك كان لها مستمرة اهـ.

والنجش: هو أن يزيد في السلعة ليُفْرَ كثيره. وهو لا يريد أن يشتري. ومثله في النكاح اهـ. مصباح.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٤٢، ٢١٤٠.

ومسلم ١٤١٢ وأبو داود ٢٠٨١ والترمذي ٢٢٩٢ والنسائي ٧٣/٦، ٧٤ والدارمي ١٣٥/٢ والطحاوي ٣/٣ والبيهقي ٣٤٤/٥ كلهم من حديث ابن عمر واللفظ لمسلم.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٢٧ وأطرافه في ٢١٤٠، ٢١٥٠، ٢١٥١، ٢١٦٠، ٢١٦٢، ٢٧٢٣.

ومسلم ١٤١٣ كلاهما من حديث أبي هريرة.

(٤) تقدم تخريجه قبل حديث واحد.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٥٨ ومسلم ١٥٢١ وأبو داود ٣٤٣٩ وابن ماجه ٢١٧٧ والبيهقي ٣٤٦/٥ وأحمد ٣٨٦/١ كلهم من طريق طاووس عن ابن عباس مرفوعاً وآخره «قال. أي طاووس.. قللت لابن عباس: ما قول حاضر لباد. قال: لا يكون لهم سماراً». واللفظ للبخاري ومسلم.

الواردين فيحتذ يكره لما فيه من الغرور والضرر. قال: (وعن بيع الحاضر للبادي) فقد قال عليه الصلاة والسلام «لا يبيع الحاضر للبادي» وهذا إذا كان أهل البلد في قحط وعوز، وهو أن يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم. أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر. قال: (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى «وذروا البيع» ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه، وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة. قال: (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا، ولا يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد

يعصي، أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق إن خرج فرأهم فاشترى ففي معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصي. والوجه لا يعصي إذا لم يلبس. وعندنا محمل النهي إذا كان يضرب بأهل البلد أو لبس، أما إذا لم يضرب ولم يلبس فلا بأس قوله: (وعن بيع الحاضر للبادي) تقدم النهي عنه، ومحمل النهي (إذا كان أهل البلد في عوز) أي حاجة (أو قحط وهو يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي) للإضرار بهم وهم جيرانه (أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر) وقال الحلواني: هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك منك فيتوكل له ويبيع ويغالي. ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس. وفي بعض الطرق زاد قوله ﷺ «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»^(١) وفي المجتبى: هذا التفسير أصح، ذكره في زاد الفقهاء لموافقة الحديث، وعلى هذا فتفسير ابن عباس^(٢) بأن لا يكون له سمساراً ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لضدها وهي الجائزة، فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه، فكأنه لما سئل عن لمية نهى بيع الحاضر للبادي قال: المقصود أن لا يكون له سمساراً فنهى عنه للسمسار قوله: (والبيع عند أذان الجمعة، قال تعالى) «إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة» إلى قوله تعالى «وذروا البيع» [الجمعة ٩] كأنه يجعل الوقت من حين الأذان مشغولاً بصلاة الجمعة تعظيماً لها كما قالوا في النهي عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير (وفيه) زيادة أنه قد يفضي إلى (الإخلال بواجب السعي على بعض الوجوه، وقد ذكرنا الأذان المعتبر في منع البيع في كتاب الصلاة) وهو ما يكون بعد دخول الوقت، وقوله: (كل ذلك يكره) أي كل ما ذكرناه من أول الفصل إلى هنا يكره: أي لا يحل على ما قدمناه (ولا يفسد به البيع) باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعي، لكنه يثبت الخيار في تلقي الركبان على ما قدمناه، وقدمنا قول مالك بالبطان فيه وفي النجش، وكذا بيع الحاضر للبادي، وبه

وإن كان الأول فلا بأس بذلك. وعلى هذا تكون اللام للبادي بمعنى من. وقيل في صورته نظراً إلى اللام أن يتولى المصري البيع لأهل البادية ليغالي في القيمة. قال: (والبيع عند أذان الجمعة) أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند أذان الجمعة، قال الله تعالى «وذروا البيع» وتسميته منهياً باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة قوله: (بيان للقيح المجاوز، فإن البيع قد يخل بواجب السعي إذ قعدا أو قفقا يتبايعان، وأما إذا تبايعا يمشيان فلا إخلال فيصح بلا كراهة، وقد تقدم في كتاب الصلاة أن المعتبر في ذلك هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال وكل ذلك) أي المذكور من أول الفصل إلى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد، لأن الفساد: أي القبح لأمر خارج زائد: أي مجاور، وليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة وتفسر ببيع من يزيد، وروى أنس رضي الله عنه قد مر آنفاً (نوع منه) أي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المكروه، ومن ذلك صغيرين أو

قال المصنف: (والبيع عند أذان الجمعة، قال الله تعالى «وذروا البيع» أقول: قال الزيلعي: وذكر في النهاية أنهما إذا تبايعا وهما

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٢٢ وأبو داود ٣٤٤٢ والترمذي ١٢٢٣ والنسائي ٢٥٦/٧ وابن ماجه ٢١٧٦ والشافعي ١٤٧/٢ والطحاوي ١٧٥٢ وابن أبي شيبة ٢٣٩/٦ وأحمد ٣١٢/٢. ٣٠٧. ٣٨٦. ٣٩٢ وابن حبان ٤٩٦٠ و٤٩٦٣ و٤٩٦٤ من طرق كلهم عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: لا يبيع حاضر لباد دعوا... الحديث. وكذا رواه البغوي ٢٠٩٩ والبيهقي ٣٤٦/٥ من هذا الوجه.

وأبو الزبير صرح بالتحديث في رواية ابن أبي شيبة والنسائي ورواية أحمد فزالت شبهة التدليس.

(٢) خير ابن عباس تقدم قبل حديث جابر. رواه البخاري ومسلم وغيرهما.

ولا في شرائط الصحة. قال: (ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا. وقد صح «أن النبي عليه الصلاة والسلام باع قدحاً وحلماً ببيع من يزيد» ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه) قال: (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما، وكذلك إن كان أحدهما كبيراً) والأصل فيه قوله ﷺ «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» «ووهب النبي ﷺ لعليّ رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين

قال أحمد، وعلل الصحة (بأن الفساد) فيه (في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة) واستشكله في الكافي لأن البيع يفسد بالشرط وهو خرج عن العقد ليس في صلبه قال: إلا أن يؤول الخارج بالمجاور، وأنت علمت ما عندنا في ذلك قوله: (ولا بأس ببيع من يزيد) وهو صفة البيع الذي في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة (لأنه ﷺ باع قدحاً وحلماً ببيع من يزيد) روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك «أن رجلاً من الأنصار أتى النبي ﷺ يسأله فقال له: أما في بيتك شيء؟ قال: بلى جلس نلبس بعضه ونبسط بعضه، وقعب نشرب فيه الماء، قال: اتنني بهما، فأتاه بهما فأخذهما رسول الله ﷺ وقال: من يشتري هذين؟ فقال رجل: أنا أخذهما بدرهم، فقال: من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثاً، فقال رجل: أنا بدرهمين، فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين، فأعطاهما الأنصاري وقال: اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك، واشتر بالآخر فأسأ فأتني به، فأتاه به فشد فيه رسول الله ﷺ عوداً بيده ثم قال: اذهب فاحتطب وبع، ولا أرينك خمسة عشر يوماً، فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم، فاشترى ببعضها ثوباً وبعضها طعاماً، فقال رسول الله ﷺ: هذا خير لك من أن تجيء المسئلة نكتة في وجهك يوم القيامة، إن المسئلة لا تصلح إلا لثلاثة: لذي فقر مدقع، أو لذي غرم مفظع، أو لذي دم موجع» وأخرجه الترمذي مختصراً «أنه ﷺ باع حلماً وقدحاً فيمن يزيد»^(١) قال الترمذي: حديث حسن

صغيراً وكبيراً أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله ﷺ «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» قوله: (ووهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى، لأن تقريره والأصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام «ووهب النبي ﷺ لعليّ غلامين أخوين صغيرين ثم قال له: ما فعل الغلامان؟ فقال: بعت أحدهما، فقال أدرك أدرك. ويروى: اردد اردد. ووجه الاستدلال بالأول هو الوعيد، وبالثاني تكرار الأمر بالإدراك والرد، والوعيد جاء للتمييز والأمر بالإدراك على بيع أحدهما وهو تفرق ولم يتعرض للبيع، فقلنا بكراهة البيع لإفضائه إلى التفرق وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة، والمعنى المؤثر في ذلك استئناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير، وفي بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد، وفيه ترك المرحمة على الصغار، وقد أوعد النبي على ذلك

يعثمان فلا بأس به، وعزاه إلى أصول الفقه لأبي اليسر. وهذا مشكل فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقاً، فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصاً وهو نسخ فلا يجوز بالرأي اهـ. وفيه بحث. قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ١٦٤١ والترمذي ١٢١٨ والنسائي وابن ماجه ٢١٩٨ وابن الجارود ٥٦٩ والطيالسي ١٣٢٦ وابن أبي شيبة ١٨٣/٨ وأحمد ١٠٠/٣ ١١٤. كلهم من طريق الأخضر بن عجلان عن أبي بكر الحنفي عن أنس به.

اختصره الترمذي والنسائي وطوله أبو داود وابن ماجه وغيرهما. وحسنه الترمذي وقال رواه غير واحد عن الأخضر. وجاء في نصب الراية ٢٣/٤ ما ملخصه: قال ابن القطان: وهذا اللفظ يعطي أن أنساً لم يشاهد القصة، ولم يسمع ما فيها من النبي ﷺ، فالحق أعلم أن الرواية مرسله.

والشيء الثاني: الحديث معلول بأبي بكر الحنفي فإني لا أعرف أحداً نقل عدلك فهو مجهول الحال اهـ. وقال الترمذي في علله الكبير: سألت البخاري عن هذا الحديث فقال: الأخضر بن عجلان ثقة. وأبو بكر الحنفي اسمه عبد الله اهـ. الزيلعي. وأما ابن حجر فقال في تلخيص الحبير ١٥/٣ ما ملخصه: أعلمه ابن القطان بجعل حال أبي بكر الحنفي ونقل عن البخاري أنه قال: لا يصح حديثه.

تنبيه: المجلس بكسر الحاء وإسكان اللام كساء رقيق يكون تحت برذعة البعير. قاله الجوهري اهـ ابن حجر. قلت: وعلماً هذا فقط من البخاري في هذا الحديث. وكون الحنفي تفرد به وهو مجهول. فالخبر ضعيف وفيه اضطراب حيث رواه بعضهم مطولاً واختصر، البعض. وقد قال ابن حجر والذهبي عنه: لا يعرف حاله.

صغيرين ثم قال له: ما فعل الغلامان؟ فقال: بعت أحدهما، فقال: أدرك أدرك، ويروى: اردد اردد». ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس، والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحلة على الصغار، وقد أوعد عليه تم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب

لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفي، وقد رواه غير واحد عن الأخضر بن عجلان وقال في علله الكبير: سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: الأخضر بن عجلان ثقة^(١) قوله: (نوع منه) أي من البيع المكروه: أي الذي لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحريمية، وإنما فصله لأن الكراهة فيه لمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع إليه أو لأنها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق، بخلاف الأول (ومن ملك مملوكين) بأي سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثاً (صغيرين) أو (أحدهما وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما) سواء كان يبيع أو هبة أو وصية وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع، ولا ينظر في الوصية إلى جواز أن يتأخر الموت إلى انقضاء زمان التحريم لأن ذلك موهوم (والأصل فيه قوله ﷺ) فيما رواه الترمذي عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من فرّق بين والدته وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»^(٢) وقال: حديث حسن غريب، وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر^(٣) فيه فإن فيه حيي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه، وللإختلاف فيه لم يصححه الترمذي، ورواه أحمد بقصة. وروى الحاكم في المستدرک عن عمران بن حصين قال: قال رسول الله ﷺ: «لملعون من فرّق بين والدته وولدها»^(٤) وقال: إسناده

بقوله ﷺ «من فرّق بين والدته وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» إن كان المراد بتركها المرحلة تركها بالتفريق، ويجوز أن يكون المراد في قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وترك المرحلة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام «من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق إنما هو باعتبار استئناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى أو الصغير قصداً فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم (الحديث) أقول: قوله فرق الله يجوز أن يكون دعاء على من فرق بين والدته وولدها ويجوز أن يكون خبراً. قوله: (والأصل فيه ما قال

(١) تقدم أنه وأه وأن علته شيخ الأخضر لا الأخضر.

(٢) جيد. أخرجه الترمذي ١٢٨٣ والدارمي ٢٣٨٥ وأحمد ٤١٢/٥. ٤١٣. والحاكم ٥٥/٢ والدارقطني ٦٧/٣ كلهم من حديث أبي أيوب الأنصاري وكرره الترمذي في السير ١٥٦٦

وقال عقب الروايتين: حسن غريب. وزاد عقب الثانية: والعمل على هذا عند أهل العلم.

وقال الحاكم: صحيح على شرط ما مسلم. وسكت الذهبي. وجاء في نصب الراية ٢٣/٤ ما ملخصه: وصححه الحكم على شرط مسلم. وفيما قاله نظر: لأن حيي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح شيء بل نقل ابن القطان عن البخاري قوله: فيه نظر. وقال أحمد: أحاديثه منكرية. وقال يحيى والثناي: لا بأس به. قال ابن القطان: ولأجل الاختلاف في لم يصححه الترمذي أه.

قلت: تابعه في رواية الدارمي عبد الله بن جنادة. لكن هذا الآخر ضعيف أيضاً كما في التريب. لكن للحديث شواهد فهو قوي وستأتي.

(٣) كذا وقع للمصنف: وصوابه: وفيه نظر اه هذه عبارة الزيلعي كما تقدم.

(٤) حسن لشواهد. أخرجه الحاكم ٥٥/٢ والدارقطني ٦٧/٣ كلاهما من حديث طليق بن محمد عن عمران بن حصين مرفوعاً. وصححه الحاكم وسكت الذهبي. وقد أخرجه الدارقطني ٦٧/٣ عن طليق بن عمران عن أبي بردة عن أبي موسى مرفوعاً وصدده: لقي ورواية: نهى... إلخ بدل: لمن.

وجاء في نصب الراية ٢٥/٤ ما ملخصه: ذكره عبد الحق في أحكامه ثم قال: اختلف فيه على طليق فرواه بعضهم عنه عن أبي بردة عن أبي موسى مرفوعاً.

ورواه بعضهم عنه عن عمران بن حصين.

ورواه بعضهم عنه مرسلأ وقال: هو المحفوظ.

وقال ابن القطان: وبالجملته فالحديث لا يصح لأن طليقاً لا يعرف حاله اه.

قلت: قال عنه ابن حجر: مقبول اه.

وللحديث شواهد. تقدم أحدها وسيأتي بعضهما فهو حسن.

ولا قريب غير محرم، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده، ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا، حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد

صحيح، وفيه طليق بن محمد، تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين، وتارة عنه عن أبي بردة، وتارة عن طليق عن النبي ﷺ مرسلًا. قال الدارقطني: وهو المحفوظ، وقول ابن القطان لا يصح لأن طليقاً لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك وإلا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة وألفاظ توجب صحة المعنى المشترك فيه، وهو منع التفريق إلا أن في سوقها طولاً علينا^(١). وأما حديث علي رضي الله عنه فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي رضي الله عنه قال «وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما، فقال رسول الله ﷺ: يا علي ما فعل غلامك؟ فأخبرته فقال: رده رده»^(٢) قال الترمذي حديث حسن غريب. وتعبه أبو داود بأن ميموناً لم يدرك علياً وهو على طريقتهما من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك. وأخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال: «قدم على النبي ﷺ سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما وفترقت بينهما، ثم أتيت النبي ﷺ فأخبرته فقال: أدركما فارتجعكما وبعهما جميعاً فلا تفرق بينهما» وصححه الحاكم على شرط الشيخين، ونفى ابن القطان العيب عنه وقال: هو أولى ما اعتمد عليه في هذا الباب، ومن طريق آخر رواه أحمد والبخاري وفيه انقطاع، ولا يضر على أصلنا على ما عرف^(٣). قال المصنف (ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده) أي يصلح شأنه

ولا ما لا محرمة بينهما أصلاً، حتى لو كان أحدهما أماً رضاعياً للآخر أو كان أمة والآخر ابنها رضاعاً أو كان أحدهما ولد عم أو خال أو كان أحدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لأن النص النافي ورد بخلاف القياس، لأن القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين، وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده الوالدة ولولدها والأخوان. قيل: في كلام المصنف تناقض، لأنه علل بقوله ولأن الصغير يستأنس بالصغير، وقال: ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للزواج، ثم قال: لأن النص ورد بخلاف القياس، وما كان كذلك لا يكون

عليه الصلاة والسلام) أقول: على أن تكون ما مصدرية قوله: (ووجه الاستدلال بالأول) أقول: لا حاجة في صحة الاستدلال بأدرك واردة إلى التكرار. نعم يتقوى الاستدلال بتكرار الأمر قوله: (بقوله عليه الصلاة والسلام «من فرق بين والدته ولولدها» الحديث) أقول: الدعوى

(١) ما ذكر ابن الهمام صواب وهو ما تميل إليه النفس.

(٢) جيد لشواهده. أخرجه أبو داود ٢٦٩٦ والترمذي ١٢٨٤ وابن ماجه ٢٢٤٩ والحاكم ٥٥/٢ والدارقطني ٦٦/٣ كلهم من طرق عن ميمون بن أبي شبيب عن علي باللفاظ متقاربة والقصة واحدة.

وقال الترمذي: حسن غريب.

وقال أبو داود: ميمون لم يدرك علياً قُتل بالجماع سنة ثلاث وثمانين.

وأما الحاكم فقال: هذا متن إسناده صحيح

قلت: وقد توبع ميمون فقد أخرجه الحاكم ٥٤/٢ والدارقطني ٦٥/٣. كلاهما من طريق عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي به وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

قال الزيلعي في نصب الراية ٢٦/٤ رواية شعبة عن الحكم عن ابن أبي ليلى هذه لا عيب بها وهي أولى ما اعتمد في هذا الباب اهـ.

وقال الزيلعي: ورواه أحمد، والبخاري من طريق سعيد بن أبي عروبة عن الحكم عن ابن أبي ليلى عن علي به.

وقال: قال صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي. هذا إسناد رجاله رجال الصحيحين إلا أن ابن أبي عروبة لم يسمع من الحكم شيئاً. قاله: أحمد والنسائي وغيرهما.

قال الزيلعي: ورواه إسحق وبينهما رجل مجهول. حيث رواه عن ابن أبي عروبة عن صاحب له عن الحكم به اهـ وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ١٦/٣: قال الدارقطني في علله لا يمتنع كون الحكم سمعه من ابن أبي ليلى. ومن ميمون فتارة حدث به عن هذا ومرة عن هذا اهـ.

الخلاصة: الحديث قوي بشواهده فهو حسن صحيح والله أعلم

(٣) تقدم الكلام في الذي قبله مستوفياً.

منهما، ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعته بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه

(فكان في التفريق قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار، وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة والسلام «من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا»^(١) ورواه^(٢) ابن أبي شيبه عن عمرو بن العاص، وكذا رواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب. وروى الطحاوي في مشكل الآثار: حدثنا يونس بن عبد الأعلى، حدثنا ابن وهب، أنبأنا مالك بن أبي الخير الزياتي عن أبي قنبل عن عبادة بن الصامت عنه رضي الله عنه قال «ليس منا من لم يبجل كبيرنا ويرحم صغيرنا»^(٣) وعلى نحو الأول رواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب من حديث أبي هريرة^(٤)، وقد روى من حديث عدة من الصحابة^(٥) فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي ﷺ. قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للكناح حتى لا يدخله محرم غير قريب) كمحرم الرضاع وامرأة الأب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأنه على خلاف القياس فيقتصر على مورده) ومورده كان في المحرمة كما في الوالدة ولولدها والأخوين. فإن قيل: لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها لأن النص ما ورد إلا في الوالدة والأخوين. فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلالياً

معلولاً فناء التناقض. والجواب ما أشرنا إليه في تفسير كلامه أن مناط حكم المنع عن التفريق إنما هو استثناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للكناح بدون ضرر للمولى أو الصغير قصداً فهو بيان لما عسى يجوز به إلحاق الغير بالدلالة إذا ساواه، لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه، فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس. وإذا ظهر هذا تبين أنه ليس في القرابة والمحرمة، ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للكناح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها. فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولاً بالقرابة المحرمة للكناح لما جاز التفريق عند

عامة، والحديث مخصوص بالوالدة والولد. قوله: (فهو بيان لما عسى يجوز به إلحاق الغير بالدلالة إذا ساواه) أقول: دعوى المساواة

- (١) صحيح لشواهد. أخرجه أبو داود ٤٩٤٣ من طريق ابن أبي شيبه عن ابن عامر عن عبد الله بن عمرو بن العاص. وأخرجه الترمذي ١٩٢٠ والبخاري في الأدب المفرد ٣٥٥ و ٣٥٨ من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهذه سلسلة الحديث الحسن. وقد قال الترمذي: حسن صحيح. وله شواهد ستأتي فهو صحيح لشواهد.
- (٢) صوابه: رواه أبو داود من طريق ابن أبي شيبه: كذا في نصب الراية ٢٦/٤.
- (٣) صحيح لشواهد. أخرجه أحمد ٣٢٣/٥ والطبراني كما في المجموع ١٤/٨ والطحاوي في المشكل كما في نصب الراية ٢٧/٤ كلهم من حديث عبادة بن الصامت وقال الهيثمي: إسناده حسن.

وورد من حديث أبي هريرة. أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٣٥٣ والحاكم ١٧٨/٤ وصححه وأقره الذهبي. وورد من حديث ابن عباس، أخرجه ابن حبان ٤٥٨ والبزار ١٩٥٥ والبيهقي ٣٤٥٢ وكذا الترمذي ١٩٢١ والقضاعي في الشهاب ١٢٠٣ وأحمد ٢٥٧/١ والطبراني في الكبير ١١٠٨٣ من طرق كلهم من حديث ابن عباس وفي بعض رجاله كلام إلا أن شواهد تقويه وورد من حديث أنس. أخرجه الترمذي ١٩١٩ وأبو يعلى ٣٤٧٦ وكذا الطبراني في المجموع ١٤/٨.

