

## بسم الله الرحمن الرحيم

## باب الربا

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً) فالعلة عندنا الكيل مع الجنس والوزن مع

## باب الربا

هو من نوع البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا﴾ [آل عمران: ١٣٠] بسبب زيادة فيه، فمناسبته بالمراوحة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه منهيّة، والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه، والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ قوله: (الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه) وفي عدة من النسخ: الربا محرم في كل مكيل إلى آخره، وفي كثير منها زيادة متفاضلاً الربا يقال لنفس الزائد، ومنه ظاهر قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا﴾ [آل عمران: ١٣٠] أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه، وسنذكر تفصيلها. ويقال لنفس الزيادة: أعني بالمعنى المصدرى، ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أي حرم أن يزداد في القرض والسلف على القدر المدفوع وإن يزداد في بيع تلك الأموال بجنسها قدرًا ليس مثله في الآخر لأنه حينئذ فعل والحكم يتعلق به، ولا شك أن في قوله الربا في كل مكيل الأول بغير لفظ محرم لا يراد كل منهما لأنه كذب على إسقاط لفظ متفاضلاً، أو لا فائدة فيه

## باب الربا

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى: ﴿وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ شرع في بيان أنواع بيوع نهي الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ فإن النهي يعقب الأمر، وهذا لأن المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو الربا، ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيئاً في الزهد؟ قال قد صنفت كتاب البيوع، ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم، وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال. والربا في اللغة هو الزيادة، من ربا المال: أي زاد، وينسب فيقال ربوي بكسر الراء، ومنه الأشياء الربوية، وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب. وفي الاصطلاح: هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع. قال: (الربا محرم في كل مكيل أو موزون) أي حكم الربا هو حرمة الفضل والنسيئة جار في ما يكال أو يوزن إذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه (فالعلة) أي لوجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل)

## باب الربا

قوله: (لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول: لا يقال البيع الفاسد من جملة تلك الأبواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لأن كون أكثر الأبواب مأموراً بالمباشرة يكفي لغرضه قوله: (عن العوض المشروط) أقول: صفة العوض تدل على تعريف السفناقي في المكاتب بقوله: الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبير، وبذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة. قال المصنف: (الربا محرم في كل مكيل) أقول: في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه، ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جار أو مستقر في كل مكيل.

الجنس. قال رضي الله عنه: ويقال القدر مع الجنس. وهو أشمل. والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا» وعد الأشياء الستة: الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال. ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلاً. ومعنى الأول بيع التمر، ومعنى الثاني

بتقدير إثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة، أما على استعمال الربا في حرمة فيكون لفظ الربا مجازاً، أو على حذفه وإرادته فيكون من مجاز الحذف الربا مراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره: أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل. ثم قوله: (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرتباً بالفاء لما عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته، ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرغ عليه أن العلة الكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح، إذ يشمل العد والذرع وليس من أموال الربا: أي علة تحريم الزيادة كونه مكياً مع اتحاد البديلين في الجنس فهي علة مركبة (والأصل فيه الحديث المشهور) أخرج الستة إلا البخاري عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتبر بالتبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثلأ سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»<sup>(١)</sup> وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ «مثلته سواء» وزاد بعد قوله «يبدأ بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»<sup>(٢)</sup> وأخرج مسلم أيضاً من حديث

لأنه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر (والأصل فيه الحديث المشهور) الذي تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربا» وعد الأشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال) ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم. وروى بروايتين بالرفع «مثل بمثل» وبالنصب «مثلاً بمثل» ومعنى الأول بيع الحنطة وحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه وأعرب بإعرابه ومثل خبره، ومعنى الثاني بيعوا التمر مثلاً بمثل، والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي «كياً بكيل» وكذلك في الموزون «وزناً بوزن» فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الحنطة، فإن بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه، ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت «جيدها ورديتها سواء»، وكلام رسول الله ﷺ يفسر بعضه بعضاً، فإن قيل: تقديراً يبيعوا بوجب البيع وهو مباح. أوجب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة كقولك مت وأنت شهيد، وليس المراد الأمر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء إذا مات، وكذلك المراد الأمر بكون البيع على صفة المماثلة قوله: (يد بيد) المراد به عندنا عين بعين، وعند الشافعي قبض قبض قوله: (والفضل ربا) الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات أحدهما على الآخر حرام (والحكم معلول بإجماع القانسين) احتراز عن قول داود من المتأخرين وعثمان البتي من المتقدمين إن الحكم مقصور على الأشياء الستة، والنص غير معلول (لكن العلة عندنا ما ذكرنا) من القدر والجنس (وعند الشافعي الطعم في

قال المصنف: (وهو أشمل) أقول: وقال ابن الهمام: لكنه يشمل المذروع والعدد وليس من أموال الربا انتهى. ويمكن أن يقال: الألف واللام في القدر للعهد، والمراد الكيل والوزن قوله: (ومعنى الثاني بيعوا التمر) أقول: كان الظاهر يبيعوا الحنطة قوله: (وكذلك في الموزون الخ) أقول: أي كذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل «وزناً بوزن» حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره.

(١) صحيح. أخرجه الإمام الشافعي في مسنده ٢/ ١٥٧-١٥٨ مسلم ١٥٨٧ من وجوه، وأبو داود ٣٣٤٩ و ٣٣٥٠ والترمذي ١٢٤٠ والنسائي ٧/ ٢٧٤. ٢٧٥ وابن ماجه ٤٤٥٤ وابن الجارود ٦٥٠ وابن حبان ٥٠١٥ و ٥٠١٨ والدارقطني ٣/ ٢٤ وعبد الرزاق ١٤١٩٣ وأحمد ٥/ ٣٢٠ وابن

أبي شيبة ٧/ ١٠٣. ١٠٤ والبيهقي ٥/ ٢٧٧. ٢٨٢. ٢٨٢ من طرق كلهم من حديث عباده بن الصامت.  
(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٨٤ ح ٨٢ والنسائي ٧/ ٢٧٧ وابن الجارود ٦٤٨ وأحمد ٣/ ٤٩. ٥٠. ٦٦. ٦٧. ٩٧ والبيهقي ٥/ ٢٧٨ كلهم من حديث أبي سعيد.

بيعوا التمر، والحكم معلوم بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه. وعند الشافعي رحمه الله: الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان، والجنسية شرط، والمساواة مخلص. والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على

أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله «فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه»<sup>(١)</sup> وليس فيه ذكر الذهب والفضة، والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلاً بمثل، وأما رواية مثلاً بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن: حدثنا أبو حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ أنه قال «الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد والفضل ربا»<sup>(٢)</sup> وهكذا قال إلى آخر الستة، وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف بإسناده إلى عبادة بن الصامت: سمعت رسول الله ﷺ يقول «الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد هكذا» إلى آخر الأشياء الستة، وذكر التمر بعد الملح آخر. وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت «الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها» إلى أن قال: «ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدأ بيد وأما نسيئة فلا، ولا بأس ببيع البرّ بالشعير والشعير أكثرهما يدأ بيد، وأما النسيئة فلا»<sup>(٣)</sup> انتهى. ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبرّ بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير، بل لو كان الزائد الذهب والبرّ جاز، ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبرّ على الشعير قوله: (والحكم) يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية (معلول بإجماع القائسين) أي القائلين بوجوب القياس عند شرطه، بخلاف الظاهرية، وكذا عثمان البتي فإن عندهم حكم الربا مقتصر على الأشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها. أما الظاهرية فلأنهم ينفون القياس، وأما عثمان البتي فلأنه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولأنه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله: «خمس من الفواسق»<sup>(٤)</sup> قلنا: تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله: «لا تبيعوا الصاع بالصاعين» كما سيأتي عند الشافعي دليل، وستقيم عليه الدليل. وأما إبطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع، ولو منم فالتقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به، والإبطال الممنوع هو الإبطال بالنقص، أما بالزيادة بالعلة فلا، وتخصيص هذه السنة بالذكر لأن عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها، وممن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة، وهو أيضاً متأثر عن قتادة وطاوس، قيل فانخرم قوله بإجماع القائسين قوله: (لكن العلة عندنا ما

المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط) لعلم العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده إلا عند وجود الجنسية، وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء، فلو أسلم هروياً في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود أحد وصفي العلة، وسيأتي (والمساواة مخلص) بتخلص بها عن الحرمة لأنه: أي الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لأنه قال: «يدأ بيد قوله: (وحيثئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء) أقول: ضمير لها راجع إلى قوله والجنسية شرط الخ.

- (١) صحيح. لكن من حديث أبي هريرة كذا رواه مسلم ١٥٨٨ والنسائي ٢٧٨/٧ ومالك ٦٣٢/٢ وأحمد ٤٣٧.٢٦٢ / ٢ وأبو يعلى ٦١٠٧ كلهم من حديث أبي هريرة: التمر بالتمر والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح مثلاً بمثل يدأ بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى. إلا ما اختلفت ألوانه.. هذا لفظ مسلم وأبي يعلى. ورواية مالك وغيره مختلفة.
- تنبيه: فالحديث لم يروه مسلم بهذا اللفظ من حديث أبي سعيد وهو سبق قلم من المصنف. ويؤكد ذلك كون الزيلعي ذكره في نصب الراية ٤/ ٢٦ ونسبه لمسلم عن أبي هريرة وأكد ذلك بقوله: ليس فيه ذكر الذهب والفضة.
- (٢) غريب هكذا. وهو في مسند أبي حنيفة كتاب البيوع ج ٦ ص ١٢١ عن عطية العوفي عن أبي سعيد مرفوعاً فذكره وفيه: مثلاً بمثل أه أي على النصب لا على الرفع. وعطية العوفي واه كما في الميزان فالصواب في روايته ما وافقه رواية الجماعة وذلك بالنصب: مثلاً بمثل أه فتبه.
- (٣) جيد. هذا اللفظ عند أبي داود ٣٣٤٩ والنسائي ٢٧٦/٧ والطحاوي في المعاني ٦٦/٤ والبيهقي ٢٧٧/٥ كلهم من حديث عبادة. وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات رجال مسلم غير مسلم بن يسار المكي وهو ثقة عابد كما في التقريب.
- (٤) صحيح. تقدم تخريجه في أواخر كتاب الحج. وتتمة الحديث: يقتلن في الحل والحرم: المقرب والجذأة والغراب الأبقع والفأرة والكلب العقور.
- أخرجه البخاري ١٨٢٩ ومسلم ١١٩٨ من وجوه وابن حبان ٥٦٣٣ وأحمد ٥٦٩.٨٧ / ٦ والبيهقي ٢٠٩/٥ كلهم من حديث عائشة. وتقدم الكلام عليه مع ذكر تغير ألفاظه وطرقه.

شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح، فيعزل بعلته تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها، ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً والحكم قد يدور مع الشرط. ولنا أنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع، إذ هو ينبىء عن التقابل وذلك بالتماثل، أو صيانة لأموال الناس عن التوى، أو تمييزاً للفائدة باتصال

ذكرناه) يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء، وبأحدهما مفرداً يحرم النساء ويحل التفاضل كما سيأتي (وعند الشافعي الطعم في المظومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص) من الحرمة (وهي) أعني الحرمة (الأصل) وعند مالك العلة الاقتيات والادخار، فكل ما يقتات ويدخر فهو ربا وما لا فلا، لأنه ﷺ خص البرّ وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهراً فيه، فنبه بالبرّ على مقتات تتم الحاجة إليه وتقوم الأبدان به، والشعير يشاركه فيه مع كونه علفاً وقوتاً لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها، ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالباً كالعسل والسكر والزبيب، وبالملح على أن ما أصلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها فيلحق الأبايزر وما في معناها، والذهب والفضة معللان بعلته قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الأشياء وأصول الأثمان. وقال الشافعي في القديم: العلة الطعم مع الكيل أو الوزن، وفي الجديد: هي الطعم فقط في الأربعة والثمنية في النقدين، ومنهم من يجعلها عينهما والتعدي إلى الفلوس الرائجة وجه. والصحيح أنه لا ربا فيها لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول أحمد في رواية، والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم نساء. وعلى الجديد يحرم الربا في الماء، وجه قوله ﷺ: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»<sup>(١)</sup> رواه مسلم، والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ الاشتقاق علة، وروي: «لا تبيعوا الطعام»<sup>(٢)</sup> إلى آخره. فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها، إذ لو اقتصر على قوله: «لا تبيعوا» لم يجز بيع أحدهما بالآخر مطلقاً، فما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لأنها هي الأصل: فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمر بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص، إذ يجوز الحفنة بالحفنتين، وهذا الطريق يفيد أنها علة

مثلاً بمثل» منصوبان على الحال والأحوال شروط، هذا في رواية النصب، وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب إلا أنه عدل إلى الرفع للدلالة على الثبوت (وكل ذلك) أي كل من الشرطين (يشعر بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح) فإذا كان عزيزاً خطيراً (يعزل بعلته تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم) في المظومات (لبقاء الإنسان به، والثمنية في الأثمان لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك) أي في إظهار الخطر والعزة (فجعلناه شرطاً) والحاصل أن العلة إنما تعرف بالتأثير، والطعم والثمنية أثر كما ذكرناه وليس للجنسية أثر، لكن العلة لا تكمل إلا عند وجود الجنس فكان شرطاً لأن الحكم يدور مع الشرط وجوداً عنده لا وجوباً به (ولنا أن الحديث أوجب المماثلة شرطاً في البيع بقوله مثلاً بمثل) لما مر

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٩٢ وأحمد ٤٠١/٦ وابن حبان ٥٠١١ والطبراني ٢٠ (١٠٩٥) والبيهقي ٢٨٣/٥ من طرق كلهم عن معمر بن عبد الله: أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال: به، ثم اشتر به شعيراً، فذهب الغلام، فأخذ صاعاً وزيادة بعض الصاع فلما جاء معمرأ أخبره بذلك فقال معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فرؤد ولا تأخذن إلا مثلاً بمثل. فإني كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: الطعام بالطعام مثلاً بمثل. قال: وكان طعامنا يومئذ الشعير. قيل له: فإنه ليس بعثله. قال: إني أخاف أن يضارع. هذا لفظ مسلم.

قال النووي: معنى يضارع يشابه، ويشارك. ومعناه أخاف أن يكون في معنى المماثل فيكون له حكمه في تحريم الربا. واحتج مالك بهذا الحديث في كفرن الحنطة والشعير صنفاً واحداً لا يجوز التفاضل فيهما، والجمهور على أنهما صنفان يجوز التفاضل بينهما. ودليل الجمهور حديث: فإذا اختلفت هذه الأجناس، فبيعوا كيف شئتم وأما حديث معمر فإنه تورع منه حيث قال: أخاف أهد وقول المصنف: روي: «لا تبيعوا الطعام... الخ».

فلم أراه مرفوعاً عند مسلم ولا غيره. وإنما أخرجه الطحاوي في المعاني ٧٠/٤ بسند حسن عن أبي بكر كتب في وصيته لأمرء الأجناد: أما بعد فإنكم قد هبطتم أرض الربا أي الشام. فلا تبيعون الذهب بالذهب إلا وزنًا بوزن، ولا الورق بالورق إلا وزنًا بوزن، ولا الطعام بالطعام إلا كيلاً بكيل أهد.

(٢) تقدم في الذي قبله. وأن لفظ: لا، جاء في خبر أبي بكر. والله أعلم.

التسليم به، ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيثين باعتبار الصورة والمعنى، والمعيار يسوي الذات،

منصوصة، ولو أخذنا في استنباط علته أدانا إلى هذه العلة أيضاً، ووجهه أنه نص على شرطي التقابض والتماثل وهذا الاشتراط (يشعر بالعرّة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح) فوجب تعليقه بعلة توجب العزة والخطر، وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والتمنية التي بها يتوصل إلى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الأصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات (ولا أثر للجنسية) والقدر (في ذلك) أي في إظهار العزة والخطر (فجعلناه شرطاً، والحكم قد يدور مع الشرط) كالرجم مع الإحصان (ولنا أنه) أي النص المشهور (أوجب التماثل شرطاً للبيع) ويوجب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث)<sup>(١)</sup> إذ لا بد فيه من إضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلاً: أي بيعوا هذه الأشياء مثلاً بمثل، وبهذا تبين أن الإباحة في بيع الأموال الربوية بعضها ببعض هي الأصل. وقوله: «لا تبيعوا الطعام» الحديث إنما ينصرف النهي إلى ما بعد إلا نحو ما جاء زيد إلا ركباً، وحاصله الأمر بالنسوية عند بيعها، ولا شك أن في إيجاب المماثلة تحقيقاً لمعنى البيع المبنى عن التقابل إذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما أن المماثلة تستدعي شيئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فإن كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعي العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ل يتم معنى البيع (أو) أوجب المماثلة (صيانة لأموال الناس عن التوى) فإنه إذا قوبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء، فإذا كان فضل في أحدهما صار ذلك الفضل تارياً على مالكة، فلقد صيانة أموال الناس عن التوى أوجب المماثلة، بخلاف ما إذا قوبل المال بغير جنسه فإنه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى إلا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في إحدى الجهتين، ثم من تميم التماثل المساواة في التقابض فإن للحال مزية على المؤخر فليوجب التقابض أيضاً لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظاً عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشيثين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخال عن عوض شرط فيه) أي في العقد، وعلمت أن الخلو في المعاوضة لا يتحقق إلا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) في إثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) إما (لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً) وفيه نظر (أو لأن في اعتباره سد باب البياعات) وهو الوجه لأنه قلما يخلو عوضان من جنس عن

أنه حال بمعنى مائلاً، والأحوال شروط (و) وجوب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) لأحد معان ثلاثة (لتحقيق معنى البيع فإنه ينبنى عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل، لأنه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أو صيانة لأموال الناس عن التوى) لأن أحد البدلين إذا كان أنقص من الآخر كان التبادل مضيعاً لفضل ما فيه الفضل (أو تميماً للفائدة باتصال التسليم به) أي بالمماثل: يعني أن في التقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضاً بعد مائلة كل منهما للآخر لتتميم فائدة العقد وهو ثبوت الملك، وفيه نظر لأنه خارج عن المقصود، إذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدرأ لا بيان المماثلة من حيث القبض. والأولى أن يقال: لو لم يكن أحد العوضين مائلاً للآخر لم تتم الفائدة بالقبض، لأنه إذا كان أحدهما أنقص يكون نفعاً في حق أحد المتعاقدين وضرراً في حق الآخر، وإذا كان مثلاً الآخر يكون نفعاً في حقهما فتكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعاً في حقهما جميعاً. ولقائل أن يقول: هذه الأوجه

قوله: (ولقائل أن يقول: إلى قوله: لأنها لا تنفك عن التقابل) أقول: فيه بحث، فإنه إذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى واقتضاء تميم الفائدة قوله: (ولقائل أن يقول: إنما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل) أقول: إذا كان مراعاة شرط الحل واجبها على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكروه قوله: (ويمكن أن يجاب عنه بأن انفراد الحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة) أقول: فيه بحث، فإن الحرام ما ثبت بدليل قطعي. والمكروه هو الثابت بظني كالقرض والواجب: ألا يرى إلى مقابلة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق.

(١) مراده حديث عبادة في أول الباب.

والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه، ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً، أو لأن في اعتباره سد باب البياعات، أو لقوله عليه الصلاة والسلام «جيدها ورديتها سواء» والطعم والشمية من أعظم وجوه المنافع، والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره، إذا ثبت هذا نقول: إذا بيع

تفاوت ما فلم يعتبر. وقوله ﷺ: «جيدها ورديتها سواء»<sup>(١)</sup> إن صح يفيد، وإلا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب<sup>(٢)</sup> والإجماع عليه، وعلة إهداره ما ذكرنا، وعند تأمل هذا الكلام يتبادر أن المتناظرين لم يتواردا على محل واحد، فإن الشافعي وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم، وهؤلاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم، فإن الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة. فالوجه أن يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقنيات إلى آخر ما ذكروا عندهم. وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم؛ وظهور هذا القصد من إيجاب المماثلة في المقدار والتقايبض أظهر من أن يخفى على من له أدنى لب فضلًا عن فقيه. وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لأن الطعم مما تشد الحاجة إليه اشتداداً تاماً (والسبيل في مثل ذلك الإطلاق بأبلغ الوجوه دون التضييق) فإن السنة الإلهية جرت في حق جنس الإنسان أن ما كانت الحاجة إليه أكثر كان إطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلأ للدواب، فإن قال: دل الترتيب على المشتق عليه، قلنا: ذلك بشرط كونه صالحاً مناسباً للحكم على أننا نمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الأعيان الخاصة وهو البرّ والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب مأكلهم لا يسمونه طعاماً ولا يفهمونه من لفظ الطعام؛ ألا ترى أن مالكا فيما قدمنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام، قال: لأنه ﷺ خصه بالذكر<sup>(٣)</sup> ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الأرمي، وهو صحيح لولا دليل آخر عمه. وإلحاقه بالبيع فيه خلل لأن البيع مصون شرعاً و عرفاً وعادة عن الابتدال والإباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة، بخلاف باقي الأموال فإن أصلها الإباحة، ويوجد كثير منها مباحاً حتى الذهب والفضة، وإنما لزم فيها العقد بعد تعلق حق إنسان به دفعاً لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البيع من الابتدال والامتهان دفعاً للحوائج الأصلية فإلحاقها به غير

الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في سائر البياعات لأنها لا تنفك عن التقابل وصيانة الأموال الناس عن التوى وتعميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا تتخلف العلة عن المعلول. والجواب أن موجبها في الربا هو النص، والوجوه المذكورة حكمتها لا علتها ليتصور التخلف، وإذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربا لأن المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه. لقائل أن يقول: إنما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل إن لم توجد الوساطة بين الحل والحرمة، وهو ممنوع لأن الكراهة واسطة بين الحل والحرمة. ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى

قوله: (لقائل أن يقول: قد تبين أن المماثلة، إلى قوله: بالقدر والجنس الخ) أقول: فيه بحث، فإن المعلل هو وجوب المماثلة لا نفسها.

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٧/٤: غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد في أول الباب. وقال ابن حجر في الدراية ١٥٦/٢: لم أجده.

(٢) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه مالك ٦٢٣/٢ ومن طريقه البخاري ٢٢٠١ و ٢٢٠٢ و ٢٣٠٢ و ٢٣٠٣ و ٤٢٤٤ و ٤٢٤٥ ومسلم ١٥٩٣ والنسائي ٧/ ٢٧٢. وابن حبان ٥٠٢١ و البيهقي ٢٩١/٥ و البغوي ٢٠٦٤ كلهم عن عبد المجيد بن سهيل عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خبير، فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ: أكل تمر خبير هكذا؟ فقال: لا والله يا رسول الله. إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعل. بع التمر بجمع الدرهم، ثم ابتغ بالدراهم جنيباً أه. جاء في المغرب ما ملخصه: . الجشع. هو ما يخلط من تمر خمسين نخلة. وقيل: كل لون من النخل لا يعرف اسمه فهو جشع، ثم غلب على التمر الردي. والجنيب. فيل. هو من أجود التمر أه.

(٣) تقدم حديث الطعام وهو من حديث معمر بن عبد الله.

المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجوب شرط الجواز، وهو المماثلة في المعيار؛ ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله، مثلاً بمثل كيلاً بكيل، وفي الذهب بالذهب وزناً بوزن (وإن تفاضلاً لم يجز) لتحقق الربا ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل لإهدار التفاوت في الوصف (ويجوز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين) لأن المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف.

صحيح، إلا أنهم لما حصروا المعرف في الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة، فأجازوا (بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة) من البرّ (بحفتين) لعدم وجود المعيار المعروف للمساواة فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف لا بالمثل، وهذا في غير الجواز من العددي المتقارب. أما فيه فكلام فخر الإسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان، وكذا التمرة بالتمرّة لا في حكم الربا، لأن الجوزة ليست مثلاً للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت، إلا أن الناس أهدروا التفاوت قبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا. ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فغفنت عنده ضمن قيمتها، فإن أبي إلا أن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها. وعند الشافعي لما كانت الطعام حرم الحفنة والتفاحة بثنتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه، فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها، وهذا إذا لم يبلغ أحد البديلين نصف صاع، فإن بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعداً بحفنة. وفي جمع التفاريق قيل: لا رواية في الحفنة بقفيز واللّب بالجوز، والصحيح ثبوت الربا، ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفتين، أما إن كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمان القدح المصري فلا شك، وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن، بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره، ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا. وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرّتين وقال: كل شيء حرم في الكثير فقليل منه حرام (و) يتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكياً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر قوله: (والجنس) مع التفاضل على ما قررناه للصيانة قوله: (وعنده يجوز لعدم الطعم والشمية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبد

الكرامة، فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه أتم فليطلب ثمة قوله: (والمماثلة بين الشيتين) بيان عليه القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشيتين وذلك لأن المماثلة بين الشيتين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى) فإن كيلاً من بر يساوي كيلاً من در من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى، وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى. ولقائل أن يقول: قد تبين أن المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات، وعلمتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تليلاً لإثبات الشرط وذلك باطل. والجواب أن التعليل للشرط لا يجوز لإثباته ابتداءً، وأما بطريق التعدية من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين وهو اختيار الإمام المحقق فخر الإسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك، لأن النص أوجب المماثلة في الأشياء الستة شرطاً فأثبتناه في غيرها تعدية فكان جائزاً، فإذا ثبت وجوب المماثلة شرطاً وهي بالكيل والجنس (يظهر الفضل على ذلك، فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد قال (ولا يعتبر الوصف) يجوز أن يكون جواب سؤال تقريره أن المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف، وتقرير الجواب: ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً، فإن استوت الذاتان صورة ومعنى تساويان في المالية، والفضل من حيث الجودة ساقط العبارة في المكيلات لأن الناس لا يعدون ذلك إلا من باب السير، وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما تفاضل في القيمة في العرف (أو لأن في اعتباره سد باب البياعات) لأن الحنطة لا تكون مثلاً للحنطة من كل وجه، والمراد البياعات في الربويات لا مطلق البياعات لأن في اعتبار

وعند الشافعي رحمه الله العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم، وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه، ولو تبايعا مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس. وعنده يجوز لعدم الطعم والشمية.

وبعير ببعيرين، وجوازه مجمع عليه إذا كان حالاً. فإن قيل: الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن. قلنا: إنما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها، وصون المال ظاهر منضبط، فإن المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها، غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفادياً عن نقضه بالبعد بعدين وثوب هروي بهرويين. وفي الأسرار: ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له قوله: (وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه) وهو القدر (حلّ التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدرهم أو الثوب الهروي بهرويين إلى أجل والجوز بالببيض إلى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وإن كان لا يوجب عدم الحكم، لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الأصلي، وإذا عدم سبب الحرمة (والأصل في البيع) مطلقاً (الإباحة) إلا ما أخرجه دليل من أصنافه كان الثابت الحل (وإذا وجد) أي الجنس والمعنى المضموم إليه وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعير بالشعير لا يجوز إلا مع التساوي والتفاضل (لوجود العلة) المعروفة للحكم على ما بينا (وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم) ثوباً (هروياً في ثوب هروي) في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم إليه من الكيل أو الوزن لا يجوز، وكذا إذا باع عبداً بعدد إلى أجل لوجود الجنسية، ولو باع العبد

الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات (أو لقوله ﷺ «جيدها ورديتها سواء») قال (والطعم والشمية) جواب عن جعله الطعم والشمية علة للحرمة. وتقديره أن ذلك فاسد لأنهما يقتضيان خلاف ما أضيف إليهما لأنهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الإطلاق لشدة الحاجة دون التصيق، ألا ترى أن الحاجة إذا اشتدت أثرت في إباحة الحرم حالة الاضطراب فكيف تؤثر حرمة المباح، بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر إليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك، وعلى هذا فالأصل في هذه الأموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد، فلا تكون المساواة مخلصاً عن الحرمة (وإذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الأصل من الجانبين نقول: إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل) أي كيلاً بكيل أو وزناً بوزن قوله: (جاز البيع) لوجود المقتضى وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي، وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربا بانتفاء الشرط، والجودة فلا يجوز بيع الجيد بالرديء إلا متمثلاً. قال: (ويجوز بيع الحفنة بالحفتين) أي ومما يترتب على الأصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين، لأن عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل، ولا كيل في الحفنة والحفتين فتنتفي المماثلة فينتفي بتحقق الفضل، واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أي ولأن الحفنة والحفتين لم تدخل تحت المعيار الشرعي ولهذا (كان مضموناً بالقيمة عند الإلتاف) لا مثلها، فلو بقيت مكيلة أو موزونة لوجب مثلها فإن المكيلات والموزونات كلها من ذوات الأمثال دون القيم. وعند الشافعي رضي الله عنه لا يجوز لأن علة الحرمة وهو الطعم وقد وجدت والملخص المساواة ولم توجد، وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوى، وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة، فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف صاع جاز البيع عندنا لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه. وأما إذا كان أحد البديلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط، ومن ذلك ما (إذا تبايعا مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص والحديد فإنه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس، وعنده يجوز لعدم الطعم والشمية. قال: فإذا عدم الوصفان) إذا ثبت أن علة الحرمة شيان، فإما أن يوجد أو يعدم أو يوجد أحدهما دون الآخر، فالأول ما تقدم، والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة، وتحقيقه ما أشار إليه بقوله: (والأصل فيه الإباحة) يعني إذا كانت أصلاً وقد تركت لوجود العلة التي هي القدر، والجنس يظهر عند عدمهما لا أن

قال (وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حلّ التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة. وإذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة. وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حلّ التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هروياً في هروي أو حنطة في شعير، فحرمه ربا الفضل بالوصفين وحرمه النساء بأحدهما. وقال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل، وحقيقة الفضل غير مانع فيه

بعبدن أو الهروي بهرويين حاضراً جاز (أو حنطة في شعير) في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسوى، وكذا حديد في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس في خبز ونحوه في زماننا لأنها وزنية (فحرمه ربا الفضل بالوصفين) جميعاً (وحرمه النساء بأحدهما) والنساء بالمد ليس غير (وقال الشافعي رحمه الله: الجنس بانفراده لا يحرم نساء) لأنه دليل عليه. وأيضاً دل الدليل على نفيه وهو ما روي عن ابن عمرو<sup>(١)</sup> رضي الله عنهما «أنه ﷺ جهز جيشاً فأمرني أن أشتري بعبيراً بعبيرين إلى أجل»<sup>(٢)</sup> وهذا. يكون مسلماً. وعن ابن عمر: «أنه باع بعبيراً بأربعة إلى أجل»<sup>(٣)</sup>. وعن علي رضي الله عنه أنه باع بعبيراً يقال له عُصَيْفِيْرُ بعبشرين بعبيراً إلى أجل»<sup>(٤)</sup>. والمعنى أن التأجيل في أحد البديلين يظهر التفاوت فيه حكماً، والتفاوت حقيقة أكثر تأثيراً منه حكماً، فإذا كان التفاوت حقيقة في هذه الأموال بأن باع الواحد بالاثنين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع إذا كان حالاً اتفاقاً فالتفاوت حكماً أولى، وهذا معنى قول المصنف لأن بالنقدية إلى آخره (ولنا أنه مال الربا نظراً إلى القدر أو الجنس) وعرف أن (النقدية أوجبت فضلاً في المالية) حتى تعورف البيع بالحال بأنقص منه بالمؤجل (فتتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة كحقيقة الربا) بالإجماع على منع بيع الأموال الربوية مجازفة وإن ظن التساوي وتمائلت الصيرتان في الرؤية وليس فيه إلا شبهة ثبوت الفضل، بل قالوا: لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهرا متساويين لم يجز عندنا أيضاً خلافاً لزر، لأن العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيهِ ﷺ عن الربا

العدم يثبت شيئاً، فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (مثل يسلم هروياً في هروي أو حنطة في شعير، فحرمه الفضل بالوصفتين وحرمه النساء بأحدهما) حتى لو باع عبداً بعدد إلى أجل لا يجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز (وقال الشافعي رحمه الله: الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل) بالاتفاق (وحقيقة الفضل غير

قوله: (وإن كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول: إذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لا يحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص.

(١) وقع في الأصل: ابن عمر. وصوابه ما أثبت: ابن عمرو.  
(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٣٥٧ والحاكم ٢/ ٥٦. ٥٧. والبيهقي ٥/ ٢٨٧ والدارقطني ٣/ ٦٩. ٧٠. كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. وكذا أحمد ٢/ ١٧١ قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. وسكت الذهبي! مع أن في إسناده: مسلم بن جبير لم يرو له مسلم. بل قال عنه الذهبي في الميزان: لا يدرى من هو. وقال عنه الحافظ في التقریب: مجهول. وفي الإسناد أيضاً: عمرو بن حريش. جاء في نصب الرأية ٤/ ٤٧ ما ملخصه: قال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الإسناد. وعمرو بن حريش مجهول الحال ١ هـ.  
قلت: وله طريق آخر. فقد أخرجه الدارقطني ٣/ ٦٩ والبيهقي ٥/ ٢٨٧. ٢٨٨ كلاهما من طريق ابن جريج أن عمرو بن شعيب أخبره عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

وهذا إسناده حسن وابن جريج صرح بالإخبار فزالته شبهة التذليل. فالحديث بمجموع طريقه يصير حسناً إن شاء الله تعالى.  
تنبيه: لفظ: إلى أجل. ليس من الحديث حيث لم يذكره أحد في كتب التخریج ولا ذكره الزيلعي. فلعل ابن الهمام فهمه من الحديث فهو تفسير منه، وسبأني في السلم، ولم يذكر هذه الزيادة.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه الشافعي في مسنده ٢/ ١٦١ والبيهقي ٥/ ٢٨٨ كلاهما من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر. وهذا إسناده كالشمس وهو موقوف.

(٤) موقوف. أخرجه البيهقي ٥/ ٢٨٨ من طريق الشافعي عن الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب. وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: قال ابن الأثير في شرح مستند الشافعي هذا الحديث مرسل لأن الحسن لم يدرك جده علياً. وقد روى عبد الرزاق في مصنفه عن علي خلاف ذلك ١ هـ.

حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة أولى. ولنا أنه مال الربا من وجه نظراً إلى القدر أو الجنس والتقديرة أوجب فضلاً في المالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة، إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز، وإن

والريية<sup>(١)</sup>، وكذا الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسبة يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعول عليه في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما أخرجه الستة إلا البخاري من قوله في آخر الحديث «إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يبدأ بيد»<sup>(٢)</sup> فالزم التفاضل عند الاختلاف وهو تحريم النسبة، وكذا ما تقدم من رواية أبي داود لقوله ﷺ: «ولا بأس ببيع البرّ بالشعير والشعير أكثرهما يبدأ بيد، وأما النسبة فلا»<sup>(٣)</sup> وأخرج أبو داود أيضاً قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسبة»<sup>(٤)</sup> فقام دليلاً أن وجود أحد جزئي علة الربا علة لتحريم النساء ثم عللنا بأن فيه شبهة الربا: أعني الفضل. وإنما قلنا هذا لأن مقتضى ما ذكر من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضاً، لأن لشبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما،

مانع) من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد (فالشبهة أولى) قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة، فإن القدر عنده كذلك، فإنه يجوز إسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص، ويمكن أن يقال: إنما خصه بالذكر لأن الحكم وهو حرمة النساء إنما لم يوجد عنده في صورة الجنس، وأما في صورة القدر فقد يوجد، فإنه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسبة وكذا بيع الحنطة بالشعير، وإن كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التفاضل شرط في الصرف وبيع الطعام عنده. ولنا ما قال المصنف رحمه الله من أنه مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت أن في باب الربا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك، والشبهة إذا انفردت عن الحقيقة تحتاج إلى محل وعلة كالحقيقة، ولا

قوله: (وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم، إلى قوله: لتحقق شبهة الربا الخ) أقول: أنت خبير بان الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لا حقيقة الفضل فينبغي أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لا شبهة الفضل، فلا يجوز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد، فما ذكره الشارح مغالطة لا يجدي شيئاً: ألا ترى إلى قول المصنف بعد سطور: فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها، إلى أن قال لتوهم الفضل فليتأمل قوله: (وهو ما ذكرنا) أقول: يعني قوله قبل تسعة أسطر تخميناً وهو قوله ما يجري فيها الربا النسبة مال الربا من وجه الخ قوله: (فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعا من ذلك) أقول: إذا تعارض المحرم والمبيح فالترجيح

(١) نهى ﷺ عن الربا في حديث ابن مسعود: لمن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله. أخرجه مسلم ١٥٩٧ وأبو داود ٣٣٣٣ والترمذي ١٢٠٦ وابن ماجه ٢٢٧٧ وأحمد ٤٠٩/١ والطيالسي ١٣٥١ وأبو يعلى ٤٩٨١، وحديث الريية: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك. أخرجه النسائي ٣٢٧/٨ والدارمي ٢٤٥/٢ والترمذي ٢٥١٨ والطيالسي ١١٧٨ والحاكم ١٣/٢ من حديث الحسن وصححه ووافقه الذهبي وهو كما قال.

(٢) حديث عبادة تقدم في أول هذا الباب.

(٣) رواية أبي داود هذه أيضاً تقدم تخريجها.

(٤) حسن أخرجه أبو داود ٣٣٥٦ والترمذي ١٢٣٧ والنسائي ٢٩٢/٧ وابن ماجه ٢٢٧٠ والدارمي ٢٥٤/٢ والطحاوي في المعاني ٤/٦٠.٦١ والبيهقي ٢٨٨/٥ والطبراني في الكبير ٦٨٤٧ و٦٨٤٨ و٦٨٤٩ و٦٨٥٠ و٦٨٥١ من طرق كلهم عن سمرة مرفوعاً.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/٤٨ عن البيهقي في المعرفة قال: قال الشافعي: هذا الحديث غير ثابت. وقال البيهقي: أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة في غير حديث العقبة ١ هـ.

قلت: قد تويع الحسن على سمرة فقد أخرجه عبد الله بن أحمد في زوائد المسند ٩٩/٥ والطبراني ٢٠٥٧ عن جابر بن سمرة وفيه ضعف كما في المجموع ٤/١٠٥ وله شواهد. فقد أخرجه ابن حبان ٥٠٢٨ وعبد الرزاق ١٤١٣٣ وابن الجارود ٦١٠ والطبراني في الكبير ١١٩٩٦ والطحاوي ٤/٦٠ كلهم عن عكرمة عن ابن عباس بمثل حديث سمرة. وإسناده صحيح على شرط مسلم.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/٤٨ عن البزار أنه قال بعد أن رواه: ليس في الباب أجل إسناداً من هذا وقال البيهقي: الصحيح عن عكرمة مرسلًا كذا رواه غير واحد. قال الزيلعي: وروي أيضاً مسنداً من أكثر من وجه ١ هـ. ورواه الطبراني في الكبير كما في المجموع ٤/١٠٥ من حديث ابن عمر وقال الهيثمي: فيه محمد بن دينار وثقة ابن حبان وغيره وضعفه يحيى بن معين ١ هـ.

قلت: فهذا الحديث بهذه الطرق والشواهد لا ينزل عن درجة الحسن والله أعلم.

جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقا في صفة الوزن، فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثنى يتعين بالتعيين، والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين، ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز، فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة.

ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين<sup>(١)</sup> لأنه محرم وذلك مبيح، أو يجمع بينهما بأن ذلك كان قبل تحريم الربا. ولما كان مقتضى ما ذكر أن لا يجوز إسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالإجماع. أجاب بالفرق بأن الوزن في النقود وفي تلك الأموال مختلف، فإنه في النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجات، وفي الزعفران بالأمناء والقبان، وهذا اختلاف في الصورة بينهما، وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين، وآخر حكمي، وهو أنه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعه قبل الوزن، وتفسيره لو اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزنها البائع بغية المشتري وسلمها قبضها جاز له أن يتصرف فيها قبل وزنها ثانياً، وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن في مثله (فإذا اختلفا) أي النقد والزعفران ونحوه قوله: (فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه

يجوز أن يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها وإلا لكانت حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة، وما يجري فيه الربا النسبته مال الربا من وجه نظراً إلى أن القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير أو الجنس كالهروي مع الهروي إذا كان أحدهما نقداً والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة إلا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجب فضلاً في المالية، فتتحقق شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة، وفيه بحث من وجهين: أحدهما ما قيل إن كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية أوجب فضلاً شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقاً أو في محل الحقيقة، والأول ممنوع والثاني مسلم، لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك. والجواب عن الأولى أن الشبهة الأولى في المحل والثانية في الحكم. وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبه العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لا شبهة الشبهة. وعن الثاني أن القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا، كما أن الحقيقة مانعة في محلها إذا وجدت العلة بكاملها. فإن قيل: ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالأحاديث التي تدل على كل واحد منهما، كما استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص «أن النبي ﷺ جهز جيشاً فأمرني أن اشترى ببعيراً ببعيرين إلى أجل» للشافعي رحمه الله، وبما روى أبو داود في السنن عن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة» لنا. فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعه عن ذلك. فإن قيل: إجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب. فالجواب أن الخصم إن سلم الإجماع فله أن يقول إنهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها. وقوله: (إلا أنه إذا أسلم) استثناء من قوله فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرمة النساء فإن ذلك يقتضي عدم إسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن

للمحرم احتياطاً على ما فصل في كتب الأصول، وهذا يكفي في الاستدلال لنا، والشافعية يستدلون بما يروى عن عبد الله كما لا يخفى على من نظر في كتبهم قوله: (فإن قيل: إجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول: قوله إجماع الصحابة مبتدأ، وقوله على حرمة النساء خبره.

قوله: (وأما الثاني فلأن الزعفران مثنى الخ) أقول: لا يظهر كون هذا اختلافاً في معنى الوزن، بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزنين قوله: (لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي) أقول: لا يخفى عليك أن نفي اشتراك معنى الوزن مما ينفيه البديهة.

(١) مراده حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وقد تقدم قبل ستة أحاديث.

قال: (وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبداً، وإن ترك الناس الكيل فيه

فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكماً نشر مرتب بعد اللّف، ولا يخفى أن التعيين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن، وليس الاختلاف باعتباره اختلافاً في معنى الوزن، وكذا الأول فإن الزعفران والمسك والزباد يوزن بالصنجات أيضاً، وكذا الأخير، بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك. وقوله وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز إن أراد أنه بعد ما اتزنه من بائعه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع، بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع أن يزنه الآخر ليسلمه إليه ليصح تصرف الآخر فيه، وكذا نقول في الدراهم إذا قبضها، وأما أن يقال إذا بالدراهم حتى كانت ثمتاً أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها، بخلاف الزعفران لأنه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه، بخلاف المبيع، وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن. وإذا ضعف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده إلى السمع كما ذكرنا، ويلحق به تأثير الكيل الوزن بانفراده ثم يستثنى إسلام النقود في الموزونات بالإجماع كي لا يفسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن تسلم في الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك، إلا إذا خرج من أن يكون وزنياً بالصنعة إلا في الذهب والفضة؛ فلو أسلم شيئاً فيما يوزن جاز إلا في الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزوناً ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس، وكذا يجوز بيع إناء من غير النقدين بمثله من جنسه يداً بيد نحاساً كان أو حديداً وإن كان أحدهما أثقل من الآخر، بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيه ربا الفضل وإن كانت لا تباع وزناً لأن صورة الوزن منصوح عليها فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة. وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ إسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن. أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلماً فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية، وهل يجوز بيعاً؟ قيل: إن كان بلفظ البيع يجوز بيعاً بثمن مؤجل، وإن كان بلفظ المسلم فقد قيل لا يجوز. وقال الطحاوي: ينبغي أن يتعقد بيعاً بثمن مؤجل، هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود؛ فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي. وقال مالك: جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً لأن اسم الطعام يقع عليهما. قلنا: بل جنسان لأنهما مختلفان اسماً ومعنى، وإفراد كل عن الآخر في قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير» يدل على أنهما جنسان، وإلا قال الطعام بالطعام، وكون اسم الأعم يصح إطلاقه على الأخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلاً كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالإنسان والفرس، ولم يلزم من ذلك أن يكون جنساً واحداً بالمعنى الفقهي، والثوب الهروي والمزوي وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثواب بها، وكذا المزوي المنسوج ببغداد وخراسان واللد الأرمني والطاقاني جنسان، والتمر كله جنس واحد، والحديد والرصاص والشبه أجناس، وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والألية واللحم وشحم البطن أجناس، ودهن البنفسج والخيري جنسان، والأدهان المختلفة أصولها أجناس، ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة قوله: (وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبداً، وإن ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزناً وإن تماثلا في الوزن إلا أن علم أنهما متماثلان في الكيل أيضاً (وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون

كإسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد، لأنه وإن جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه. أما الأول فلأن الزعفران يوزن بالأمناء والنقود بالصنجات وهي معربة سنك ترزون. ونقل عن الفراء أن السين أفصح، ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين. وأما الثاني فلأن الزعفران مثنى يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين. وأما الثالث فلأنه لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشترت هذا الزعفران بهذا النقد المشار إليه على أنه عشرة

مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبداً، وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لأن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك بالأدنى (ما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لأنها دلالة. وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك

أبداً مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف) لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في إخراج الشموع والسرج إلى المقابر ليالي العيد، والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل، ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط، والنص حجة على الكل فهو أقوى، ولأن العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»<sup>(١)</sup>.

وفي المجتبى: ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزوناً متساوياً لا يجوز (وما لم ينص عليه رسول الله ﷺ فهو محمول على عادات الناس) في الأسواق (لأنها) أي العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه لقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً»<sup>(٢)</sup> الحديث، ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص، وزاد الشافعي أن ما كان مستخرجاً من أصل فهو ملحق به لأنه تبع له كالديق (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك) الكيل في الشيء أو الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك بذلك (وقد تبدلت) فتبدل الحكم. وأجيب بأن تقريره ﷺ إياهم على ما تعارفوا<sup>(٣)</sup> من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يعتبر بالعرف لأن العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفاً، وكذا وجه. ولا يخفى أن هذا لا يلزم أبا يوسف لأن قصاره أنه كنهه على ذلك وهو يقول: يصار إلى العرف الطارئ بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص، حتى لو كان ﷺ حياً لنص عليه على وزن ما ذكرنا في سنية التراويح، مع أنه ﷺ لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك، لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولاه لواظب حكم بالسنية مع عدم المواظبة، لأننا أمتنا من بعده النسخ فحكمتنا بالسنية، فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها إلى عادة أخرى تغير النص، والله أعلم (فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً والذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (وإن تعارفوا ذلك لتوهم

دنانير مثلاً فقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن. ولو باع الزعفران بشرط أنه منوان مثلاً وقبله المشتري ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن (وإذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه تنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة) فإن الموزونين إذا اتفقا فالمنع للشبهة، فإذا لم يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (وهي غير معتبرة) لا يقال: لم يخرجنا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ للاشتراك اللفظي ليس إلا، وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة. وفي عبارة المصنف رحمه الله

قال المصنف: (وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول: استقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنياً على هذه الرواية.

(١) موقوف حسن. أخرجه الطيالسي ٢٤٦ وأحمد في كتاب السنة، وكذا البزار، والطبراني كما في المقاصد الحسنة ٩٥٩ كلهم عن ابن مسعود قال: إن الله عز وجل نظر في قلوب العباد، فاختر محمداً ﷺ، فبعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد، فاختر له أصحاباً، فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه، فما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح. وقال السخاوي: هذا موقوف حسن.

(٢) تقدم أنه غير مرفوع. ولم يذكر أحد أنه مرفوع.

(٣) مراده ما تعارف عليه الناس في أيامه ﷺ هو أن الذهب، والفضة يباع وزناً. وأن الحنطة، والشعير، ونحوهما يُباع كيلاً. وعلى هذا قرأهم وانظر كلام صاحب الهداية بذلك على هذا المعنى.

لمكان العادة فكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً، أو الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما، وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه، كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً لوجود الإسلام في معلوم.

قال: (وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني) معناه ما يباع بالأواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزناً، بخلاف سائر المكيال، وإذا كان موزوناً فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة.