وقال الهيثمي: في إسناده أبي يعلى يوسف بن عطية متروك. وفي إسناده الطبراني غير واحد ضعيف اهـ. وعن وثالة بن الأسقع. عند الطبراني في الكبير ٢٢ (٢٢٩) عن الزهري عن وثالة وقال الهيثمي في المجموع ١٤/٨ الزهري لم يسمع من وثالة. وعن جابر. رواه الطبراني في الأوسط كما في المجموع ١٤/٨ وضعف الهيثمي إسناده. وأخرجه البخاري في الأدب المفرد ٣٥٦ والطبراني في الكبير ٧٧٠٣ من طريقين فرواه الطبراني عن عفير بن معدان وقال الهيثمي: ضعيف جداً اهـ.

وأما رواية البخاري فهي عن القاسم بن عبد الرحمن وهو غير قوي أيضاً.

الخلاصة: فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الصحيح كيف وبعضها حسن وهي رواية عمرو بن شعيب. والله تعالى أعلم.

(٤) تقدم في الذي قبله مستوفياً.

(٥) تقدمت هذه الروايات عن الصحابة الكرام. وكما قال المصنف ابن الهمام رحمه الله فقد بلغ هذا الحديث حد الشهرة. والله أعلم.

دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به . قال : (فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا

وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لأن الوالد أيضاً مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الأخوين، فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة ثبتت في الخال والخالة بالدلالة، ومعلوم أن المحققين على عدم اشتراط الأولوية في الدلالة والمفهوم . بقي إيراد نقض العلة بشمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة، منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي: ما إذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجنانية، أو استيلاء دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور إذ له أن يدفع عنه الفداء والدين ويستبقيه ورده وحده بعيب بحصته فيرده وحده وإن كان عند أبي يوسف أنه يردهما جميعاً أو يمسكهما كما في مصرعي الباب إذا وجد بأحدهما عيباً . والرابعة أن يدير أحدهما أو يستولد الأمة وحينئذ جاز بيعه الآخر . والخامسة أن يكون لحربي مستأمن فباع أحدهما، فللمسلم أن يشتريه مع أن المنع كما هو للبايع كذلك للمشتري . والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حل بيع أحد الكبيرين مع أنه يصدق التفريق بين الصغير والكبير . والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقة بالإخراج عن ملكه . والثامنة لو كان الولد مراهقاً فرضي بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه . فالجواب عن الثلاثة الأول ما أشار إليه المصنف بقوله : (لأن المنظور إليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) إلحاق (الضرر به) أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم، فلو منعنا التفريق كان إلزاماً للضرر بالمالك، والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمة غير المستلزم ضرراً بالمالك، فعند استلزامه تكون علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة أو مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها، وبهذا يجاب عن الرابع إذ يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله رأساً، بخلاف ما قبل التدبير فإنه يمكنه بيعهما والانتفاع بهما . وعن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم، فإنه إن لم يشتره أحد يذهب به إلى دار الحرب ومفسدة كونه هناك يشب ويكتهل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لأنه ضرر الدين والدنيا، فالدين ظاهر والدنيا تعريضه على القتل والسبي، والسبي هلاك . ويجيء ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه . وعن السادس بأن العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش، وقد بقي له من يقوم مقام الثالث . على أن في رواية عن أبي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال، أو اتحدت كخالين عند أبي يوسف لأنه يستوحش بفراق الكل . وعن السابع بأن العتق والكتابة عين الجمع لا التفريق فإن المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع أخيه حيثما كان وأينما صار . وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لما اختارا ذلك فقد تحققنا خلوّ الوصف الظاهر المنضبط عن الحكم فلا يشرع معه الحكم فآل الكل إلى عدم العلة في الحقيقة . ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط إذا كان للذمي عبد له امرأة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فإنه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وإن كان تفرقاً بينه وبين أمه لأنه يصير مسلماً بإسلام أبيه فهذا تفريق بحق قوله : (فإن فرق كره ذلك وجاز العقد) إذا كان المالك مسلماً حراً أو مكاتباً أو مأذوناً، أما إذا كان كافراً فلا لأنهم

وجود هذه العلة؛ لكنه جاز في سبعة مواضع وإن كان أحدهما صغيراً فكانت العلة منقوضة ولزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ . والأول من المواضع السبعة ما إذا صار أحدهما في ملكه إلى حال لا يمكنه بيعه كما إذا دبره أو استولده إن كانت أمه فإنه لا بأس ببيع الآخر وإن حصل التفريق . والثاني إذا جنى أحدهما جنابة نفس أو مال فإن للمولى أن يدفع وفيه تفريق مع أنه مخير بين الدفع والفداء، وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة . والثالث إذا كان المالك حربياً جاز

فيما إذا كان أحدهما عمّاً أو خالاً، لمورد النص مشكلة وللإشارة إلى ذلك قال عسى قوله : (أو لزم التزام القول بتخصيص العلل) أقول : فإنه ظهر أن العلة هي الرحم المحرمة الغير المستلزم ضرراً بالمالك والصغير قصداً قوله : (وأما الثالث فلأن منع التفريق الخ) أقول : فيه

يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها. وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا، فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد. ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله، وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة

غير مخاطبين بالشرائع. والوجه أنه إن كان التفريق في ملتهم حلالاً لا يتعرض لهم إلا إن كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وإن كان ممتنعاً في ملتهم لا يجوز (وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها، وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك) أي قرابة الولاد وغيرها وهو قول أحمد لما روينا من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي ﷺ «أدركهما وارتجعهما»^(١) فإن الأمر بالإدراك والارتجاع لا يكون إلا في البيع الفاسد (ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله والكراهة لمعنى مجاور) والنهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشابه كراهة الاستيلاء) على سوم أخيه، وحينئذ يجب تأويل الأمر بالإدراك والارتجاع على طلب الإقالة مع ظهور أن يقبله رغبة في ثواب الإقالة أو أن يبيع الأخ لآخر منه. وإعلم أن مدة منع التفريق إنما تمتد إلى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض. وذكر فيه حديثاً في المبسوط عنه ﷺ «لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية» وعن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام «لا تفرقوا بين الأم وولدها، فقيل إلى متى؟ فقال: إلى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية»^(٢) رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي. وفي أظهر قوله إلى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب، وإلى زمان سقوط الأسنان، والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التنقيح، وقال: الأشبه أنه موضوع، وسببه أن في سنده عبد الله بن عمرو بن حسان، قال الذهبي: كذاب، وقيل رماه ابن المديني بالكذب، غير أن الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعاً. وقال بعض مشايخنا: إذا راهقاً ورضياً بالتفريق فلا بأس به لأنهما من أهل النظر لأنفسهما، وربما يريان المصلحة في ذلك قوله: (وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص) ليثبت فيه المنع إلحاقاً بالدلالة إذ كان أصله على خلاف القياس (وقد صح أنه ﷺ فرق بين مارية وسيرين) بالسين المهملة، ذكره ابن عبد البر في

للمسلم شراء أحدهما، وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء. والرابع إذا ملك صغيراً وكبيرين جاز بيع أحد الكبيرين استحساناً وإن لزم التفريق. والخامس إذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيباً كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق. والسادس جاز إعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفريق. والسابع إذا كان الصغير مراهقاً جاز بيعه برضاه ورضاً أمه ولزم التفريق. وإذا تأملت ما مهد لك آنفاً ظهر لك عدم ورودها فإن ما خلا الآخرين يشتمل على الضرر، أما الأول فلأن بيع أحدهما لما امتنع لمعنى شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به. لا يقال: المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له أضرار فكيف تحمل لأنه لو لم يتحمل ذلك لزم إهمال الحديث. وأما الثاني فلأنه لو ألزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر. وأما الثالث فلأن منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصداً وعاد على موضوعه بالنقض، فإن الحربى يدخلهما دار الحرب فينشأ فيها، وضرر

بحث. قال المصنف: (لا الإضرار به) أقول: قال ابن الهمام: أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث. قوله: (وإطلاق التفريق يدل الخ) أقول: لا يخفى عليك أن قوله وجاز البيع يدل على التقييد، نعم لا كلام في إطلاق التفريق الواقع في

(١) هو بعض حديث علي حيث باع أحد الأخوين. وتقدم في ٥/ ٥٨٠ قبل روايات حديث: ليس منا. إلخ.

(٢) باطل. أخرجه الحاكم ٥٥/٢ والدارقطني ٦٨/٣ كلاهما من حديث عبادة بن الصامت.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد!!!

ورده الذهبي بقوله: قلت: موضوع. وابن حسان كذاب اه.

وقال الدارقطني عقب حديث: فيه عبد الله بن عمرو بن حسان الواقفي ضعيف الحديث. رماه علي المديني بالكذب.

ونقل الزيلعي في نصب الرأية ٣٠/٤ عن ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قوله: الأشبه أن يكون موضوعاً.

ثم نقل الزيلعي كلام الذهبي وأقره وأقرهما ابن حجر في الدراية ١٥٤/٢، فالخير باطل.

الاستيغام (وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لأنه ليس في معنى ما ورد به النص، وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أختين».

الاستيعاب. قال البزار بعد أن غلظه للحديث طريق ذكرها، لكن روي هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم ابن إسماعيل ودلهم بن دهشم انتهى. ويشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: «أهدى المقوقس القبطي لرسول الله ﷺ جاريتين وبغلة كان يركبها، فأما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم عليه السلام وهي مارية أم إبراهيم. وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان» وذكر أن هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة، وأخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة مرسلاً «أنه ﷺ بعث حاطب بن أبي بلتعة إلى المقوقس، إلى أن قال: وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين إحداهما أم إبراهيم، وأما الأخرى فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهم بن قيس العبدي وهي أم زكريا بن جهم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر» وهذا مخالف لما تقدم. وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي بسنده إلى حاطب قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى المقوقس ملك الإسكندرية فجنحت بكتاب رسول الله ﷺ فأنزّلني في منزله فأقمت عنده ثم بعث إليّ وجمع بطارقه، إلى أن قال: وهذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد، فأهدى إلى رسول الله ﷺ ثلاث جوار منهم أم إبراهيم ابن رسول الله ﷺ. واحدة وهبها لأبي جهم بن حذيفة العدوي، وواحدة وهبها لحسان بن ثابت»^(١) فهذا

ذلك ظاهر في الدنيا لعرضية الأسر والقتل وفي الآخرة، لأن ظاهر من ينشأ من صغره بينهم أن يكون على دينهم. وأما الرابع فلأن منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر إضرار للمولى. وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن أبي يوسف. وعلى ظاهر الرواية إنما جاز لأن رد السالم عن العيب حرام من كل وجه، وفي إلزام المعيب إضرار للمشتري فيتعين رده دفعاً للإضرار عنه. وأما في السادس فلأن الإعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه، لأن المعتق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيدور هو حيثما دار أخوه ويتعاهد أموره على ما أراد، ولا اعتبار بخروجه عن ملكه بعد ما حصل

الحديث. قوله: (والجواب عن الحديث أنه محمول الخ) أقول: في «أدرك» وارده قوله: (أو بيع الآخر الخ) أقول: في أدرك ثم لفظ أو هاتنا لمنع الخلو.

(١) يشبه الحسن. أخرجه البزار في مسنده من طريق بشير بن مهاجر عن عبد الله بن بريدة عن أبيه. وقال البزار: وهم فيه محمد بن زياد فرواه عن ابن عيينة عن بشير بن مهاجر به وابن عيينة ليس عنده عن ابن مهاجر شيء. ولكن رواه عن ابن مهاجر حاتم بن إسماعيل ودلهم بن دهشم قلت. أي الزيلعي: هكذا رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده حدثنا خالد بن خدّاش ثنا حاتم بن إسماعيل ثنا بشير بن مهاجر به سنداً ومتناً وذكر أن هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة.

ورواه البيهقي في الدلائل عن ابن إسحق حدثني الزهري عن عبد الرحمن بن عبد القاري بنحوه لكن فيه مخالفة لما رواه البزار حيث في هذا المرسل: وأما الجارية الأخرى فوهبها لجهم بن قيس العبدي.

ويجمع بين ذلك ما رواه البيهقي أيضاً بسنده عن حاطب بن أبي بلتعة وفيه: أهداه ثلاث جوار. منه أم إبراهيم أم ولد رسول الله ﷺ، واحدة وهبها عليه السلام لأبي جهم، واحدة لحسان بن ثابت اهـ.

قلت: ورواية البيهقي هذه الأخيرة واهية. ففي الإسناد عبد الرحمن بن زيد بن أسلم. وقد قال يحيى بن معين: أولاد زيد بن أسلم ليسوا بشيء. وفيه غير واحد من المجاهيل أيضاً.

ومع ذلك قال ابن الهمام: وليس في هذه الروايات أن الجاريتين كانتا أختين.

ثم قال الكمال: وقد ذكر الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي بإسناد له... فذكره وفيه: جاريتين أختين... الخبر.

قال الكمال: هذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد أسلفنا توثيقه اهـ.

قلت: وقع في رواية ابن المهاجر عن بريدة في كتاب الإصابة لابن حجر ٣٣٩/٤ رقم ٦٠٩ وفيه: جاريتين أختين... الحديث اهـ فالحق أعلم.

وقال الهيثمي في المجمع ١٦٢/٩: روى الطبراني بإسنادين في أحدهما الواقدي وفي الآخر محمد بن الحسن بن زبالة وكلاهما متروك. عن سيرين قالت: حضرت موت إبراهيم بن رسول الله ﷺ، وكنت كلما صحت وأختي صاح النساء ولا ينهانا فلما مات نهانا عن الصياح... الحديث اهـ.

يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطرقه، وليس في شيء منها أن الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال. لا جرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي بإسناد له: أن المقوقس أرسل إلى حاطب ليلة إلى أن قال: فارجع إلى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة من مراكيي وألف مثقال ذهباً وعشرين ثوباً من لين وغير ذلك، وأمرت لك بمائة دينار وخمسة أثواب فارجل من عندي ولا تسمع منك القبط حرفاً واحداً فهذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب، وقد أسلفنا توثيقه^(١)، وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب، ونقله أحمد بن عبد الله الطبري عن أبي عبيدة في خاتمة مناقب أمهات المؤمنين فالحمد لله أعلم بذلك، وإنما بؤب أبو داود للتفريق بين المذكورات للحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الأكوع قال: «خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزارة، إلى أن قال: فجئت بهم إلى أبي بكر وفيهما امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب، فنفلني أبو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لي النبي ﷺ: يا سلمة هب لي المرأة، فقلت هي لك، ففدي بها أسارى مكة»^(٢) انتهى مختصراً فهذا التفريق وإن كان من فعل أبي بكر لكن لا شك في أن النبي ﷺ علمه واتهب الجارية ولم يردّها إلى أمها بل أبعد دارها حين فدى بها، فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين، والله أعلم.

المعنى الموجب في إبقائهما جميعاً مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه. وأما في السابع فلأن المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضا بالتفريق اندفع الضرر، ففيما عدا الأخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به. وأما السادس فلا تفريق فيه، وأما السابع فمن قبيل إسقاط الحق، ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما لأن التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقاً ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابناً صغيراً له أو كبيراً وهما في مؤنته أولاً وسواء كان زوجته أو مكاتبته، ولا يجوز بيع أحدهما من أحد هؤلاء إذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك قوله: (ولو كان التفريق بحق مستحق) تقدم تقريره في أثناء الأسئلة وجوابها. وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: إذا جنى أحدهما أنه يستحب الفداء لأنه مخير بين أن يدفع أو يفدي فكان الفداء أولى. قال: (فإن فرق كره ذلك وجاز العقد إلخ) فإن فرق كره ذلك، وإطلاق التفريق يدل على أنه مكروه سواء كان بالبيع أو القسمة في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز. وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها،

= الخلاصة: قد جاءت الرواية كونهما أختين في أكثر من مكان فقد جاءت في رواية بريدة كما ذكرت في الإصابة، وجاءت في رواية الواقدي عن سيرين وهو وإن وثقه ابن الهمام إلا أنه فيه نظر فالجمهور على أنه وإن كان تابعه ابن زبالة كما ذكر الهيثمي وهو وإن أيضاً. فالخير بهذه الطرق يعلم أن له أصلاً وأنهما كانتا أختين.

قلت: ثم رأيت بحمد الله ومنه وكرمه في كتاب الإصابة برقم ٩٨٤ في ترجمة مارية قال ابن حجر ما ملخصه: ذكر ابن سعد من طريق عبد الله بن أبي صعصعة قال: بعث الموقس صاحب الإسكندرية سنة سبع من الهجرة إلى رسول الله ﷺ بمارية القبطية وأختها سيرين... فشاهد خبراً طويلاً.

ثم ذكر ابن حجر حديث البزار عن بريدة وحكم بأنه حديث حسن الإسناد. لكن ليس فيه لفظ: أختين اه. أخير: كون مارية القبطية هدية من موقس مصر هذا ثابت بل مشهور وأما كونها أخت سيرين فهذا لم يأت بإسناد جيد ولا صحيح. فلا أستطيع أن أدفعه أو أرده ولا أستطيع أيضاً أن أثبتة فالحمد لله تعالى أعلم.

(١) تقدم الكلام على هذا الخبر في الذي قبله مستوفياً. وأما الواقدي: فالأكثر على أنه وإن متروك بل كذبه غير واحد في رواية الحديث. وقد نقل الذهبي عن توثيقه عن جماعة منهم محمد بن إسحق الصنعاني وكذا مصعب ومعن القزاز وزيد بن هارون وإبراهيم الحربي وقد شهد له الذهبي في السير والمغازي والحوادث حيث قال: كان إلى حفظة المنتهى في الأخبار والسير والمغازي والفقه وغير ذلك.

ثم ختم الذهبي ترجمته بقوله: واستقر الإجماع على وهن الواقدي اه انظر الميزان ٦٦٢/٣. ٦٦٦.

(٢) هو بعض حديث سلمة بن الأكوع. أخرج مسلم وغيره وتقدم في كتاب السير. باب التنفيل وفداء الأسارى وهو في صحيح مسلم ١٧٥٥ من حديث سلمة.

[فروع] إذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحداً منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمّة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الأم. وروى هشام عن محمد أنهم لا يباعون إلا معاً اعتباراً لاختلاف الجهة. والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لأن شفقة الأم تغني عن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها، فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة، والجدّة كالأم؛ فلو كان معه جدّة وعمّة وخالة جاز بيع العمّة والخالة، ولو كان معه عمّة وخالة لم يباعوا إلا معاً لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة، ولو كان معه أخوان أو إخوة كبار، في رواية الأمالي لا يباع واحد منهم، والصحيح أنه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لأن الشفقة أمر باطني لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الأبعد مع الأقرب، وعند الاتحاد في الدرجة والجهة أحدهما يغني. وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كباراً وثلاثة صغاراً فباع مع كل صغير كبيراً جاز استحساناً، فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم باع غير الشقيقة؛ ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة. القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما، وفي الاستحسان لا يباع لأن الأب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي بيع فيمتنع احتياطاً فصار الأصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وإن كانوا في درجة، فإن كانوا من جنسين مختلفين كالأب والأم والخالة والعمّة لا يفرق، ولكن يباع الكل أو يمسك الكل، وإن كانوا من جنس واحد كالأخوين والعيمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه، ومثل الخالة والعمّة أخ لأب وأخ لأم، والله الموفق.

وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي «أدرك أدرك» ولزيد بن حارثة «اردد اردد» فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد. ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله، والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا فاسد كالاتيم. والجواب عن الحديث أنه محمول على طلب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما قوله: (وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لأنه ليس في معنى ما ورد به النص يشير إلى أن مراده فيما تقدم إلحاق بدلالة النص كما قرناه، وقد صح «أن النبي ﷺ فرّق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين» روي «أن أمير القبط أهدى إلى رسول الله ﷺ جاريتين أختين وبغلة، فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ إحدى الجاريتين سرية فولدت له إبراهيم وهي مارية، وهب الأخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين» بالسین المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب، وهذا كله إذا كان المالك مسلماً حراً كان أو مكاتباً أو ماذوناً له، وأما إذا كان كافراً فلا يكره التفريق لأن ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع.

باب الإقالة

(الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول) لقوله عليه الصلاة والسلام «من أقال نادماً بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة» ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعاً لحاجتهما (فإن شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن

باب الإقالة

مناسبتة الخاصة بالبيع الفاسد، والمكروه أنه إذا وقع البيع فاسداً أو مكروهاً وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان له من رأس المال صوناً لهم عن المحذور، ولا يكون ذلك إلا بالإقالة إلى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره، وهو مصرح بوجوب التماسخ في العقود المكروهة السابقة، وهو حق لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان. وأيضاً الإقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد، والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الإثبات. ثم قيل: الإقالة من القول، والهزمة للسلب، فأقال بمعنى أزال القول: أي القول الأول وهو البيع كأشكاه أزال شكايته. ودفع بأنهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول، ولأنه ذكر الإقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو، وأيضاً ذكر في مجموع اللغة: قال البيع قيلاً وإقالة فسخه قوله: (الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول) عليه إجماع المسلمين لقوله: (﴿من أقال نادماً بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة﴾) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من أقال مسلماً بيعته أقال الله عشرته» زائد ابن ماجه «يوم القيامة»^(١) ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين. وأما لفظ نادماً فعند البيهقي. قال المصنف (ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعاً لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره. ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى إنما يفيد مجرد جواز الإقالة، وأما لزوم كونه على الثمن الأول بعينه فلوجه يفيد المعنى الذي مهده بقوله:

باب الإقالة

(الإقالة) الخلاص عن خيب البيع الفاسد، والمكروه لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلق خاص بهما فأعقب ذكرها إياهما، وهي من القيل لا من القول، والهزمة للسلب كما ذهب إليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله ﷺ

باب الإقالة

فإن قيل: ما الجواب عن انتقاض حد البيع بالإقالة؟ قلنا: المراد من المبادلة في تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لا تراجعاً بطريق الرفع بقرينة مقابلة الإقالة للبيع قوله: (وهي من القيل لا من القول) أقول: في مجموع اللغة قال البيع قيلاً وإقالة فسخه قوله: (والهزمة للسلب) أقول: فأقال بمعنى أزال القول: أي القول الأولى وهو البيع قوله: (وشرطها أن تكون بالثمن الأول النخ) أقول: لو كان شرطاً لاتنفي بانتفائه، وليس كذلك بل الظاهر أنه من أحكامه.