الفضل في أحدهما) وقوله (إلا أنه إلى آخره) استثناء على قولهما من قوله فهو مكيل أبداً: أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبداً فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزناً فاستثناءه وقال: يجوز ذلك لأن المصحح فيه كون المسلم فيه معلوماً على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن، بخلاف بيعها بجنسها فإن المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين، فما لم يكن ذلك المسوى التحق بالجزاف فلا يجوز، وهذا مختار الطحاوي. وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله أنه لا يجوز لأنها مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين. والفتوى على الأول وقد عرفت الفرق. وقوله في الكافي: الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلاً فأسلم وزناً لا يجوز ولا ينبغي ذلك، بل إذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع، وفي جمع التفاريق روى عنهما جواز السلم وزناً في المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلاً أنه يجوز، وكذا أطلقه الطحاوي فقال: لا بأس بالسلم في المكيل وزناً وفي الموزون كيلاً، هذا الذي ذكره فرق بين الكيل نصاً الوزني عادة وقلبه، فأما الوزني نصاً وعادة كما في إبناء من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزناً من الآخر؛ ففي الإناءين من غير التقدين يجوز بيع أحدهما بالآخر إذا كانت العادة أن لا يباعان وزناً لأنه عددي متقارب، وفي أواني الذهب والفضة لا يجوز. فإنه يجري فيها ربا الفضل، وإن كانت لا تباع وزناً في العادة فإن الوزن في الذهب والفضة نصوص عليه فلا يتغير للصنعة بالعادة، وأما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أيضاً من أن يكون موزوناً بالعرف قوله: (وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير لبعض ألفاظ ربما ينسب إليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتهر فيها أنها اسم يرجع إلى الوزن كما اشتهر في المنّ والقنطار أو إلى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدري أهذه الأسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزن على المبيع أو المكيل فيجري عليه حكم الكيل وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرهما والأوقية،

تسامح، فإنه قال: فإذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة، ولهذا قال شمس الأئمة: بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكماً، إلا إذا حمل قوله صورة على أن معناه صفة كما قال في أول التعليل في صفة الوزن فذاك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الأئمة. وقال العراقيون في وجه ذلك: إنما جاز لأن الشرع رخص في السلم والأصل في رأس المال هو النقود، فلو لم يجوز لوجود أحد الوصفين لا نسد باب السلم في الموزونات على ما هو الأصل والغالب، فأثر شرع الرخصة في التجويز، وهذا ظاهر من الفرق. قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولستنا نقول به قال: (وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً) كالحنطة والشعير والتمر والملح (فهو مكيل أبداً وإن ترك الناس الكيل فيه وكل ما نص على التحريم فيه وزناً) كالذهب والفضة (فهو موزون أبداً) لأن النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف، والعرف ليس بحجة إلا على من تعارف به، والأقوى لا يترك بالأدنى (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها) أي عادات الناس (دلالة) على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» (وهن أبي يوسف رحمه الله اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك) أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان للعادة فيه، فكان المنظور إليه هو العادة

قال: (وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس) لقوله عليه الصلاة

فأفاد أن المنسوب إليها من البيعات وزني فيجري عليه ذلك، فلو بيع ما ينسب إلى الرطل والأوقية كيلاً بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلاً ولا يعرف وزن ما يحلها لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجراف. ولو تباعاً كيلاً متفاضلاً وهما متساويا الوزن صح، وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزناً لإفادة أنه لو ظهر تساويهما وزناً يجوز، فإننا قدمنا أن أموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافاً لزر، وقول الشافعي كقولنا، بل لإفادة أنه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتها إليه من الكيل والوزن كان جائزاً. ثم الرطل والأوقية مختلف فيها عرف الأمصار، ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات، فالرطل الآن بالإسكندرية وزن ثلاثمائة درهم واثنا عشر درهماً بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل، وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهماً، وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله، وفي حلب أكثر من ذلك، وتفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات، ثم في الإسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان، ورطل الكتان مائتا درهم بوزن سبعة، وكل رطل في عرف ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر أوقية، وربما كان في غيرها عشرين أوقية، وحينئذ لا يشكل اختلاف كمية الأوقية باختلاف الرطل. وفي زمنه ﷺ كانت أربعين درهماً ثم الأوقية مثلاً اثنا عشر كما ذكرنا، وفي نحو المسك والزعفران عشرة. والحاصل أن هذه الأسماء مع أسماء آخر توفيقية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها فيعرف الحال. وقوله بمكيال لا يعرف وزنه إلى آخره عرف تقريره قوله: (وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان) ذهباً وفضة بجنسه أو بغير جنسه، فإن كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقايض قبل افتراق الأبدان، وإن اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف ومشياً فرسخاً ثم تقايضاً وافتراقاً صح وأن لا يكون به خيار، وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر، وهو مستدرك لأن اشتراط التقايض يفيد. ولو أسقط الخيار والأجل في المجلس عاد صحيحاً خلافاً لزر، وإن كان بخلاف جنسه كالذهب والفضة اشترط ما سوى التساوي. واستدل على اشتراط التقايض بقوله ﷺ: «الفضة بالفضة ربا إلا هاء وهاء»<sup>(١)</sup>

في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك (وعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساوياً وزناً أو ذهباً بجنسه متماثلاً كيلاً) جاز عنده إذا تعارفوا ذلك، ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن تعارفوه لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة، لكن يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً على ما اختاره الطحاوي لوجود الإسلام في معلوم، فإن المماثلة ليست بمعتبرة فيه، إنما المعتبر هو الإعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم، وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن، وذكر في التتمة أنه ذكر في المجرد عن أصحابنا أنه لا يجوز فكان في المسألة روايتان. قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على اختلاف المتصوص عليه أيضاً، لأن النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت) أقول: استقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنياً على هذه الرواية. قال: (وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني) الرطل بالكسر والفتح نصف من، والأواقي جمع أوقية كأثنية وإثاف. قيل هي وزن سبعة مثاقيل: وذكر في الصحاح أنه أربعون درهماً، والظاهر أنها تختلف بالزمان والمكان، وكل ما يباع بالأواقي فهو وزني لأنها قدرت بطريق الوزن، إذ تعديلها إنما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالأواقي وزناً، بخلاف سائر المكيال متصل بقوله لأنها قدرت: يعني أن سائر المكيال لو تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار، وعلى هذا إذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة، ولو كان المبيع مكيالاً جاز. وإنما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لأنه إذا عرف وزنه جاز. قال في المبسوط: وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون، ثم قال: يريد به الأدهان ونحوها لأن الرطل إنما يعدل بالوزن إلا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالأمتاء والسنجات في

(١) هو الآتي.

والسلام «والفضة بالفضة هاء وهاء» معناه يدأ بيد، وسنين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى.

قال: (وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعمين ولا يعتبر فيه التقابض خلافاً للشافعي في بيع الطعام). له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف «يدأ بيد» ولأنه إذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض وللتقدم مزية فنثبت شبهة الربا. ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من

وروي ابن أبي شيبة من حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»<sup>(١)</sup> ورواه أصحاب الكتب الستة: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا»<sup>(٢)</sup> إلى آخره، وهاء ممدود من هاء وألف وهمزة بوزن هاع مبنى على الفتح، ومعناه خذ وهات: يعني هو ربا إلا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ، ومنه: «هاؤم اقرءوا كتابه» [الحاكة: ١٩] وفسره بأنه يعني يدأ بيد في الحديث المتقدم ثم قال: (وما سواه) أي ما سوى عقد الصرف (مما فيه الربا) من بيع الأموال الربوية بجنسها، أو بخلاف الجنس يعتبر فيه التعمين ولا يعتبر فيه التقابض، فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا (خلافاً للشافعي في بيع الطعام) أي كل مطعموم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقابض لقوله ﷺ: «يدأ بيد»<sup>(٣)</sup> ولأنه حينئذ يقع التعاقب في القبض وللتقدم

كل وقت لأنه لا يستمسك إلا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج، فاتخذ الرطل في ذلك تيسيراً، فعرفنا أن كل الرطل بيع موزون فجاز بيع الموزون به، والإسلام فيه بذكر الوزن. قال: (وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان الخ) عقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس. قوله: (يعتبر فيه) خبر ثان لقوله عقد الصرف؛ ومعنى يعتبر يجب لقوله ﷺ: (الفضة بالفضة هاء وهاء) معناه يدأ بيد، وقد تقدم دلالاته على الوجوب. وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ: أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقباضان، وفسره بقوله يدأ بيد جراً إلى إفادة معنى التعمين كما نبين (وما سوى جنس الأثمان) من الربويات (يعتبر فيه التعمين دون القبض خلافاً للشافعي في بيع الطعام) أي في كل مطعموم سواء بيع بجنسه كبيع كز حنطة بكرز حنطة أو بغير جنسه ككز حنطة بشعير أو تمر، فإنه إذا افترقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدلالاً على ذلك بقوله ﷺ في الحديث المعروف «يدأ بيد» والمراد به القبض لأن القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كناية، وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللتقدم مزية. فنثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل (ولنا أنه مبيع متعين) لأنه يتعين بالتعمين، وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها، وهذا أي عدم اشتراط

قال المصنف: (لقوله عليه الصلاة والسلام: «الفضة بالفضة هاء وهاء») أقول: قال الإقناني: قال المطرزي: هاء بوزن هاع بمعنى خذ، منه، قوله تعالى: «هاؤم اقرءوا كتابه» أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقباضان والقصر خطأ انتهى، وفي شرح مسلم النووي فيه لغتان المد والقصر، والمد أفصح وأشهر وأصله هناك فأبدلت الهمزة من الكاف، ثم قال: وغلط الخطائي وغيره من المحدثين في رواية القصر وقالوا: الصواب المد والفتح وليست بغلط هي صحيحة كما ذكرنا وإن كانت قليلة قوله: (وقد تقدم دلالاته على الوجوب) أقول: في أوائل هذا الباب وهو قوله فإن قيل تقدير بيعوا بوجب البيع وهو مباح. أوجب بأن الوجوب مصروف إلى لصفة قوله: (وهاء ممدود عن وزن هاع ومعناه خذ) أقول: فمعنى الحديث والله تعالى أعلم: يبيعا الفضة بالفضة قائلاً كل منكم لصاحبه هاء وهاء، وفيه بحث، بل المعنى متقابلين هاء وهاء قوله: (أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول: لو صح هذا التفسير يلزم

(١) صوابه: من حديث عمر. انظر المصنف لابن أبي شيبة ٧/ ٩٩. وانظر الحديث الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٣٤ و ٢١٧٠ و ٢١٧٤ ومسلم ١٥٨٦ وأبو داود ٣٣٤٨ والترمذي ١٢٤٣ والنسائي ٧/ ٢٧٣ وابن ماجه ٢٢٥٩ و ٢٢٦٠ وابن الجارود ٦٥١ ومالك ٢/ ٣٣٦. ٦٣٧. والشافعي ٢/ ١٥٦. وعبد الرزاق ١٤٥٤١ والحيمدي ١٢ وأحمد ١/ ٢٤. ٤٥. ٣٥ وابن حبان ٥٠١٣ و ٥٠١٩ والدارمي ٢/ ٢٥٨ والبيهقي ٥/ ٢٨٤. ٢٨٣. والبغوي ٢٠٥٧ من طرق كلهم عن عمر بن الخطاب مرفوعاً وتامه: إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء. وله فضاء ستأتي بعد قليل حيث ذكرها ابن الهمام. فهذه رواية الجماعة. وقد أشار البيهقي إلى رواية ابن أبي شيبة المتقدمة عقب روايته للحديث الذي رواه الجماعة، وكانه أشار إلى رواية ابن أبي شيبة. حيث قال: ورواية الجماعة كما مضى ١ هـ. البيهقي ٥/ ٢٨٤.

(٣) هو بعض حديث أبي سعيد وعبادة وغيرها وتقدم في أول الباب.

التصرف ويترتب ذلك على التعيين، بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به؛ ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام «بدأ بيد» عيناً بعين، وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً، بخلاف النقد والمؤجل.

مزية فيكون كالمؤجل إذ يحصل التفاوت في البدلين (ولنا أنه بيع متعين فلا يشترط في) صحة بيعه (القبض كالثوب) بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر وهو القبض، بخلاف الصرف لأن التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض، فإن الدرهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد إلا بالقبض. قال: ومعنى قوله: «بدأ بيد عيناً بعين» وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت: «بدأ بيد» وله رواية أخرى عند مسلم «عيناً بعين» ولفظه في مسلم «سمعت رسول الله ﷺ ينهي عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى»<sup>(١)</sup> وفيه قصة، وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع، بل هذا القدر مهدر لا يعد زيادة ما لم يذكر الأجل. وقد استشكل بأنه استدل ببدأ بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف، ثم استدل به هنا على أن الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميماً للمشترك أو للحقيقة في المجاز.

القبض فيما يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالعقد إنما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج إلى القبض. فإن قيل: لو كان كذلك لم وجب القبض في الصرف. أجاب بقوله بخلاف الصرف، فإن القبض فيه يتعين به فإن النقود لا تتعين في العقود. قوله: (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث، فإنه إذا كان معناه عيناً بعين لم يبق دليلاً له على القبض، والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه «عيناً بعين». ووجه الدلالة أن اشتراط التعيين والقبض جميعاً المدلول عليهما بالروايتين منتف بالإجماع المركب، أما عندنا فلأن الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل أحدهما على الآخر. قوله: (بدأ بيد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آتته كما تقدم، وأن يكون التعيين لأنه إنما يكون بالإشارة باليد وقوله: (هيناً بعين) محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم، ولا يقال لزكم العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم بدأ بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام. لأننا نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض، لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في المحال كلها، لكن تعيين كل شيء بحسبه. ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إناء ذهب بيع بإناء مثله لثلا يلزم تعيين المعين، فإن الإناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط. وأجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان ثمناً خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين، والشبهة في الربا كالحقيقة فاشتراط القبض دفعاً لها. واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم في أن الأثمان تتعين، وأما الشافعي فليس يقائل به فلا يكون ملزماً. والجواب أنه ذكره بطريق المبادي ها هنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه قوله: (وتعاقب القبض) جواب عن قوله ولأنه إذا لم يقبض في المجلس ووجهه المانع تعاقب يعد تفاوتاً في المالية عرفاً كما في النقد والمؤجل، وما ذكرتم ليس كذلك لأن التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد أن يكون حالاً معيناً.

أن يكون القبض شرطاً في غير الأثمان أيضاً، إذ لفظ هاء وهاء مذكور في الحنطة والشعير بالشعير فليتأمل قوله: (المدلول عليهما) أقول: يعني ظاهراً قوله: (وأما عنده فبالعكس) أقول: فيه بحث، فإن القبض إذا كان شرطاً عنده يكون التعيين أيضاً كذلك، إذ لا يوجد القبض إلا وأن يوجد التعيين. فإن قيل: مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث. قلنا: انتفاؤه أيضاً ممنوع عنده قوله: (ولا يقال لزكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول: لا يقال فيه بحث، فإن عموم المشترك إرادة كلا معنيي المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والمجاز لأننا لا نسلم أن ما نحن فيه ليس كذلك: ألا يرى إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثلاً بدأ بيد» الحديث على ما ذكر في الكتب المبسطة.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٨٧ من حديث عبادة بهذا اللفظ وله قصة. وتقدم تخريجه في أول الباب بالفاظ أخرى.

قال: (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا. والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر. قال: (ويجوز بيع الفلّس بالفلسين بأعيانهما) عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما، وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين. ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية

والجواب أنه فسر هاء وهاء بيديد، وفسر يداً بيد بالتعيين لرواية عيناً بعين، واستدلاله به على التقابض في الصرف لا يفييه لأن الاستدلال به هناك إنما هو على التعيين أيضاً، لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض يكون لا بغيره لما قلنا إنها لا تتعين إلا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالاً عليه، لكن ينبغي أن يقال حمل يداً بيد على معنى عيناً بعين ليس أولى من قلبه. وأجيب عنه بأن رواية عيناً بعين تفسير للمحتمل، لأن يداً بيد يحتمل معنيين فهي تفسير له. ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عيناً بعين فائدة لأنه يحصل بالقبض ضرورة فليزم أن عيناً بعين تفسيراً ليداً بيد. ولقائل أن يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض. ويجب أن يحمل عيناً بعين عليه لأن القبض أخص من التعيين، وكل قبض يتضمن تعييناً وليس كل تعيين قبضاً، وباب الربا باب احتياط فيجب أن تحمل العينية على القبض، ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين: أن مالك بن أوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفاً بمائة دينار، فأخذ طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك، فقال: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»<sup>(١)</sup> وبهذا استدلال ابن الجوزي على اشتراط التقابض على أبي حنيفة رضي الله عنه، وكيف ومعنى هاء خذ وهو من أسماء الأفعال ومنه: «هاؤم اقرءوا كتابيه» وقال قائل:

تمزج لي من بغضها السقاء ثم تقول من بعيدها

وأما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بأن الاسم ينبيء هناك عن صرف كل إلى الآخر ما في يده والمعاني الفقهية تعطف على الأسماء الشرعية، وليس في الفرع ذلك إلا أنه لا حاجة له إليه لأن الدليل السمعي على الوجه الذي قررناه يستقل بمطلوبه قوله: (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين)

قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ) بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلاً جائز إن كانا موجودين لانعدام المعيار، وإن كان أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء. فإن قيل: الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالاً في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالآخرين؟ أجيب بأن التماثل في ذلك إنما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك في حقهم وهو ضمان العدوان. وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغراً وكبيراً. وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر. قال: (ويجوز بيع الفلّس بالفلسين بأعيانهما الخ) بيع الفلّس بجنسه متفاضلاً على أوجه أربعة: بيع فلّس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما. وبيع فلّس بعينه بفلسين بغير أعيانهما. وبيع فلّس بغير عينه بفلسين بأعيانهما. وبيع فلّس بعينه بفلسين بأعيانهما. والكل فاسد سوى الوجه الرابع. أما الأول فلأن الفلّوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على إهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد الفلّسين فضلاً خالياً عن العوض مشروطاً في العقد وهو الربا. وأما الثاني فلأنه لو جاز أمسك البائع الفلّس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض. وأما الثالث فلأنه لو جاز قبض البائع للفلّسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بلا عوض. وأما الوجه

قال المصنف: (ويجوز بيع الفلّس بالفلس بأعيانهما) أقول: الضمير راجع إلى البديلين قوله: (أما الأول فلأن الفلّوس) أقول: ولأنه كاليه بكاليه.

(١) أخرجه الجماعة من حديث عمر. وتقدم قبل حديثين.

للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزناً لبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة، وبخلاف ما إذا كانا بغير

إلى آخره ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر، غير أن ذلك كله مشروط بكونه بدأ بيد، أو هي من مسائل الجامع الصغير. صورتها فيه: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمر بتمرين يبدأ بيد جاز إذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما ديناً. وصوره أربع: أن يبيع فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانها لا يجوز لأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على سقوط الجودة منها فيكون أحدهما فضلاً خالياً مشروطاً في العقد وهو الربا. وأن يبيع فلساً بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز، وإلا أمسك البائع الفليس المعين وطالبه بفلس آخر. أو سلم الفليس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيرجع إليه عين ماله ويبقى الفليس الآخر خالياً عن العوض. وكذا لو باع فلسين بأعيانهما بفلس بغير عينه، لأنه لو جاز لقبض المشتري الفليس ودفع إليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلاً بلا عوض استحق بعقد البيع، وهذا على تقدير إن رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن. والرابع أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافاً لمحمد. وأصله أن الفليس لا يتعين بالتعيين ما دام رائجاً عند محمد، وعندهما يتعين، حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد. وجه قول محمد أن الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثمناً لا تتعين

الرابع فجوزة أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز لأن الثمنية في الفليس تثبت باصطلاح الكل، وما يثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما بقيت أثمناً وهي لا تتعين بالاتفاق، فلا فرق بينه وبين ما إذا كان بغير أعيانها وصار كبيع الدرهم بالدرهمين. وبهذا يتبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قبلت بخلاف جنسها، كما إذا اشترى ثوباً بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة (ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية لغيرهما عليهما) وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل اصطلاحهما كذلك. واعترض عليه بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمناً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما إذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما. وأجيب بأن الأصل في الفلوس أن تكون عروضاً، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل، فلا يجوز أن تكون ثمناً باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الأصل. وأما إذا اصطلاحاً على كونها عروضاً كان ذلك على وفاق الأصل فكان جائزاً وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية، وفيه نظر لأنه ينافي قوله إن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما. ويمكن أن يقال: معناه أن الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما، أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية، وإذا بطلت الثمنية فلعودها عروضاً تتعين بالتعيين. فإن قيل: إذا عادت عرضاً عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين ومن يبيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز. أجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود وزناً لأنهما بالإقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنتين أعرضاً عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجع إلى الوزن ولم يكن العد ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانفائهما بقي معدوداً، واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله إذ في نقضه: يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد، وفيه نظر لأنه مدعي الخصم ولو ضم إلى ذلك والأصل حمله على الصحة كان له أن يقول الأصل حمل العقد عليها مطلقاً أو في غير الربويات، والأول ممنوع والثاني لا يفيد قوله: (فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لانفكاك العددي عن الثمنية. وقوله (بخلاف النقود) جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لأنها للثمنية خلقة لا اصطلاحاً فلا تبطل باصطلاحهما. وقوله: (وبخلاف) جواب عما يقال كما إذا كان بغير أعيانها فإن ذلك لم يجز لكونه كالتأ بكاليء: أي نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه قوله: (وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه) جواب عن القسمين

قوله: (واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول: لك أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند قوله: (والأول ممنوع للخ) أقول: الظاهر أنه لا مجال للمنع، فإن الأصل في جميع العقود هو الحمل على الصحة ما أمكن الحمل عليها حملاً لأمر المسلمين على الصلاح وتحسيناً للظن بهم، ولا يخفى عليك إمكان حمله عليها هنا فإن الوزن ليس منصوصاً عليه في النحاس،

أعيانها لأنه كاليء بالكاليء وقد نهى عنه، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء.

فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين. ولهما أن ثمنيتها في حقهما ثبتت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما، وإذا بطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضاً. اعترض عليه بأن الفلوس إذا كسدت باصطلاح الكل لا تكون ثمنياً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تصير عروضاً باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها. أجيب بأن الفلوس في الأصل عروض، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الأصل فلا يجوز أن تصير ثمنياً باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الأصل وخلاف الناس. وأما إذا اصطلاحاً على كونها عروضاً فهو على الأصل فيجوز وإن كان من سواهما على الثمنية. وقوله ولا يعود وزناً وإن صار عروضاً جواب عما يقال يلزم أن لا يجوز بيع فلس بفلسين لأنه حينئذ يبيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن. فأجاب بأن الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعددية، واصطلاحهما على إهدار ثمنيتها لا يستلزم إهدار العددية، فإنه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثنية مع عدم العددية كالتقديدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض، بخلاف الدرهم بالدرهمين لأن التقود للثمنية خلقة، وبخلاف ما إذا كانا بغير عينهما لأنه يبيع الكاليء بالكاليء وقد نهى عنه، ولا يخفى ضعف قوله لأن الجنس بانفراده يحرم النساء، وإنما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسبية وليس كذلك؛ ألا ترى أن البيع بالتقود يبيع بما ليس بمعين ويكون في ذلك حالاً فكونه بغير عينه ليس معناه نسبية، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء، والكاليء بالكاليء قال أبو عبيدة: هو النسبية بالنسبية. وفي الفائق: كالأ الدين بالرفع كالأ فهو كاليء إذا تأخر. قال الشاعر:

وعينه كالكاليء الضمار

يهجو رجلاً يريد بعينه عطيته الحاضرة كالمأخر الذي لا يرجى، ومنه كالأ الله بك أكلاً العمر: أي أكثره تأخيراً، وتكالات كالأ: أي استنسات نسبية. وحديث النهي عن الكاليء بالكاليء رواه ابن أبي شيبه وإسحاق بن راهويه والبخاري في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يباع كاليء بكاليء»<sup>(١)</sup> وضعفه أحمد بن حنبل بموسى بن عبيدة فقيل له إن شعبة يروى عنه، الباقيين، لأن عدم الجواز ثمة باعتبار أن الجنس بانفراده يحرم النساء. قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) بيع الحنطة بالدقيق

والمتعارف في المسكوك مشترك تارة يكون بالعد وتارة بالوزن فليتأمل قال المصنف: (لأنه كاليء بالكاليء وقد نهى عنه) أقول: روي عن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن الكاليء بالكاليء». قال أبو عبيدة: هو النسبية بالنسبية. وقال صاحب الفائق: كالأ الدين كلوءاً فهو كاليء: إذا تأخر، ومنه كالأ الله بك أكلاً العمر: أي أطوله وأشدّه تأخراً، وكلاته: أي أنشأته، وكلات في الطعام: أي أسلفت.

(١) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبه كما في المطالب العالية ١٣٣٥ والبخاري كما في المجموع ٤/ ٨٠. ٨١ والطحاوي في المشكل ١/ ٣٤٦ والبيهقي ٥/ ٢٩٠ كلهم من حديث ابن عمر ومداؤه على موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار.

قال الهيثمي: بقوله فيه موسى بن عبيدة، وهو ضعيف. وأخرجه الحاكم ٥٧/٢ والدارقطني ٣/ ٧٢. ٧٣ كلاهما من حديث موسى بن عبيدة عن ابن دينار عن ابن عمر. ومن حديث موسى بن عبيدة عن نافع عن ابن عمر. وصحيح الحاكم الطريق الأول فقال: صحيح على شرط مسلم! وسكت الذهبي. وأما الطريق الثاني فتعقبه الذهبي بقوله: ذؤيب بن عمارة ضعيف اهـ.

وأما البيهقي فقال: الصواب في كلا الإسنادين موسى بن عبيدة الربذي وقد قال شيخنا الحاكم: عن موسى بن عبيدة. وهو خطأ والعجيب من الدارقطني شيخ عصره وقع له ذلك في كتاب السنن ثم أسنده البيهقي من طرق كثيرة عن ابن دينار وعن نافع وعن غيرهما. لكن الرازي عنهم إنما هو موسى بن عبيدة الربذي. وقال: الحديث مشهور بموسى الربذي اهـ. ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٠ كلام البيهقي باختصار وواقفه.

وقال ابن حجر في الدراية ١٥٧/٢: في إسناد موسى بن عبيدة متروك ووقع في رواية الدارقطني: موسى بن عبيدة. وهو غلط. واغتر الحاكم بذلك، فصّح الحديث، وتعقبه البيهقي. وتابعه إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي على ابن دينار. رواه عبد الرزاق. وفي الباب عن رافع بن خديج اهـ. وقال الزيلعي عن رواية عبد الرزاق: هو معلول بالأسلمي اهـ.

قال: (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لأن المجانسة باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل، لكن الكيل غير مسوٍ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً) لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة

فقال: لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه. ورواه عبد الرزاق عن إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالأسلمي. ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عبيدة الزبدي. ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج شرط مسلم، وغلطهما البيهقي وقال: إنما هو موسى بن عبيدة الزبدي. ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كاليء بكاليء<sup>(١)</sup>. والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك قوله: (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) أي دقيقتها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أي سويق الحنطة. أما سويق الشعير فيجوز لأن غاية ما يستلزم شبهة التفاضل، وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلاً عن شبهته، وإنما امتنع لأن المجانسة بين الحنطة ودقيقتها وإن انتفتت اسماً وصورة ومعنى موجودة فإن المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوبة وإخراج النشا منتف في الدقيق فهي باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة، وإنما لم يقل أجزاءها لأن من أجزائها النخالة أيضاً فالحنطة كسرت على أجزاء صغار، وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل، والكيل لا يوجب التسوية بينهما لأن بعارض ذلك التكسير صارت أجزاؤها مكتنزة (فيه) أي في الكيل: أي مضمنة انضماماً شديداً، والقمح في الكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلاً بل هو محتمل، فصار بيع أحدهما بالآخر كيلاً كبيع الجزاف لذلك الاحتمال، وحرمة الربا إنما كانت منتهية بالعلم بالمساواة إلا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الأخرى، فإذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة (فلا يجوز وإن كانت كيلاً بكيل) مساو، وقولنا قول الشافعي في الأظهر عنه، وسفيان الثوري وأحمد في رواية خلافاً لمالك وأحمد في أظهر قوله، لأن الدقيق نفس الحنطة فرقت أجزاؤها فأشبهه بيع حنطة صغيرة جداً بكبيرة جداً، وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه. وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف، إلا أن الشافعي أجازها

أو بالسويق لا يجوز متساوياً متفاضلاً لشبهة الربا لأنها مكيلة، والمجانسة باقية من وجه لأنهما أي الدقيق والسويق من أجزاء الحنطة لأن الطحن لم يؤثر إلا في تفريق الأجزاء، والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئاً آخر زائلة من وجه، لأن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني، فإن ما يتنفي من الحنطة لا يتنفي من الدقيق، فإنها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق. وربما الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتاً قبل الطحن وبصيرورته دقيقتاً زالت المجانسة من وجه دون وجه، فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك. فإن قيل: لا يخلو إما أن يكون الدقيق حنطة أو لا، والثاني يوجب الجواز متساوياً ومتفاضلاً لا محالة،

قال المصنف: (لأنهما من أجزاء الحنطة) أقول: وإنما لم يقل أجزاءهما لأن من أجزائهما النخالة أيضاً.

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٤/ ٤٠ من حديث رافع بن خديج. وفي إسناده أيضاً موسى بن عبيدة الربذي. فهذا ليس بشاهد. وجاء في تلخيص الحبير ٣/ ٢٦. ٢٧ ما ملخصه: هذا لا يصلح شاهداً لحديث ابن عمر فإنه من طريق موسى بن عبيدة أيضاً وكان أحد الرواة عن موسى وهم فجعله من حديث رافع.

وقال ابن حجر عن حديث ابن عمر: قال أحمد: لا تحل الرواية عن موسى بن عبيدة، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره وليس في هذا حديث يصح. لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين أه. وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث أه. وقد جزم الدارقطني في العلل أنه موسى بن عبيدة، تفرد به فهذا يدل على أنه الوهم في قوله: أي في سننه. عن موسى بن عقبة عن غيره أه. كلام ابن حجر. فالحديث ضعيف، ولو كان حديث رافع بن خديج من طريق آخر غير موسى الربذي لكان حسناً كما ذكر ابن الهمام. وجاء في الميزان في ترجمة موسى الربذي ما ملخصه: قال أحمد: لا يكتب حديثه. وقال يحيى: ليس بشيء. وقال ابن عدي: الضعف على رواياته بين.

متفاضلاً، ولا متساوياً لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلىة ولا بيع السويق بالحنطة، فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه. وعندهما يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود. قلنا: معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالي بفوات البعض كالمقلىة مع غير المقلىة والعلكة بالمسوسة.

لأن النخالة ليست من أموال الربا لأنها لا تطعم. وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به إلا فيما إذا بيع بجنسه، أما بالدرهم فيجوز بيع الحنطة وزناً بالدرهم وكذا الدقيق وغير ذلك قوله: (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً) وهو قول أحمد، وكذا استقراضه كيلاً والسلم فيه كيلاً، ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لأنه لا يعدل في الكيل لأنه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل، ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم، وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره. وفي الذخيرة عن الإمام الفضلي: إنما يجوز إذا تساوى كيلاً إذا كانا مكبوسين وهو حسن، ولفظ متساوياً نصب على الحال، ونهيب كيلاً على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصيب عرفاً والأصل متساوياً كيله. وفي بيع الدقيق بالدقيق وزناً ورايتان، وفي الخلاصة: لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار، وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزناً لا يجوز وفيها أيضاً سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق، وكذا بيع النخالة بالنخالة. وفي شرح أبي نصر: يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة. والذي في الخلاصة أحسن لإهدار ذلك القدر من زيادة النعومة، وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز إلا مماثلاً، وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التي في الدقيق.

والأول يوجب الجواز إذا كان متساوياً كذلك. أجاب بأن المساواة إنما تكون بالكيل والكيل غير مسوّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة (فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل) قبل حرمة الربا حرمة تنهى بالمساواة في الأصل، وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع تثبت حرمة لا تنهى فصار مثل ظهار الذمي على ما عرف. وأجيب بأن حرمة الربا تنهى بالمساواة في الحنطة أو في الشبهة، والثاني ممنوع فإن حرمة النساء لا تنهى بالمساواة، والأول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني. ويجوز أن يقال: الحرمة تنهى بالمساواة فلا بد من تحققها، وفيما نحن فيه لا تتحقق. ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المسوّ ومتساوياً وكيلاً بكيل، قيل حالان متداخلان، لأن العامل في الأول بيع وفي الثاني متساوياً، ويجوز أن يكونا مترادفين. وقائدة ذكر الثانية نفى توهم جواز المساواة وزناً. حكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساوى كيلاً إنما يجوز إذا كانا مكبوسين، ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساوياً ولا متفاضلاً، لأن الدقيق أجزاء حنطة غير مقلىة والسويق

قال المصنف: (فكذا بيع أجزائهما) أقول: كان الظاهر أن يقول: فكذا بأجزائهما، إلا أنه عدل إلى هذا إشارة إلى أنها مبيعة أيضاً في أمثال هذا البيع قوله: (وأجيب بأن حرمة الربا تنهى بالمساواة في الحنطة أو في الشبهة) أقول: قوله في الحنطة أو في الشبهة يحتمل أن يكون قيماً للمساواة، بمعنى قوله فإن حرمة النساء لا تنهى بالمساواة: أي بشبهة المساواة التي في النساء لاستنزاه شبهة الفضل شبهة المساواة أيضاً، ويحتمل أن يكون قيماً للربا وهو الأنسب بقوله فإن حرمة النساء الخ، والأول أقرب فليتأمل؛ وأنت خبير بأن قوله ويجوز أن يقال الخ يعين الاحتمال الثاني وإلا لزم التكرار قوله: (ويجوز أن يقال الحرمة تنهى بالمساواة فلا بد من تحققها الخ) أقول: بأن يكون كلا البديلين نسبية، فإنه لا يجوز للزوم الكاليء بالكاليء قوله: (ومتساوياً وكيلاً بكيل حالان متداخلان) أقول: فكيف ينبغي أن يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندي أن انتصاب كيلاً على التمييز أن متساوياً كيلاً تأمل، وسيجيء من الشارح تفسير كيلاً بقوله أي من حيث الكيل في شرح قوله: «والرطب بالرطب» يجوز تماثلاً كيلاً فذلك كالتصريح بكون كيلاً تمييزاً قوله: (لقيام المجانسة من وجه) أقول: مع انتفاء المستوى قوله: (بأجزاء بعض آخر) أقول: لذلك أيضاً قوله: (لأنهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول: لا يقال: اختلاف المقاصد حاصل في الحنطة مع الدقيق مع أنهما جعلاهما متحدتي الجنس من وجه، إذ المسألة اتفاقية، فما بالهما هنا لم يجعلها الدقيق والسويق كذلك لأن الحنطة إذا قلت صارت بالقلي كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد، وإذا فرقت الأجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضاً من وجه، ففي الحنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة، وفي الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتأمل.

قال: (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إذا باعه بلحم من جنسه لا

ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أي لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلاً ولا متساوياً، أما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه (وعندهما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساوياً ومتفاضلاً (لأنهما) أي دقيق الحنطة وسويقها مثلاً (جنسان) وإن رجعا إلى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافاً كثيراً بعد القلي والطحن فإن المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزاً أو عصيداً أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأتى من السويق، كما أن ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلت بسمن وعسل ويؤكل لا يتأتى من الدقيق، وإذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساوياً ومتفاضلاً. وأبو حنيفة يمنع أنهما جنسان وله طريقتان: أحدهما أن بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقاً، وذلك ليس إلا لأعتبار اتحاد الجنس، وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر، والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية، ولم يزد الدقيق على الحنطة إلا بتكسيه بالطحن، وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده. والثاني وعليه اقتصر المصنف أن بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز، وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق، وليس ذلك إلا لاستلزامه ربا الفضل وربا الفضل لا يثبت إلا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق أجزاء الحنطة فثبتت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقاً. قولهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هي متحدة فيه (وهو التغذي فلا يبالي بفوات بعضها) الذي هو دون المقصد الأعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الأعظم مع فوات ما دونه من المقاصد، فإن المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز (و) كذا (العلكة) أي الجيدة السالمة من السوس (مع المسوسة) ومع ذلك جعلاً جنساً واحداً غير أن المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيبلاً متساوياً، والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوى بينهما. فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلّفوا. قيل يجوز إذا تساوى وزنا ذكره في الذخيرة. وقيل لا وعليه عزّل في المبسوط. ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى. ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست: أي أدخلت السوس فيها قوله: (ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساوياً لما في الحيوان أو لا بشرط التعيين، أما بالنسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم. وفصل محمد رحمه الله فقال: إن باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بالشاة الحية. ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيفما كان، وإن كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المفزر أكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم، وباقى

أجزاؤها مقلية، فكما لا يجوز بيع أجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع أجزاء بعض بأجزاء بعض آخر. وعندهما يجوز لأنهما جنسان لاختلاف المقصود إذا هو بالدقيق اتخاذ الخبز والمصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به أن يلت بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء، وكذلك الاسم «وإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد». والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية (والعلكة بالمسوسة) التي أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى يقلى إذا شوى، ويجوز مقلوة من قلا يقلو، والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع، والسوسة العثة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام، ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة. قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) بيع اللحم بالحيوان على وجه: منها ما إذا باعه بحيوان من غير جنسه كما إذا باع لحم البقر بالشاة مثلاً وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما تبين. ومنها ما إذا باعه الحيوان من جنسه كما إذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط، وهو جائز بالاتفاق إن كانا متساويين في الوزن وإلا فلا. ومنها ما إذا باعه بجنسه مذبوحة غير مفصولة عن السقط وهو لا يجوز إلا أن

يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط، إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالمسمم. ولهما أنه باع الموزون بما

اللحم (بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا) إما لزيادة السقط إن كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم، أو لزيادة اللحم إن كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهلة وهو دهن السمسم لا يجوز إلا على ذلك الاعتبار، والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجلد والأكارع؛ ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساوى وزناً بالإجماع، والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط، وإن كانت بسقطها لا يجوز إلا على الاعتبار. ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل، أما عندهما فظاهر لأنه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك إذا اشتراها بشاة مذبوحة، وأما على قول محمد فإنما يجوز لأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في إحدهما مع سقطها بإزاء السقط، وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسليخ يجوز، لأن اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بإزاء الجلد ونحوه، فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه. وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله: لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلاً لا بطريق الاعتبار ولا بغيره، خلافاً للمزني من أصحاب الشافعي فإنه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف. ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز؛ وللشافعي قولان والأصح لا يصح لعوم نهيهِ ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان، وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في الإطلاق (أنه باع موزوناً بما ليس بموزون) فبأنه اتحد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السم، لكن اتحاده مع اختلاف المقدر به إنما يمنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه، وإنما قلنا إن الحيوان ليس بموزون (لأنه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل، لأن الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لأنه يثقل نفسه ويخففها فلا يدرى

يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضاً بالاتفاق. ومنها ما إذا باعه بجنسه حياً وهو مسألة الكتاب وهو جائز عند محمد (إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا) إما (من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن (فصار كالحل) أي الشريح (بالمسمم). ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون) لأن اللحم موزون لا محالة، والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن، لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى يضرب قوة فيه فلا يدرى أن الشاة خفتت نفسها أو ثقلت، بخلاف مسألة الحل بالمسمم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الشجر يوزن الشجر وهو ثقله، وهذا في الحقيقة جواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان. والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والشجر ولا يشمل اللحم والحيوان بحال، وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان ثم يميز الشجر ويوزن فيعرف قدر الحل من السمسم، والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى إذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والأمعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم، فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون. وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضاً، فإن اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالإرادة والبيع فيه جائز متفاضلاً بعد أن يكون يبدأ بيد. فإن قيل: إذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك. أوجب بأن النسيئة إن كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان، وإن كانت في البدل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز قال: (ويجوز

قوله: (والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل الخ) أقول: أي وزن السمسم في الحال عند المبايعه يشمل: أي يظهر شموله إياهما عند التمييز قوله: (وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول: يعني بوزن الحل الذي جعل مبيعاً فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذي جعل في مقابلته ويعلم قدره أيضاً فحينئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الشجر فيبعد العلم بمقدار الشجر يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج إلى وزنه ثانياً، بل يكفي الوزن الأول للسمسم لتلك المعرفة، فلعل المراد من تعريف الوزن إياه في الحال هو هذا.

ليس بموزون، لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل أخرى، بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجيرة، ويوزن الثجيرة.

قال: (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة) وقالوا: لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه «أينقص إذا جف؟ فقيل: نعم، فقال عليه الصلاة والسلام: لا إذا» وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة

حاله، بخلاف الدهن والسَّمْسَم (لأن الوزن يعرف قدر الدهن إذا ميز من الثجيرة) ثم يوزن الثجيرة هذا على التنزل وإلا فهما على ما قال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذاً من قوله تعالى: «فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر» أي بعد نفخ الروح، فعلم أن الحيّ مع الجماد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار، وإنما امتنع النساء لأنه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه. واعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان، ومنه ضعيف وقوي، فمن القوي ما رواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان»<sup>(١)</sup>. وفي لفظ: «نهى عن بيع الحيّ بالميت». ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق. وقال ابن خزيمة: حدثنا أحمد بن حفص السلمي، حدثني أبي، حدثني إبراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه<sup>(٢)</sup>. قال البيهقي: إسناده صحيح، ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولاً ومن لم يثبت فهو مرسل جيد. وأنت تعلم أن المرسل عندنا حجة مطلقاً. وأسند الشافعي إلى رجل مجهول من أهل المدينة: «أنه ﷺ نهى عن بيع حيّ بميت»<sup>(٣)</sup> وأسند أيضاً عن أبي بكر

بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل) بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز بالإجماع، ومثلاً بمثل جزؤه أبو حنيفة خاصة وقالوا: (لا يجوز لقوله ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) وقال: (أينقص إذا جف؟ فقيل نعم، قال: لا إذا) أي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف. وفيه إشارة إلى اشتراط المماثلة في أعدل الأحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك قوله: (فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل. ولأبي حنيفة المنقول والمعقول. أما الأول «فلأنه ﷺ سمى الرطب تمرأ حين أهدى رطباً فقال: أو كل تمر خبير هكذا؟» وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من حديث المشهور، وأما المعقول فما روي أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسألة وكانوا شديداً عليه لمخالفته الخير فاحتج بأن الرطب لا يخلو إما أن يكون تمرأ أو لا، فإن كان تمرأ جاز العقد بأول الحديث: يعني قوله التمر بالتمر وإن لم يكن جاز بقوله: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم» فأورد عليه حديث سعد فقال: هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في الثقة. واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن. سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به

قوله: (وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضاً الخ) أقول: هذا طريق آخر لهما لإثبات مدعاهما قوله: (لا إذا) أقول: مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام.

(١) مرسل صحيح. رواه مالك في الموطأ ٢/٦٥٥ ح ٦٤ ومن طريق أبو داود في المراسيل كما في نصب الراية ٤/٣٩، وكذا البيهقي ٥/٢٩٦ كلهم عن زيد بن أسلم عن ابن المسيب مرسلأ. ومن هذا الوجه رواه الدارقطني ٣/٧١ وهذا مرسل صحيح. ومرسلات ابن المسيب قوية مقبولة عند الأئمة الأربعة.

(٢) حسن. أخرجه البيهقي ٥/٢٩٦ من طريق ابن خزيمة عن الحسن عن سمرة: أن النبي ﷺ نهى أن تباع الشاة باللحم. وقال البيهقي: إسناده صحيح. ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولاً وإلا فهو مرسل جيد. يضم إلى مرسل ابن المسيب اه. ووافقه الزيلعي في ٤/٣٩ وله شواهد فهو حسن والله أعلم.

(٣) ضعيف. أخرجه الشافعي في مسنده ٢/١٤٥ ومن طريق البيهقي ٥/٢٩٦. ٢٩٧ كلاهما عن القاسم بن أبي بزة، فذكره عن رجل من أهل المدينة. وله قصة وقال في آخره: فسألت عن ذلك الرجل، فأخبرت عنه خيراً ما قلت: هذا إسناده واو. شيخ الشافعي مسلم الزنجي واو. والرجل مجهول ولا أظنه من الصحابة لأن جهالة الصحابي لا تضر. وقولي لا أظنه. أي الرجل. من الصحابة مأخوذ من قول الحافظ في التفرير عن القاسم بن أبي بزة: ثقة من الخامسة ا ه وكونه من الطبقة الخامسة يضعف احتمال سماعه من الصحابة. والله أعلم. ومع ذلك يشهد لما تقدم.

والسلام حين أهدي إليه رطب «أוכל تمر خيبر هكذا» سماه تمرأ. وبيع التمر بمثله جائز لما روينا، ولأنه لو كان تمرأ جاز البيع بأول الحديث، وإن كان غير تمر فآخره، وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف النوعان فبيعوا

الصديق رضي الله عنه: «أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان»<sup>(١)</sup> ويسنده إلى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر ابن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون، وحديث أبي بكر رضي الله عنه لعله بالمعنى، فإن مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أن جزوراً نحر على عهد رسول الله ﷺ فجاء أعرابي بعناقه فقال: أعطوني بهذا العناق لحماً، فقال أبو بكر رضي الله عنه: لا يصح هذا»<sup>(٢)</sup> وتأولوه على أنه كان من إبل الصدقة نحر ليتصدق به قوله: (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله: لا يجوز، فقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز. وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلاً متماثلاً للجماعة قوله ﷺ فيما روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن البيضاء بالسلت، فقال سعد: أيهما أفضل؟ قال البيضاء، فنهاه عن ذلك وقال: «سمعت رسول الله ﷺ يستل عن شراء التمر بالرطب، فقال رسول الله ﷺ: أينقص الرطب إذا جف؟ قال نعم. فنهاه عن ذلك»<sup>(٣)</sup>. فهذا حكم منه فيه على علته وهو كونه ينقص في أحد البديلين في ثاني الحال عن المساواة. ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الأربعة. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح (ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الرطب تمر لقوله ﷺ حين أهدي له رطب «أוכל تمر خيبر هكذا» فسماه) أي سمي الرطب (تمرأ) وهذا إنما يتم إذا كان المهدي رطباً وليس كذلك بل كان تمرأ. أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة: «أن رسول الله ﷺ

المشور. واعترض بأن التريد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لأن المقلية إما أن تكون حنطة فتجوز بأول الحديث أو لا فتجوز بآخره. فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من إطلاق اسم التمر عليه، فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها إلى أن تدرك، والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره، ويجوز أن يقال إنه حنطة قوله: (فيجوز بأول الحديث) قلنا: إنما جاز أن لو ثبت المماثلة بينهما كيلاً، ولا تثبت لما قيل إن القلي صنعة يفرم عليها الأعراس، فصار كمن باع قفيزاً بغيره ودرهم. لا يقال ذلك راجع إلى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة، لأن التفاوت الراجع إلى صنع الله ساقط بالحديث. وأما الراجع إلى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة، فكل تفاوت يبني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق، وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والردئ والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه

قوله: (فاورد عليه حديث سعيد) أتول: الظاهر أن يقال سعد قوله: (من إطلاق اسم التمر عليه) أقول: أي اسم التمر.

(١) موقوف. أخرجه الشافعي ١٤٥/٢ من طريق البيهقي ٢٩٧/٥ كلاهما عن أبي بكر موقوفاً وإسناده غير قوي فيه ابن أبي يحيى وإه والشافعي يكثر عنه وأحياناً يقول عنه: حدثني من لا أنهم. أو حدثني الثقة. ونقل الزيلعي في نصب الرتبة ٣٩/٤ عن الشافعي قوله: ولا نعلم أحداً من الصحابة قال بخلاف ذلك وإرسال ابن المسيب عندنا حسن أ هـ.