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٤٦٠ وأحمد ٢٥٢/٢ والحاكم ٤٥/٢ وابن حبان ٥٠٣٠ والبيهقي ٢٧/٦ كلهم من حديث أبي هريرة. وصححه الحاكم على شرط الشيخين وأقره الذهبي وكذا المنذري في الترغيب ٢٠/٣. وأخرجه ابن ماجه ٢١٩٩ من وجه آخر عن أبي هريرة مرفوعاً وزاد هو وابن حبان لفظ: يوم القيامة. وأخرجه ابن حبان ٥٠٢٩ والقضاعي في الشهاب ٤٥٣ والبيهقي ٢٧/٦ كلهم من حديث أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً بمثل سياق صاحب الهداية.

وفي إسناده إسحاق بن محمد القروي صدوق كُفّ فساه حفظه روى له البخاري وغيره قاله في التقريب. قلت: والراجع أن حفظه لأنه تابعه غير واحد على أبي صالح فالحديث حسن أو صحيح والله أعلم. ونقل أبي حجر في تلخيص الحبير عن ابن حزم أنه صححه اه تلخيص ٢٤/٣ وقال أبو الفتح القشيري هو على شرطهما.

(الأول) والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما إلا أن لا يمكن جعله فسخاً فتبطل، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعاً فيجعل فسخاً إلا أن لا يمكن فتبطل. وعند محمد رحمه الله هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخاً فيجعل بيعاً إلا أن لا يمكن فتبطل. لمحمد

(والأصل) أي الأصل في لزوم الثمن الأول حتى يبطل الأقل والأكثر (أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الأول كأن لم يكن فيثبت الحال الأول، وثبت الحال الأول هو الرجوع عين الثمن الأول إلى مالكة كأن لم يدخل في الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والأجل. نعم لما لم يكن فعلهما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة إلى غيرهما بيعاً فيعطي بالنسبة إلى غيرهما حكم البيع كما سنذكره (فإن لم يمكن جعله فسخاً) كأن ولدت المبيعة بعد القبض، وكما إذا كان المبيع عرضاً بالدرهم فهلك (تبطل)، هذا قول أبي حنيفة رحمه الله. وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعاً) بأن وقعت الإقالة قبل القبض في مبيع منقول فتجعل فسخاً، فإن تعذر كونها بيعاً وفسخاً كما لو كان المبيع عرضاً بالدرهم فتقايلا بعد هلاك العرض فحينئذ تبطل. وعند محمد قلب قول أبي يوسف فهي فسخ إلا أن يتعذر فبيع إلا أن تعذر فتبطل؛ والعجب أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله في أن الإقالة تصح بلفظين أحدهما مستقبل، كما لو قال أقلني فقال أقلتك مع أنها بيع عنده والبيع لا يتعقد بذلك على ما سلف. ومحمد يقول إنها فسخ ويقول: لا تتعقد إلا بالمضي فيهما لأنها كالبيع فأعطى بسبب الشبه حكم البيع. وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لأن المساومة لا تجري في الإقالة، فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع. هكذا في شرح القُدوري، وذكره في الدراية. والذي في فتاوى قاضيه خان أن قول أبي حنيفة كقول محمد. وفي الخلاصة اختاروا قول محمد، ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اخترت تمت، ويجوز قبول الإقالة دلالة بالفعل، كما إذا قطعه قميصاً في فور قول المشتري أقلتك وتنعقد بفاسختك وتاركت. وجه قول محمد (أن اللفظ) أي لفظ الإقالة وضع (للفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فإنه يقال: (أقلني عثرتي) بمعنى أسقط أثرها باعتبارها عدماً بعد وجودها، وهو المراد بالفسخ إذ حقيقته رفع الواقع عن أن يكون واقعاً غير ممكن بعد الدخول في الوجود (فيفور عليه قضيته. وإذا تعذر) الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع. ولأبي يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي. وهذا هو حدّ

«من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة» ندب ﷺ إليها بما يوجب التحريض عليها من الثواب إخباراً أو ادعاء، وكلاهما لا يكون إلا لمشروع، ولأن العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما، وشرطها أن تكون بالثمن الأول (فإن شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول، والأصل في ذلك أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين) ولهذا بطل ما نطقاً به من الزيادة على الثمن الأول والنقصان منه. ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز، ولو كان بيعاً لما جاز لكونه قبل القبض بيعاً جديداً في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع داراً فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائع، ولو كان فسخاً في حق غيرهما لم يكن له ذلك، وشرط التقايض إذا كان البيع صرفاً فكانت في حق الشريعة بيعاً جديداً، وهذا لأن لفظها ينبيء عن الفسخ كما سنذكره، ومعناها ينبيء عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي، وجعلها فسخاً أو بيعاً فقط إهمال لأحد الجانبين وإعمالهما ولو بوجه أولى، فجعلناها من حيث اللفظ فسخاً في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين أن تكون بيعاً في حق غيرهما، فإن تعذر فجعلها فسخاً بطلت كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولذا فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقاً للشرح. وهذا عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن يتعذر جعلها بيعاً، كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخاً إلا إن تعذر جعلها فسخاً فتبطل، كما إذا تقايلا في العروض المبيعة بالدرهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ إلا إذا تعذر ذلك، كما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول فيجعل بيعاً إلا إذا تعذر ذلك فتبطل كما في صورة بيع العرض بالدرهم بعد هلاكه. استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال: إن اللفظ للفسخ

رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع، ومنه يقال: أقلني عثرتي فتوفر عليه قضيته، وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع؛ ألا ترى أنه بيع في حق الثالث: ولأبي يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي، وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع، ولأبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينشأ عن الرفع والفسخ كما قلنا، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية، ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند

(البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة به، غاية الأمر أنه لم يسم فيه الثمن لأنه معلوم كما في التولية وأخذ الدار بالشفعة (ولهذا تبطل) الإقالة (بهلاك المبيع) بعد الإقالة قبل الرد، ووجب للذي كان بائعاً الرد بالعيب الحادث عند المشتري (وهذه أحكام البيع) فإذا ترتبت على شيء كان بيعاً. غير أنه إذا تعذر جعله بيعاً كما إذا وقعت في منقول قبل قبضه صرنا إلى منجازه بجعله فسخاً تصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن. وكونه لا يبتدأ عقد البيع بإنشائه به ممنوع على قول بعض المشايخ، فإنه قال: يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الإقالة، وانتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع، وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه (ولأبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينشأ عن الرفع) على ما قلنا لمحمد رحمه الله (والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية) وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة إلى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته، إذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الإقالة بيعاً لذلك. فإن قيل: فتكون بيعاً لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية. قلنا: إنما نريد البيع ما كان مفيداً لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعاً بطريق الرفع حكماً على الشرع بذلك: أي بأنه وضع بهذا الاعتبار وإلا رجع إلى مجرد الاصطلاح، على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقاً شرعاً أو بقيد أن لا يكون تراجعاً، والأحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الألفاظ. بقي أمر آخر هو أنها لم

والدفع: يعني أن حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلني عثرتي، وإذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إلى المجاز فيعمل بها، وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لأنه بيع في حق ثالث. واستدل أبو يوسف بمعناه فإنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع إلا ذلك، واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة. وعورض بأنه لو كانت بيعاً أو محتملة له لانعقد البيع بلفظ الإقالة وليس كذلك. وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ، وبالفرق بعد التسليم بأنه إذا قال ابتداء أقلتك العقد في هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلاً تعذر تصحيحها بيعاً لأن الإقالة إنما أضيفت إلى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها، وما نحن فيه ليس كذلك لأنها أضيفت إلى ما له وجود: أعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من إرادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز إرادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز. وفيه نظر من وجهين: أحدهما أنه يفهم منه أن أبا يوسف يجعل الإقالة بيعاً مجازاً وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز. والثاني أن قوله أقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد، وذلك يقتضي نفي سابقة العقد. واستدل أبو حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينشأ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه، والأصل إعمال الألفاظ في حقائقها، فإن تعذر ذلك صير إلى المجاز إن أمكن وإلا بطلاً، وهاهنا لم يمكن أن يجعل مجازاً عن ابتداء العقد لأنه لا يحتمله لكونها ضده، واستعارة أحد الضدين للآخر لا تجوز كما عرف في موضعه. فإن قيل: الإقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك. أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق المجاز، إذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة، وهذا ليس كذلك إذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملاً في حقه، بل هو أمر ضروري، لأنه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبائع تبدل ظاهر موجه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد. وتقديره بوجه البسط أن البيع وضع لإثبات الملك قصداً وزوال الملك من ضروراته، والإقالة وضعت لإزالة

قوله: (واستدل أبو يوسف بمعناه الخ) أقول: متقوض بما إذا كانت الإقالة بلفظ فاسختك أو تاركتك فإنها حينئذ فسخ إجماعاً مع جريان الدليل فيه قوله: (فلم يلزم من إرادة المجاز الخ) أقول: أي المعنى المجازي قوله: (وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة) أقول: ألا يرى أن يجعله فسخاً إذا لم يكن جملة تبعاً. ولك أن تقول: يجوز أن لفظ المجازية مجاز عن المنقول بعلاقة

تعذر لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان، وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة، إذ لا ولاية لهما على غيرهما. إذا ثبت هذا نقول: إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة، إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل

تستعمل في البيع مجازاً عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله: (ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ، لأنه) أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي (ضد)، أي ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه، وهذا طريق الفقهاء لأن الاستعمال في الضد إنما يكون لتهكم أو تمليح وليس ذلك في الفقه أو يكون لمشاكلته للفظ وقع في صحبته كجزاء سيئة سيئة، وليس هنا ذلك (فتعين البطلان، وكونه بيعاً في حق ثالث) ليس باعتبار جعلنا إياه مجازاً عنه، ولكن (لأمر ضروري) وهو أنه لما ثبت (به مثل حكم البيع هو الملك) ببطلان ظهر في حق غيرهما، إذ لا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعاً في حق غيرهما، ولثلاث يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة، فإذا فرض ثبوت ذلك في عودها إلى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده قوله: (إذا ثبت هذا) أي هذا الخلاف في هذا الأصل (فتقول تفرعاً عليه) إذا شرطاً (في الإقالة) الأكثر (كأن تقايلا على مائة والبيع بخمسين فالإقالة على الثمن الأول) عند أبي حنيفة ويبطل شرط الزيادة (لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وإنما بطل لأن الإقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن (لأن رفع ما لم يكن ثابتاً محال) ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة. توضيحه أن رفعه على مائة ترجع إلى المشتري والحال أنه لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع ما لم يكن له وجود فلا رفع أصلاً إلا أن أصل العقد له وجود، وإياه عنيا بالإقالة، غير أنهما زاده شرطاً فاسداً فيثبت الرفع برفعهما ويبطل بالشرط الفاسد الذي زاده (بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها فيه ويتحقق به الربا) ويصير بيعاً فاسداً فلا يتصور إثباتها في الرفع (وكذا إذا شرط الأقل) عنده يصح بقدر الثمن الأول (لما بينا) أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الأول (إلا أن) يكون (حدث بالمبيع عيب) فيصح بالنقصان جعلاً للحط بإزاء ما فات بالعيب (وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف) وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعاً، وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف يصح به لأنه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول) باعتباره مريداً للأول لكنه سكت عن بعضه (ولو سكت عن الكل) بأن قال أقلتك (يكون فسخاً) عليه، فإذا سكت عن بعضه (أولى، بخلاف ما إذا زاد، ولو دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بينا) من جعل الحط بإزاء ما نقص من العيب.

الملك وإبطاله، وثبوت الملك للبائع من ضروراته، فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في المباينة، فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لأن لهما ولاية على أنفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لأنه ليس لهما ولاية على غيرهما. ووجه آخر أن المدعي أن كون الإقالة بيعاً جديداً في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لأن كونها فسخاً بمقتضاها، فلو كان كونها بيعاً كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال. والجواب لأبي حنيفة رحمه الله عما استدل به أبو يوسف من ثبوت الأحكام ما قيل: الشارع يبطل الأحكام فلا يغير الحقائق فإنه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثاً،

المشابهة، فالمعنى لا يلزم من إزالة المعنى المنقول إليه في موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل إليه إرادة المعنى المنقول إليه في سائر الصور عند عدم النقل وعليك بالتدبر. فإن قيل: بماذا ثبت النقل؟ قلنا: باستعماله في عرف الشرع في مبادلة تنفرع على مبادلة سابقة، ويرتب عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف، فعنده مجاز شرعي في الفسخ. قوله: (معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد الخ) أقول: مستعينا بالله تعالى: لا نسلم أن معناه ذلك، بل معناه بعثك هذا العبد الذي كنت بعته مني سابقاً، فإنه ليس مجازاً عن مطلق البيع بل عن بيع كائن بعد بيع بينهما في هذا المحل على ما ينادي عليه كلام المجيب. وأيضاً المجاز خلف عن الحقيقة في حق الحكم عند أبي يوسف ومحمد كما حقق في علم الأصول قوله: (وذلك يقتضي نفى سابقة العقد) أقول: الأولى أن يقول لا يقتضي سابقة العقد قوله: (لأنه ليس لهما ولاية على غيرهما) أقول: ليصرفا موجب البيع عنه.

بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا أما لا يمكن إثباتها في الرفع، وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب. وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله. وعند محمد رحمه الله جعله بيعاً ممكن إذا زاد كان قاصداً بهذا ابتداء البيع، وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل عنده، وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لا سكوت عن بعض الثمن الأول، ولو سكوت عن الكل وأقال يكون فسخاً فهذا أولى، بخلاف ما إذا زاد. وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس

[فرع] باع صابوناً رطباً ثم تقايلاً بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باق قوله: (ولو أقال بغير الثمن الأول) بأن كان دراهم فأقال على دنائير تبلغ قيمتها قدرها (فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغواً، وعندهما بيع لما بينا) أنه عند أبي يوسف بيع وعند محمد إذا تعذر جعله فسخاً جعل بيعاً قوله: (ولو ولدت المبيعة ولداً) يعني بعد القبض (ثم تقايلاً بالإقالة باطلة عنده لأن الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة إذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقاً للشرع، بخلاف ما قبل القبض. والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والأرض والعقر إذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع، وإن كانت بعد القبض متصلة فكذاك عنده، وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة لتعذر الفسخ معها، والإقالة لا تصح على قوله إلا فسخاً (وعندهما تكون بيعاً) ومن ثمرات الخلاف أنهما لو تقايلاً في منقول فقبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانياً جاز البيع، خلافاً لأبي يوسف لأن الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ. ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقاً لأنه بيع في حق الغير، لو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وثمره كونها بيعاً في حق غيرهما في مواضع أيضاً: منها أن المبيع لو كان عقاراً له شفيع فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقايلاً وعاد إلى ملك البائع للشفيع أن يطلب الشفعة في الإقالة اتفاقاً. ومنها أن المبيع لو كان صرفاً كان التقابض من الجانبين شرطاً في

فساد الإقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الأحكام فجاز أن يغير ويثبت في ضمن الإقالة، وأما الإقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ. إذا ثبت هذا: أي ما ذكر من الأصل نقول: إذا شرط الأكثر للإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة، لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله، والفسخ على الزيادة ليس كذلك لأن فيه رفع ما لم يكن ثابتاً وهو محال فيبطل الشرط لا الإقالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، لأن الشرط يشبه الربا لأن فيه نفعاً لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض، والإقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الإقالة كما لا يؤثر في صحة البيع، بخلاف البيع فإن الزيادة فيه إثبات ما لم يكن بالعقد فيستحق الربا، ولأن في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة، وكذا إذا شرط الأقل من الثمن الأول لما بينا من أن رفع ما لم يكن ثابتاً محال، والنقصان لم يكن ثابتاً فرفعه يكون محالاً إلا أن يحدث في المبيع عيب فجازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب. وصورة هذه المسائل الثلاث: ما إذا اشترى جارية بألف درهم وتقايلاً بألف درهم صحت الإقالة، وإن تقايلاً بألف وخمسمائة صحت بالألف ولغا ذكر الباقي، وإن تقايلاً بألف إلا مائة، فإن لم يدخلها عيب صحت بألف ولغا النقص ووجب على البائع رد الألف على المشتري، وإن دخلها عيب صحت الإقالة بما شرط ويصير المحطوط بإزاء نقصان العيب، لأنه لما احتسب عند المشتري جزء من المبيع جاز أن يحتسب عند البائع جزء من الثمن. وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الحط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أو لا. وقال بعض المشايخ: تأويل المسئلة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد وإن كانت فسخاً، لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعاً ممكن، فإذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صوتاً لكلام

قال المصنف: (إما لا يمكن إثباتها في الرفع) أقول: لفظ إما هنا ليس في مقامه، والظاهر أن يقول بدله لكن.

الثلث الأول فهو فسخ بالثلث الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغواً عندهما بيع لما بينا. ولو ولدت المبيعة ولداً ثم تقابلا بالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ. وعندهما تكون بيعاً والإقالة قبل القبض في المنقول، وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله، كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع. وفي العقار يكون بيعاً عنده لإمكان البيع، فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده. قال: (وهلاك الثلث لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لأن رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثلث (فإن هلك بعض

صحة الإقالة لأقانه مستحق الشرع فكانت بيعاً جديداً في حق الشرع. ومنها أنه لو اشترى شيئاً فقبضه قبل نقد الثلث فباعه من آخر ثم تقابلا وعاد إلى المشتري ثم إن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثلث قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد. ومنها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقابلا فليس للواهب الرجوع على البائع لأن البائع في حق الواهب كأنه اشتراه قوله: (وهلاك الثلث لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها) ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكماً لأنه عين متعين، بخلاف الثلث لأنه إما ليس بمال بل دين حقيقة وحكماً فيما إذا لم يشر إلى نقد، وإما مال حكماً لا حقيقة فيما إذا أشار إليه لعدم تعلق العقد بما أشار إليه بل بمثله في ذمته، والدين مال حكماً لا حقيقة، ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكمية، وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال، ولا تتأدى زكاة العين بالدين لأن الدين أنقص من العين في

العقلاء عن الإلغاء. ولا فرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لأن الأصل عنده هو البيع، وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لأنه لو سكت عن جميع الثلث وأقال كان فسخاً فهذا أولى. واعترض بأن كونه فسخاً إذا سكت عن كل الثلث إما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق، والأول رد المختلف، والثاني غير ناهض لأن أبا يوسف إنما يجعله فسخاً لامتناع جعله بيعاً لانتهاء ذكر الثلث، بخلاف صورة النقصان. فإن فيها ما يصلح ثمناً. فإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل: يعني بالاتفاق، لما بينا أن الحط يجعل بلزاً ما فات بالعيب، ولو أقال بغير جنس الثلث الأول فسخ بالثلث الأول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغواً، وعندهما بيع لما بيناه من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة، ولو ولدت المبيعة ثم تقابلا بطلت الإقالة عنده لأن الولد مانع من الفسخ، هذا إذا ولدت بعد القبض، أما إذا ولدت قبله فالإقالة صحيحة عنده. وحاصله ما ذكره في الذخيرة أن الجارية إذا ازدادت ثم تقابلا، فإن كان قبل القبض صحت الإقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والأرض والعقر، لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة، وإن كانت الزيادة بعد القبض، إن كانت منفصلة فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة لا يصححها إلا فسخاً وقد تعذر حقاً للشرع، وإن كانت متصلة فهي صحيحة عنده لأنها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة بطلان حقه فيها، والتقابل دليل الرضا فأمكن تصحيحها فسخاً، والإقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع، وأما في غيره كالعقار فإنه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وأما عند أبي يوسف فبيع لجواز المبيع في العقار قبل القبض عنده. قال: (وهلاك الثلث لا يمنع صحة الإقالة إلخ) هلاك الثلث لا يمنع صحة الإقالة، وهلاك المبيع يمنع منها لأن رفع البيع يستدعي قيام البيع، فإن رفع المعدم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثلث لأن الأصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع، بخلاف الثلث لأنه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وإن لم يكن موجوداً كما عرف في الأصول. ولو هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام المبيع فيه، ولو تقايضا جازت الإقالة بعد هلاك أحدهما: أي أحد العوضين ابتداء بأن تابعا عبداً بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم أقالا البيع في الجارية وجب رد قيمة العبد، ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائماً، أما إذا كان أحدهما هالكاً وقت الإقالة والآخر قائماً وصحت الإقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الإقالة، ولا يشكل بالمقايضة فإنهما لا تبقى إذا هلك أحد العوضين قبل القبض أو كان أحدهما هالكاً وقت البيع فإنهما لا تصح، مع أن كل واحد منهما

قوله: (والأول رد المختلف على المختلف) أقول: رد المختلف على المختلف ليس بمحذور عنده، وله نظائر في هذا الكتاب، مع أن المقصود من هذا الكلام إثبات أن ذلك مذهبه فليتأمل قوله: (يعني بالاتفاق) أقول: اتفاق أبي يوسف لا يخلو عن بحث لعدم ظهور المانع من البيع.

المبيع جازت الإقالة في الباقي) لقيام البيع فيه. وإن تقايضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقياً. والله أعلم بالصواب.

المالية ولا يتأدى الكامل بالنقص، ولذا لم يحث من حلف لا مال له وله ديون عظام، وإذا كان للمبيع هذه المزية وجب إظهارها، وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لأن حاجته إلى المبيع والتمن سواء، فأظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكماً مضافاً إلى قيام المبيع، فإذا هلك ارتفع البيع وإن كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الإقالة، إذ رفع ما لا وجود له لا يتصور، وإنما جازت الإقالة فيما إذا كان رأس مال السلم عرضاً معيناً وقبضه المسلم إليه ثم هلك باعتبار أن السلم في هذا كبيع المقايضة لأن المسلم فيه مبيع شرعاً معقود عليه فقد اعتبر العين ثمناً والدين عيناً مبيعاً، ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الإقالة، ويضمن قيمة الهالك أو مثله في الإقالة كما في حقيقة المقايضة كما سنذكر. أما لو تقايلا والبذلان قائمان ثم هلك أحدهما أياً كان فالإقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك أو مثله (ولو هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه) قوله: (ولو تقايضاً) بالياء المثناة من تحت: أي تباعاً بيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الإقالة لأن كلاهما مبيع) من وجه (فكان البيع باقياً) بقاء العين القائمة منهما فأمكن الرفع فيه. وعليه تفرع ما لو اشترى عبداً بأمة وتقايضا ثم إن اشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال البيع في الأمة جازت الإقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد، وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد وأخذ الأرش ثم أقال البيع في الأمة. ولو هلك البذلان قبل الإقالة ارتفع البيع فامتنعت الإقالة، أما لو تقايلا بعد هلاك أحدهما وصحت الإقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الإقالة أيضاً. والفرق بين المقايضة والصرف فإن هلاك البديلين في الصرف غير مانع من الإقالة، وفي المقايضة مانع أنه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الإقالة بل رده أو مثله فلم تتعلق الإقالة بعينهما فلا تبطل بهلاكهما، بخلاف غيره من البياعات فإنه يتعلق بعين المبيع. ولو تقايلا السلم ورأس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم إليه رده، وإن كان هالكاً فإنما عليه رد مثله، ولو تقايلاه بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لأن المقبوض بعقد السلم وإن كان عقداً على دين معين ورد عليها العقد ولهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الإسيجاني.

[فروع] ما يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة، ولذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها اجنبي تتوقف الإقالة على القبول في المجلس، وتجوز الإقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول أبي حنيفة ومحمد كالإبراء خلافاً لأبي يوسف، وإقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالإجماع، وفسخ الموكل مع المشتري جائز. وفي جمع التفاريق: إقالة الوارث جائزة، وأطلق في الجامع جواز إقالة الوصي، وهو مقيد بما إذا لم يبع بأكثر من القيمة، فإن باع بأكثر منها لا تصح إقالته، وكذا المتولي أيضاً لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الإقالة، ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع إليه الدراهم عوضاً عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا لو رد بالعيب، وكذا في الإجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فإنه يرد تلك الدراهم الكاسدة، ولو عقدا بشمن مؤجل ثم جددا بحال أو على القلب انفسخ الأول، وكذا لو عقدا بدراهم ثم جددا بدنانير أو على القلب، أما لو جددا بدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه، وقالوا لو باع باثني عشر وحط

في معنى الآخر لأن الإقالة وإن كان لها حكم لكنها ليست ببيع على الحقيقة فتجوز بعد هلاك العوضين، بخلاف المقايضة فإنها بيع على الحقيقة، ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعاً فألحق بالبيع من كل وجه، وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد إذا كان قبل القبض، وإنما قيد بهلاك أحدهما لأن هلاكهما جميعاً مبطل للإقالة، بخلاف التصارف فإن هلاك البديلين

قوله: (لأن الإقالة وإن كان الخ) أقول: تعليل لقوله ولا يشكل بالمقايضة.

عنه درهمين ثم عقدا بعشرة لا يفسخ الأول لأنه مثله، إذ الحط يلتحق بأصل العقد إلا في اليمين فيبحث لو كان حلف لا يشتره باثني عشر درهماً. ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع: بعه لنفسك فإن باعه جاز وانفسخ الأول، ولو قال بعه لي أو لم يزد على قوله بعه أو زاد قوله ممن شئت لا يصح في الوجه لأنه توكيل. ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا يفسخ البيع، ولو وهبه قبل القبض انفسخ: يعني إذا قبل. ولو قال البائع قبل القبض أعتقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف العتق باطل. وفي الفتاوى الصغرى: جحود ما عدا النكاح فسخ، وعليه ما فرع في فتاوى قاضيهان وغيرها. باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها إلا إن عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لأن جحود المشتري فسخ في حقه، وإذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما، وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها، فإن ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها، ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لأنه أنكر قبض غيرها، فإن رضي البائع بها حل وطؤها لأن المشتري لما رد أخرى فقد رضي بتملك البائع الثانية بالأولى، فإذا رضي البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي، وكذا القصار والإسكاف. وكذا لو اشترى شيئاً مما يتسارع إليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري إلى بيته ليجيء بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له أن يبيعه من غيره استحساناً، وللمشتري منه أن ينتفع به وإن كان يعلم ذلك لأن البائع رضي بانفساخ البيع الأول والمشتري كذلك ظاهراً، ثم ينظر إن كان الثمن الثاني أكثر من الأول فعليه أن يتصدق بالزيادة، وإن كان أنقص فالنقصان على البائع لا على المشتري الأول. ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الأول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقلنا به فالقول للمشتري مع يمينه في إنكار الإقالة، فإن كان البائع هو الذي يدعي أنه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعي الإقالة يحلف كل على دعوى صاحبه.

جميعاً فيه غير مانع عن الإقالة، مع أن لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثلث كما في المقايضة، لأنهما لما لم يتعينا لم تتعلق الإقالة بأعيانهما لو كانا قائمين بل رد المقبوض ورد مثله سيات، فصار هلاكهما كقيامهما، وفي المقايضة تعلقت بأعيانهما قائمين فمتى هلك لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الإقالة عليه. وأعلم أن الإقالة تصح بلفظين: أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلني فيقول الآخر أقلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا تصح إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل أن يقول أقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتباراً بالبيع. ولهما أن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله أقلني مساومة بل كان تحقيقاً للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع.

باب المراجعة والتولية

قال: (المراجعة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح، والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول

باب المراجعة والتولية

قوله: (المراجعة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح، والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) أورد عليه ما لو باع دنانير اشتراها بدراهم مراجعة لا يجوز مع صدق التعريف عليه. وأجيب عنه في بعض المواضع بأنه بيع مراجعة، وكونه لا يجوز شيء آخر. واعلم أن معنى السؤال المراجعة جائزة بلا استثناء شيء، وهذا من مما صدقاته فيجب أن يجوز لكنه لا يجوز. والجواب عنه بأن المراد نقل ما ملكه مما هو يبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الأول، فإن كون مقابله ثمناً مطلقاً يفيد أن ما ملكه بالضرورة مبيع مطلقاً ثم إنما لم تجز المراجعة في ذلك لأن بدلي الصرف لا يتعينان فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعاً. والذي يلزم وروده على التقدير الذي صححنا به الإيراد ما إذا اشتراه بثلثين لا يجوز أن يربح عليه مع أنه يصدق النقل بالثمن الأول إلا أن يقال إذا كان فيه أجل فالثمن الأول بمقابلة شيئين فلم يصدق في أحدهما أنه بمثل الثمن الأول. والحق أنه وارد على الطرد، وكون المراجعة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعاً فيرد السؤال. وعلى عكسه مسائل: الأولى ما إذا أبق العبد المغضوب فقضي بقيمته على الغاصب ثم عاب للغاصب أن يبيعه مراجعة على القيمة التي أداها فهذا بيع مراجعة، ولا يصدق عليه نقل ما ملكه بالثمن الأول، وكذا إذا باعه مراجعة بما قام عليه، وكذا لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مراجعة على تلك القيمة أنه يجوز. وصورة هذه المسئلة أن يقول: قيمته كذا أو رقمه كذا فأرباحك على القيمة أو رقمه. ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشتري مقداراً سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يربحه عليه، وهو إذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائناً، فإن غبن المشتري فيه فمن قبل جهله. وأجيب بما حاصله أن الغصب ملحق بالمعاوضات، ولذا صح إقرار المأذون به لما كان إقراره بالمعاوضات جائزة فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشترى به، وصرح في الفتاوى الكبرى في مسئلة الغصب أنه يقول قام عليّ بكذا، وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب، والثالثة ما ذكرنا من أن مبنى المراجعة على عدم الخيانة، وهو إذا قال قيمته كذا أو رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائناً. والحق أنه لا يدفع ما على عكس الحد، وهو أن المراجعة

باب المراجعة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعهما شرع في بيان الأنواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرهما، وقد ذكرنا في أول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا موضعه. وعرف المراجعة بنقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح. واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس. أما الأول فلأن من اشترى دنانير بالدراهم مراجعة لا يجوز بيع الدنانير مراجعة مع صدق التعريف عليه. وأما الثاني فلأن المغضوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز يبيعه من الغاصب مراجعة، والتعريف ليس بصادق عليه لأنه لا عقد فيه، وبأنه مشتمل على إبهام يجب عنه خلوه التعريف، وذلك لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله، لا نسبيل إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكاً للبائع الأول فلا يكون عينه مراداً في البيع الثاني، ولا إلى الثاني لأنه لا يخلو إما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار، والأول ليس بشرط لما ذكر في الإيضاح والمحيط أنه باعه مراجعة فإن كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس إذا كان معلوماً

باب المراجعة والتولية

قوله: (من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول: من الذي فيه الخيار ومن الفاسد قوله: (أما الأول، إلى قوله: فلأن المغضوب)

بالثمن الأول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان. لاستجماع شرائط الجواز، والحاجة ماسة إلى هذا النوع من

نقل ما ملكه بالثمن الأول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلاً والله أعلم. ومما يرد أيضاً ما إذا كان رأس المال عبداً مثلاً فباع المبيع مرابحة على العبد ممن صار إليه العبد بربح معين فإنه يجوز مرابحة، ولا يصدق عليه أنه يمثل الثمن الأول فإنه بعينه لا بمثله. ويجب أن هذا العبد في حكم عبد آخر لأن اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان قوله: (والبيعان جائزان) استدل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال: إن النبي ﷺ إلى آخره^(١). وفي التولية أحاديث لا شبهة فيها: منها ما أخرج عبد الرزاق، أخبرنا معمر عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ قال «التولية والإقالة والشركة سواء» لا بأس به، ولا خلاف في مرسل سعيد: أخبرنا ابن جريج عن ربيعة عن النبي ﷺ حديثاً مستفاضاً بالمدينة قال «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه، إلا أن يشرك فيه أو يوليه أو يقبله»^(٢) وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة. وفيه «إن أبا بكر قال للنبي ﷺ: خذ بأبي أنت وأمي إحدى راحتي هاتين، فقال ﷺ: بالثمن»^(٣) أخرجه في بدء الخلق. وفي مسند أحمد قال ﷺ «قد أخذتها بالثمن»^(٤) وفي الطبقات لابن سعد: «وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بني قشير فأخذ إحداها وهي القصواء»^(٥). فما رواه المصنف يصح بالمعنى^(٦)، وتفصيله قريب مما ذكر ابن

يجوز به الشراء لأن الكل ثمن. والثاني يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطرار وغيرها لأنها ليست بثلث في العقد الأول، على أن الثمن ليس بشرط في المرابحة أصلاً فإنه لو ملك ثوباً بهية أو وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز، والمثلية في المبسوط. قبل: فعلى هذا الأولى أن يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده. والجواب عن الأول أنا لا نسلم صدق التعريف عليه، فإنه إذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل. وعن الثاني بأن المراد بالعقد أعم من أن يكون ابتداء أو انتهاء، وإذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقداً حتى لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذ المغصوب، والمراد بالمثل في المقدار، والعادة جرت بإلحاق ما يزيد في المبيع أو قيمته إلى رأس المال فكان من جملة الثمن الأول عادة، وإذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة فتدخل فيه مثلية المبسوط، وإنما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحة فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة قوله: (والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن

أقول: المثلية في قاضيخان قوله: (وذلك لأن قوله بالثمن الأول الخ) أقول: الثمن الأول غير متعين فكيف تكون عينه ملكاً للبائع ويشهد عليه تعليل عدم جواز المرابحة في الصرف، والأولى أن يقول: لا سبيل إلى الأول إذ لا يتصور ذلك قوله: (من جنس رأس المال الدرهم) أقول: قوله الدرهم بدل من رأس المال قوله: (من الدرهم) أقول: بيان لجنس قوله: (أو من غير الدرهم) أقول: عطف على من جنس قوله: (من الدنانير) أقول: بيان لغير قوله: (أو على العكس الخ) أقول: بأن يكون رأس المال دنانير، ولا يخفى عليك أن ما

(١) غريب بهذا اللفظ. حيث ذكر صاحب الهداية خبر الهجرة وفيه قال لأبي بكر: ولين أحدهما. أي البعيرين.

فقال الزيلعي في نصب الراية ٣١/٤: غريب. وقد روى عبد الرزاق بسنده عن ابن المسيب عن النبي ﷺ قال: التولية والإقالة سواء لا بأس به. ثم أسند عن ربيعة نحوه مرسل.

وقال ابن حجر في الدراية ١٥٤/٢ عما أورده صاحب الهداية: لم أحده اهـ.

(٢) تقدم مرسل ابن المسيب في الذي قبله ومرسلاته قوية يقبلها حتى الشافعي مع أنه يرفض المرسل. ومرسل ربيعة أيضاً تقدم.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٣٩٠٥ من حديث عائشة في خبر الهجرة مطولاً وفيه: فقال رسول الله ﷺ لأبي بكر: قد أذن لي في الخروج. فقال أبو بكر: الصحابة بأبي أنت وأمي يا رسول الله. قال رسول الله ﷺ: نعم. قال أبو بكر: فخذ بأبي أنت يا رسول الله إحدى راحتي هاتين. قال رسول الله ﷺ: بالثمن. قالت عائشة: فجهرناهما أحتّ جهازا وصنفتا لهما شفرة في جراب، فقطعت أسماء قطعة من نطاقها فربطت به على فم الجراب فبذلك سُميت ذات النطاقين... الحديث.

(٤) هذا اللفظ عند أحمد ٢١٢/٦ من حديث عائشة أيضاً وإسناده صحيح.

(٥) انظر طبقات ابن سعد ١٥٣/١ في القسم الأول من الجزء الأول. وسماها القصواء.

(٦) مراده صاحب الهداية وتقدم عن الزيلعي أنه غريب أي بهذا اللفظ واستدل ابن الهمام على ثبوت معناه بهذه الروايات. ولا سيما رواية ابن إسحق الآتية.

البيع، لأن الغني الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى

إسحاق في السيرة قال فيها «فلما قَرَب أبو بكر الراحلتين إلى رسول الله ﷺ قدم أفضلهما ثم قال له: اركب فذاك أبي وأمي، فقال رسول الله ﷺ: لا أركب بغيراً ليس لي، قال: فهي لك يا رسول الله، قال: لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا، قال قد أخذتها بذلك، قال هي لك يا رسول الله، فركبا وانطلقا»^(١) ذكر السهيلي عن بعض أهل العلم، أنه سئل لم لم يقبلها إلا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك، وقد دفع إليه حين بني بعاشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر: ألا تبني بأهلك يا رسول الله؟ فقال: لولا الصداق، فدفع إليه ثنتي عشرة أوقية ونشا. والنش هنا عشرون درهماً؟ فقال: إنما فعل لتكون الهجرة منه ﷺ بنفسه وماله رغبة منه ﷺ في استكمال فضل الهجرة إلى الله تعالى، وأن يكون على أتم أحوالها، وهو جواب حسن^(٢) وأما المعنى فهو قوله: (لاستجماع شرائط الجواز) ولما لم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية أفاد علنها بقوله: (والحاجة ماسة إلى هذا النوع من التصرف لأن الغني الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد) على (فعل المهتدي وتطيب بنفسه بمثل ما اشترى ويزيادة ربح فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى أنه لا يحتاج إلى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقاً بما تراضيا عليه بعد أن لا يخل بما علم شرطاً للصحة، بل دليل شرعية البيع مطلقاً بشروطه المعلومة هو دليل جوازهما، إذ لا زيادة فيهما إلا اقتراحهما بإخبار خاص، إذ حاصله أن يبيعه بثمان كذا مخبراً بأن ذلك الثمن الذي اشترت به أو مع زيادة لا أرضى بدونها، ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله: (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض) يعني الثمن (مما له مثل) كالنقدين والحنطة والشعير وما يكال ويوزن والعدي المتقارب، بخلاف غير المتقارب كالطيخ والرمال ونحوهما (لأنه لو لم يكن له مثل) بأن اشترى ثوباً بعبد مقايضة مثلاً لو رباحه أو ولاه إياه كان يبيعاً بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز. أما لو كان ما اشتراه به وصل إلى من يبيعه منه فرباحه عليه بربح معين كأن يقول أبيعك مراجعة على الثوب الذي بيدك وربح درهم أو كر شعير أو ربح هذا الثوب (جاء لأنه يقدر على الوفاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (ما لو

الأول من غير زيادة ربح) يرد عليه ما كان يرد على المراجعة من حيث لفظ العقد والثن الأول، والجواب الجواب (والبيعان جائزان) لاستجماع شرائط الجواز، ولتعامل الناس من غير إنكار ولمساس الحاجة، لأن الغني الذي لا يهتدي في التجارة والصفة كاشفة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه ويزيادة ربح، وقد صحت التولية من النبي ﷺ كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضي وانتفاء المانع (ولهذا) أي للاحتياج إلى الاعتماد كان مبنى المبيعين: أي بناؤهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها، وأكد بقوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك، وعن هذا لم تصح المراجعة والتولية فيما إذا كان الثمن الأول من ذوات القيم لأن المعادلة والمماثلة في ذوات

نقله من ذينك الكتابين إنما يدل على عدم اشتراط ماثلة الربح لرأس المال جنساً لا على عدم شرطية ماثلة الثمن الثاني للأول في الجنس قوله: (والجواب عن الأول أنا لا نسلم صدق التعريف عليه الخ) أقول: فيه بحث، فإنه لا يجوز البيع الفاسد، ويصدق عليه مبادلة المال بالمال، ويجوز أن يقال المعروف هاهنا المراجعة الصحيحة، والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعي لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، ثم أقول: ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الأول بأن يقال: المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذي كان الكلام إلى هنا فيه: أعني السلع، أو المراد بالعقد الأول العقد المعهود الذي كنا نتكلم فيه وهو بيع العين بالثمن، فإن السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما، والفرق بين الجوابين ظاهر، فإن الأول أشمل قوله: (وإذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً الخ) أقول: لا بد للمجاز من قرينة وهي غير ظاهرة هنا.

(١) ذكر هذا الخبر ابن هشام في السيرة ٧٥/٢ في باب الهجرة. خير راحلة النبي ﷺ.

(٢) إلى هنا كلام السهيلي في الروض الأنف عن بعض العلماء وختمه بقوله: وهو جواب حسن.

وذكر ابن حجر في الفتح ٢٣٥/٧ عن السهيلي بعضه.

وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما، ولهذا كان مبنيهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها، وقد صح «أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي ﷺ: ولني أحدهما، فقال: هو لك بغير شيء، فقال عليه الصلاة والسلام: أما بغير ثمن فلا» قال: (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل) لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مراجعة ممن يملك ذلك

باعه) والحالة هذه (بربح ده يا زده) فإنه (لا يجوز لأنه باعه برأس المال وبيع بعض قيمته) فإن معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر، وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد، وهذا بناء على أن لفظ ده يازده ومعناه العشرة أحد عشر: أي كل عشرة وبيعها واحد يقتضي أن يكون الحادي عشر من جنس العشرة، ولا شك أنه غير لازم من مفهوم ذلك، ولكن لزوم ذلك رفعاً للجهالة ولا يثبت، وحينئذ فالمراجعة على العبد بده يازده تقتضي أنه باعه بالعبد وبيعه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد وبيعها جزء آخر منه، وحين عرف أن المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ما ذكر وهو أنه باعه بالعبد وبيع بعض قيمته.