(٢) قلت: رواية الشافعي المتقدمة هي عن ابن عباس عن أبي بكر، وهي مختصرة، وأما بهذا السياق فلم أره. وهو ضعيف بكل حال سواء كان مختصراً أو مطولاً. لكنه شاهد.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣٣٥٩ والترمذي ١٢٢٥ والنسائي ٢٦٩/٧ وابن ماجه ٢٢٤٦ ومالك ٦٢٤/٢ والحاكم ٣٨/٢ والبيهقي ٢٩٤/٥ وابن حبان ٤٩٩٧. ٥٠٠٣. والبغوي ٢٠٦٨ والدارقطني ٤٩/٣ والشافعي ١٥٩/٢ وأحمد ١٧٥/٢ كلهم من حديث سعد بن أبي وقاص. قال البغوي في شرح السنة ٧٨/٨: والبيضاء: نوع من البر أبيض اللون وفيه رخاوة يكون ببلاد مصر والسلت: نوع آخر غير البر. وقال بعضهم: البيضاء الرطب من السلت وهذا أليق بمعنى الحديث بدليل أنه شبهه بالرطب مع التمر أ هـ. وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات. قال الترمذي: حسن صحيح.

وقال الحاكم: هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس، وأنه محكم في كل ما يرويه من الحديث إذ لم يوجد في رواياته إلا الصحيح خصوصاً في حديث أهل المدينة ثم لمتابعة الأئمة إياه في روايته عن عبد الله بن زيد أ هـ.

كيف شتمتم» ومدار ما رواه علي زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة .

بعث أبا بني عدي الأنصاري رضي الله عنه فاستعمله على خبير، فقدم بتمر جنب فقال رسول الله ﷺ: «أكل تمر خبير هكذا؟ فقال لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل، أو يبعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا» وكذلك الميزان. ولفظ آخر: «إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنبياً»<sup>(١)</sup> والجمع أصناف مجموعة من التمر. وما ادعاه بعض الخلافين فمن حلف لا يأكل تمرأ فأكل رطباً أنه يحنث فليس كذلك، بل المذهب أنه لا يحنث لأن مبناها على العرف، وسنذكر تمامه. ثم قال المصنف (ولأنه إن كان تمرأ) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر، فسألوه عن التمر فقال: الرطب إما أن يكون تمرأ أو لم يكن، فإن كان تمرأ جاز العقد عليه لقوله ﷺ: «التمر بالتمر»<sup>(٢)</sup> وإن لم يكن جاز لقوله ﷺ: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شتمتم»<sup>(٣)</sup> فأورد عليه الحديث، فقال: هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه. وأبدله المصنف بقوله: (ضعيف عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فإن المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش، وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي. قال الإمام الزيلعي المخرّج رحمه الله: ليس ذلك بصحيح. قال صاحب التنقيح: زيد بن عياش أبو عياش الدورقي. ويقال المخزومي، ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به بأس. وغير مشايخنا ذكروا أن أبا حنيفة إنما قال هو مجهول، وقد ردّ ترديده بين كونه تمرأ أو لا بأن هنا قسمأ ثالثاً وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما، فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل، وإنما يسوى في حال اعتدال البديلين وهو أن يجف الآخر. وأبو حنيفة يمنع ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجه أمراً خلقياً وهو زيادة الرطوبة، بخلاف المقلية بغيرها فإنما في الحال نحكم بعدم التساوي لاكتناز أحدهما في الكيل، بخلاف الآخر لتدخل كثير وردّ طعنه في أبي عياش أيضاً بأنه ثقة كما نقلنا آنفاً من قول صاحب التنقيح، وأيضاً روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول.

المذكور، ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله وقيل: (لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة إنما تتم بإطلاق اسم التمر عليه، فإن النص لما ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب جعلاً نوعاً واحداً فجاز البيع مثلاً بمثل، ولم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصناعي المفسد كما في المقلية بغيرها، والرطب بالرطب يجوز تماثلاً كلاً: أي من حيث الكيل عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، لأنه ربوي يتفاوت في أعدل الأحوال: أعني عند الجفاف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق. ولنا أنه بيع التمر بالتمر متساوياً فكان جائزاً، وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة أو الحنطة المبلولة بالمبلولة أو الحنطة الرطبة بالمبلولة أو اليابسة أو التمر المتقع بالمتقع أو الزبيب المتقع بالمتقع، من أنفع إذا ألقى في الخابية ليتل وتخرج منه الحلاوة جائز عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز في جميع ذلك، وهو يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو حال الجفاف، ومفرعه حديث سعد، وأبو حنيفة يعتبرها في الحال عملاً بإطلاق المشهور، وكذلك أبو يوسف إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه، واحتاج محمد إلى الفرق بين هذه الفصول: يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة إلى آخرها، وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في أعدل الأحوال وفيه في الحال. ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب. وحاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البديلين أو أحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه، وإذا ظهر

(١) صحيح. تقدم تخريجه قبل ستة أحاديث مستوفياً.

(٢) هو بعض حديث عبادة في أول الباب.

(٣) هو بعض حديث عبادة المتقدم في أول الباب.

قال: (وكذا العنب بالزبيب) يعني على الخلاف والوجه ما بيناه. وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية، والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كلاً عندنا لأنه بيع التمر بالتمر، وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبادلة بمثلها أو بالياسة، أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال المنذري: كيف يكون مجهولاً وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن زيد مولى الأسود بن سفيان وعمران ابن أبي أنس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه، وقد عرفه أئمة هذا الشأن، وقد أخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريه في الرجال. وقال ابن الجوزي في التحقيق: قال الإمام أبو حنيفة: زيد أبو عياش مجهول، فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل، ثم ذكر ما ذكرنا. وقد أجيبت أيضاً بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة، فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة، أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالرطب نسيئة» وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه، وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار، ورواه الدارقطني وقال: اجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالأربعة مالكاً وإسماعيل بن أبي أمية والضحاك بن عثمان وآخر<sup>(١)</sup>، وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها<sup>(٢)</sup> لأن المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وإن كان الأكثر لم يوردها إلا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد. ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة على ما كتبناه في تحرير الأصول، وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسمع، فما لم يظهر أن الحال كذلك فالأصل أنه قاله في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الوفق. لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة: «أينقص الرطب إذا جف»<sup>(٣)</sup> عربياً عن الفائدة إذا كان النهي عنه نسيئة. وما ذكروا أن فائدته أن الرطب ينقص إلى أن يحل للأجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الإشفاق مبنى على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه قوله: (وكذا العنب بالزبيب: يعني على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيلاً وعندهما لا يجوز. وقوله: (والوجه ما بيناه) لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو

بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس يفسد إذا لم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يكون معتبراً. ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم إذا كان العقد وارداً على البدلين بالتسمية، وأما إذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا، لأن المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهي لا تبدل. قال: (ولو باع البسر بالتمر الخ) بيع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأنه

قوله: (ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول: الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق في باب الوطاء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب قوله: (وهذه الرواية تقوي قول من قال الخ) أقول: فيه بحث، فإن تقويتها إنما هي لاعتبار التفاوت الصناعي إذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه.

(١) إلى هنا كلام الزيلعي في نصب الرواية ٤/ ٤١. ٤٢ نقلًا عن الأئمة. وزاد كلاماً لم يذكره ابن الهمام. وقول ابن الهمام: وآخر. ذكره الزيلعي فسماه سلمة بن زيد. وقال: رواية هؤلاء الأربعة ليس فيها لفظ: نسيئة. وهذا نقله الزيلعي عن الدارقطني.

(٢) قلت: هذا ليس مُطَوِّدًا. فهناك زيادة تكون من الثقة عند مخالفتها لمن هو أو ثقة منه، أو مخالفتها لجماعة الثقات تسمى عند علماء المصطلح زيادة شاذة أو رواية: شاذة. فليس يلزم قبول زيادة الثقة فأحياناً يقال عنها: إنها شاذة. فتنبه. ومالك وحده أحفظ وأثبت من يحيى بن أبي كثير. وأما قول من قال: إن زيد بن عياش مجهول. فجوابه قول الحافظ عنه في التريب: صدوق اه. وعند جواب آخر وهو قول يحيى بن معين إمام الجرح، والتعديل: كل من روى عنه مالك فهو عندي ثقة. فتلخص من ذلك أنه الرجل ثقة عند ابن معين. بل وعند غيره حيث روى عنه اثنان ثقتان كما تقدم. والله أعلم.

(٣) مراده بالرواية الصحيح. رواية مالك ومن وافقه بدون لفظ: نسيئة.

وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال، وكذا أبو يوسف رحمه الله عملاً بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما

قوله ﷺ: «أينقص إذا جف»<sup>(١)</sup> باعتبار اشتماله على العلة المنبه عليها. ولأبي حنيفة أن الزبيب إما من جنس العنب فيجوز متساوياً أو لا يجوز مطلقاً. ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر أن جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعاً. وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار، فقال المصنف (وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية) فإنه لا يجوز البيع لأن القلي كائن بصنع العباد فتعدم اللطافة التي كانت الحنطة بها مثلية، بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الأصل، فصار في بيع العنب بالزبيب أربع روايات: لا يجوز اتفاقاً، يجوز اتفاقاً وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب، يجوز عنده، وعندهما لا يجوز إلا على الاعتبار لأن الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون. والفرق لأبي حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر أن الاستعمال ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلاً كيلاً) وكذا العنب بالعنب يجوز (هندنا) وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافاً للشافعي، وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثري والرمان والإجاص لا يجيز بيع رطبه برطبه، كما لا يجيز بيع رطبه بياسه لأنه لا يعرف قدر النقصان إذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر، وكذا الخلاف في الباقلاء الأخضر بمثله، لأن بين الباقلاء تين قضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية، وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز، وكذا بيع التمر المنقع والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة إلى هنا. والمنقع اسم مفعول من أنقع الزبيب في الخابية فهو منقع. وأصله أن محمداً يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال عند الجفاف كما أشار إليه حديث سعد، وذلك متف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو اليابسة. أما مع اليابسة فظاهر، وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل، قال الحلواني: الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة إنما لا يجوز إذا انتفخت، أما إذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة إذا تساوى كيلاً. وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوي في الحال (عملاً بإطلاق الحديث) أي حديث عبادة بن الصامت<sup>(٢)</sup> وغيره (إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه) من حديث سعد بن أبي وقاص<sup>(٣)</sup> وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به إلا ما كان في معناه، والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه، والرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة عيب. وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر، وقوله الأول كقول محمد، وقد نقض ما تقدم من الأصل وهو أن التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع، وما بأصل الخلقة لا

تمر لما بينا أن التمر اسم لثمرة النخل من أول ما تنعقد صورته وبيعه به متساوياً من حيث الكيل يبدأ بيد جائز بالإجماع، وبيع الكفزي بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لأنه يستر ما في جوفه بالتمر جائز متساوياً وتفاضلاً يبدأ بيد، لأن الكفزي ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة قوله: (والكفزي عددي متفاوت) قيل: هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرًا لجاز إسلام التمر في الكفزي لكنه لم يجز. وتقرير الجواب أنه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتفاوت أحاده في

(١) هو بعض حديث سعد بن أبي وقاص المتقدم الكلام عليه.

(٢) رواه الجماعة إلا البخاري وتقدم في أول هذا الباب.

(٣) حديث سعد تقدم قبل حديثين مع الكلام عليه مستوفياً.

رويناه لهما. ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيما يظهر مع بقاء البديلين على الاسم الذي عقد عليه العقد، وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه، وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر. ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأن البسر تمر، بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لأنه ليس بتمر، فإن هذا الاسم له من أول ما تتعقد صورته لا قبله، والكفري عددي متفاوت، حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة.

قال: (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون

بالحنطة المبلولة فإن الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع أنه جاز العقد. أوجب بأن الحنطة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الربا إذ ذاك والبل بالماء يعيدها إلى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من بيع الحنطة الرطبة إلى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجاز، وكذلك بين العنب بالعنب فإنه يجيزه، وحاصله (أن التفاوت) إن ظهر مع بقاء الاسم على البديلين أو أحدهما فسد العقد، وإن ظهر بعد زوال الاسم عنهما لا يفسد، ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البديلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد، فإن الاسم حينئذ التمر والزبيب فلا يكون تفاوتاً في المعقود عليه، وفي الحنطة المبلولة ما في معناه لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع (ولو باع البسر بالتمر) متساوياً يجوز (ومتفاضلاً لا يجوز لأن البسر تمر بخلاف الكفري) وهو بض الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً كم النخل وهو أول ما ينشق (حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أي كلاً من التمر بكيلين من الكفري وقلبه لأنه ليس بتمر (لأن) الكفري لم يتعقد بعد في صورة التمر (وهذا الاسم) أعني التمر له (من أول ما تتعقد صورته لا قبله) وبهذا استدل بعضهم لأبي حنيفة في بيع الرطب بالتمر، فورد عليه أنه لو حلف لا يأكل تمرأ فأكل رطباً لا يحنث فكان غيره. فأجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح، بل المسألة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنث، وكذا ادعى أنه يحنث فيما إذا حلف لا يأكل تمرأ فأكل بسرأ ولم يكن به حاجة إلى هذا، إذ يكفي أن الأيمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة، وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين يتعقد إلى أن يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الإطلاق باعتبار مجاز الأول.

وقوله: (والكفري عددي متفاوت إلى آخره) جواب سؤال هو أنه إذا لم يكن الكفري تمرأ ينبغي أن يجوز إسلام التمر فيه وشراء التمر به نسيئة فقال: الكفري عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتاً غير مهدر فلا يجوز إسلامه فيه، ولا أن يشتري به نسيئة للجهالة فتقع المنازعة قوله: (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج) معلوماً أنه (أكثر مما في الزيتون والسمسم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز، فالاحتمالات أربع، والجواز في أحدهما بأنه إذا كان أكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد (والزائد) منه

المالية فلا يجوز الإسلام فيه للجهالة. قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ) الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الأبيض، ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعريب شيره، والمراد به ما هنا ما يتخذ من السمسم. واعلم أن المجانسة بين الشيتين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار ما في الضمن. ولا يعتبر الثاني مع وجود الأول، ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن، وإذا لم يوجد الأول يعتبر الثاني، ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع. فإذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إما أن تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أو لا، والثاني لا

قوله: (ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم الخ) أقول: ولك أن تقول: المراد بالضمير الراجع إلى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام، أو يقال المضاف مقدر: أي مسماه بقريته جعله معقوداً عليه لظهور أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فاندفع الإشكال.

والسمسم فيكون الدهن بمثله (والزيادة بالشجير) لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون، وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساوياً له، فالشجير وبعض الدهن أو الشجير وحده فضل، ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا، والشبهة فيه كالحقيقة، والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار. واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع.

(ب)مقابلة (الشجير) وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله: إنما يشترط أن يكون الخالص أكثر إذا كان الثقل في البذل الآخر شيئاً له قيمة، أما إذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد إخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد، يروى ذلك عن أبي حنيفة. وقال زفر: يجوز مع عدم العلم لأنه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك. والأصل الصحة. وقلنا: الفساد غالب لأنه على تقديري النقصان والمساواة، والصحة على تقدير الأثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به. وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع أصلاً لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد. واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فتمنع النسبته كما في المجانسة العينية، وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج<sup>(١)</sup> مع السمسم، وتنتفي باعتبار ما أضيفت إليه فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيفا إليه من الورد والبنفسج نظراً إلى اختلاف المقصود والفرض ولم يبال باتحاد الأصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان؛ أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالاختلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلاً، وعلى هذا قالوا لو ضم إلى الأصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلاً حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب، وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز طبق برطلي لوز غير مطبق، وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارج برطلي دهن اللوز الخالص، وكذا رطل زيت مطيب برطلي زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بإزاء الزيادة على الرطل خلافاً للشافعي، فإنه لا يجيز الدهن المطيب وغيره إلا مثلاً بمثل. وأورد أنه ينبغي أن يجوز بيع السمسم بدهنه بأي وجه كان لأن الدهن وزني والسمسم كيلبي. أوجب بأنه لما كان المقصود من السمسم ما في ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس. فإن قيل: فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صرفاً لكل من دهنه وشجيرته إلى خلاف جنسه. أوجب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسألة الإكرار ولا صورة هنا منفصلة. وقوله: (والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار) يعني إن كان الدهن المفرد والسمن والديس أكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز، وقد علمت تقييده بما إذا كان الثقل له قيمة وأظن أن لا قيمة لثقل الجوز إلا أن يكون بيع بقشره فيوقد، وكذا العنب لا قيمة لثقله فلا تشتترط زيادة العصير على ما

يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمحقق في هذا الباب، والأول إما أن يكون المنفصل أكثر أو لا. والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والشجير إن نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والشجير وحده: أي ساواه على تقدير أن يكون الشجير ذا قيمة، وأما إذا لم يكن كما في الزبد بعد إخراج السمن إذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فإنه يجوز، وهو المروى عن أبي حنيفة، والأول جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار. ولقائل أن يقول مثلاً: السمسم يشتمل على الشيرج والشجير، فإما أن يكون المجموع منظوراً إليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقاً لأن الشيرج وزني والسمسم كيلبي، أو من حيث الإفراز فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صرفاً لكل واحد من الدهن والشجير إلى خلاف جنسه، كما إذا باع كز حنطة وكز شعير بثلاثة أكرار حنطة وكز شعير أو يكون أحدهما إما الدهن أو الشجير منظوراً إليه فقط، والثاني منتف عادة، والأول يوجب أن لا يقابل الشجير بشيء من الدهن وليس كذلك. والجواب أن المنظور إليه هو المجموع من حيث الأفراد،

(١) الشيرج: هو دهن السنميس. ويقال للدهن الأبيض أيضاً: شيرج اه مصباح.

قال: (ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً) ومراده لحم الإبل والبقر والغنم؛ فأما البقر والجواميس جنس واحد، وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي. قال: (وكذلك ألبان البقر والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود. ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة، فكذا أجزاءها إذا لم تتبدل بالصنعة.

يخرج، والله أعلم (واختلفوا في القطن بغزله) بعضهم لا يجوز متساوياً لأن القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق. وقال بعضهم: يجوز. وفي فتاوى قاضيخان: لا يجوز إلا متساوياً لأن أصلهما واحد وكلاهما موزون، وإن خرجا أو أحدهما عن الوزن جاز متفاضلاً. وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال. قال المصنف بالإجماع. وعن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلاً، وعنه أنه لا يجوز مطلقاً وهكذا عن أبي حنيفة أيضاً. ثم ذكر أنه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لأن الفاضل بإزاء حب القطن وهو مما ينتفع به، وقد يعلف لبعض الدواب. وأما في الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المفرد بإزاء صنعة الغزل، فنقل الإجماع إنما هو باعتبار الأقوال المعمول عليها دون الروايات قوله: (ويجوز بيع اللحمان) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً) ومراده لحم الإبل والبقر والغنم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين (فأما البقر والجواميس) ذ (جنس واحد) لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلاً (وكذا المعز مع الضأن والعراب مع البخاتي) لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلاً لاتحاد الجنس، وإنما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلاً والعصافير متفاضلاً لأنه ليس مال الربا إذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال، وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والإوز لأنه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه. وقوله ومراده إلى آخره يحتز به عن قول مالك فإن عنده اللحوم كلها ثلاثة أجناس: الطيور جنس، والدواب أهلها ووحشها جنس واحد، والبحريات (وكذا ألبان البقر والغنم) يجوز متفاضلاً لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الأصلين (وعن الشافعي أن اللحوم والألبان جنس واحد لاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذي، وهذا قول الشافعي غير المختار، والصحيح من قوله أنه مثل قولنا، ثم دفع هذا القول بأن أصولها (مختلفة) الأجناس (فكذا أجزاءها إذا لم تتبدل بالصنعة) فإنها حينئذ تعد أجناساً، ولهذا جاز بيع الخبز

ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً. قوله صرفاً لكل واحد من الدهن والشحير إلى خلاف جنسه. قلنا: ذاك إذا كانا منفصلين خلقة كما في مسألة الإقرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والشحير ليسا كذلك. واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساوياً فقليل لا يجوز لأن القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق، وقيل يجوز لأن أصلهما واحد فكلاهما موزون، وإن خرجا عن الوزن أو خرج أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين، كذا في فتاوى قاضيخان. وبيع الغزل بالثوب جائز والكرياس بالقطن جائز كيفما كان بالإجماع، وهذا يخالف ما روي عن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقاً قال: (ويجوز بيع اللحمان الخ) كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس متفاضلاً. وعنه أنه لا يجوز، والعراب والبخاتي والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلاً، وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلاً وكذلك الألبان. وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحداً. ولنا أنها فروع أصول مختلفة لما ذكرنا، واختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالأدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المظعمات والتفكه في الفواكه، والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص، ولا يشكل بالطيور فإن بيع لحم بعضها ببعض متفاضلاً يجوز مع اتحاد الجنس لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي، وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً قوله: (إذا لم تتبدل بالصنعة) قيل مراده أن اتحاد الأصول يوجب اتحاد الفروع والأجزاء إذا لم تتبدل بالصنعة، فإذا تبدلت الأجزاء بالصنعة تكون مختلفة، وإن كان الأصل متحداً كالهروي

قال: (وكذا خلّ الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصليهما، فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيرهما جنسين. وشعر المعز وصفو الغنم جنسان لاختلاف المقاصد.

بالدقيق والسويق متفاضلاً (وكذا خلّ الدقل بخل العنب) متفاضلاً وكذا عصيرهما (لاختلاف أصليهما) جنساً، وتخصيص الدقل وهو رديء التمر باعتبار العادة، لأن الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا (و) أما (شعر المعز وصفو الغنم) فـ (جنسان لاختلاف المقاصد) بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنساً واحداً كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف، فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الأمور المتفرعة ثلاثة أشياء: اختلاف الأصول، واختلاف المقاصد، وزيادة الصنعة. فإن قيل: بالنظر إلى اتحاد الأصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلاً وزناً، وبالنظر إلى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلاً فينبغي أن لا يجوز متفاضلاً تغليباً للحرمة. فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما فيرجح المحرم، وهذا ليس كذلك فإنه لا يقارم الصورة المعنى، وألزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنساً واحداً لاتحاد المقصود. وأجيب بمنع اتحادهما فإن لبن البقر يقصد للسمن ولبن الإبل لا يتأتى منه ذلك، وكذا أغراض الأكل تتفاوت، فإن بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الإبل. ومن الاختلاف بالصنعة ما قدما من جواز بيع إناءي صفر<sup>(١)</sup> أو حديد أحدهما أثقل من الآخر، وكذا قمقمة بمقمتين<sup>(٢)</sup> وإبرة بإبرتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقيدين فيمتنع التفاضل وإن اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاختصار على العد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالآلية أو باللحم) واللحم بالآلية متفاضلاً (لأنها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً) وأما شحم الجنب ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والآلية جنسان، وكل ذلك لا يجوز نسبية لأن الوزن يجمعهما، وأما الرؤوس والأكارع والجلود فيجوز يبدأ كيفما كان لا نسبية لأنه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز قوله: (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً) يبدأ بيد قبيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (لأن الخبز صار) إما (عددياً) في عرف (أو موزوناً) في عرف آخر (فخرج من أن يكون مكيفاً

والمروي، وفيه نظر لأن كلامه في اختلاف الأصول لا في اتحادها، فكأنه يقول: اختلاف الأصول يوجب اختلاف الأجزاء إذا لم تتبدل بالصنعة، وأما إذا تبدلت فلا توجه، وإنما توجب الاتحاد، فإن الصنعة كما تؤثر في تغير الأجناس مع اتحاد الأصل كالمهروي مع المروي مع اتحادهما في الأصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف الأصل كالدرهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبية فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الأصول. قال: (وكذا خلّ الدقل بخلّ العنب الخ) الدقل هو أردأ التمر، وبيع خله بخلّ العنب متفاضلاً جائز يبدأ بيد، وكذا حكم سائر التمور. ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالباً أخرج الكلام على مجرى العادة، وإنما جاز التفاضل للاختلاف بين أصليهما ولهذا كان عصيرهما: يعني الدقل والعنب جنسين بالإجماع (وشعر المعز وصفو الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، وهذا يشير إلى أن اختلاف المقصود كالتبديل بالصنعة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل، فإن

قوله: (لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة) أقول: وينبغي أن يستثنى منه لحم الدجاجة فإنه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف: (فكذا أجزاءهما إذا لم تتبدل بالصنعة) أقول: ولعل المعنى: وكذا تختلف أجزاء تلك الأصول بحسب اختلاف الأصول لاتحادها معها إذا لم تتبدل بالصنعة، فإن تلك الأجزاء إذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والإناء والقمقمة على ما تبين فليتدبر قوله: (قيل مراده) أقول: القائل هو صاحب النهاية قوله: (فكأنه يقول اختلاف الأصول الخ) أقول: مأخوذ من الخبازية.