[ومن فروع ذلك] اشترى عبداً بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فبالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول يتعين في العقد الثاني، والربح مطلق فينصرف إلى نقد البلد، فإن نسب الربح إلى رأس المال فقال بعتك بربح العشرة أحد عشر أو بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لأنه عرف بنسبته إليه. وفي المحيط: اشترى بنقد نيسابور، وقال ببلغ قام علي بكذا أو باعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح ورأس المال على نقد ببلغ إلا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بينه، وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد ببلغ ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور، وإن كان على عكسه واشتره ببلغ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك. واعلم أن المعتبر في المراجعة ما وقع العقد الأول عليه دون ما دفع عوضاً عنه، حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها ديناراً أو ثوباً قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فإن رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال قوله: (ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ) أسود كان الصبغ وغيره (والطراز والقتل وأجرة حمل الطعام) برأ أو بحرأ (لأن العرف جارٍ بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، والأصل أن كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما

القيم إنما تعرف بالحرز والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة بشبهة الخيانة كما لم تجز المجازفة في الأموال الربوية لذلك، وكل ما حرم حرم ما يشبهه لأن الحرمة مما يحتاط فيه. قال: (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل إلخ) لا تصح المراجعة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفاً أن مبنيهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز عن الخيانة في القيمات إن أمكن، وقد لا يمكن عن شبهها لأن المشتري لا يشتري المبيع إلا بقيمة ما وقع فيه من الثمن، إذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه، ولا دفع مثله إذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالجزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة، إلا إذا كان المشتري باعه مراجعة ممن ملك ذلك البذل من البائع الأول بسبب من الأسباب فإنه يشتره مراجعة بربح معلوم من دراهم أو شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم. وأما إذا اشتره بربح ده يازده مثلاً: أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم، فإن كان الثمن الأول عشرين درهماً كان الربح درهماً وإن كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فإنه لا يجوز لأنه اشتره برأس المال، وبيع بعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال فصار البائع بائعاً للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلاً أو بجزء من أحد عشر جزءاً من الثوب، والجزء الحادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز، ثم الثمن الأول إن كان نقد البلد فالربح ينصرف إليه، وإن كان غيره فلا يخلو إما أن يطلق الربح أو ينسب إلى رأس المال، فإن كان الأول كما إذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد، وإن كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة ده يازده فالربح من جنس الثمن الأول لأنه عرفه بالنسبة إليه فكان على صفته. ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطراز والقتل وأجرة حمل الطعام، لأن العرف جارٍ بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، لأن كل ما يزيد في المبيع أو

البذل وقد باعه ببيع درهم أو بشيء من المكمل موصوف جاز) لأنه يقدر على الرفاء بما التزم (وإن باعه ببيع ده يازده لا يجوز) لأنه باعه برأس المال وبيعته قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال. (ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطرز والصيغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جار يلحق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل، وما عددناه بهذه الصفة لأن الصيغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام علي بكذا ولم يقل

عددناه بهذه الصفة لأن الصيغ وأخواته) من الطراز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان إلى مكان (يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الأماكن) قال في الإيضاح: هذا المعنى ظاهر، ولكن لا يتمشى في بعض المواضع، والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و) إذا ضم ما ذكر (يقول قام علي بكذا ولا يقول اشترته بكذا تحرزاً عن الكذب وسوق الغنم) والبقر (كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفاظ لأنه لا يزيد في العين) ولا القيمة فلا يضمن، وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع، بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرآناً أو علماً أو شعراً (لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه) أي في المتعلم (وهو حذاقته) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجباً للزيادة في المالية، ولا يخفى ما فيه إذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم، ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة، وكونه بمساعدة القابلة في المتعلم هو كقابلية الثوب للصيغ فلا تمنع نسبتة إلى التعليم كما لا تمنع نسبتة إلى الصيغ فإنما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم. وفي المبسوط أضاف نفي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف، قال: وكذا في تعليم الغناء والعربية، قال: حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال، وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لأنه نادر فلا يلحق بالسائق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف، وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية. وفي جامع البرامكة: لا تضم لأن الإجارة على الشراء لا تصح إلا ببيان المدة، ووجه ظاهر الرواية العرف فيه. وقيل: إن كانت مشروطة في العقد تضم، وقيل أجرة الدلال تضم، كل هذا ما لم تجر عادة التجار، ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب، وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفاً وزيادة. ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شيء متولد منها كالبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد، بخلاف ما إذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فإنه يربح مع ضم ما أنفق عليه، لأن الغلة ليست متولدة من العين، وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما أنفق ويضم الباقي وتضم أجرة التجصيص والتطين وحفر البئر في الدار والقناة في الأرض ما بقيت هذه، فإن زالت لا تضم، وكذا سقي الزرع والكرم وكسحه، ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الأعمال لا يضم شيئاً منها، وكذا لو تطرّع بهذه الأعمال أو بإعارة قوله: (فإن اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما بإقرار البائع أو بالبيئة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار. وقيل لا تثبت إلا بإقراره لأنه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور بيينة ولا نكول، والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فإنها تسمع (فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك) وإن اطلع عليها في التولية يحط قدرها وقال أبو

في قيمته يلحق به، هذا هو الأصل وهذه الأشياء تزيد في ذلك، فالصبي وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة لأنها تختلف باختلاف المكان فيلحق به، ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشترته بكذا كي لا يكون كاذباً لأن القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى، وإذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فأنا أبيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل، بخلاف أجرة الراعي وكراهية البيت للحفاظ لأنه لا يزيد في العين ولا في القيمة، وبخلاف أجرة التعليم، فإذا أنفق على عبده في تعلم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لأن الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما أنفق على المعلم، وعلى هذا أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجامة والختان (فإن اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما بالبيئة أو بإقرار البائع أو بنكوله عن اليمين (فهو بالخيار عند أبي حنيفة إن شاء أخذه

اشترته بكذا) كي لا يكون كاذباً وسوق الغنم بمنزلة الحمل، بخلاف أجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى، وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حدائقه، فإن اطلع المشتري على خيانة في

يوسف: (يحط فيهما) أي في المرابحة والتولية وهو قول الشافعي وقال محمد: (يخير فيهما) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى (لمحمد أن الاعتبار فيهما ليس إلا للتسمية) لأن الثمن به يصير معلوماً وبه يتعقد البيع، ولا خيار بأنه الثمن الأول فيهما لا يتعلق الانعقاد به، إنما هو (ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه) كوصف الكتابة والخياطة (فبفواته) بظهور أن الثمن ليس ذلك (بتخير. ولأبي يوسف أن الأصل فيه) أي في عقد المرابحة والتولية (كونه تولية ومرابحة) وذلك بالبناء على الثمن الأول فيتعلق به العقد باعتبار أنه تولية ومرابحة عليه (وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المرابحة يحطه منه ومن الربح) على نسبته، حتى لو ربح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بشمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمن من رأس المال ومن الربح خمسة وهو درهم (ولأبي حنيفة) في الفرق بينهما كما قال أبو يوسف في التولية وهو (أنه لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول) والعقد إنما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف إلى بيع آخر بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر (و) أما (في المرابحة لو لم يحط) لا تخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف (وإن كان يتفاوت الربح) فإنه يظهر أن الربح أكثر مما ظنه المشتري (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن بتخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه (فلو هلك) المبيع (قبل أن يردّه) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط) وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ

بجميع الثمن وإن شاء تركه، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن. وقال أبو يوسف: (يحط فيهما) أي في المرابحة والتولية وقال محمد: (يخير فيهما) لمحمد أن الاعتبار للتسمية لأن الثمن يجب أن يكون معلوماً ولا يعلم لا بالتسمية، وإذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالسمى (والتولية والمرابحة ترغيب وترويج فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخيير (ولأبي يوسف أن الأصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية) لا التسمية. ولهذا لو قال ولبتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول والحال أنه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد، والتسمية كالتفسير فإذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الأول فيحط الخيانة في الفصلين جميعاً، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من رأس المال والربح جميعاً، كما إذا اشترى ثوباً بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الأول ثمانية يحط قدر الخيانة من الأصل وهو درهمان، ويحط من الربح درهماً فيأخذ الثوب باثني عشر درهماً (ولأبي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية) لأنها تكون بالثمن الأول وهذا ليس كذلك، لكن لا يجوز أن لا تبقى تولية لثلاثين يتغير التصرف فيتعين الحط، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة كما كانت من غير تغير الصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا، فلو هلك المبيع قبل أن يردّه أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة، فمن قال بالحط كان له الحط (ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية) وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره، بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لأجل العيب لأن المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه، وقيد بالروايات الظاهرة احتراز عما روي عن محمد في غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن دفعاً للضرر عن المشتري. قال: (ومن اشترى ثوباً فباعه بربح) الكلام في وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهر وإنما الكلام في دليلها قالوا: (العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول) وهو ظاهر، وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشتري مشتريته (وقال أبو حنيفة شبهة حصول الربح) والحاصل بالعقد الأول ثابتة (بالعقد الثاني لأنه كان على شرط السقوط) بأن يرذ عليه بعيب، فإذا اشتراه من المشتري تأكد ما كان على شرط السقوط، وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على شرط السقوط، وإذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوباً

المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه (وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن. وقال أبو يوسف رحمه الله: يحط فيهما. وقال محمد رحمه الله: يخير فيهما) لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً، والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته. ولأبي يوسف رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله ولينك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً فلا بد من البناء على الأول وذلك بالحط، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المrabحة منه ومن الربح. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المrabحة لو لم يحط تبقى مرابحة

فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبي يوسف، فلو هلك المبيع أو انتقص يحط. وقوله في الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على أصله في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن قوله: (ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه) من الذي باعه منه بمثل ما باعه (فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك، فإن كان) الربح (استغرق الثمن لم يبيعه مرابحة) إلا أن يبين (هذا عند أبي حنيفة) وهو مذهب أحمد وقال أبو يوسف ومحمد: (يبيعه مرابحة على الثمن الأخير) وهو قول الشافعي ومالك رحمهم الله (صورته إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) ممن باعه منه بعد التقابض فإنه يطرح عن هذه العشرة التي اشتراه بها منه الخمسة التي ربحها (فيبيعه مرابحة) على خمسة (ويقول قام علي بخمسة، ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه) فمن باعه منه (بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً) إلا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه مرابحة على) الثمن الأخير وهو (عشرة في الفصلين) من غير بيان (لهما أن العقد الثاني) وإن كان ممن كان باعه منه فهو (عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول) ولذا لو كان في الأول خيار لا يكون في الثاني، وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة أو ضيعة، ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثاً فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الأخير، ولا يعتبر ما كان قبله وإلا لم تجز المrabحة أصلاً، وهذا لأن بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن اختلاف الأسباب كاختلاف العين على ما عرف، وصار (كما لو تخلل ثالث) بأن اشترى بعشرة ممن اشترى من المشتري منه بعشرين (ولأبي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به) أي بالعقد الثاني (ما كان على شرف

وخمسة دراهم بعشرة، فالخمسة بإزاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازاً عن شبهة الخيانة فإنها كحقيقتها احتياطاً في بيع المrabحة، ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحة منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لأن الصلح مبناه على التجوز والحطية، ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة، فكذا إذا تمكنت الشبهة. وعورض بأنه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين لأنه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً بعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض. وأجيب بأن التأكيد له شبهة الإيجاب في حق العباد احترازاً عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع، وشرعيته جواز المrabحة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المrabحة. وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الإيجاب، كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين، بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح الأول بالشراء الثاني فانقضت الشبهة. قال: (وإذا اشترى العبد المأذون) وإذا اشترى العبد المأذون (له في التجارة ثوباً بعشرة) والحال أنه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإن المولى يبيعه مرابحة على عشرة (وكذا إن كان المولى اشتراه وباعه من العبد لأن في هذا العقد) أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد، وقيل كون العبد ملكاً للمولى ولهذا كان له أن

وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير، فلو هلك قبل أن يردّه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط، بخلاف خيار العيب لأنه المطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه. قال: (ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه، فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك، فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: يبيعه مرابحة على الثمن الأخير) صورته: إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام عليّ بخمسة، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً، وعندها يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين. لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المrabحة عليه كما إذا تخلل ثالث. ولأبي حنيفة رحمه الله أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني

السقوط) من ذلك الربح (بأن يظهر) المشتري (على عيب) فيرده فيزول الربح عنه، فإذا اشتراه منه تأكد: أي تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بارتداد، وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسئلتنا مشترياً بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بإزاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة، وهذا الاعتبار واجب (لأن الشبهة في المrabحة ملحقة بالحقيقة ولذا لم تجز المrabحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة) لأن الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه مرابحة على خمسة. فإن قيل: لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لأنه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض. أجب بأن التأكيد إنما حصل به شبهة الإيجاب احترازاً عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة إلى العباد لا بالنسبة إلى الشرع، وشرعية المrabحة لمعنى راجع إلى العباد لا الشرع، ولذا إذا رضي المشتري به وقد علم بجوز، ولو كان لحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في الربا لو رضيا به. وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بعشرة. وأجب بأنه ممنوع في رواية، ويتقدير التسليم فالبيع الثاني وإن كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال، ولا تثبت هذه الوكالة إلا في عقد يجري فيه الربا أيضاً ليس فيه معنى يزداد في الثمن، بخلاف ما إذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلاً لأنه معنى يزداد في الثمن، وبخلاف ما إذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول، ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة، ولا مدخل لذلك في بيع المrabحة. ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن، لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافاً للشافعي في

يقضي الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدماً في حكم المrabحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة، وإذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وإنما يبيعه على الثمن المذكور في الأول، وإنما قيد بالدين المحيط بربيته، لأنه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئاً لم يصح لأنه لا يفيد للمولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف، هكذا قيد محمد رحمه الله في الأصل، وكذا فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضيان، ولم يقيد الطحاوي والعتابي، والحق قيده لما ذكرنا. قال: (وإن كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف) إذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لأن مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لأن هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وإن حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر فيه شبهة العدم. وجه قول زفر إن البيع مبادلة المال بالمال، وهو إنما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجوداً ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فإن فيه

ثابتة، لأنه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح عنه خمسة، بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره. قال: (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة؛ وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لأن في هذا العقد شبهة العدم بجوازه مع المنافي فاعتبر عدماً في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول، وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول.

ذلك (وبخلاف ما لو تخلل ثالث) لتأكيد الربح بالبيع من الثالث ووقع الأمن من البطلان به فلم يستفد المشتري الأول بالشراء الثاني تأكيد الربح وهنا بخلافه قوله: (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين محيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه) أي المولى (يبيعه مرابحة على عشرة، وكذلك إذا كان المولى اشتراه) بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد مرابحة على عشرة (لأن في هذا العقد) أعني الذي جرى بين العبد والمولى وإن كان صحيحاً لإفادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالماً (فله شبهة العدم) لأن الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى، ولهذا كان للمولى أن يستبقي ما في يده لنفسه ويقضي دينه من عنده، وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة إذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه، ولكن للفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر أنه جائز (مع المنافي) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين (فاعتبر عدماً في حكم المرابحة وبقي الاعتبار لل) حقد (الأول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كأن العبد اشتراه بعشرة لأجل المولى في الفصل الأول) وهو ما إذا اشتراه العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه) أجل (المولى في الفصل الثاني) وهو ما إذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الأول) وهذه المسئلة بالاتفاق، وكذا الجواب إذا كان المأذون مكاتب السيد بالاتفاق. وقوله فاعتبر عدماً في حكم المرابحة يفيد أنه إنما اعتبر عدماً للمرابحة لا لكونه معدوماً من وجه. وسببه أن المرابحة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة، والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بأنه اشتراه منه بزيادة أو باعه منه كذلك، ولهذا قال أبو حنيفة: اشترى شيئاً من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هؤلاء منه لا يبيع واحد منهم مرابحة إلا على الثمن الذي قام على البائع، إلا أنهم خالفوا في هذه فقالوا: يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الأملاك والحقوق فكانا كالأخوين. وأبو حنيفة يقول: ما يحصل لكل من هؤلاء كأنه للآخر من وجه، ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم للآخر وتجري المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا، ثم القيد المذكور وهو كونه مديوناً بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة، والمشايخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيخان،

استفادة ولاية التصرف لأن بالتسليم إلى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه، فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود، وإذا كان مشتملاً على الفائدة يتعقد لأن الانعقاد يتبع الفائدة، ألا ترى أنه إذا جمع بين عبده وعبد غيره فاشترهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام الثمن، وأما أن فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر، وقد استوضحه المصنف بقوله: ألا ترى أنه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الأول من وجه، وعلى هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه، وإذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لأن ذلك حق رب فيحط عن الثمن احتراز عن شبهة الخيانة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك. قال: (ومن اشترى جارية سليمة فاعوزت عند المشتري)

قوله: (شبهة حصول الربح الحاصل، إلى قوله: بالعقد الثاني) أقول: قوله بالعقد الثاني متعلق بحصول قوله: (لأنه كان على شرف السقوط النسخ) أقول: سيجيء نظيره في كتاب الإكراه.

قال: (وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشتري ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لأن هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر رحمه الله مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم؛ ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح. قال: (ومن اشترى جارية فاعوزت أو

ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال: عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط، ومنهم من لم يذكر الدين أصلاً كشمس الأئمة في المبسوط فقال: إذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبه، ولا شك أن ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء، بل إذا كان لا يربح إلا على الثمن الأول فيما إذا كان عليه دين محيط مع أنه أجنبي من كسبه فلأن لا يربح إلا عليه فيما إذا لم يكن عليه دين أولى لأنه حينئذ لا يتعد العقد الثاني أصلاً إنما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه، وإنما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه، والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف. ولو اشترى من شريكه سلعة، إن كانت ليست من شركتهما يربح على ما اشترى ولا يبين، وإن كانت من شركتهما فإنه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الأول نحو أن تكون السلعة اشترت باللف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فإنه يبيعها مرابحة على ألف ومائة، لأن نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الأول خمسمائة فيبيعها على ذلك. ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله: (وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشتري ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف، لأن هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر رحمه الله مع أنه اشترى ماله بماله) وهو وجه المنع لزفر لكننا أجزأناه (لما فيه من) فائدة (استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم إلى المضارب (والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم؛ ألا ترى أنه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الأول من وجه) وذلك يمنع صحة بيعه منه، كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لأنه ماله وتصرفه فيه جائز. ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى إذا اشترى لا يجوز حجر رب المال عليه في البيع. ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها

بآفة سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطنها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (جاء له أن يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن قوله: (ولهذا) توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن، ولهذا لو فأت العين قبل التسليم إلى المشتري لا يسقط شيء من الثمن، وكذلك منافع البضع إذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شيء من الثمن. وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشتري إذا وطئها ثم وجد بها عيباً لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً، وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفي من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري. وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها. فما أن يردّها، مع العقر أو بدونه، لا سبيل إلى الأول لأن الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها، ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجاناً والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الأول) أي في صورة الأعرار (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه أن للأوصاف حصّة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية أو بصنع العباد (أو إذا فقاً عينها) راجع إلى أول المسئلة. وفي بعض النسخ قلنا: فيكون جواباً لقول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله: يعني إذا فقاً المشتري عينها (بنفسه أو

قوله: (وإنما قيد بالدين المحيط برقبته، إلى قوله: والحق قيده لما ذكرنا) أقول: وإنما لم يقيد إذ لا مدخل له في حكم المذكور وهو عدم جواز بيعه مرابحة إلا على الثمن الأول، وإنما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه تأمل، ثم في قوله والصدر الشهيد بحث، وإن شئت فعليك بمطالعة غاية البيان.

وطنها وهي ثيب يبيعهها مرابحة ولا يبين) لأنه لم يحتسب عنده شيء يقابله الثمن، لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن، ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن، والمسئلة فيما إذا لم ينقصها الوطء. وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان، كما إذا احتسب بفعله وهو

وإن لم يكن في المال ربح (فاعتبر البيع الثاني عدماً في نصف الربح) الذي هو حصة رب المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على أقل الثمنين للاحتياط، وعلى حصة المضارب من الربح لأن المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الأجنبي فلا يتهم فيه. ولو اشتريا سلعة فاقتهما فأراد أحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصة من الثمن، إن كانت القسمة استيفاء محضاً كالكيللي والوزني والعدي المتقارب جاز بيعه مرابحة، وإن كانت مبادلة كالأشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة لابتناؤه على التقويم وهو ممتنع في المرابحة كما ذكرنا قوله: (ومن اشترى جارية فاعورّت) أي من غير صنع أحد بل بأفة سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعهها مرابحة ولا يبين) أنه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا لو (وطنها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء، وهذا (لأن الأوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لأنها تابعة ما لم تكن مقصورة بالإتلاف (ولهذا لو فاتت قبل التسليم) إلى المشتري بعد العقد (لا يسقط شيء من الثمن، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن. وعن أبي يوسف في الفصل الأول) وهو ما إذا عورّت الجارية (أنه لا يبيع) مرابحة (من غير بيان، كما إذا احتسب بفعله وهو قول الشافعي) وزفر. والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله: (وأما إذا فقا عينها بنفسه أو فقاها أجنبي) بأمر المشتري أو بغير أمره (فأخذ أرشها لم يبيعها مرابحة حتى يبين) والتقيد بفقه المشتري والأجنبي احتراز عما لو فقات عينها بنفسها فإنه كما بالأفة السماوية لأنه هدر فلا يكون المشتري حاسباً شيئاً، وأخذ الأرض ليس بقيد بل إذا أعورها الأجنبي لا يربح إلا ببيان لتحقيق وجوب الضمان. والفرق لنا (أنه صار مقصوداً بالإتلاف) فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل ببعض الثمن، وكذا إذا وطنها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) (و) من هذا (لو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر أو حرق نار) أو طعماً فتغير (يبيعه مرابحة من غير بيان) وقرض بالقاف وذكر أبو اليسر بالفاء (ولو تكسر) الثوب (بطيه ونشره) لزمه البيان لأنه بفعله قال الفقيه أبو الليث. وقول زفر أجود وبه نأخذ واختياره هذا حسن لأن مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للمشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة. والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطيطة، وقد ذكر أول الباب أن سبب شرعية المرابحة اعتماد الغيب أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ربح لظنه أنه قيمتها، وهذا يبين أنه لا يروم شراءها إلا بقيمتها كي لا يغبن، وأنه لو علمه لم يرض فكان سكوته تقريراً له. وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد أن ذلك إذا نقصه العيب شيئاً يسيراً، فإن نقصه قدرأ لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة، يعني بلا بيان، لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه في حال غلاته، وكذا لو اصفر الثوب

فقاها أجنبي) سواء كان بأمر المشتري أو بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لأنه صار مقصوداً بالإتلاف، أما إذا كان بأمر المشتري فلا لأنه كفعل المشتري بنفسه، وأما إذا كان بغير أمره فلا لأنه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حاسباً بدل جزء من المعقود عليه فيمنع المرابحة بدون البيان، وعبرة المصنف تدل بالتخصيص على أخذ أرشها وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير. وقال في النهاية: كان ذكر الأرض وقع اتفاقاً، لأنه لما فقا الأجنبي وجب عليه ضمان الأرض ووجوب ضمان الأرض سبب لأخذ الأرض فأخذ حكمه، ثم قال: والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لأخذ الأرض، ونقل المبسوط كذلك (وكذا إن وطنها وهي بكر) لا يبيعهها مرابحة إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) فلا بد من البيان (ولو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر) بالقاف من قرض الثوب بالمقراض: إذا قطعه، ونص أبو اليسر على أنه بالفاء (أو حرق نار) جاز أن (يبيعه مرابحة من غير بيان) لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (ولو تكسر) الثوب (بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة) بلا بيان لأنه صار مقصوداً بالإتلاف. وقوله: (والمعنى ما بيناه) إشارة إلى

قول الشافعي رحمه الله (فأما إذا فقا عينها بنفسه أو فقاها أجنبي فأخذ أرشها لم يبيعها مرابحة حتى يبين) لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن، وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (ولو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان، ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين) والمعنى ما بيناه. قال: (ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري، فإن شاء رده، وإن شاء قبل) لأن للأجل شبهة بالمبيع؛ ألا يرى أنه يزداد في الثمن لأجل الأجل، والشبهة

لطول مكثه أو توسخ إلزام قوي. واستشكل على قوله الفائت وصف لا يقابله شيء من الثمن المشتري بأجل فإن الأجل وصف، ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان. أوجب بأن الأجل يعطي لأجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان. وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيباً لم يتمكن من ردها، وإن كانت ثيباً وقت الشراء وذلك لاعتبار المشتري بالوطء حاسباً جزءاً من المبيع عنده. وأوجب بأن عدم الرد في هذا ليس لما ذكرت بل لأنه لو ردها فلما مع العقر احتراز عن الوطء مجاناً أو من غير عقر، لا وجه إلى الأول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لأنه لا يرد على الزيادة، ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملكه، ويسلم المشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع، وذلك لا يجوز بخلاف الواهب إذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لأنها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض، ولا يجوز في صورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشتري أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء وجب بإتلاف العين كالولد والأرض والعقر فكذا الوطء.