(١) الصُفر: بتشديد الصاد وضمها وتكسر في لغة. هو النحاس ا ه مصباح.

(٢) القُمَّمُ: آنية العطار. وأيضاً آنية من نحاس يسخن فيه الماء تسمى في الشام: غلابة ا ه مصباح.

قال: (وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً. قال: (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً) لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه، والفتوى على الأول، وهذا إذا كانا

من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنسية جمعتهما اختلف القدر فجاز التفاضل، والدقيق إما كيلياً فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا، ومن جعله وزنياً لم يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل أيضاً. وروي عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه، وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للنكرة في النفي، وبهذا القول قال الشافعي وأحمد لشبهة المجانسة، إذ في الخبز أجزاء الدقيق، أو أن الدقيق بعرض أن يصير خبزاً فيشترط المساواة ولا يدري ذلك (والفتوى على الأول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عدداً أو وزناً كيفما اصطالحوا عليه (وهذا إذا كانا نقدين) فأما بيعهما نسيئة (فإن كانت الحنطة نسيئة) أو الدقيق بأن أسلم الخبز فيها فدفعه نقداً (جاز أيضاً، وإن كان الخبز) نسيئة بأن أسلم حنطة أو دقيقاً في خبز لم يجز عند أبي حنيفة لأنه لا يوقف على حد له فإنه يتفاوت في الصنعة عجنًا وخبزاً، وكذا عند محمد لأنه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزني) أو يجوز بشرط الوزن إن كان العرف فيه العدد والنضج وحس العجن وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر، واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه إذا قبض متجاوزاً ما هو دون ما سمى صنعة، وإذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لأنه قل أن يقع الأخذ من النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفاً فقل أن لا يصير مستبدلاً (ولا خير في

المقصود هو المقصود فاختلفه يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر، فإن الشعر يتخذ منه الجبال الصلبة والمسوح، والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة. لا يقال: لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً لأن المقصود منهما متحد فكان الجنس متحداً، لأننا لا نسلم ذلك، فإن لبن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتخذ القصد إليهما. والأولى أن يقال: قلنا إن اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الأصول، ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الأصول، فالأصل أن يوجب اختلاف الأصول اختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبدل بالصنعة، وأن يوجب اتحاد الأصول اتحاد الفروع إلا عند التبدل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض، ومن هذا يتبين أنه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الأصل، ويسقط ما قيل شعر المعز وصفو الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد وبالنظر إلى المقصود جنسان، وينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانب الحرمة لأن المقصود راجح. قال (وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم) جائز لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً، أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصويره، ولا شك في ذلك عند تصوّر هذه الأشياء. وأما اختلاف المعاني فلأنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة. وأما اختلاف المنافع فكافة الطب. قال: (ويجوز بيع الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والدقيق إما أن يكون حال كونهما نقدين أو حال كون أحدهما نقداً والآخر نسيئة، فإن كان الأول جاز لأنه صار عددياً أو موزوناً فخرج عن كونه مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلفت الجنسان وجاز التفاضل (وعليه الفتوى) وروي عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه: أي لا يجوز، والتركيب للمبالغة في النهي لأنه نكرة في سياق النفي فتمع

قوله: (لا يقال: لو اختلف الجنس الخ) أقول: يعني إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى غدا المختلفان مقصوداً مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغي أن يعد المختلفان فيه متحدين في الجنس إذا اتحدا المقصود منهما بناء على ذلك التغليب، فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً، وإذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يتدفع ذلك بما ذكر الشارح في حيز، والأولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق قوله: (فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن الخ) أقول: فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعموم الصور لها، والأظهر أن المراد بالصور الأشكال.

نقدين؛ فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضاً، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله، وعليه الفتوى، وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح، ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتأخر. وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في أحاده.

استقراض الخبز عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور) باعتبار كونه جديداً أو عتيقاً (والتقديم) في التنور (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك، وإذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه أمتع (وعند محمد رحمه الله يجوز بهما) أي عدداً أو وزناً (للتعامل) بين الجيران بذلك، والحاجة قد تدعو إلى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزناً لا عدداً للتفاوت في أحاده) ومحمد يقول: قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالباً، والقياس يترك بالتعامل، وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف، وأنا أرى أن قول محمد أحسن قوله: (ولا ربا بين المولى وعبد) أي المأذون غير المديون (لأنه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا) لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وأم الولد (فإن كان عليه دين لا يجوز) أي البيع بطريق الربا (أما عند أبي حنيفة) فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون فهو أجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) إن لم يزل ملكه عما في يده لكن (تعلق بما) في يده (حق الغرماء فصار) المولى (كالأجنبي) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقاً، ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهماً بدرهمين أو لا، بخلاف المكاتب لأنه صار كالحر يبدأ وتصرفاً في كسبه فيجري الربا بينهما قوله: (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف والشافعي) ومالك وأحمد، وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصلي والمسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا؛ فلو باع مسلم دخل إليهم مستأماً درهماً بدرهمين حل، وكذا إذا باع منهم مئة أو خنزيراً أو قامرهم وأخذ المال يحل، كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف ومن ذكرنا (لهم) إطلاق النصوص فإنها لم تقيد المنع بمكان دون مكان، والقياس على المستأمن منهم في دارنا، فإن الربا يجري بين المسلم وبينه فكذا الداخل منا إليهم بأمان. ولأبي حنيفة ومحمد ما روي أنه ﷺ قال: (ولا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب)<sup>(١)</sup> وهذا الحديث غريب، ونقل ما روي مكحول عن النبي ﷺ أنه قال ذلك. قال الشافعي: قال أبو يوسف: إنا قال أبو

نفي جميع جهات الخبز، وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز، فإن كان الأول جاز لأنه أسلم موزوناً في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره، وإن كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما نذكر. قال المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح: يعني قول أبي يوسف، وإنما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض، ولا خير في استقراضه عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقعة، وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه، وبالتنور في كونه جديداً فيجيء خبزه جيداً أو عتيقاً فيكون بخلافه، وبالتقدم والتأخر فإنه في أول التنور لا يجيء مثل ما في آخره، وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما. وعند محمد يجوز استقراضه عدداً ووزناً، ترك قياس السلم فيه للتعامل. وعند أبي يوسف يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في أحاده.

(١) ضعيف. قال الزليفي في نصب الرأية ٤/٤٤: غريب. وأسد البيهقي في المعرفة في كتاب السير عن الشافعي قال: قال أبو يوسف: إنما قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول مرسلًا قال الشافعي: هذا ليس بثابت ولا حجة فيه ١هـ وقال ابن حجر في الدراية ٢/١٥٨: لم أجده. ثم ذكر ابن حجر ما ذكره البيهقي في خبر مكحول مرسلًا.

قال: (ولا ربا بين المولى وعبيده) لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا، وهذا إذا كان مأذوناً له ولم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه.

حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب» أظنه قال: «وأهل الإسلام» قال الشافعي: وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه، أسنده عنه البيهقي. قال في المبسوط: هذا مرسل، ومكحول ثقة، والمرسل من مثله مقبول<sup>(١)</sup>، ولأن أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى: ﴿الم غلبت الروم﴾ [الروم: ٢] الآية قالت له قريش: ترون أن الروم تغلب؟ قال: نعم، فقال: هل لك أن تخاطرنا، فخاطرهم فأخبر النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: اذهب إليهم فزد في الخطر ففعل، وغلبت الروم فارساً فأخذ أبو بكر خطره، فأجازه النبي ﷺ<sup>(٢)</sup>، وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك (ولأن ما لهم مباح) وإطلاق النصوص في مال محظور، وإنما يحرم على المسلم إذا كان بطريق الغدر (فإذا لم يأخذ غدرأ فبأي طريق يأخذه حل) بعد كونه برضا (بخلاف المستأمن منهم) عندنا (لأن ماله صار محظوراً بالأمان) فإذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرأ، وبخلاف الزنا إن قيس عليه الربا لأن البضع لا يستباح بالإباحة بل بالطريق الخاص، أما المال فيباح بطيب النفس به وإباحته، وهذا لا يفيد لمعارضة إطلاق النصوص إلا بعد ثبوت حجية حديث مكحول. وقد يقال: لو سلم حجيته فالزيادة بخير الواحد لا تجوز، وإثبات قيد زائد على المطلق من نحو: ﴿لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] ونحوه هو الزيادة فلا يجوز. ويدفع بالقطع بأن المطلقات مراد بمحلها المال المحظور بحق لمالكه، ومال الحربي ليس محظوراً إلا لتوقي الغدر، وهذا التقدير في التحقيق يقتضي أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازه النظر

قال: (ولا ربا بين المولى وعبيده) لا ربا بين المولى وعبيده المأذون الذي لا دين عليه محيط بربقته، لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع ولا يتحقق الربا، فعدم تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الإسلام مشتتلاً على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع (فإذا كان عليه دين يتحقق الربا لأن ما في يده ليس ملكاً لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما) وإن كان ملكه، لكن لما (تعلق به حق الغرماء صار كالأجنبي) فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه. وقال: (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما

قال المصنف: (ولا ربا بين المولى وعبيده الخ) أقول: قال العلامة الكاكي: وفي المبسوط: فلو كان على العبدین فليس بينهما ربا أيضاً، ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه، كما لو أخذه لا بجهة العقد سواء اشترى منه درهماً بدرهمين أو لا، لأن ما أعطى ليس بعموس سواء قل أو كثر، فعليه رد ما قبض لحق الغرماء، وكذا أم الولد والمدبر لأن كسبه مال، بخلاف المكاتب لأن المكاتب صار كالحر يداً وتصرفاً في كسبه فيجري الربا بينه وبين مولاه كما يجري بينه وبين غيره انتهى. وفيه إشارة إلى أنه لا ربا بين المولى وعبيده إذا كان على العبد دين، وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا

(١) هو مرسل ضعيف لجهالة من حدث أبا يوسف، ثم هذا المرسل لم يأت من طرق صحيحة حتى نقول المرسل مقبول أو حجة، وليس كل المراسيل تقبل، وإنما تعرض على الكتاب والسنة وقد قال مسلم في مقدمة صحيحه: والمرسل في قولنا وقول جمهور أصحابنا: أنه ضعيف وغير حجة أه أو كما قال رحمه الله.

(٢) حسن غريب. جاء في الدر المنثور للسيوطي ٥/ ١٥٠. ١٥١ ما ملخصه: أخرجه ابن جرير بسنده عن ابن مسعود قال: كان فارس ظاهرين على الروم... وفيه: وذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: ما بضع سنين عندكم؟ قال: دون العشر. قال: اذهب فزايدهم وازدد سنين في الأجل. وأخرجه ابن جرير، وابن أبي حاتم، والبيهقي عن قتادة وفيه: قال ﷺ: فزايدهم، ومأذوهم في الأجل. وهذا الإسناد متصل إلا أنه موقوف على قتادة. وما قبله ضعيف وخبر مخاطرة أبي بكر وقريش ورد بلفظ آخر. أخرجه الترمذي ٣١٩٣ من حديث ابن عباس وقال: حسن صحيح غريب. ومن حديث نيار بن مكرم برقم ٣١٩٤ وقال: حسن صحيح غريب.

قال: (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافاً لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله. لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» ولأن ما لهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مباحاً إذا لم يكن فيه غدر، بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان.

المذكور، أعني كون ماله مباحاً إلا لعارض لزوم الغدر، إلا أنه لا يخفى أنه إنما يقتضي حل مباشرة العقد إذا كانت الزيادة ينالها المسلم، والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر، وجواب المسألة بالحل عام في الوجهين، وكذا القمار قد يفضي إلى أن يكون مال الخضر للكافر بأن يكون الغلب له، فالظاهر أن الإباحة تفيد نيل المسلم الزيادة، وقد التزم الأصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما إذا حصلت الزيادة للمسلم نظراً إلى العلة وإن كان إطلاق الجواب خلافه، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الله خلافاً لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله. لهما الاعتبار بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا، فإنه إذا دخل الحربي دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فإنه لا يجوز، فكذا إذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع. ولأبي حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» ذكره محمد بن الحسن، ولأن مال أهل الحرب في دارهم مباح بالإباحة الأصلية، والمسلم المستأمن إنما منع من أخذه لعقد الأمان حتى لا يلزم الغدر، فإذا بذلك الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لأجله (بخلاف المستأمن) جواب عن قياس. وتقريره أن المستأمن منهم في دارنا لا يحل لأحد أخذ ماله لأنه صار محظوراً بعقد الأمان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة.

بينهما إذا كان عليه دين، ولعل ما في المبسوط على مذهب الإمامين فإن المولى يملك كسب المديون عندهما كما يجيء في المأذون فراجع قوله: (لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول: أي مع عدم تعلق أحد به، وإنما قيدنا بذلك لئلا يرد على التفرغ إشكال بأن مجرد الملكية لا يبقى البيع؛ ألا يرى إلى ما استدلل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما إذا كان العبد مديوناً فليتأمل قوله: (فعلم تحقق الربا) أقول: تأمل في صحة هذا التفرغ فإنه يلزم منه المصادرة قوله: (بعد وجود البيع بحقيقته الخ) أقول: أي صورة وظاهراً قوله: (صار كالأجنبي فيتحقق الربا) أقول: أي شبهته إذ الشبهة كافية في المحرمات قال المصنف: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب») أقول: قال ابن العز: قال في المغني: هذا خبز مجهول لم يروني صحيح ولا مستند ولا كتاب موثوق به، وهو مع ذلك مرسل محتمل. ويحتمل أن المراد بقوله لا ربا النهي عن الربا كقوله تعالى: ﴿فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾ انتهى. وعلى تقدير صحته لا يصلح مقيداً للمطلقات مثل لا تأكل الربا، إذ لا يزداد بخبر الواحد على الكتاب. قيل المراد من النصوص الربا في مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور إلا لعارض من الغدر فليتأمل.

### باب الحقوق

(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتره بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه. ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى، ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار، فاسم الدار ينتظم العلو لأنه اسم لما أدير عليه الحدود. والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه. والبيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله، والشيء لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه، والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب، فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع، ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه. وقيل في عرفنا

### باب الحقوق

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار قوله: (ومن اشترى منزلاً فوقه منزل) حاصل ما هنا أن الأسماء ثلاثة: البيت، والمنزل، والدار. فالبيت أصغرهما وهو اسم لمسقف واحد جعل لبيات فيه، فمنهم من يقتصر على هذا، ومنهم من يزيد له دهليزاً. والجواب فيه أن علوه لا يدخل في بيعه: يعني إذا باع البيت لا يدخل العلو. وإن قال بكل حق هو له أو كل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحاً لأن العلو مثله فإنه مسقف بيات فيه والشيء لا يستتبع مثله بل ما هو أدنى منه. وأورد: المستعير له أن يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكتب عبده. وأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع، بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك، والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لأن كتابته عبده من أكسابه. والمنزل فوق البيت دون الدار، وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلاً ونهاراً، وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة

### باب الحقوق

قيل: كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيع، إلا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسأله وهناك هكذا وقع، وكذا هاهنا، ولأن الحقوق توابع فيلحق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع. قال: (ومن اشترى منزلاً فوقه منزل) ذكر ثلاثة أسماء: المنزل والبيت والدار، فسر لبيين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج إلى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه. قال: الدار اسم لما أدير عليه الحدود، والبيت اسم لما يبات فيه، والمنزل بين البيت والدار لأنه لا يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب. وإذا عرف هذا فمن اشترى منزلاً فوقه منزل لا يدخل الأعلى في العقد إلا أن يشتره، ويصرح بذكر إحدى هذه العبارات الثلاث بأن يقول: بكل حق هو له أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتاً فوقه بيت) وذكر إحدى العبارات الثلاث (لم يدخل الأعلى. ومن اشترى داراً بحدودها) ولم يذكر شيئاً من ذلك (دخل فيه العلو والكنيف) وهذا لأن الدار لما كان اسماً لم أدير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وإنما هو من توابع الأصل وأجزائه دخل فيه، والبيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص بذكره، وإلا لكان الشيء تابعاً لمثله، وهو لا يجوز. ولا يشكل بالمستعير، فإن له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب، فإن له أن يكتب لأن المراد بالتبعية هاهنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لأنه ليس بلفظ عام يتناول الأفراد إذ فرض المسألة في معلوم، ولا من لوازمه، وليس في الإعارة والكتابة ذلك فإن لفظ المعير أعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلاً لا تبعاً ولا أصالة، وإنما ملك الإعارة لأنها تمليك المنافع. ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه لغيره، وإما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذراً من وقوع التغيير به، والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان أحق بتصرف ما يوصله إلى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب إلى ما يوصله إلى ذلك فكانت جائزة. وأما المنزل فلما كان شبيهاً بكل منهما أخذ حظاً من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر

### باب الحقوق

قوله: (فسره) أقول: أي فسر كل واحد قوله: (بكل حق هو له) أقول: الباء للمصاحبة قوله: (لأن المراد بالتبعية هاهنا) أقول: تعليل لقوله ولا يشكل الخ. والحق أن يعمم لدخول المثل إذا ذكر ما يدل على توابع الشيء بحسب التوابع قوله: (لأنه ليس بلفظ عام الخ) أقول: تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور.

يدخل العلو في جميع ذلك لأن كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه، ولا تدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مبني على هواء

فيتأتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور، إذ ليس له صحن غير مسقف ولا إصطبل الدواب فلكون البيت دونه صلح أن يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص، وهو أن يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه، أو بكل حق له أو بمرافقه، ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة. والدار اسم لساحة أدير عليها الحدود وتشتمل على بيوت وإصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاسترواح ومنافع الأبنية للإسكان. ولا فرق بين كون الأبنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار، وكذا يدخل الكنيف الشارع. والكنيف هو المستراح، أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على إسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة؛ فعند أبي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها أو مرافقها أو بكل قليل أو كثير وهو فيها أو منها (لأنه) أي الظلة بتأويل الساباط (مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه. وعندهما إن كان مفتحة في الدار يدخل) بلا ذكر زيادة، ولأن مفتحتها إذا كان في الدار كانت تبعاً للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم: أي عرف أهل الكوفة (أما في عرفنا يدخل العلو) من ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتاً فوقه علو أو منزلاً كذلك، لأن كل مسكن يسمى خاتة في بلاد العجم وله علو سواء كان صغيراً كالبيت أو غيره إلا دار السلطان تسمى سراي قوله: (ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً) فيها (أو مسكناً) فيها (لم يكن له الطريق) في هذه الدار إلى ذلك المشتري (إلا أن يشتريه بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير، وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكرها) وفي المحيط: المراد الطريق الخاص في ملك إنسان، فأما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى طريق عام فيدخل، وكذا ما كان له من حق تسييل الماء وإلقاء الثلج في ملك إنسان خاصة. وقال فخر الإسلام: إذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر

التوابع، ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه (وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك) أي الدار والبيت والمنزل، لأن كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو، وفيه نظر لأن الخلوة وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل، ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وأنه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكاً بالعرف، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لأنه من توابعه، ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الأسطوانات في السكة ومفتحها في الدار، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان وفي المغرب. وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب إلا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند أبي حنيفة لأنه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه. وعندهما إن كان مفتحة في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا: يعني من العبارات المذكورة لأنه من توابعه فشابه الكنيف. وقوله إن كان مفتحة في الدار يضعف قول قاضيخان في تعريف الظلة لأنه جعل المفتح في الدار. قال: (ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق) إلا أن يذكر إحدى العبارات الثلاث (وكذا الشرب والمسيل) لأنه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظراً إلى الأول، ودخل بذكر التوابع: أي بقوله كل حق نظراً إلى الثاني (بخلاف الإجارة) فإن الطريق تدخل استئجار الدور والمسيل والشرب في استئجار الأراضي وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لأن الإجارة تنعقد لتمليك المنافع، ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالأرض السبخة والمهر الصغير، وبالانتفاع بالدار بدون الطريق وبالأرض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه. وأما البيع فلتتمليك العين لا المنفعة، ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالأرض السبخة والمهر، والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل

قوله: (ولا من لوازمه) أقول: أي من لوازم المعنى الموضوع له قوله: (يدخل العلو فيه تبعاً) أقول: فيه بحث، فإنه يدخل في اللفظ الدال على التوابع أصلاً لا في المنزل تبعاً قوله: (إلا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق الخ) أقول: استثناء ناظر إلى قوله ولا تدخل الظلة، وقوله وهو راجع إلى ما في قوله ما ذكرنا.

الطريق فأخذ حكمه . وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف . قال : ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير، وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع، بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع فلا يتحقق إلا به، إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه، أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري عادة يشتريه، وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة، والله تعالى أعلم .

الحقوق لأنه ليس من هذه الدار فلا يدخل إلا بذكر الحقوق، إلا أن تعليقه بقوله لأنه ليس من هذه الدار يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب . فالحق أن كلاً منهما لا يدخل، لأنه وإن كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار إنما اشترى شيئاً معيناً منها فلا يدخل ملك البائع وملك الأجنبي إلا بذكره، ثم قال : فإن قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يردها بالعيب، وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة، فإن كانت للبائع يؤمر برفعها، وإن كانت لغيره كانت بمنزلة العيب، وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو سيل ماء، فإن كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة . وقوله : (بخلاف الإجارة) متصل بقوله لم يكن له الطريق : يعني في الإجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لأن المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الأشياء، والبيع ليس كذلك فإن المقصود منه في الأصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عيناً، بل إما كذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها فلم تتعين فائدة للبيع فلا يلزم، ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وإن لم ينتفع به في الحال، وكذا الأرض السبخة، ولا تصح إجارة ذلك . وفي الكافي : ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الإجارة، بخلاف ما لو اشترى علواً واستثنى الطريق يصح، ولو استحق العلو ثم أجزى البيع صح لأن القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية، ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لأنه بمقابلة المبيع، والمبيع البناء لا الساحة لأن حقه في الهواء . فإن قيل : ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقاً ولا مسيلاً وصاحب البيت لا يستطيع أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة، فعلى قياس ما ذكرتم في الإجارة ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق تحريماً لجواز القسمة كما أدخلتموها تحريماً لجواز الإجارة . أجب بآن الفرق بينهما لأن موضع الشرب ليس مما تناولته الإجارة، وإنما يتوسل به إلى الانتفاع، والآجر إنما يستوجب الأجرة إذا تمكن المستأجر من الانتفاع؛ ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالأجرة وهذا بالانتفاع، أما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لأنهما كانا داخلين في الملك المشترك، فموجب القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه، فلو أثبتنا لأحدهما حقاً في نصيب الآخر تضرر به الآخر، ولا يجوز الإضرار دون رضا، وإنما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق . واعلم أنه إذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه إحداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائة فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل، وفي القسمة إذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسييل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطولب بالفرق . والفرق أن البيع إيجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وإن لم يلزم فيه ذلك فما شرطه يتم مطلقاً . والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد، إذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة إلى القسمة، وإنما يتم هذا إذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان إلا برضا صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق .

عادة، ووجد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور، وقد يستأجرها أيضاً، وقد تكون مقصودة التجارة فبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة .

## باب الاستحقاق

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بيينة فإنه يأخذها وولدها، وإن أقر بها لرجل لم يتبعها ولدها)

## باب الاستحقاق

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لأنه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهراً، ولكن لما ناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقيبه قوله: (ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فإن كان (بيينة) استحق ولدها معها وأرشها إن كان (وإن) كان (ب) مجرد (إقرار) المشتري (له بها) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق أن البيينة حجة مطلقة) أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه (فإنها كاسمها مبينة) لما كان ثابتاً في نفس الأمر قبل الشهادة به لأن الشهود لا يتمكنون من إثبات ملك في الحال لم يكن ثابتاً في الأصل ولا القاضي، وإنما تظهر البيينة ما كان ثابتاً قبله قبلية لا تقف عند حد معين، ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما إذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبيينة فإنه يثبت أنه قضاء على الكل، ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لأن الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الأخير، كما لو ادعت في يد الأخير أنها حرة الأصل حيث يرجعون فالولد كان متصلاً بها في الزمان الذي ينسحب عليه إظهار البيينة الملك فيكون له (أما الإقرار فحجة قاصرة) على المقر حتى لا يتعدى إلى غيره لأنه لا ولاية له على غيره، ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالإقرار، وإنما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل بإثباته في الحال، والولد في الحال منفصل عنها، والإقرار إنما هو بها فقط فلا يتعدى إليه، وهذا التوجيه يقتضي أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له. وذكر التمرثاشي أنه إنما لم يكن للمقر له إذا لم يدعه، فلو ادعاه كان له لأن الظاهر أنه له، وإذا قلنا إن الولد للمستحق بالبيينة فمضى القاضي بالأمر هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضاً مقضياً به؟ قيل نعم كما أن ثبوت استحقاقه تبعاً (وقيل) لا، بل (يشترط القضاء بالولد أيضاً) لأنه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الأصح من المذهب، قال المصنف (وليه تشير المسائل) التي ذكرها محمد رحمه الله، فإن محمداً قال: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعلم الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا إذا كانت

## باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى. قال: (ومن اشترى جارية فولدت عنده) لا باستيلاده (فاستحقها رجل بيينة فإنه يأخذها وولدها) وإن أقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها. ووجه الفرق ما ذكره أن البيينة حجة مطلقة في حق الناس كافة، ولهذا إذا أقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلاً بها وينفرد عنها وهي مملوكة فيكون له. وأما الإقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار لأن الإقرار إخبار والإخبار لا بد له من مخبر به، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق

## باب الاستحقاق

قوله: (وأما البيع فلتملك العين الخ) أقول: مقتضى كلام المصنف أن كليهما يعقد الانتفاع، لكن الانتفاع في الإجارة لا يمكن بدونه بخلاف البيع فشرحه لا يطابق ظاهر المشروع. وأيضاً إن أراد بقوله لا المنفعة أنه ليس لتمليكها فقط فممنوع ولا يفيد، وإن أراد أنه ليس لتمليكها أصلاً فمسلّم بل هو لتمليك العين والمنفعة أيضاً، والانتفاع بالمهر والأرض السبخة ممكن على ما ذكره. ويدفع بأن يراد المنفعة في الحال فليتأمل فإن البيع من غيره ليس منفعة في الحال قوله: (لا المنفعة) أقول: يعني في الحال قوله: (ووحده الضمير الخ) أقول: أي وحده الضمير في قوله يشتره أو في قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث، فإن توحيد الضمير لكونه للطريق يشهد بذلك قوله لا يشترى الطريق وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقايسة كما لا يخفى.

ووجه الفرق أن البيئة حجة مطلقة فإنها كاسمها مينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلاً بها فيكون له، أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة الإخبار، وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له. ثم قيل: يدخل الولد في القضاء بالألم تبدأ، وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل، فإن القاضي

الزوائد في يد غائب لم تدخل، فحيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشتري القضاء بالولد بخصوصه. ثم ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق البيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع، ولكن يوجب توقفه على إجازة المستحق وتبعه الجماعة، فاعترضه شارح بأن غاية ما في الباب أن يكون بيع فضولي: يعني بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق، وفيه إذا وجد عدم الرضا يفسخ العقد، وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا: يعني الموقوف المفسوخ لا تلحقه الإجازة. واستوضح بما في الفتاوى الصغرى: اشترى شيئاً ثم استحق من يده ثم وصل إلى المشتري يوماً لا يؤمر بالتسليم إلى البائع لأنه وإن جعل مقرأً بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فيفسخ الإقرار. ثم قال: لا جرم له اشترى عبداً قد أقر نصاً أنه ملك البائع ثم استحق من يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل إليه يوماً يؤمر بالتسليم إلى البائع لأن إقراره بالملك له لم يبطل. ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى. وما ذكره صاحب النهاية هو المتصور. وقوله إثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا إن أراد دليل عدم الرضا بالبيع فليس بلازم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجاناً، وذلك لأنه لو لم يدع الاستحقاق وبشبهه استمر في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فإثباته ليحصل أحدهما إما العين أو البدل بأن يجيز ذلك البيع ويصل الثمن إليه، فظهر أن إثبات الاستحقاق ليس ملزوماً لعدم الرضا بالبيع، بل المحقق أنه ملزوم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه. وأما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيداً له لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل إليه، ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشتري ثم وصل إليه، ولا شك أنه إذا اتصل بإثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالمبيع وإلا لم يأخذ وأجازته فأين هذا من مجرد إثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه، والله سبحانه هو الفتح الجواد لا إله غيره ولا مرجو إلا خيره. وفي الذخيرة: مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على إجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى. واعلم أن المنقول في أن البيع متى يفسخ أقوال: قيل إذا قبض المستحق، وقيل بنفس القضاء، والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه

من الأصل، ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له: يعني إذا لم يدع المقر له الولد، أما إذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له، كذا في النهاية نقلاً عن التمراشي. ثم إذا قضى بالألم للمستحق بالبيئة هل يدخل الولد في القضاء بالألم تبعاً أم لا؟ قيل يدخل لتبعيته لها، وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لأنه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستبداً فلا بد من الحكم به، قيل وهو الأصح لأن المسائل تشير إلى ذلك. قال محمد رحمه الله: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم، وكذا الولد إذا كان في يد رجل غائب

قال المصنف: (وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول: في النهاية ومعراج الدرابة ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى بينه وبين البائع، ولكن يوجب وفه على إجازة المستحق انتهى. وفي غاية البيان خلاف ذلك. وفي الفتاوى للتمرناشي ظاهر الرواية أنه لا يفسخ، وقال ابن الهمام: وفي الذخيرة: ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق، ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى. واعلم أن المنقول في أن البيع متى يفسخ أقوال: قيل إذا قبض المستحق، وقيل بنفس القضاء، والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح انتهى كلام ابن الهمام قوله: (وهي مملوكة فيكون له) أقول: الواو في قوله وهي حالية.

إذا لم يعلم بالزوائد. قال محمد رحمه الله: لا تدخل الزوائد في الحكم، فكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعاً.

قال: (ومن اشترى عبداً فإذا هو حرّ وقد قال العبد للمشتري اشترني فإني عبد له، فإن كان البائع حاضراً أو

بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح. وقال شمس الأئمة الحلواني: الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسحاً للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء. وفي الزيادات: روي عن أبي حنيفة أنه لا ينتقص ما لم يأخذ العين بحكم القضاء. وفي ظاهر الرواية لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح انتهى. ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ لأنه ذكر فيها أيضاً: إذا استحق المشتري فأراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك لأن احتمال إقامة البيعة على النتائج من البائع أو على تلقي الملك من المستحق ثابت إلا إذا قضى القاضي فيلزم العجز فيفسخ انتهى. يعني يلزم العجز عن إثبات ذلك، أو المراد أن يفسخ المستحق فإنه هو المالك، نعم لا شك في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد أن قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجيز أنه يفسخ فإن سكوتة بعد الأخذ عن الإجازة قدر ما يتمكن فيه من الإجازة، ولم يجز دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع قوله: (ومن اشترى عبداً) أي اشترى إنساناً (قال له اشترني فإني عبد فإذا هو حر) أي فظهر أنه حرّ بيعة أقامها (فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة) أي يدري مكانه (لا يرجع على العبد بشيء) من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض (وإذا كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد) بما دفع إلى البائع من الثمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما رجح المشتري به عليه إن قدر، وإنما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر في أدائه، بخلاف من أدى عن آخر ديناً أو حقاً عليه بغير أمره فليس مضطراً فيه فإنه لا يرجع به، والتقييد بالقيدين لأنه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترني ولم يقل فإني عبد لا يرجع عليه بشيء (ولو ارتهن عبداً مقراً بالرق فظهر حراً) وقد كان قال ارتهني فإني عبد الراهن (لم يرجع عليه) أي على العبد (على كل حال) أي سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً يعرف مكانه أو لا يعرف، وهذا ظاهر الرواية (عنهم). وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أي في البيع والرهن (لأن الرجوع بالمعوضة) وهي المبيعة هنا (أو بالكفالة) وليس واحد منهما ثابتاً (بل) الثابت (ليس إلا) مجرد (الإخبار كاذباً فصار كما لو قال أجنبي) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتهني فإني عبد وهي المسألة المذكورة ثانياً. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره) فكان مغروراً من جهته، والتفريع في المعاوزات التي تقتضي سلامة العوض تجعل سبباً للضمان دعفاً للضرر بقدر الإمكان فكان بتفريعه

فالقضاء بالأم لا يكون قضاء بالولد. قال: (ومن اشترى عبداً فإذا هو حرّ الخ) رجل قال لآخر اشترني فإني عبد فاشتره فإذا هو حرّ فلا يخلو إما أن يكون البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة (وإما أن يكون غائباً غيبة منقطعة لا يدري أين هو) فإن كان الأول فليس له على العبد شيء، وإن كان الثاني رجح المشتري على العبد والعبد على البائع، وإن لم يقل إني عبد ليس على العبد شيء في قولهم، وإن قال ارتهني فإني عبد فوجده حرّاً لم يرجع المرتهن على العبد بحال: أي سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً أية غيبة كانت. وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لأن الرجوع في هذا العقد إما أن يكون بالمعوضة أو بالكفالة وليس شيء منهما موجود، وإنما الموجود هو الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال ارتهني فإني عبد وهي المسألة الثانية. ولهما أن المشتري اعتمد في شرائه على أمره بقوله اشترني وإقراره بالعبودية بقوله فإني عبد إذ القول قوله في الحرية، فحين أقرّ بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء بأمر الغير، وإقراره مغرور

قوله: (والإخبار لا بد له) أقول: أي لصدقه قوله: (من مخبر به) أقول: يعني محقق قوله: (أما إذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له) أقول: لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق.

غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء، وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع، وإن ارتهن عبداً مقرراً بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا

(ضامناً) لدرك (الضمن له عند تعذر رجوعه على البائع، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه كالمولى إذا قال) لأهل السوق (بايعوا عبدي فأني قد أذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فإنهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضامناً لدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور عن الناس (بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن بيد الصرف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء للدين، فلو كان معاوضة كان استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام، وإذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الأمر به ضامناً لأنه ليس تغريراً في عقد معاوضة، ولهذا قالوا: لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فإنه آمن فسلكه نهب ماله لم يضمن، وكذا لو قال كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات لا قصاص عليه، غير أنه استحق عند الله عذاباً لا يطاق (وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعاب بقوله) فالرجل هو الذي اغتر. قال المصنف (ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة لأن الدعوى) أي دعوى الحرية (شرط) في القضاء ببينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض، فإن دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه. فأجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى إن كانت بحرية الأصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولهما في دعوى الحرية مطلقاً (لتضمنه تحريم فرج أمه) على السيد وتحريم أخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطاً في حق الله تعالى كما في عتق الأمة حتى أن الشهود يحتاجون في شهادتهم إلى تعيين الأم والحرمات لا تحتاج في القضاء بها إلى الدعوى، وإذا لم تحتج إلى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أي الدعوى (شرط) مطلقاً في حرية الأصل ودعوى الإعتاق في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الأصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها، أما في حرية الأصل (فلخفاء) حال (العلق) فإنه يسبى مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العلق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعي الحرية، وفي الإعتاق العارض فلأن المولى ينفرد به، ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدعيه، والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه (وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطلق) الزوج إياها (ثلاثاً قبل اختلاعها) تقبل (وكذا المكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة) تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة إقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب بيد الخلع ومال الكتابة. وذكر هنا مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق. وهي: رجل اشترى من آخر ثوباً فقطعه قميصاً وخاطه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لي وأثبتته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالضمن على البائع، لأن الاستحقاق ما ورد على ملك البائع، لأنه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوباً فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب إلى الضامن، فالأصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه، وإن ورد على ملك المشتري بعد ما صار إلى حال لو كان غصباً ملكه به

من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان دفعا للغرور بقدر الإمكان، كما في المولى إذا قال لأهل السوق هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر أنه حر فإنهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور، وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حرته أهل للضمان فيجعل ضامناً للضمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه قوله: (والبيع عقد معاوضة) إنما صرح به مع كونه معلوماً من قوله إن المشتري شرع في الشراء تمهيداً للجواب عن الرهن واهتماماً ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا: إن الرجل إذا سأل غيره عن أمن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فإذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن المخبر شيئاً لما أنه غرور فيما ليس بمعاوضة، وكذلك لو قال: كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فكل

يرجع فيهما لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال العبد ارتهني فإني عبد وهي المسألة الثانية. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على ما أمره وإقراره أي عبد، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للغرور والضرر، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضامناً للسلامة كما هو

لا يرجع على البائع لأنه متيقن الكذب، ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فأقام رجل بينة أنها له منذ شهر يقضي بها له ولا يرجع على بائعه، وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص، ولو كان أقام البينة أنه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن. وعلى هذا الجواب إذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق، ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع، وكذا إذا اشترى لحمًا فشواه. ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البينة رجل آخر أن الرأس والأطراف واللحم والجلد له فقضى بها رجع المشتري على البائع لأن هذا استحقاق عين الشاة قوله: (حقاً في دار) أي مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت (الدار إلا ذراعاً لم يرجع) على الذي صالحه (بشيء) لتمكنه من أن يقول مرادي من الحق الذي ادعيته أو الحق الذي أدعيه هذا الباقي (ولو) كان ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شيء رجع بحسابه، لأن التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامته، ودلت المسألة (على) أمرين: أحدهما (أن الصلح عن مجهول على معلوم جائز) لأن الإبراء عن المجهول جائز عندنا (لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة) والآخر أن صحة الدعوى ليست شرطاً في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به، ولذا لو أقام به بينة لا تقبل، أما إذا ادعى إقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة.

فمات فظهر بخلافه لكونه تقريراً في غير المعاوضة، وإذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فإنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببذلي الصرف والمسلم فيه. وإذا هلك يقع فيه الاستيفاء، ولو كان معاوضة لكان استبدالاً برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام، وإذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضامناً للسلامة، وبخلاف الأجنبي فإنه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور. ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو أن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى، والعبد بعد ما قال اشترني فإني عبد إما أن يدعي الحرية أو لا، والأول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية. والجواب أن قول محمد فإذا العبد حر يحتمل حرية الأصل والحرية بعناق عارض، فإن أراد الأول فله وجهان: أحدهما ما قاله عامة المشايخ أن الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الأم، لأن الشهود في شهادتهم محتاجون إلى تعيين الأم وفي ذلك تحريمها وتحريم أخواتها وبناتها، فإنه إذا كان حر الأصل كان فرج الأم على مولاه حراماً وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى، والدعوى ليست بشرط كما في عتق الأمة، وإذا لم تكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقض مانعاً. والثاني ما قاله بعض المشايخ: إن الدعوى وإن كانت شرطاً في حرية الأصل أيضاً عنده لكن يعذر في التناقض الخفاء حال العلوق، وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما نذكر، وإن أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء إذ المولى يستند به، وربما لا يعلم العبد

قال المصنف: (وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أقول: قوله فيهما: أي البيع والرهن، ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتهني من جعل الشيء مقيماً عليه لنفسه فليتأمل، فإنه يجوز أن يقال: تقرير الكلام أما في الرهن فبالإجماع، وأما في البيع فلأن الرجوع الخ. وترك التفصيل للاعتماد على الفهم قال المصنف: (بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول: فيه بحث، فإن شئت فراجع آخر كتاب الحجر.

قوله: (لتضمنه تحريم، إلى قوله: إلى تعيين الأم) أقول: أنت خبير بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضاً كما في تحريم فرج الأخوات والبنات، ولعل التعرض للاحتياج إلى التعيين لكون التضمن فيه أظهر قوله: (والدعوى ليست بشرط) أقول: أي في حرمة الفرج قوله: (لم يكن التناقض مانعاً) أقول: إذا ادعى الحرية ولا ينتفي شرط الحرية إذا لم تدع المصنف: (وقيل هو شرط) أقول: تذكير الضمير الراجع إلى الدعوى لكونها في تأويل أن يدعي، وهذا مطرد في المصادر المؤنثة أو في تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر قوله: (قبل يوم أو يومين) أقول: من وقع الخلع قوله: (وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول: إذ فرض المسألة فيما إذا لم يمكن القضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البينة عليه.

موجبه، بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضامناً للسلامة، وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور. ونظير مسألتنا قول المولى يابوعا عبدي هذا فإنني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فإنهم يرجعون عليه بقيمته. ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده، والتناقض يفسد الدعوى. وقيل إذا كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم، وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وإن كان الوضع في الإعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البيعة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيهما على الإعتاق قبل الكتابة.

[فروع] اشترى شيئاً ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البائع، بخلاف الوكيل بالبيع إذا ردّ عليه ببيع فحلف فنكل يلزم الموكل لأن النكول من المضطر كالبيعة وهو مضطر في النكول إذ لم يعلم عيبه ولا سلامته. ولو أقام المشتري بيعة على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه، فإن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع، فإذا ادعاه لغيره تناقض؛ بخلاف ما لو برهن على إقرار البائع أنه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه، وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الأصل وهي تدعي ذلك أو أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى. باع عقاراً ثم برهن أن ما باعه وقف لا يقبل لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك، بخلاف الإعتاق؛ ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل، ولو برهنت أمة في يد المشتري الأخير أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل إلا من كان قبل فلان. اشترى شيئاً ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لأن الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما. ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لأنه يقرر القضاء الأول ولا ينقضه. ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض؛ ولو قضى للمستحق بعد إثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الأمة للبائع عند أبي حنيفة، وليس له أن يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطناً وظاهراً عنده، ولو استحققت من يد مشتر فيرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لأنه خصم؛ ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعها وهلك الثمن في يده يقبل، ولو استهلكه أوردته لا يقبل، ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البيعة وأثبت عليه الاستحقاق بالبيعة كان له أن يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبيعة لا بالإقرار لأنه محتاج إلى أن يثبت بها ليتمكن الرجوع على بائعه. هكذا ذكر رشيد

إعتاقه ثم يعلم بعد ذلك، كالمختلعة تقيم البيعة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فإنها تقبل منها لأن الزوج يفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت. وإنما قيد بالثلاث لأنه فيما دونه أمكن أن يقيم الزوج بيعة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثنه المرأة ببيتها قبل يوم أو يومين، وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك، وكذا المكاتب يقيهما على الإعتاق قبل الكتابة. ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامة البيعة على ما ادعياه. قال: (ومن ادعى حقاً في دار) من ادعى حقاً مجهولاً في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مئة درهم فاستحق الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع بشيء لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي، وإن ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شيء رجع بحسابه، إذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلاً عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لأن البديل يقسم على أجزاء المبدل (ودلت المسألة على أن الصلح عن

قال المصنف: (ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز) أقول: وسيجيء أيضاً في مسائل شتى من كتاب أدب القاضي. فحيث تصح وتقبل البيعة.

قال: (ومن ادعى حقاً في دار) معناه حقاً مجهولاً (فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع بشيء) لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي. قال: (وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه) لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامة المبدل، ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة، والله تعالى أعلم بالصواب.

الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه. وذكر في باب ما يكون إقرار من المدعى عليه من فتاواه المدعي، لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالإقرار لا بالبينة، لأن البينة إنما تقبل على المنكر لا المقر، وذكر في آخر كتاب الدعوى: ادعى عيناً في يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضي القاضي للمدعي ببينته أقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة أو بالإقرار، اختلف فيه المشايخ. بعضهم قالوا بالإقرار، وبعضهم قالوا بالبينة لأن المدعي حين أقام البينة كان المدعى عليه منكراً واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا ييطل هذا الاستحقاق بإقراره. قال: والأول أظهر وأقرب إلى الصواب، وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين إلا أن تخصص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع وقصد القاضي إلى القضاء بإحدى الحججتين بعينها فيحصل أنه إذا ثبت الحق بالبينة والإقرار ينبغي على ما جعله الأظهر أن يقضي بالإقرار وإن سبقته إقامة البينة، غير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم إلى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع، ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرده إليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ. ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلاً لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشرط. قالوا: والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني، فإذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضاً يرجع عليه بإقراره أنه باعه منه، والله أعلم.

المجهول على المعلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة) قالوا: ودلت أيضاً على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لأن دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة، ولهذا لا تقبل البينة على ذلك إلا إذا ادعى إقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تصح وتقبل البينة.

### فصل في بيع الفضولي

قال: (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار، إن شاء أجاز البيع؛ وإن شاء فسخ) وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقد، ولا انعقاد إلا بالقدرة

### فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة، لأن دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه، لأنه يتضمن إما دعواه أن بائعك باع ملكي بغير أمري لغصبه أو فضوله. وأحسن المخارج الملتزمة فيه فضوله، والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية فيه؛ فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر قوله: (ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار، إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعي: لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقد، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية) وصار كبيع الأبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم، وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية، وقال رسول الله ﷺ لحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك»<sup>(١)</sup> قلنا: المراد البيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو الناقد، أو المراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلمه بحكم ذلك العقد، وذلك غير ممكن لأن الحادث يثبت مقصوداً على الحال، وحكم ذلك السبب ليس هذا، بل أن يثبت بالإجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة. وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم: «يا رسول الله إن الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشترىها فأسلمها، فقال ﷺ: لا تبع ما ليس عندك» وقال الكرخي: حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال: حدثنا الحسن بن القزاز قال: حدثنا سفيان عن شبيب بن غردقة سمعه من قومه عن عروة البارقي. وحدثنا إبراهيم قال: حدثنا ميمون الخياط قال: حدثنا سفيان بن شبيب بن غردقة: حدثنا الحبي عن عروة البارقي «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار، فدعا النبي ﷺ في بيعه بالبركة، فكان لو اشترى تراباً ربح فيه»<sup>(٢)</sup> وروي «أنه ﷺ دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام ليشتري به أضحية، فاشترى شاة ثم باعها بدينارين،

### فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لأن بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق، لأن المستحق إنما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فإنما باعك بغير إذني فهو عين بيع الفضولي. والفضولي بضم الفاء لا غير، والفضل الزيادة، وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه، وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي، وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل، وفتح الفاء خطأ. قال: (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار) ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ، وهو مذهب مالك وأحمد في رواية. وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن أحمد: لم ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقد، وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لأن الانعقاد لا يكون إلا بالولاية الشرعية. ولنا أنه تصرف تملك، وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول

### فصل في بيع الفضولي

قوله: (لأن بيع الفضولي صورة الخ) أقول: لأن الاستحقاق قد يكون بالهبة قوله: (لأن المستحق إنما يستحق الخ) أقول: كلمة إنما لا تلائم قوله صورة من صور الاستحقاق قوله: (لأنها بالملك أو بإذن المالك) أقول: ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذلك.

(١) تقدم تخريجه مستوفياً في خيار العيب مع ذكر طرقه ومخارجه.

(٢) حديث عروة البارقي تقدم تخريجه مستوفياً في الأضحية.