[فقر] لو أصاب من غلة الدار أو الدابة شيئاً رابح بلا بيان لأن الغلة ليست متولدة من العين إنما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة، بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصفوها، فإنه إذا ربح يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام علي بكذا، وتقدم أنه إذا أنفق في طعام الرقيق والدواب أنه يضمه في غير السرف، ولو ولدت الجارية أو الغنم أو أثمر النخيل يبيع الأصل مع الزيادة مرابحة لأنه لم يحبس شيئاً من المعقود عليه، ولأن نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره. ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الأصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها لأنها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع، وكذا إذا استهلك الألبان والسمن فإنه لا يربح إلا ببيان. وفي المبسوط: اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعه مرابحة أو تولية أو وضعة فالثمن بينهما ثلاثاً؛ ولو باعه مساومة يكون بينهما نصفين لأن المسمى فيه بمقابلة الملك، ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبيعهما في العبد سواء، بخلاف تلك العقود فإن الثمن فيها مبني على الأول، ولو حط البائع الأول من الثمن بعد ما باعه المشتري مرابحة فإنه يحط بذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عندنا. وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء، وأصله أن الحط يلتحق بأصل العقد عندنا وعنده لا، بل هو هبة مبتدأة لا تتم إلا بالتسليم، وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد بما بقي فيثبت ذلك في حق الشفيع والموكل، وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المرابحة والتولية فإن له أن يربح على كل الثمن

هذين الدليلين. قال: (ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) ذلك للمشتري (فعلم المشتري، فإن شاء رده، وإن شاء قبل لأن للأجل شبهة بالمبيع) فإنه يزداد في الثمن لأجل الأجل، والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمانهما، والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة. أونوقض بأن الغلام السليم الأعضاء يزداد في ثمنه لأجل سلامة الأعضاء بالنسبة إلى غير السليم، وإذا فاتت سلامة الأعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعورار العين. وأوجب بأن الزيادة هناك ليست منصوفاً عليها لأنها في مقابلة السلامة، وما نحن فيه هو أن يقول إن أجلتني مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فتثبت زيادة الثمن في الأجل بالشرط، ولا يثبت ذلك في سلامة الأعضاء، وسيشير المصنف إلى هذا بقوله ولو لم يكن للأجل مشروطاً في العقد، وإن هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه

في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرايحة بثمانهما، والإقدام على المرايحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا ظهرت يخير كما في العيب (وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن. قال: (فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن شاء لأن الخيانة في التولية مثلها في المرايحة لأنه بناء على الثمن الأول (وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن، وهو نظير ما إذا استوفى الزیوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق، وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى. وقيل يقوّم بثمان حالاً وبثمان مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما، ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ولكنه

ويؤليه قوله: (ومن اشترى غلاماً) أو غيره (بألف نسيئة فباعه بربيع مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسيئة بالألف (فعلم المشتري) بذلك (ف) له الخيار (إن شاء رده وإن شاء قبل) بالألف والمائة حالة، وإنما يثبت له الخيار (لأن للأجل شيئاً بالمبيع؛ ألا يرى أنه يزداد في الثمن لأجله، والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين) بالألف (وباع أحدهما) بها على وجه المرايحة، وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعاً حقيقة، فإذا كان أحد الشئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرايحة (فإذا ظهرت يخير) على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد. ولو فرّع على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزداد لأجل الأجل، هذا إذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ما هلك أو استهلكه (لزمه بألف ومائة حالة لأن الأجل لا يقابله شيء) حقيقة والذي كان ثابتاً له مجرد رأي وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاه إياه ولم يبين) أنه اشتراه إلى أجل فعلم المشتري قبل الهلاك: يعني يثبت له خيار الرد وقبوله بالألف الحالة. ولو فرّع على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا (وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا) من أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) بعد الهلاك (يبرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله في (ما إذا استوفى) صاحب الدين من دائنه (مكان) الدين (الجياد زيوفاً) وهو لا يعلم بزيفتها حتى أنفقها فإنه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد (وسيأتيك) إن شاء الله تعالى في مسائل منشورة (وقيل يقوّم بثمان حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع، قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ولكنه معناه التنجيم قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط، وقيل يبيعه ولا يبيته لأن الثمن) ما كان إلا (حالا) في العقد، أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط أجل فلم ينقده إلى شهر مطلقاً فلا شك أنه يبيعه مرايحة بالألف قوله: (ومن ولي رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبائع فاسد لجهالة الثمن، فإن أعلمه البائع: يعني في المجلس) ما قام به عليه (فهو بالخيار، إن شاء رد البيع، وإن شاء قبل لأن الفساد) وإن كان في صلب العقد لكنه (لم يتقرر) إنما يتقرر بمضي المجلس، وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسداً له عرضية الصحة، وهو الصحيح خلافاً لما روي عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد. ولما كان المجلس جامعاً للمتفرقات يعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معاً كان تأخير البيان: أي بيان قدر الثمن (كتأخير القبول إلى آخر المجلس) فإنه يجوز ويتصل بالإيجاب السابق أول المجلس، كذا هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوفاً إلى آخره،

بألف ومائة، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن: يعني في الحقيقة، ولكن فيه شبهة المقابلة، فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ إن كان المبيع قائماً، فاما أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا، وإلا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل. قال: (وإن كان ولاه إياه) يعني أن التولية كالمرايحة فيما إذا علم المشتري أنه كان اشتراه بأجل وباعه إياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار، لأن التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرايحة لكونه بناء على الثمن الأول بلا زيادة ولا نقصان (وإن كان) (استهلكه ثم علم) بالخيانة (لزمه بألف حالة ذكرنا) أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة (وعن أبي

منجم معتاد قيل لا بد من بيانه، لأن المعروف كالمشروط، وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن حال. قال: (ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد) لجهالة الثمن (فإن أعلمه البائع، يعني في المجلس فهو بالخيار، إن شاء أخذه وإن شاء تركه) لأن الفساد لم يتقرر، فإذا حصل العلم في المجلس جعل

فإن تبين فيه اتصال بالإيجاب الذي سكت فيه عنه، وإن انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحاً (وإنما يتخير) بعد العلم في المجلس (لأن الرضا لم يتم قبله) فلم يتم البيع (كما في خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية فعند وجودها يتخير.

[فروع] اشترى ثوباً ليس له أن يربح على ذراع منه لأن الثمن لا ينقسم على ذرعانه. ولو ربح على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه ثمنه جاز. ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به، وإن شاء باع كله مرابحة على ثلاثمائة، ويقول قام عليّ بكذا. ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يربح على الثمن كله. ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يربح إلا على ما بقي، ولو باعه الثمن عرضاً أو أعطى به رهناً فهلك كان له أن يربح على الثمن لأنه صار قابضاً له بهذا الطريق. ولو اشترى بعشرة جياذ ونقده زيوفاً فتجوز بها البائع فله أن يربح على عشرة جياذ. ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة، وكذا إن باعه ثم ردّ عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو إقالة له أن يربح على الثمن الذي كان اشترى به. ولو اشترى ثوباً فباعه ثم رجع إليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لأنه ما عاد إلى الملك المستفاد بالشراء الأول. ولو وجد بالمبيع عيباً فرضي به له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذي اشتراه به لأن الثابت له خيار فإسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية، وكذا لو اشترى مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار. ولو اشترى شيئاً بغبن فاحش أو بدين له على إنسان وهو لا يشتري بذلك القدر بالغبن فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان. ولو اشترى بالدين ما يباع بمثله جاز أن يربح عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح في رواية. وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم، لكن الوجه أنه إذا علم أنه ثمنه وجب أن يربح عليه لأن منع المرابحة ما كان إلا لثمة الحطيطة، فإذا تبين انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى. ولو اشترى رزمة ثياب فاقسمها ليس لأحدهما أن يبيع ما خصه مرابحة، بخلاف ما لو اشترى مكيلاً جنساً واحداً فاقسمها حيث يجوز ذلك، ولو اشترى الرزمة واحد فقومها ثوباً ثوباً ليس له أن يبيع ثوباً منها مرابحة على ما قوّم إلا ما قدمنا من أنه يقول قيمة هذا ألف أو قوّم هذا بكذا أو أنا أبيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر في الرقم بأزيد من ثمنه. أما لو أسلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على نصف رأس مال السلم عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز، ولو باعه نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه إن كان ثوباً واحداً ليس له ذلك، وإن كان مثلياً وهو جنس واحد كقطع

يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن، وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياذ وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد في مسائل) مثورة قبيل كتاب الصرف. وقال الفقيه أبو الليث: روي عن محمد أنه قال: للمشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لأن القيمة قامت مقامه، وهذا على أصله في التحالف مستقيم، فإنه أقام القيمة مقامه، وقيل هو قول أبي جعفر البلخي (يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل. فيرجع بفضل ما بينهما، ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد لكنه منجم) معتاد كعادة بعض البلاد يشترى بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر إما جملة أو منجماً، قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط، وقيل لا يجب بيانه لأن الثمن حال. قال: (ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه إلخ) إذا قال وليتك هذا بما قام عليّ يريد به ما اشتراه مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والقتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه (فالبيع فاسد لجهالة الثمن، فإن أعلمه البائع في المجلس) صح البيع ويخير المشتري (إن شاء أخذه وإن شاء تركه) أما الصحة فلأن الفساد لم يتقرر بعد فكان فساد يحتمل

قوله: (وسيشير المصنف إلى هذا بقوله ولو لم يكن الأجل إلخ) أقول: في الإشارة خفاء.

كابتداء العقد وصار لتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح، ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس، وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية.

أكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالأجزاء، بخلاف الأول لأن انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الأوصاف: أعني الذرعان، ولا ينقسم الثمن باعتبارها، وعلى هذا ينبغي أن لا يربح في نصف العبد على نصف الثمن. ولو اشترى ثياباً صفقة واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد مرابحة عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يربح حتى يبين أنه اشتراه مع غيره. ولو باعه بوضيعة ده يازده فطريقة أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزءاً، فإذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم.

الصحة، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لأن ساعات المجلس كساعة واحدة، وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر، والفساد المتقرر لا يقبل الإصلاح، ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه. وأما خيار المشتري فللخلل في الرضا لأنه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به.

فصل

ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه، «لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم

فصل

قوله: (ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه) إنما اقتصر على البيع ولم يقل إنه يتصرف فيه لتكون اتفاقية، فإن محمداً يبيح الهبة والصدقة به قبل القبض. وقال مالك: يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض إلا في الطعام، لأنه ﷺ خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه» أخرجه الشيخان، وفي لفظ «حتى يقبضه»^(١) قلنا: قد رواه ابن عباس أيضاً قال: وأحسب كل شيء مثل الطعام^(٢) أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعضد قوله ما روى أبو داود عن ابن إسحاق إلى ابن عمر قال: ابتعت زيتاً في السوق، فلما استوجبت لقيني رجل فاعطاني فيه ربحاً حسناً فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت فإذا زيد بن ثابت رضي الله عنه فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تجوز به إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ «نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»^(٣) ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وصححه. وقال في التنقيح: سنده جيد. وقال ابن إسحاق: صرح فيه بالتحديث، وأخرج النسائي أيضاً في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن

فصل

وجه إيراد الفصل ظاهر لأن المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستطراد باعتبار تقيداً بقيد زائد على البيع المجرد عن الأوصاف كالمراجعة والتولية. قال: (ومن اشترى شيئاً مما ينقل) نقلاً حسياً (و) هو المراد بقوله (يحول) فسر به بذلك لثلاثتهم أنه احتراز عن المدبّر (لم يجز له أن يبيعه حتى يقبضه) «لأنه ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض» وهو بإطلاقة حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه ﷺ قال: «إن اشترى أحدكم طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه» وفي رواية «حتى يستوفيه» فإن تخصيص الطعام يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه، لأن ابن عباس قال: وأحسب كل شيء مثل الطعام. وذلك دليل على أن التخصيص لم يكن مراداً وكان ذلك معروفاً بين الصحابة. حدّث الطحاوي في شرح الآثار مسنداً إلى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال:

فصل ومن اشترى مما ينقل

قوله: (احتراز عن المدبر) أقول: فإنه لا ينقل نقلاً شرعياً. قوله: (فإن تخصيص الطعام يدل على أن الحكم النسخ) أقول: فيه أن

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٢٤ و ٢١٢٦ و ٢١٣٦ ومسلم ١٥٢٦ من وجوه عدة وأبو داود ٣٤٩٢ والدارمي ٢٥٢/٢ والنسائي ٢٧٦/٧ وابن ماجه ٢٢٢٦ ومالك ٦٤٠/٢ والشافعي ١٤٤/٢ وأحمد ٦٣/٢ ٦٤. وابن أبي شيبة ٣٦٦/٦ وابن حبان ٤٩٧٩ و ٤٩٨٦ والبيهقي ٢٠٨٧ والبيهقي ٣١١/٥ والطحاوي ٣٧/٢ من طرق كلهم من حديث ابن عمر. والأكثر بلفظ: حتى يستوفيه. ورواية: حتى يقبضه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٣٢ و ٢١٣٥ ومسلم ١٥٢٥ من طرق وأبو داود ٣٤٩٦ و ٣٤٩٧ والترمذي ١٢٩١ والنسائي ٢٨٥/٧ و ٢٨٦. وابن ماجه ٢٢٢٧ وابن الجارود ٦٠٦ والطحاوي ٣٩/٢ والشافعي ١٤٢/٢ والطيبالسي ٢٦٠٢ وأحمد ٢٧٠/٢ ٣٥٦. ٣٦٨. ٣٦٩. وعبد الرزاق ١٤٢١١ وابن أبي شيبة ٣٦٨/٦ ٣٦٩. وابن حبان ٤٩٨٠ والبيهقي ٢٠٨٩ والبيهقي ٣١٢/٥ ٣١٣. والطبراني ١٠٨٧٣ و ١٠٨٧٤ و ١٠٨٧٥ و ١٠٨٧٦ و ١٠٨٧٧ و ١٠٨٧٨ من طرق كلهم من حديث ابن عباس به.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣٤٩٩ وابن حبان ٤٩٨٤ والحاكم ٤٠/٢ وأحمد ١٩١/٥ والبيهقي ٣١٤/٥ والطبراني ٤٧٨٢ و ٤٧٨٣ و ٤٧٨١ كلهم من حديث عبيد بن حنّين عن ابن عمر به.

وإسناده قوي رجاله ثقات وقد صرح ابن إسحاق بالتحديث فانفتت شبهة التدليس.

ونقل الزيلعي في نصب الرأية ٣٢/٤ عن ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قوله: إسناده جيد اهـ.

قلت: وتابعه جرير بن حازم في رواية الطبراني ٤٧٨١. والعجب أن الحاكم سكت عليه وكذا الذهبي!.

يقبض» ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك. (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف

عبد الله بن عصفه عن حكيم بن حزام قال: «قلت يا رسول الله إني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعها فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال: لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه»^(١) ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال: هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصفه.

والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عصفه بين ابن ماهك وحكيم، ومنهم من لا، وابن عصفه ضعيف جداً في قول بعضهم. قال صاحب التنقيح: قال ابن حزم: عبد الله بن عصفه مجهول، وصحح الحديث من رواية يوسف بن ماهك نفسه عن حكيم لأنه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه. والصحيح أن بينهما عبد الله بن عصفه الجشمي حجازي ذكره ابن حبان في الثقات. وقال عبد الحق: إنه ضعيف، وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطيء، وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصفه هذا بالنصيب أو غيره ممن يسمى عبد الله بن عصفه انتهى كلامه^(٢).

«ابتعت زيتاً في السوق، فلما استوفيته لقيني رجل فأعطاني به ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت فإذا زيد بن ثابت فقال: لا تبيعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى عن ابتياع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجارة إلى رحالهم» وإنما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق، فإن الهبة

الخصم ينازع في كون المفهوم حجة، ولو سلم فلا يعارض المنطوق قوله: (معروفاً بين الصحابة) أقول: فيه تأمل. قوله: (وأوجب بأن

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٠٣ والترمذي ١٢٣٢ والنسائي ٢٨٩/٧ وابن ماجه ٢١٨٧ والشافعي ١٤٣/٢ وأحمد ٤٠٢/٣. ٤٣٤. والطبراني ٣٠٩٧ و٣٠٩٨ و٣٠٩٩ و٣١٠٠ و٣١٠١ و٣١٠٢ كلهم عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام بإسقاط عبد الله بن عصفه.

قلت: ويوسف بن ماهك ثقة من الثالثة روى عنه الجماعة فهو ثقة وحديثه متصل.

وأخرجه الشافعي ١٤٣/٢ وأحمد ٤٠٣/٣ والنسائي ٢٨٦/٧ والطحاوي ٣٨/٤ كلهم عن عطاء بن عبد الله بن عصفه عن حكيم بن حزام به. وأخرجه عبد الرزاق ١٤٢١٤ والطحاوي ١٣١٨ وأحمد ٤٠٢/٣ والطحاوي في المعاني ٤١/٤ والدارقطني ٩٠٨/٢ وابن حبان ٤٩٨٣ والجارود ٦٠٢ والبيهقي ٣١٣/٥ من طرق عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصفه عن حكيم به. وقال البيهقي: إسناده متصل.

وأخرجه عبد الرزاق ١٤٢/٢ من وجه آخر عن يوسف عن رجل أن رسول الله ﷺ قال لحكيم بن حزام... وأخرجه الطحاوي ٤١/٤ عن يعلى بن حكيم عن أبيه به وأخرجه الشافعي ١٤٣/٢ وأحمد ٤٠٣/٣ والنسائي ٢٨٦/٧ والبيهقي ٣١٢/٥ والطبراني ٣٠٩٦ و٣١٣٢ و٣١٣٧ و٣١٣٩ و٣١٤١ و٣١٤٢ من طرق عن حكيم بن حزام به.

وقال ابن حبان: هذا الخبر مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم ليس فيه ذكر عبد الله بن عصفه. قلت: وأخرجه النسائي ٢٨٦/٧ وابن أبي شيبة ٣٦٥/٦ والطحاوي في المعاني ٣٨/٤ وابن حبان ٤٩٨٥ من طرق عن عطاء بن أبي رباح عن حزام بن حكيم. يعني: حكيم بن حزام. كذا وقع عند ابن حبان وإسناده صحيح على شرط مسلم.

وجاء في نصب الراية ٣٢/٤ ما ملخصه: قال صاحب التنقيح: ابن عبد الهادي. قال ابن حزم: عبد الله بن عصفه مجهول. وصوب ابن حزم صحة الحديث كونه عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام. لأن قاسم بن أصبغ صرح بسماح يوسف من حكيم.

قال ابن عبد الهادي: والصحيح أن بين يوسف وحكيم عبد الله بن عصفه وهو الجشمي حجازي ذكره ابن حبان في الثقات. وأما عبد الحق فقال عنه: ضعيف جداً وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطيء. وقد اشتبه عليهما ابن عصفه هذا بابن عصفه النصيب أو غيره مما يسمى عبد الله بن عصفه.

قلت: أصاب ابن عبد الهادي. فإن عبد الله بن عصفه النصيب وإذ ذكره الذهبي في الميزان إلا أنه من طبقة دون ابن عصفه الذي نحن في صده. وقد ميز الذهبي بينهما حيث عقبه بعد الله بن عصفه فقال: سمع حكيم بن حزام. سمع منه يوسف بن ماهك قاله البخاري.

قال الذهبي عقبه: لا يعرف. اهـ.

وأما ابن حجر فقال عنه في التزيين: مقبول. روى له النسائي اهـ.

ولم يذكر ابن حجر النصيب لأنه وإو لم يرو عنه واحد من الأئمة الستة. وقد أثبت البخاري سماع ابن عصفه هذا من حكيم بن حزام. فهذا تدعيم وتقوية للحديث كيف وقد تويع من عدة وجوه. ولا يستبعد سماع يوسف بن ماهك من حكيم بن حزام لأن ابن حجر في التزيين قال عن ابن عصفه: من الثالثة. في حين قال عن يوسف بن ماهك من الثالثة.

وقال عنه ثقة روى له الأئمة الستة ولم يذكر عنه أنه كان يدلس أو كان يرسل فالحديث جيد والله تعالى أعلم.

(٢) قد ذكرت ما ذكره المصنف مع زيادة بيان وإيضاح والحديث قوي كما تقدم.

رحمه الله. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز رجوعاً إلى إطلاق الحديث واعتباراً بالمنقول وصار كالإجارة. ولهما

فالحق أن الحديث حجة والذي قبله كذلك، والحاجة بعد ذلك إلى دليل التخصيص بغير العقار لأبي حنيفة يذكر هناك والأحاديث كثيرة في هذا المعنى، ثم علل الحديث (لأن فيه غرر انفساخ العقد) الأول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيتبين حينئذ أنه باع ملك بغير إذنه وذلك مفسد للعقد. وفي الصحاح «أنه ﷺ نهى عن بيع الغرر»^(١) والغرر: ما طوى عنك علمه، والدليل على اعتبار هذا المعنى أنا رأينا التصرف في إبدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائزاً فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها، وبدل الخلع للزوج والعنق على مال، وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز إذ كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلنا. هذا وقد ألحقوا بالبيع غيره فلا تجوز إجارته ولا هبته ولا التصديق به، خلافاً لمحمد في الهبة والصدقة، وكذا إقراضه ورهنه من غير بائنه فلا يجوز شيء من ذلك. وإذا أجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الأجرة قبل قبضها إذا كانت عيناً أولى، فصار الأصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالبيع في البيع والأجرة إذا كانت عيناً في الإجارة، وبدل الصلح عن الدين إذا كان عيناً لا يجوز بيع شيء من ذلك ولأن يشرك فيه غيره إلى آخر ما ذكرنا، وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز، كالمهر إذا كان عيناً وبدل الخلع والعنق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك إذا كان عيناً يجوز بيعه وهبته وإجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول أبي يوسف. ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالإجماع، لأن الوصية أخت الميراث، ولو مات قبل القبض ورث عنه، فكذا إذا أوصى به، ثم قال محمد كل تصرف لا يتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه. ووجهه أن تمام هذا العقد لا يكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك، بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فإنها تجوز إذا سلطه على قبضه إذ لا مانع فإنه يكون نائباً عنه ثم يصير قابضاً لنفسه كما لو قال أطعم عن كفارتي جاز، ويكون الفقير نائباً عنه في القبض ثم قابضاً لنفسه، بخلاف البيع. وأبو يوسف يقول: البيع أسرع نفاذاً من الهبة بدليل أن الشئوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع. وأيضاً هذه التصرفات تنبني على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان قاصراً في حق إطلاق التصرف، وأما أعتق عن

والصدقة جائزة عند محمد، وإن كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم إلا بالقبض فإنه جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه، لأن تمام هذا العقد لا يكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك، بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه، والجواب أن البيع أسرع نفاذاً من الهبة بدليل أن الشئوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع، ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لأنه تملك العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى قوله: (ولأن فيه غرر انفساخ العقد) استدلال بالمعقول، وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع، والغرر غير جائز «لأنه ﷺ نهى عن بيع الغرر». والغرر: ما طوى عنك علمه وقد تقدم. واعتراض بأن غرر الانفساخ بعد القبض أيضاً متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع. ولا يدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل لأن عدم الهلاك كذلك فاستويا. وأجيب بأن عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى

عدم جواز الخ: أقول: الاعتراض كان متوجهاً على الدليل المعقول لا على الاستدلال بالحديث، فلا يستقيم هذا الجواب قوله: (فلم يلحق به) أقول: أي بطريق الدلالة قوله: (رجوعاً إلى إطلاق الحديث) أقول: أي عمومه. قال المصنف: (ولهما أن ركن البيع الخ)

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥١٣ وأبو داود ٣٣٧٦ والنسائي ٢٦٢/٧ وابن ماجه ٢١٩٤ وابن الجارود ٢١٩٤ والدارقطني ١٥/٣ وابن حبان ٤٩٥١ وأحمد ٤٣٦/٢. ٤٩٦. والبخاري ٢١٠٣ والبيهقي ٣٣٨/٥ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة. وورد من حديث ابن عمر. أخرجه أحمد ١٤٤/٢ وابن حبان ٤٩٧٢ والبيهقي ٣٣٨/٥ كلهم عن ابن عمر به. وإسناده صحيح على شرط مسلم.

أن ركن البيع صدر من أهله في محله، ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر، بخلاف المنقول، والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد، والحديث معلول به عملاً بدلائل الجواز والإجارة، قيل على هذا الخلاف؛ ولو سلم

كفارتي فإنه طلب التمليك لا تصرف مبني على الملك القائم. فإن قيل: لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض أيضاً لاحتمال ظهور الاستحقاق. فالجواب أنه أضعف لأن ما يتحقق به القبض يتحقق به قبله، ويزيد باعتبار الهلاك أيضاً فكان أكثر مظاناً قبل القبض، ولأن اعتباره بعده يسد باب البيع. ولو باعه المشتري من بائه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازاً عن الإقالة. فإن قيل: هذا النهي باعتبار أمر مجاور فينبغي أن لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء. أجب بأن الغرر في المبيع لا مجاور له، فإنه باعتبار أنه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك. وأورد على التأثير أن بعد تسليم أن البيع يفسخ بهلاك المبيع قبل القبض: أي امتناع فيه فليكن كذلك، وغاية الأمر أنه ظهر أن البيع الثاني لم يصح فيتراذان، ومثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق قوله: (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو قوله الآخر وقال محمد: (لا يجوز) وهو قول أبي يوسف الأول، وقول الشافعي (رجوعاً إلى إطلاق الحديث) يعني عموم، وهو ما في حديث حكيم من قوله «لا تبعن شيئاً حتى تقبضه»^(١) بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فإنه خاص بالمنقول: أعني قوله «نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»^(٢) وللنهي عن ربح ما لم يضمن^(٣). ولو باع العقار بربح يلزم ربح ما لم يضمن وصار بيع العقار لإجارته وإجارته قبل قبضه لا تجوز فكذا بيعه، ولأن السبب هو البيع إنما يتم بالقبض، ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد، والملك إنما يتأكد بتأكد السبب، وفي هذا العقار والمنقول سواء (ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المثير للنهي وهو غرر الانفساخ بالهلاك متنف (فإن هلاك العقار نادر) والنادر لا عبرة به، ولا يبنى الفقه باعتبار فلا يمنع الجواز، وهذا لأنه لا يتصور هلاكه إلا إذا صار بحراً ونحوه، حتى قال بعض المشايخ: إن جواب أبي حنيفة في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحراً أو يغلب عليه الرمال، فأما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي، وفي الاختيار: حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علواً لا يجوز بيعه قبل القبض، والحديث الذي استدل به (معلوم به) أي بغرر الانفساخ، والدليل عليه أن التصرف الذي لا يتمتع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه، وبه ظهر فساد قولهم إن تأكد الملك بتأكد السبب، وذلك بالقبض لأن العتق في استدعاء ملك تام فوق البيع، ويجوز في المبيع قبل القبض العتق. وإنما قلنا: التزوج لا يبطل بالغرر لأنه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم يفسخ النكاح. وأورد أنه تعليل في مقابلة النص فإنه تخصيص عمومه فيؤدي إلى تقديم القياس، والمعنى على

«وأحل الله البيع» وليس ما بعد القبض في معناه لأن فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق، وفيما بعد القبض غره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به. ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز رجوعاً إلى إطلاق الحديث واعتباراً بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالإجارة فإنها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن، فإن المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهى عنه شرعاً، والنهي يقتضي الفساد

أقول: إذا استدل محمد بأنه إذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربح ما لم يضمن وهو منهى فما جوابهما عنه قوله: (ومنع انتفاء المانع في العقار فإنه إلى قوله: وأجيب بأنه) أقول: المجيب هو الإقناني، وضمير فإنه راجع إلى المانع، وضمير بأنه في قوله وأجيب بأنه

(١) حديث حكيم بن حزام تقدم قبل حديث واحد مستوفياً وإسناده جيد.

(٢) حديث ابن عمر تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٣) هو بعض حديث تقدم في باب البيع الفاسد.

فالمعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر. قال: (ومن اشترى مكيلاً مكايلاً أو موزوناً موازنةً فاكثاله أو

النص وهو ممنوع. الجواب أنه خص منه أشياء: منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه، وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته، وكذا الزوج في بدل الخلع، وكذا رب الدين في الدين إذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز، وكذا أخذ الشفع قبل قبض المشتري، ولا شك أن تملكه حينئذ شراء قبل القبض، فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببدل لم يثبت للشفع حق الأخذ قبل القبض، وهذا يخرج إلى الاستدلال بدلالة الإجماع على جواز بيع العقار قبل القبض. وأما الإلحاق (بالإجارة) ففي منع الإجارة قبل القبض منع فإنه قيل إنه (على هذا الخلاف)، والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية: إن الإجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف إلا أن المنافع بمنزلة المنقول والإجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض، وفي الكافي وعليه الفتوى: وإذا عرف من الجواب أن التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تتميمه بأن يذكر هنا ما يميز المبيع عن الثمن وإن كان قد سلف فالدرهم والدنانير أثمان أبدأ وذوات القيم مبيعه أبدأ والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة إذا قوبلت بالتقد مبيعه أو بالأعيان وهي معينة ثمن أو غير معينة فمبيعه، كمن قال اشترت كراً من الحنطة بهذا العهد فلا يصح إلا بشرائط السلم. وقيل المثليات إذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقاً، ولو دخل عليها الباء، إذا عرف هذا فالأثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالاً في غير الصرف والسلم. واختلف في القرض والأصح جوازه، والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الإلحاق. ولو باع عبداً وسلمه ثم أقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز، ومن الأجنبي لا يجوز، وللشافعي قولان. والأصل أن البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد، وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري كالأجنبي قوله: (ومن اشترى مكيلاً مكايلاً أو موزوناً موازنةً) أي اشتراه على كذا كيلاً أو رطلاً (فاكثاله أو اتزنه) لنفسه (ثم باعه مكايلاً أو موازنةً) في الموزون (لم يجز للمشتري منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن) «لأن النبي ﷺ

فيكون البيع فاسداً قبل القبض لأنه لم يدخل في ضمانه كما في الإجارة (ولهما أن ركن البيع صدر من أهله) لكونه بالغاً عاقلاً غير محجور عليه (في محله) لأنه محل مملوك له، وذلك يقتضي الجواز، والمانع هو الغرر معدوم فيه لأنه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع، بخلاف المنقول فإن المانع فيه موجود، ومنع انتفاء المانع في العقار فإنه غرر الانفساخ، وقد يوجب بالرد بالعيب. وأجيب بأنه لا يصح لأنه إذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكاً للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الأول الرد، وفيه نظر لأنه إن رد عليه بقضاء القاضي عاد له الرد. والأولى أن يقال: كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ، وإذا كان الهلاك في العقار نادراً كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفياً، والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملاً بدليل الجواز من الكتاب والسنة والإجماع. واعتراض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض» وهو عام. والتعليل في موضع النص غير مقبول، وأجيب بأنه عام دخله الخصوص لإجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصدائق قبل القبض، ومثل هذا العام يجوز

راجع إلى الرد. قوله: (لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام الخ) أقول: فيه بحث، فإن لفظة ما لم يقبض يتناول العقار أيضاً، والقياس تخصيصه بالمنقول قوله: (وإن لم يكن وقع التعارض) أقول: فيه تأمل، إذ لا يظهر التعارض بينه وبين ما روي مسنداً إلى الأعرج قوله: (وبينه وبين أدلة الجواز) أقول: إذا كان مخصصاً لأدلة الجواز فكيف يوجد التعارض قال المصنف: (والإجارة قبل على هذا الاختلاف) أقول: قال العلامة الكاكي: وفي الإيضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته، لأن صحة الإجارة بملك الرقبة، فإذا ملك التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع وما لا فلا. وفي الفوائد الظهيرية: وقيل الإجارة لا تجوز بلا خلاف وهو الصحيح، لأن المنافع بمنزلة المنقول، والإجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها لذلك، وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى. قوله: (لأن المنافع بمنزلة المنقول) في الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الإمام أبو الفضل الكرماني أورد عليه إشكالاً: أنه إذا أجر المستأجر قبل القبض يجوز، ولو صح ما قال لا يجوز انتهى. قال ابن البرزقي: وأنت خير بأن العين قائم مقام المنفعة في حق ارتباط الألتين فينظر أيضاً إلى ما قام به المنفعة انتهى. وما ذكره تأييداً للإشكال لا جواب عنه كما يوهم ظاهر عبارته.

أترنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن» «لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشتري» ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه، بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة

نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشتري»^(١) روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معروفاً أسنده عنه ابن ماجه وإسحاق وابن أبي شيبة، وأعل بمحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ويلفظه من حديث أبي هريرة وزاد فيه: «فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقضان رواه البزار: حدثنا محمد بن عبد الرحمن، حدثنا مسلم الجرمي، حدثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال: لا نعلمه يروي عن أبي هريرة إلا من هذا الوجه، وله طريقان أخريان عن أنس وابن عباس ضعيفان. وقال عبد الرزاق: أخبرنا معمر عن يحيى بن أبي كثير «أن عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويجعلانه

تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول، كذا في المبسوط، وفيه بحث لأن المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام «إذا ابتعت شيئاً فلا تبعه حتى تقبض» سلمنا أنه نهى عن بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الأسباب، لكن الإجماع لا يصلح تخصيصاً سلمنا صلاحيته لذلك، لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله، وإذا كان الحديث معلولاً بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك، إذ الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولاً فردياً وأعلم أني أذكر لك ما سنح لي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال: الأصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض لعموم قوله تعالى «وأحل الله البيع» لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى «وحرم الربا» والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخير الواحد، وهو ما روي «أنه نهى عن بيع ما لم يقبض، ثم لا يخلو إما أن يكون معلولاً بغرر الانفساخ أو لا، فإن كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار، وإن لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مستنداً إلى الأخرج عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر» وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولاً بذلك إعمالاً لثبوت التوفيق حينئذ، والأعمال متعين لا محالة، وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق، وبدل الخلع ويكون مختصاً بعقد يفسخ بهلاك المعوض قبل القبض، هذا والله أعلم بالصواب قوله: (والإجارة) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الإجارة وتقريره أنها لا تصلح مقيساً عليها لأنها على الاختلاف. قال في الإيضاح: ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته، لأن صحة الإجارة بملك الرقبة، فإذا ملك التصرف في الأصل وهو الرقبة ملك في التابع. وقيل: لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح، لأن المنافع بمنزلة المنقول

(١) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٢٢٨ والدارقطني ٨/٣ والبيهقي ٣١٦/٥ وإسحق وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣٤/٤ كلهم من حديث جابر ومدايره على محمد بن أبي ليلى وهو واو.

قال الزيلعي: هو معلول بابن أبي ليلى.

وقال البوصيري في الزوائد: ابن أبي ليلى ضعيف.

وأخرجه البزار كما في المجمع ٩٨/٤ ٩٩ من حديث أبي هريرة وكذا البيهقي ٣١٦/٥.

وقال الهيثمي: مسلم بن أبي مسلم الجرمي لم أجد ترجمة وبقي رجاله رجال الصحيح اهـ.

قلت: سكت عليه الزيلعي. وقال ابن حجر في الدرر ١٥٥/٢: حديث البزار عن أبي هريرة إسناده جيد قلت: مسلم بن أبي مسلم الجرمي ذكره

ابن حجر في اللسان ٣٢/٦ وقال: ذكره ابن حبان في الثقات.

وقال الأزدي: حدث بأحاديث لا يتابع عليها اهـ.

قلت: فالإسناد لا يبلغ درجة الجيد ولعل ابن حجر قواه لشاهده.

المقدم. وإلا فابن حبان متساهل في التوثيق كما هو معروف وله شاهد من حديث أنس أخرجه ابن عدي ١٤/٣.

وقال: هذا حديث منكر. وخالد بن يزيد ضعيف وقد حدث بأحاديث لا يتابع عليها.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣٥/٤: وأخرجه ابن عدي من حديث ابن عباس وأسنده عن البخاري وغيره تكذيب معلى بن هلال الطحان.

ورواه ابن أبي شيبة عن الحسن مرسلاً اهـ.

الخلاصة: هذا الحديث بمجموع هذه الطرق يصير حسناً والله أعلم.

له، وبخلاف ما إذا باع الثوب مذاعة لأن الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب، بخلاف القدر، ولا معتبر بكيل

في غرائر ثم يبيعه بذلك الكيل، فنهاهما رسول الله ﷺ أن يبيعه حتى يكيلا لمن ابتاعه منهما^(١) فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرفه وقبول الأئمة إياه، فإنه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم، وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض إذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع إذ عسى أن يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فالحقوا بمنع البيع منع الأكل قبل الكيل والوزن، وكل تصرف يبني على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما وألحقوا بالمكيل الموزون. وينبغي إلحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض إذا اشترى معاددة، وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فأفسد البيع قبل العد ثانياً لاتحاد الجامع، وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين، فإن الزيادة فيه للبائع خلافاً لما روي عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد. ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها؛ فلو اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع؛ لأنه لو زاد كان للمشتري، ولو نقص كان له الخيار، فإذا باعه بلا ذرع كان مسقطاً خياره على تقدير النقص وله ذلك. ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما إذا كان المكيل أو الموزون مبيعاً، فلو كان ثمناً بأن اشترى بهذا البر على أنه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن، لأن التصرف في الثمن قبل قبضه جائز، فأولى أن يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه. ثم لا يخفى أن ظاهر النص منع بيع الطعام إلا مكايلة فيقتضي منع بيعه مجازفة، ولا نعلم خلافاً في أن ظاهره متروك وأنه محمول على ما إذا وقع البيع مكايلة. أما إذا اشتراه مجازفة بيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لأن كل المشار إليه له فلا يتصور اختلاط المالكين. وقول المصنف فيه (لأن الزيادة له) قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره، وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما إذا اشتراه البائع مكايلة وباعه كذلك، أما إذا اشتراه مجازفة فإنما يحتاج إذا باعه مكايلة إلى كيل واحد للمشتري. وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه، وهو محمول على ما إذا كان البائع اشتراه مكايلة، أما لو كان ملكه بالإرث أو الزراعة أو اشترى مجازفة أو استقرض حنطة على أنها كَر ثم باعها فالحاجة إلى صاع واحد وهو صاع هذا

والإجارة تملك النافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول. قال: (ومن اشترى مكيلاً مكايلة أو موزوناً موازنة الخ) إذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام: اشترى مكايلة وباع مكايلة، أو اشترى مجازفة باع كذلك، أو اشترى مكايلة وباع مجازفة، أو بالعكس من ذلك، ففي الأول لم يجز للمشتري من المشتري الأول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الأول كذلك «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشتري» ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع، والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف، وهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله. وفي الثاني لا يحتاج إلى الكيل لعدم الافتقار إلى تعيين المقدار. وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني إلى كيل لأنه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشاراً إليه فكان متصرفاً في ملك نفسه. قال المصنف: (لأن الزيادة له) واعترض بأن الزيادة لا تتصور في المجازفة. وأجيب بأن من الجائز أنه اشترى مكيلاً فاكتاله على أنه عشرة أفقره مثلاً ثم باعه مجازفة فإذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الأول وفيه من التحلل ما ترى. وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع، وذلك بأن باع مجازفة وفي ذهنه أنه مائة قفيز فإذا هو زائد على ما ظنه فالزائد للمشتري، ويجوز أن يجعل من باب العرض، ومعناه أن المانع من التصرف هو احتمال الزيادة. ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة، فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى. ويجوز فرض المحال إذا تعلق به عرض كقوله تعالى ﴿إِنْ تَدْعُوهُمْ لَا يَسْمَعُوا دَعَاءَكُمْ وَلَوْ سَمِعُوا مَا اسْتَجَابُوا لَكُمْ﴾ وفي الرابع يحتاج إلى كيل واحد، إما كيل المشتري أو كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته لأن الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة إلى تعيين المقدار الواقع مبيعاً، وأما المجازفة

(١) تقدم الكلام على هذه الروايات في الحديث المتقدم. وانظر نصب الرأية ٤/ ٣٤. ٣٥.

البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط، ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوماً ولا تسليم إلا بحضرته. ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث، فإنه اعتبر صاعين. والصحيح أنه يكتفي به لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم، ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما تبين في باب السلم إن شاء الله تعالى. ولو اشترى المعداد عدا فهو كالمذروع فيما يروي عنهما لأنه ليس بمال الربا، وكالموزون فيما يروي عن

المشتري، وإن كان الاستقراض تملكاً بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكماً لأن ما يرد عين المقبوض حكماً ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تملكاً بلا عوض حكماً؛ ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه. وفي نوادر ابن سماعة يجوز. وإذا عرف أن سبب النهي أمر يرجع إلى المبيع كان البيع فاسداً. ونص على الفساد في الجامع الصغير، ونص على أنه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال إنه أكل حراماً لأنه أكل ملك نفسه، إلا أنه آثم لتركه ما أمر به من الكيل، فكان هذا الكلام أصلاً في سائر المبيعات بيعاً فاسداً إذا قبضها فملكها ثم أكلها، وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه شراءً فاسداً، وهذا يبين أن ليس كل ما لا يحل أكله إذا أكله أن يقال فيه أكل حراماً قوله: (ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشتري الثاني (وإن كان) كاله لنفسه (بحضرة المشتري) عن شرائه هو (لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثاني (بغيبة المشتري) وغيبة وكيله في القبض لأن التسليم إلى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب (وإن كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشتري) مرة فيه اختلاف المشايخ. قال عامتهم: كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه إذا قبضه. وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجاجاً بظاهر الحديث. والصحيح قول العامة لأن الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوماً وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض، ومحمل ظاهر الحديث إذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم إليه من رجل كراً لأجل ربّ السلم وأمر ربّ السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فإن في ذلك يشترط صاعان: صاع للمسلم إليه، وصاع لربّ السلم فيكيله للمسلم إليه ثم يكيله لنفسه، بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز. ويصرح بنفيه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة إذا كان البائع قفيزاً منها بغير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يقع به الإفراز، ومن هنا ينشأ فرع وهو ما لو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكايلة قبل أن يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشتري منه أو لا، لأنه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضاً فبيعه بيع ما لم يقبض

فلا يحتاج إليه لما ذكرنا. فإن قيل: النهي عن بيع الطعام إلى الغاية المذكورة يتناول الأقسام الأربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب؟ فالجواب أنه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور إذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه. ورد بأنه دعوى مجردة. وأجيب بأن التقصي عن عهدة ذلك بأن يقال: قوله تعالى ﴿وَأَحْلِ اللهَ الْبَيْعَ﴾ يقتضي جوازه مطلقاً وهو مخصوص بأية الربا فجاز تخصيصه بخبر الواحد. وفيه ذكر جريان الصاعين، وليس ذلك إلا لتعيين المقدار وتعيين المقدار إنما يحتاج إليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في النص ما يدل على أنه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزاً بلا كيل. ثم في قوله اشترى مكايلاً إشارة إلى أنه لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره، وكذا لو وقع ثمناً كما سيأتي حكم بيع الثوب مذاكرة حكم المجازفة في المكيل لأن الزيادة له، إذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتلحق به، بخلاف القدر فإنه مبيع لا وصف، ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الأول قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري الثاني لأن الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب التسليم إذ المبيع يصير به معلوماً ولا تسليم إلا بحضرته. ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين. والصحيح أنه يكتفي به لأن المبيع صار

أبي حنيفة رحمه الله . لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط . قال : (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) لقيام

فلا يجوز قوله : (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والإجارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين عندنا سوى بدل الصرف والسلم لأن الملك مطلق ، وكان القياس ذلك أيضاً في المبيع إلا أنه منع بالنص لغرر الانفساخ ، وليس في الثمن ذلك لأنه إذا هلك الثمن المعين لا يفسخ البيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها ، واستثناء السلم لأن للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز ، وكذا في الصرف وأيده السمع وهو ما في السنن الأربعة عن سماك عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال « كنت أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير ، فأتيت النبي ﷺ وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبه فسأته فقال : إذا أخذت واحداً منها بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع ، فإن هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له »^(١) . وقد صححه الحاكم والدارقطني ، وقول الترمذي لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك لا يضره وإن كان شعبة . قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه ، وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه ، وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه ، ورفع سماك وأنا أهابه^(٢) لأن المختار في

(١) يشبه الحسن . أخرجه أبو داود ٣٣٥٤ و ٣٣٥٥ و الترمذي ١٢٤٢ و النسائي ٧/٢٨٢ . وابن ماجه ٢٢٦٢ و الدارقطني ٣/٢٣ . ٢٤ . والحاكم ٢/٤٤ وابن حبان ٤٩٢٠ والطحاوي في المشكل ٩٥/٢ وعبد الرزاق ١٤٥٥٠ وأحمد ٢/٣٣ . ٨٣ . ٨٤ . ١٣٩ . والطالبي ١٨٦٨ والبيهقي ٥/٢٨٤ . ٣١٥ من طرق كلهم عن سماك بن حرب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر به .

وقال الترمذي : حديث غريب لا نعرضه مرفوعاً إلا من حديث سماك . وقد رواه داود بن أبي هند عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر موقوفاً . وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم . وسكت الذهبي وقال المنذري في مختصره ٣٢١٦ : وذكر الترمذي أنه روى عن ابن عمر موقوفاً . وأخرجه النسائي عن ابن عمر من قوله . وكذا عن سعيد بن جبيرة من قوله . وقال البيهقي : تفرد برفعه سماك . وقال شعبة رفعه سماك وأنا أفرقه اهـ .

قلت : وقد اضطرب سماك في متنه وهذا يدل على وهنه جاء في تلخيص الجبير ٣/٢٦٠ . ٢٥ ما ملخصه : جاء في رواية : لا بأس به بالقيمة . وفي رواية : لا بأس إذا تفرقتا وليس بينكما شيء . رواية أحمد وغيره . ورواية أبي داود : لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء . وفي لفظ لأحمد : لا بأس به بالقيمة . ولفظ للنسائي : ما لم يفرق بينكما شيء .

قال الترمذي والبيهقي : لم يرفعه غير سماك اهـ وعلق الشافعي في سنن حرمة القول به على صحة الحديث . ورواه البيهقي عن الطالبي قال : سئل شعبة عن حديث سماك هذا فقال شعبة : سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر . ولم يرفعه . وأبانا قتادة عن ابن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه .

وأبانا يحيى بن أبي إسحق عن سالم عن ابن عمر ولم يرفعه ورفع لنا سماك وأنا أفرقه اهـ كلام ابن حجر .

وقال الحافظ في التريب عن سماك : صدوق وقد تغير بأخرة . فكان ربما يُلَقَّن . وجاء في الميزان ما ملخصه : ضعفه سفيان وعن يحيى : ثقة . وضعفه شعبة . وقال أحمد : مضطرب الحديث . وضعفه صالح جزرة . وقال النسائي : إذا انفرد بأصل لم يكن بحجة لأنه كان يُلَقَّن فيلقن اهـ .

قلت : قد ذكر ابن حجر اضطرابه في عجز المتن . وقد اضطرب أيضاً في وسطه : فعند الترمذي : فأتيت رسول الله ﷺ ، فوجدته خارجاً من بيت حفصة ، ومثله رواية الحاكم . وعند أبي داود : فوجدته في بيت حفصة ، وكذا الدارقطني . ومثله للنسائي في رواية . وباتي روايات النسائي لم تذكر البيت أصلاً .

وعند المصنف بن الهمام فيه : فأخذته بثوبه وهو يريد أن يدخل حجرته اهـ وهذه الأخيرة غريبة لأن أدب ابن عمر يمنعه أن يأخذ بثوبه فهذا اضطراب في المتن في موضعين في وسطه وعجزه بل وفي صدره أيضاً . وقد خالفه غير واحد فلم يرفعه .

وقد صوب غير واحد وقفه وسماك وإن روى له مسلم لكن ضعفه غير واحد وتغير بأخره فالصواب أن مسلماً انتفى ما صح من حديث قبل أن يتغير حفظه . والله تعالى أعلم .

(٢) لفظ شعبة : وأنا أفرقه . يعني بذلك أخاف أن يكون وهم في رفعه وهذا هو الصواب لأن شعبة ضعفه كما ذكر في الميزان وقد تقدم . الخلاصة : هذا حديث يشبه الحسن لا يتعداه . خصوصاً ولم يتابع عليه . والقول الفصل قول النسائي : أنه إذا انفرد بأصل لم يكن بحجة لأنه كان يُلَقَّن اهـ والله تعالى أعلم .

المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين، بخلاف المبيع. قال: (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع، ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا. وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق، بل على اعتبار ابتداء الصلة. لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد، وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن إخراج فصار برأ مبتدأ. ولنا أنهما

تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لأنه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة، ولأن الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للأثر أنه لم يكن يقتضي أحد النقيضين عن الآخر مستمراً من غير أن يكون عرفه عنه ﷺ، وأمره رسول الله ﷺ أن لا يفارقه وبينهما بيع^(١) معناه دين من ذلك البيع لأنه صرف فمنع النسيئة فيه. وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف المورث في الملك وكان للميت ذلك التصرف، فكذا للوارث وكذا الموصى له لأن الوصية أخت الميراث قوله: (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن، ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسنذكر شرط كل منهما (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الزيادة إذا كان الثمن حالاً، وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل إعطائها، ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع أصل الثمن، وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم الباقي بعد الحط (وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان) أي الزيادة والحط (على اعتبار الالتحاق) بأصل العقد (بل) الزيادة بر مبتدأ من البائع والمشتري والحط إبراء من بعض الثمن متى رده

معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتهى احتمال الزيادة، ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما سيأتي في باب السلم أن من أسلم في كر فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كراً أو أمر رب المال بقبضه لم يكن قبضاً، وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فإكتاله له ثم إكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين. وأعلم أن في كلام المصنف رحمه الله إيهام التناقض، وذلك لأنه وضع المسئلة أولاً فيما إذا كان العقدان بشرط الكيل. واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث، ثم ذكر في آخر المسئلة أن الصحيح أن يكتفي بالكيل الواحد وهو يقتضي أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقداً واحداً بشرط الكيل، لما أن الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية إنما هو في العقد الواحد بشرط الكيل. وأما إذا وجد العقد بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية، بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين. ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الأول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع هو البيع الثاني، ومعناه أن المشتري إذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك لما ذكرنا من الدليل، ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفتين فإنه يدل على أن في هذه الصورة اجتماع الصفتين غير منظور إليه، فكأنه يقول: الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما إذا اجتمعت الصفتان كما في أول المسئلة وما سيأتي في باب السلم. وأما فيما نحن فيه فلا. هذا وإذا نظرنا إلى التعليل وهو قوله ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضي أن يكتفي بالكيل الواحد في أول المسئلة أيضاً كما ذكرنا، ولو ثبت أن وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحسان لكان ذلك مدفعاً جازياً على القوانين لكن لم أظفر بذلك. ولو اشترى المعدود عدداً فهو

قوله: (لعدم تعيينها بالتعيين: أي في النقود) أقول: فيكون الدليل أخص من المدعي قال المصنف: (وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن إخراج فصار برأ مبتدأ) أقول: قوله وكذا الحط: أي لا يلحق بأصل العقد قوله: (فلا يمكن إخراج) أي إخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع.

(١) هو بعض حديث ابن عمر المتقدم اهـ.

ثم بحمد الله ومنه وكرمه الجزء السادس من فتح القدير ويليهِ السابع إن شاء الله تعالى. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين. والله أسأل أن يجعل هذا العمل متقبلاً إنه خير سمع وخير مجيب.

بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه رابحاً أو خاسراً أو عدلاً. ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغير، وصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد، ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه، بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به. وعلى

يرتد. وجه قولهما إن المبيع دخل في ملك المشتري بالقدر الأول، فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلاً عن ملكه وهو المبيع، وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جازت الزيادة في المبيع كان المزيد عوضاً عن ملكه: أعني الثمن. قلنا: إنما يكون ما ذكرتم لو التحق بالعقد مع عدم تغييره، لكننا قلنا إنهما بالزيادة والحط غيرا العقد عن وجهه الأول وهو كونه بذلك المقدار إلى كونه بهذا المقدار، ورأينا الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة إلى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود إلى إعدامه بلا سبب سوى اختيارهما. أما الأول فتحويله من عدم اللزوم إلى اللزوم بإسقاط الخيار وعكسه بإلحاق الخيار، وكذا من كونه حالاً إلى مؤجل بإلحاق الأجل كما سنذكر في تأجيل الثمن الحال عندنا، وأما الثاني فبالإقالة وهي تعيده إلى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من

كالمذروع فيما يروي عن أبي يوسف ومحمد، وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه ليس بمال الربا، ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنتين فكان كالمذروع، وحكمه قد مر أنه لا يحتاج إلى إعادة الذرع إذا باع مزارعة، وكالموزون فيما يروي عن أبي حنيفة وهو قول الكرخي لأنه لا تحل الزيادة؛ ألا ترى أن من اشترى جوزاً على أنها ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة، ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن في الموزون. قال: (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالنقود أو مما يتعين كالمكيل والموزون، حتى لو باع إبلاً بدراهم أو بكر من الحنطة جاز أن يأخذ بدله شيئاً آخر. قال ابن عمر رضي الله عنهما: «كنا نبيع الإبل في البقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم، وكان يجوزهم رسول الله ﷺ» ولأن المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعيينها بالتعيين: أي في النقود بخلاف المبيع. قال: (ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في الثمن) إذا اشترى عيناً بمائة ثم زاد عشرة مثلاً أو باع عيناً بمائة ثم زاد على المبيع شيئاً أو حط بعض الثمن جاز، والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الأصل والزيادة، ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما إليه، ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك: يعني الأصل والزيادة، فإذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بهما، وإذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا. وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق، بل على اعتبار ابتداء الصلة: أي الهبة ابتداء لا تتم إلا بالتسليم. لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأن هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لأن المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى ثمناً، فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز، وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن إخراجه عن ذلك فصار برأ مبتدأ. ولنا أن البائع والمشتري بالحط والزيادة غير العقد بتراضيهما من وصف مشروع إلى وصف مشروع، لأن البيع المشروع خاسر ورابع وعدل، والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلاً والعدل رابحاً، والحط يجعل الرابح عدلاً والعدل خاسراً وكذلك الزيادة في

قوله: (فصار) أي كل واحد من الزيادة والحط. قال في الذخيرة. وفي المحيط البرهاني في الفصل الحادي عشر من كتاب البيع: إذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبراه عن بعض الثمن قبل القبض فهو حط أيضاً، وإن كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض أو وهب البعض بأن قال وهبت منك بعض الثمن أو قال حطت منك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري، ولو قال أبرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الإبراء انتهى. ووجه الفرق المذكور في الكتابين المذكورين فراجعهما فإنه مهم في الغاية قوله: (وإذا صحح يلتحق بأصل العقد لأن الزيادة في الثمن كالوصف له) أقول: الزيادة في الكميات والموزونات والمعدودات ليست بوصف، فكيف يصح الالتحاق فيهما إذا كانت مبيعة قوله: (ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء) أقول: وعندي أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسراً ورابحاً وعدلاً على ما يدل عليه سياق الكلام، ولو صح ما ذكره لبقى التحاق الحط بلا دليل ولا يخفى ما فيه قوله: (فإن قيل: لو كان حط البعض صحيحاً لكان حط الكل كذلك النسخ) أقول: يعني بطريق الالتحاق، وإلا فحط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق قوله: (فالشرط فيه قيام الثمن) أقول: وإلا لم يكن بيعاً قوله: (لأنه إما أن يبقى بيعاً باطلاً) أقول: كما سبق في أحكام البيع الفاسد.

اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه، ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراوحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون

وصف كونه رابحاً إلى خاسر أو خاسراً إلى رابح، وإلى كونه عدلاً، وثبت صحة الحط شرعاً في المهر بقوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة﴾ [النساء ٢٤] فبين أنهما إذا تراضيا بعد تقدير المهر على حط بعضه أو زيادته جاز، وإذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة إذ تغييره يوجب كونه عقداً بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به إذ وصف الشيء يقوم به، بخلاف ما لو حط الكل لأنه تبديل لأصله إذ يصير البديل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة إلى عقد التبرع فلا يلحق به، وإذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه إلى آخر ما ذكرنا (ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراوحة فتجوز) (على الكل) من الأصل والزائد. ويجب أن يراعى على المبيع الأول وما زاده البائع مبيعاً لا الأول فقط، وكذا التولية (ويباشر) العقد في المراوحة والتولية (على الباقي) بعد الحط (و) كذا (في الشفعة حتى يأخذها) الشفيع (بالباقى) فقط. فإن قيل: لو التحق لزم أن يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من الأصل والزائد وهو منتف بل لا يأخذ إلا بدون الزيادة، أو يقال فلم فرقم بين الحط والزيادة بالنسبة إلى الشفيع؟ أجاب بقوله: (وإنما كان للشفيع أن يأخذها) في صورة الزيادة (بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت) قبلها، فإن بمجرد العقد الأول تعلق حقه بأخذها بما وقع عليه التراضي الأول وعقد به، والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منهما يطل حقه فلا ينفذ تصرفهما ذلك عليه. ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال (ثم الزيادة) إلى آخره: يعني أن شرطها قيام المبيع في ظاهر

المبيع، ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالإقالة، فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف إلى وصف لأن التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله وصار كما إذا كان لأحد العاقلين أولهما خيار الشرط فأسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح إلحاق الزيادة بعد تمام العقد، وإذا صح يلتحق بأصل العقد لأن الزيادة في الثمن كالوصف له، ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه، فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها. فإن قيل: لو كان حط البعض صحيحاً لكان حط الكل كذلك اعتباراً للكل بالبعض. أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لأنه تبديل بأصله لا تغيير بوصفه، لأن عمل الحط في إخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمناً فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمناً. وأما حط الجميع فتبديل للعقد، لأنه إما أن يبقى بيعاً باطلاً لعدم الثمن حينئذ وقد علمت أنهما لم يقصدا ذلك أو يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود المانع، ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض بأصل العقد، وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه. ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراوحة حتى تجوز على الكل في الزيادة، وعلى الباقي في الحط فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لآخر وليت هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقاً بأصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة، ويظهر حكمه أيضاً في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط قوله: (وإنما كان للشفيع) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقاً بأصل العقد لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد. وتقرير الجواب: إنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لأن حقه تعلق بالعقد الأول، وفي الزيادة إبطال له، وليس لهما ولاية على إبطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله إذا كان المبيع قائماً. وأما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه، إذ الاعتياض إنما يكون في موجود الشيء يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند، بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البديل عما يقابله لكونه إسقاطاً

قوله: (فيلتحق حط البعض) أقول: لا يكفي لثبوت الالتحاق عدم المانع منه بل لا بد من المقتضى أيضاً ولم يبين فلا يستقيم التصريح.

الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكه، ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند، بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً. قال: (ومن باع بضمن حال ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً) لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه، ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقاً فكذا مؤقتاً، ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت

الرواية؛ فلو هلك حقيقة بأن مات العبد أو الدابة أو حكماً بأن أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو أجر أو رهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن أو طبخ اللحم أو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشتري الخمر ذمياً لا تصح الزيادة لفوات محل العقد، إذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها إذا فعل في المغضوب ذلك، وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية، فلو زاد بعد موتها لا تصح، بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة، وكذا إذا أجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفاً أو قطع يد المبيع فأخذ المشتري أرشه حيث تثبت الزيادة في كل هذه، وإنما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لأنه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وإن كان يقع مستنداً فالمستند لا بد أن يثبت أولاً في الحال ثم يستند، وثبوته متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا ينبرم بالإجازة إذا كان المبيع هالكاً وقتها قوله: (على ظاهر الرواية) احتراز عما روى الحسن في غير رواية الأصول عن أبي حنيفة أن الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه. وفي المبسوط: وكذا إذا كانت الزيادة من الأجنبي وضمنها لأنه التزمها عوضاً، وهذا الالتزام صحيح منه وإن لم يملك شيئاً بمقابلته كما لو خالع امرأته مع أجنبي أو صالح مع الأجنبي من الدين على مال وضمنه صح وإن لم يملك الأجنبي شيئاً بمقابلته هذا في زيادة الثمن. فأما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع، وهكذا ذكر في المنتقى وتكون لها حصة من الثمن، حتى لو هلك قبل القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الحط) فإنه يصح بعد هلاك المبيع لأن المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البديل) أي الثمن (عما يقابله) وحاصله إخراج القدر المحطوط عن أن يكون ثمناً، فإنما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باقي فيثبت الحط ملتحقاً بأصل العقد؛ ألا ترى أنه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فإنه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به، فإسقاط عوض المعدم يصح والاعتياض عنه لا يصح قوله: (ومن باع بضمن حال ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً) وهو قول مالك خلافاً للشافعي، وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلاً بالتأجيل وهو قول زفر لأنه بعد أن كان حالاً ليس إلا وعداً بالتأخير. قلنا (الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه) وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الأجل بالتأجيل فإنه يقول: لا شك إن له أن يؤخر إنما الكلام في أنه يلزم التأخير شرعاً إذا أخر. وقوله: (ألا ترى) إلى آخره يستدل به مستقلاً في المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند إسقاطه السقوط، والتأجيل التزام الإسقاط إلى وقت معين فيثبت شرعاً السقوط إلى ذلك الوقت كما ثبت شرعاً سقوطه مطلقاً بإسقاطه مطلقاً (ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ومجيء المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وإن كانت) سيرة (كالحصاد والدباس

والإسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق بأصل العقد استناداً. روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع. ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائماً تقريباً وتجعل الزيادة تغييراً كما جعل قائماً إذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب، وهذا لأن قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل، واشتراط المحل لإثبات الملك أو إيقائه بطريق التجدد فلم يكن لإبقاء العقد في حقه فائدة، فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فتبقى الزيادة في المبيع جائزة لأنها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن، حتى لو هلك قبل القبض سقطت بحصتها

قوله: (والزيادة في المبيع جائزة) أقول: بعد الهلاك.

الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز، وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل. قال: (وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا (إلا القرض) فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظه الإعارة، ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة، إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه

يجوز) ويلزم كما إذا كفل إليها (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب البيع الفاسد لأن الأجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسد به بل فيما هو دين (وكل دين إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا، إلا القرض فإن تأجيله لا يصح) ولو شرط الأجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الأجل. وعند مالك يصح أيضاً لأن القرض صار في ذمته كسائر الديون. ولو مات المقرض فأجل ورثته صرح قاضيخان بأنه لا يصح كما لو أجل المقرض. وقول صاحب المبسوط ينبغي أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه، ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح، وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة إذ باستهلاكها لا تصير قرضاً. والحيلة في لزوم تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدنيه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ. وجه المسئلة أن القرض تبرع (لأنه صلة في الابتداء وإعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الألف بدل أقرضتك ونحوه (و) لهذا (لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصي والصبي) والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتهاء) لأنه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل، كما) لا يلزم تأجيل (الإعارة) فإنه لو أعاره المتاع إلى شهر كان له أن يسترده في الحال إذ لا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح) أيضاً (لأنه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا) ولأنه لو لزم كان التبرع ملزماً على المتبرع شيئاً كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات، قال تعالى ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ [التوبة ٩١] نفي السبيل عنهم على وجه نصروية الاستغراق، فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم للمثل المردود حكم العين كأنه رد العين، ولولا هذا الاعتبار كان تملك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعاً كالعين، وإذا جعلت كالعين فالتأجيل في الأعيان لا يصح

شيء من الثمن. قال: (ومن باع بثمن حال) ثم أجله أجل معلوم إذا باع شيئاً بثمن حال ثم أجله لا يخلو من أن يكون الأجل معلوماً أو مجهولاً، فإن كان الأول صح وصار مؤجلاً. وقال زفر: لا يلحق الأجل بالعقد، وبه قال الشافعي لأنه دين فلا يتأجل كالقرض. ولنا أن الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقاً بمن عليه، ولأن التأجيل إثبات براءة مؤقتة إلى حلول الأجل، وهو يملك البراءة المطلقة بالإبراء عن الثمن فلأن يملك البراءة المؤقتة أولى، وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الجهالة فاحشة أو يسيرة، فإن كان الأول كما إذا أجله إلى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز، وإن كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة، لأن الأجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع (وقد ذكرناه من قبل) يعني في أواخر البيع الفاسد قال: (وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً) كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلاً (لما ذكرناه) أنه حقه، لكن القرض لا يصح تأجيله، وهذا لأن القرض في الابتداء صلة وإعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات، ولهذا يصح بلفظ الإعارة (ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي، ومعاوضة في الانتهاء) لأن الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين (فعلى اعتبار الابتداء لا يصح) أي لا يلزم التأجيل فيه (كما في الإعارة إذ لا جبر وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا) وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع إليه، وأجمع الأمة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم (ونوقض بما إذا أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة) فإنه

قوله: (حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه) أقول: العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه، لثلا يلزم تقديم معمول «ما» في حيز أن «عليه» وتصحيح ما في الكتاب بجعل المذكور تفسيراً للمقدر قبل أن، والله أعلم.

يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا، وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للموصي، والله تعالى أعلم.

(بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان إلى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لأنه وصية بالتبرع) فيلزم كما تلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع أنه لو أعار عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال، وهذا لأن باب الوصية أوسع من سائر التصرفات، ألا ترى أنه لو أوصى بشمرة بستانه جاز، وإن كانت الشمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصي ونظراً له فضلاً من الله ورحمة، وللرحمة عليه أجازها الشرع وكان القياس أن لا تصح لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته، والله تعالى أعلم.

فرض مؤجل وأجله لازم (حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه) إلى سنة. وأجيب بأن ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها، ألا ترى أنه لو أوصى بشمرة بستانه لفلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصي، والله أعلم.