الشرعية. ولنا أنه تصرف تملك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده. إذ لا ضرر فيه للمالك مع

ثم اشترى شاة بدينار وجاء الشاة والدينار إلى النبي ﷺ، فأخبره بذلك فقال ﷺ: بارك الله لك في صفقتك؛ فأما الشاة فضح بها، وأما الدينار فتصدق به<sup>(١)</sup> وقولك لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية، إن أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر، وإن أردت لا انعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك مصلحة في الإجازة فيجيز فعله أو عدمها فيبطله ممنوع، ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر، ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات. أما تحقق ما ذكرنا فإن المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته ومنها ووصوله إلى البديل المطلوب له المحبوب والمشتري ووصوله إلى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها إذا كان مهماً له والعاقد يصون كلامه عن الإلغاء والإهدار بل وحصول الثواب له إذا نوى الخير لله تعالى من الإعانة على حصول الرفق لأخيه المسلم. ولما كان هذا التصرف خيراً لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن في هذا العقد ثابتاً دلالة، إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلاً وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون، المستغرق وبأكثر من الثلث إذا كان المعقود عليه باقياً حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع، فهذا أصل لقياس صحيح. لا يقال: فإذا ثبت الإذن دلالة ينبغي أن ينفذ العقد. لأننا نقول: الثابت دلالة ما لا ضرر فيه، وذلك هو الانعقاد موقوفاً على رأي المالك فثبت بهذا القدر. فأما نفاذه بلا رأيه ففيه إضرار به، إذ قد لا يريد بيعه فيثبت، بخلاف بيع الطير في الهواء والسماك في الماء لا يجوز لعدم المحل، فإن الطير ليس بمملوك أصلاً قبله وما ليس بمملوك لأحد لا يكون محلاً للبيع، وبيع الأبق ينعقد فاسداً وهو عندنا مفيد للملك إذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال لحق الشرع فإنه أنزله كالمجنون فيما نحن فيه وإن كان عاقلاً إذ صح توكيله بذلك من غيره، وطلاق المرأة ضرر ظاهر فإن عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على إجازة وليه ولا على إجازته بعد البلوغ، بخلاف ما لو اشترى أو زوج أمته فإن هذه التصرفات تتوقف على إجازة وليه أو إجازته بعد البلوغ. فإن قيل: يجب أن يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك. قلنا: لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقاً

بانعقاده، أما أنه تصرف تملك من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك، وإنما قال تصرف تملك ولم يقل تملك لأن التملك من غير المالك لا يتصور. فإن قيل: تصرف التملك شرع لأجل التملك فإن المراد بالأسباب الشرعية أحكامها، فإذا لم يفد التصرف التملك كان لغواً. فالجواب أن الحكم يثبت بقدر دليله، وهذا التصرف لما كان موقوفاً لما نذكر أفاد حكماً موقوفاً كما أن السبب البات أفاد حكماً باتاً أو أن السبب إنما يكون لغواً إذا خلا عن الحكم، فأما إذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار، وأما صدوره من الأهل فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ، وأما المحل فإن محل البيع هو المال المتقوم، وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم، ألا ترى أنه إذا باعه بإذن المالك جاز، والإذن لا يجعل غير المحل محلاً. وأما وجوب القول بانعقاده فلأن الحكم عند تحقق المقتضى لا يمتنع إلا لمانع والمانع منتف لأن المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لأحد من المالك والعاقدين، أما المالك فلأنه مخير بين الإجازة والفسخ، وله

قوله: (لأن التملك من غير المالك لا يتصور) أقول: فيه منع، فإن وصي اليتيم مثلاً ليس بمالك لمال اليتيم ويملكه بالبيع بالاتفاق. وأيضاً إذا كان إضافته من قبيل العلم إلى الفقه يكون قولنا تصرف في معنى تملك إذ معناه حينئذ تصرف هو تملك قوله: (فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ) أقول؛ الأولى هو القصر على العقل على ما سيجيء في المأذون ليشمل بيع الصبي العاقل الفضولي.

(١) تقدم في أواخر الجمع باب الأضحية.

تخيره، بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء،

بل هو مرجو فلا يلزم عدمه، وكون متعلق العقد مرجواً كاف في صحة التصرف. وعن هذا صح تعليق الطلاق والعناق بالشرط، وإلا فلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يلغى، لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سبباً في الحال مضافاً أو عند الشرط كقولنا هذا. وقول المصنف (تصرف تملك) من إضافة العام إلى الخاص كحركة الإعراب، والإضافة في مثله بيانية: أي تصرف هو تملك وحركة هي إعراب، ولا حاجة إلى هذا القيد هنا لأن تصرفات الفضولي تتوقف عندنا إذا صدرت، وللتصرف مجيز: أي من يقدر على الإجازة سواء كان تملكاً كالبيع والإجازة والهبة والتزويج والتزوج أو إسقاطاً، حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وانعقد، وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها، وكان الأحسن أن يقول تصرف شرعي، وأما القياس على الفضولي بالشراء ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي، وطريقه الخلاف وهو أنه لو قال: بع هذا فلان فقال المالك بع فقال الفضولي قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس، أما إذا قال الفضولي: اشتريت هذا لأجل فلان فقال بع أو قال المالك ابتداء بعث منك هذا العبد لأجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولي غير متوقف على إجازة فلان لأنه وجد نفاذاً على المشتري فلا يتوقف لأنه أضيف إليه ظاهراً فلا حاجة إلى إيقافه إلى رضا الغير. وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل شفاعته أو رضاه، بخلاف البيع لم يجد نفاذاً قوله: (وله الإجازة) أي للمالك (إذا كان المعقود عليه باقياً) وهو المبيع (و) كذا (المتعاقدان) وهما الفضولي والذي خاطبه فلا بد من بقاء أربعة: الثلاثة المذكورة، والمالك حتى لو مات لا تصح إجازة الوارث كما سنذكر، هذا فيما إذا كان الثمن ديناً: أي مما لا يتعين وهذا (لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد) الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه (بقيام العاقدين والمعقود عليه) وإنما لم يذكر المالك لأنه ذكر أن الإجازة منه وهو فرع وجوده. وفي الإيضاح. عقد الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الإجازة فأخذت الإجازة حكم الإنشاء، ولا بد في الإنشاء من قيام الأربعة، وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لأن الملك لم ينتقل فيه وإنما ينتقل بعد الإجازة، ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن، وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبايع لأنه يلزمه حقوق العقد بالإجازة ولا تلزم إلا حياً والمالك لأن الإجازة تكون منه لا من وارثه (وإذا أجاز المالك صار المبيع ملكاً للمشتري (والثمن مملوكاً له أمانة في يده) أي في يد الفضولي، فلو هلك لا يضمته (كالوكيل فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث أنه صار تصرفه نافذاً وإن لم يكن من كل وجه فإن المشتري من المشتري إذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل، بخلاف الوكيل، وهذا بسبب أن الملك البات إذا طرأ على الوقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف، ولهذا لو تزوجت أمة وطمها مولاهما بغير إذنه فات قبل الإجازة توقف النكاح إلى إجازة الوارث لأنه لم يطرأ ملك بات للوارث في البضع ليبطل، وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد، بخلاف نحو ابن العم (وللفضولي) أي في البيع (أن يفسخ قبل إجازة المالك) حتى لو أجازته لا ينفذ لزوال

فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن، وأما الفضولي فلأن فيه صون كلامه عن الإلغاء، وأما المشتري فظاهر فثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه المنافع. فإن قيل: القدرة بالملك أو بالإذن ولم يوجد. أجاب عن ذلك منكرًا بقوله كيف وأن الإذن ثابت دلالة، لأن العاقل يأذن في التصرف النافع. فإن قيل: سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعاً لقوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» وكذلك العجز عن التسليم؛ ألا ترى أن بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيها؟ فالجواب أن قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الإجازة ثابتة. والدليل على ذلك ما روى الكرخي في أول كتاب الوكالة قال: حدثنا إبراهيم قال: حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال: حدثنا سفيان عن شبيب بن

وفيه نفع المشتري فثبت للقدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه، كيف وإن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف النافع، قال: (وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما) لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه، وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكاً له أمانة في يده بمنزلة الوكيل، لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دعماً للحقوق عن نفسه، بخلاف

العقد الموقوف، وإنما كان له ذلك (ليدفع الحقوق عن نفسه) فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بخلاف الفضولي في النكاح) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل (لأنه معبر محض) أي كناقل عبارة، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق، وقد ثبت للمالك والولي حق أن يجيز، وكذا بالفعل كأن زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجة أختها توقف العقد الثاني أيضاً، بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولاً أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فإن العقد الأول يبطل لطرؤ البات على الوقوف (هذا) الذي ذكرناه فيما (إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عيناً) بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين ببيع مقايضة اشترط قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض، وإذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشترياً بالعرض من وجه، والشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذاً فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض، والذي تفيدته الإجازة أنه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضاً عليك، فإن كان مثلياً فعليه مثله، وإن كان قيمياً كثوب أو جارية فقيمتها، فيصير

غارقة. قال: أخبرنا الحسن عن عروة البارقي: «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري أضحية، فاشتري شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار، فدعا النبي ﷺ في بيعة بالبركة فكان لو اشترى تراباً ربح فيه» لا يقال: عروة البارقي كان وكيلاً مطلقاً بالبيع والشراء لأنه دعوى بلا دليل إذ لا يمكن إثباته بغير نقل، والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يشتري له أضحية، ولو كان لتقل على سبيل المدح له. فإن قيل: هل يجوز شراء الفضولي كبيعه أو لا؟ أجيب بأن فيه تفصيلاً، وهو أن الفضولي إن قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعث فقال الفضولي اشترت لأجله أو قال المالك ابتداء بعث هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف. وإن قال اشترت منك هذا العين لأجل فلان فقال المالك بعث أو قال المالك بعث منك هذا العين لأجل فلان فقال اشترت لا يتوقف على إجازة فلان لأنه وجد نفاذاً على المشتري حيث أضيف إليه ظاهراً فلا حاجة إلى الإيقاف على رضا الغير. وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل رضاه وشفاعته وغير ذلك، بخلاف البيع فإنه لم يجد نفاذاً على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتيج إلى الإيقاف على رضا الغير، وإلى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الإجازة قوله: (وله) أي للمالك (الإجازة). اعلم أن الفضولي إما أن يبيع العين بضمن دين كالدرهم والدينانير والفلوس والكيلبي والوزني الموصوف بغير عينه، وإما أن يبيع بضمن عين، فإن كان الأول فللمالك الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما، فإن أجاز حال قيام الأربعة جاز البيع لما ذكر أن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك أمانة في يد الفضولي، وإن كان الثاني فيحتاج إلى قيام خمسة أشياء: ما ذكرنا من الأمور الأربعة، وقيام ذلك العرض أيضاً، والإجازة اللاحقة إجازة نقد بأن ينقد البائع ما باع ثمناً لما ملكه بالعقد لا إجازة عقد، لأن العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له، وعليه مثل المبيع إن كان مثلياً، وقيمتها إن كان قيمياً، لأن الثمن إذا كان عرضاً صار البائع من وجه مشترياً، والشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد لا يتوقف على الإجازة؛ وكما أن للمالك الفسخ فكذا

قوله: (فالجواب أن قوله لا تبع نهى عن البيع الخ) أقول: وإنما لم يجب لأن النهي يقتضي المشروعية كما سبق لأنه تجر إلى فساد البيع فليتأمل قوله: (والقدرة على التسليم الخ) أقول: فيه بحث، فإنه ذكر في مسألة بيع الأبق إذا عاد من الإباق حيث لا يتم العقد في ظاهر الرواية، ويحتاج إلى عقد جديد أنه وقع باطلاً فإن جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فاندعم المحل، فما قرره هنا مخالف لذلك إلا ليكون هذا منبئاً على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر.

الفضولي في النكاح لأنه معبر محض، هذا إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عرضاً معيناً إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقياً أيضاً. ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي، وعليه مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً، لأنه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الإجازة ولو هلك المالك

مستقرضاً للجارية أو الثوب، والقرض وإن لم يجز في القيميات لكن ذلك إذا كان قصداً، وهنا إنما يثبت ضمناً مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضي وهو الشراء لا غير، كالكفيل بالمسلم فيه إذا أده من مال نفسه يصير مقرضاً حتى يرجع بقيمته إن كان ثوباً لأن الثوب مثلي في باب السلم، فكذا فيما جعل تبعاً له، فكذا هنا إذ لا صحة لشراء العبد إلا بقرض الجارية، والشراء مشروع فما في ضمنه يكون مشروعاً، هذا وإنما ينفذ الشراء على المشتري إذا لم يصفه إلى آخر ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر، فأما إن كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل. فإنه ذكر في شرح الطحاوي: ولو اشترى رجل لرجل شيئاً بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشتراه له أو لم يجز، أما إذا أضافه إلى آخر بأن قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعث وقبل المشتري هذا البيع لفلان فإنه يتوقف.

وقوله: (ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث) قدما الكلام فيه، وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحساناً لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة، وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم. ولو هلك المبيع قبل الإجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد، وإن هلك بعده فللمالك أن يضمّن أيهما شاء البائع أو المشتري، وأيها اختار برى الآخر من الضمان لتضمن التضمين تملكاً، فإذا ملكه من أحدهما لا يتصور تملكه من الآخر، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لأن أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن، وإن اختار تضمين البائع نظر إن كان قبض البائع مضموناً عليه ينفذ بيعه لأن سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وإن كان قبض أمانة، وإنما صار مضموناً عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه بالضمان لأن سبب ملكه تأخر عن عقده. وذكر محمد في ظاهر الرواية أنه يجوز البيع بتضمين البائع، وهو محمول على أنه سلمه أولاً حتى صار مضموناً عليه ثم باعه فصار كالمغصوب، هذا إذا باعه بثمن دين، فإن كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل البيع فلا تلحقه إجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمّن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته إن كان قيمياً لأنه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف أولاً، وهو قول محمد) رحمه الله (لأن الأصل بقاؤه) ثم رجح أبو يوسف وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك

لكل من الفضولي والمشتري لأن حقوق العقد ترجع إلى الفضولي فله أن يتحرز عن التزام العهدة، بخلاف الفضولي في النكاح فإن فسخه قبل الإجازة باطل لأن الحقوق لا ترجع إليه وهو فيه معبر، فإذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبية. ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الإجازة انسخ. ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين: أي فيما إذا كان الثمن ديناً أو عرضاً، لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز لإجازة غيره. واستشكل بما إذا تزوجت أمة لرجل قد وطئها مولاهما بغير إذنه فمات المولى قبل الإجازة وورثها ابنه فإن النكاح توقف على إجازة الابن، فإن أجاز صح وإلا فلا، فهذه فضولية وتوقف عملها على إجازة الوارث. أجيب بأن عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لأنه يبطله، وما هنا لم يطرأ للوارث حل بات لكونها موطوءة الأب فيتوقف دعماً للضرر عن الوارث إذ هو قائم مقام المورث، حتى لو لم تكن موطوءة الأب بطل نكاحها (ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع في قول أبي يوسف أو لا وهو قول محمد، لأن الأصل بقاؤه، ثم رجح أبو يوسف وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن

لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره. ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله أولاً، وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك.

قال: (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحساناً. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك، قال عليه الصلاة والسلام «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» والموقوف لا يفيد الملك، ولو ثبت في الآخرة يثبت مستنداً وهو ثابت من وجه دون وجه،

وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك قوله: (ومن غصب عبداً فباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز المولى العبد البيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافاً، لكنهم أثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاوراة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز، وإنما رويت أن العتق باطل؛ وقال محمد: بل رويت لي أن العتق جائز. وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحاً. وأقل ما هنا أن يكون في المسألة روايتان عن أبي حنيفة. قال الحاكم الشهيد: قال أبو سليمان: هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه، وسيجيء إن شاء الله تعالى. قالوا: وقول محمد قياس. وقول أبي حنيفة استحسان. وجه قول محمد أنه لا عتق بلا ملك بقوله ﷺ: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»<sup>(١)</sup> والموقوف لا يفيد الملك) وقت العتق (ولو ثبت في الآخرة) أي عند الإجازة (ثبت مستنداً وهو ثابت) وقت العتق (من وجه دون وجه، والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه<sup>(٢)</sup> (ولهذا) أي لأجل أن الشرط الملك الكامل (لا يصح أن يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري) بشرط (الخيار للبائع ثم يجيز البائع) البيع (وكذا لا يصح بيع

الشك وقع في شرط الإجازة. وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك. فإن قيل: الشك هو ما استوى طرفاه وهاهنا طرف البقاء راجع إذ أصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وهاهنا لم يتيقن. أجيب بالاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة، ونحن هاهنا نحتاج إلى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة. قال: (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري). قيل جرت هذه المحاوراة في هذه المسألة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب. قال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز، وإنما رويت أن العتق باطل. وقال محمد: بل رويت أن العتق جائز. وصورتها ما ذكره في الكتاب (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى لبيع والعتق جاز استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» لا ملك هاهنا، لأن (الموقوف لا يفيد الملك) في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند، وهو ثابت من وجه وذلك غير مصحح للإعتاق (إذ المصحح له هو الملك الكامل) المدلول عليه بإطلاق ما روينا، ولا يشكل بالمكاتب فإن إعتاقه جائز، وليس الملك فيه كاملاً لأن محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه، واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو قوله: (ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) وهو راجع إلى قوله لأنه لا عتق بدون الملك. وقوله: (ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع) وهو راجع إلى قوله والموقوف لا يفيد الملك.

قوله: (لأن محل العتق هو الرقبة الخ) أقول: تحليل لقوله ولا يشكل الخ قوله: (ولهذا لا يصح أن يعتق الخ) أقول: وعندي معنى قوله ولهذا أي ولكون المصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند.

(١) رواه أبو داود والترمذي وغيرهما وتقدم في كتاب العتق مع ذكر طرقه والكلام عليه باستيفاء والله أعلم.  
(٢) هو المتقدم.

والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا، ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان، ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك، وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذاً حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان، وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان. ولهما أن الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك، ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه فصار كإعتاق المشتري من الراهن وكإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح،

المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أن البيع أسرع نفاذاً) من العتق (حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان) بعد أن باع (وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى إذا أجزى لا يقع على المرأة، وكل من الطلاق والعتق في الحاجة إلى الملك على السواء، وكذا إذا جعل فضولي أمر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض، فإن طلقت نفسها الآن طلقت حيثنذ وإلا لا (ولهما أن الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر) أول الباب (فيثبت الإعتاق موقوفاً مرتباً عليه ثم ينفذ بنفاذه) ومطلق بفتح اللام، واحترزه به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لأن ذلك ليس بتصرف مطلق إذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتاً ولا موقوفاً، وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أصح، وبموضوع لإفادة الملك عن الغصب؛ فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان، على أن الغصب ليس سبباً موضوعاً لإفادة الملك إنما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية أن يعتبر سبباً لا أنه وضع سبباً فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى إلى الزوائد المنفصلة؛ بخلاف البيع إذا أجزى يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة. وأما بيع المشتري من الغاصب فإنما لا يصح منه لبطان عقده بالإجازة، فإن بها يثبت الملك للمشتري باتاً، والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله. وكذا لو وهبه مولاة للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورته فهذا كله يبطل الملك الموقوف لأنه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات، وإلا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (ووصار كإعتاق المشتري من الراهن) فإنه يتوقف بالاتفاق على إجازة المرتهن أو فك الرهن، والجامع أنه إعتاق في بيع موقوف (وكإعتاق الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ إذا قضى الدين. وأما عتق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان) فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي ابن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف. ذكر فيمن غصب أرضاً فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى، وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالأصل فيه أن

وقوله: (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني أن المشتري من الغاصب إذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني، فكذا إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق؛ ألا ترى أن الغاصب إذا باع ثم ضمن نفذ بيعه؛ ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه، وإذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذاً فلأن لا ينفذ غيره أولى قوله: (وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان ولهما أن الملك) فيه (ثبت موقوفاً) والإعتاق يجوز أن يثبت موقوفاً على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه، أما أنه ثبت فلو وجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لإفادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر، وأما أنه موقوف فلما تقدم، وأما أن الإعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فبالقياس على إعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه إعتاقاً في بيع موقوف وبالقياس على إعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون فإنه يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه إعتاقاً موقوفاً في ملك موقوف، وهذا أبعد من الأول ذكره المصنف رحمه

قال المصنف: (ولهما أن الملك موقوفاً الخ) أقول: لعلهما يقولان في الجواب عن تعلقه بالحديث أن المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكاً تاماً وإن عمم العتق للنافذ وغيره يعمم الملك أيضاً بلا فرق فليتأمل قوله: (وهذا أبعد من الأول الخ) أقول: لأن في الأول البائع مالك لرقة المبيع والوقف لحق المرتهن.

وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك، بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك، وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق، وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً، وبخلاف بيع المشتري من الغاصب إذا باع لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات، فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله، وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الأصح.

كل تصرف جعل شرعاً سبباً لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقاً وإلا احتجنا إلى أن نجعله سبباً في الحال متأخراً حكمه إن أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سبباً في الحال، فإذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد. وأما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستنداً فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة. وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر في حال التوقف سبباً لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له إذا ثبت، وهذا لأنه لا يثبت لأجل صحة الطلاق مقصوداً لأن شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك إلا بناء على ثبوت المقصود أو لا وهو منتف هنا، فلو ثبت لكان ليس إلا لصحة وقوع الطلاق، بخلاف ملك اليمين فإنه يجوز أن ينعقد مقصوداً لصحة العتاق، والمراد من قوله ﷺ «لا عتق» الحديث النافذ في الحال، وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فإننا لم نوقعه قبل الملك. فحاصل الخلاف كما قال الإمام القاضي يرجع إلى أن بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الإعتاق لا في ملك فيبطل، كما لو باعه المشتري من الغاصب، وعندهما يوجهه موقوفاً لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه،

الله للاستظهار به، واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار، وبقوله موضوع لإفادة الملك عن الغصب فإنه ليس بموضوع لإفادة الملك، وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة، فإن إعتاق الغاصب إنما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك. قال في النهاية: وبهذا التعليق لا يتم ما ادعاه فإنه يرد عليه أن يقال: لما كان غير موضوع لإفادة الملك. وجب أن لا ينفذ يبيعه أيضاً عند إجازة الملك كما لا ينفذ عتقه عند إجازة المالك لما أن كلا من جواز البيع وجواز العتق محتاج إلى الملك والملك هنا بالإجازة، ولكن وجه تمام التعليق فيما ذكره في المبسوط وقال: وهذا بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة، لأن المستبد به حكم الملك لا حقيقة الملك، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وهاهنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة، ولو قدر في كلام المصنف مضاف: أي غير موضوع لإفادة حقيقة الملك لتساوي الكلامان على أنه ليس بوارد لأن البيع لا يحتاج إلى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد قوله: (بخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسألة الثانية فإن البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام، فإن قوله على أنني بالخيار مقرون بالعقد نصاً، وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سبباً قبل وجود الشرط فيعتقد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله قوله: (وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة. ووجهه ما قال لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد. وفيه بحث من وجهين: الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاً وإن طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على

قوله: (ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة) أقول: إلى هنا كلام صاحب النهاية قوله: (بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد) أقول: يعني الغصب يفيد حكم الملك قوله: (الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان الخ) أقول: إنما قال: ثم أدى الضمان لأنه لو ملك الغاصب المغضوب من جهة المالك يبيع أو هبة أو إرث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لأن الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله، كذا في فتاوى التمرثاشي في باب بيع عبد غيره.

قال: (فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز المولى البيع فالأرش للمشتري) لأن الملك قد تم له من وقت الشراء، فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد، والعدر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق

وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد إن المصحح للإعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع. ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج إلى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك قوله: (فإن قطعت يد العبد) أي عند المشتري من غاصبه. وحاصل وجوه هذه المسألة المذكورة أن من غصب عبداً فباعه، فيما أن يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب، وإما أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للأرش فأخذ أرشها ثم أجاز المالك بيع الغاصب، وإما أن لا يكون أحد هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع، وإما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز، فهي أربعة فروع تنفرع على إجازة بيع الغاصب: أولها ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغ منها. والثاني ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد أن جنى على العبد جنانية فأخذ أرشها فإن الأرش يستحقه المشتري من الغاصب لأن قطع يده لا يمنع صحة الإجازة إذا لم يفت المعقود عليه بقطعها. بخلاف موته فإذا لحقته الإجازة ظهر أنه قطع في ملكه فيستحق أرش يده لما ذكرنا من أن البيع موضوع سبباً للملك، بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فإنه لا يكون له الزوائد لأن الغصب لم يوضع سبباً للملك وإنما يثبت الملك مستنداً لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم (يتصدق) هذا المشتري (بما زاد) من أرش اليد (على نصف الثمن لأنه) أي ما زاد على نصف الثمن (لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا أن اليد من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن، فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن وهذا لأن أرش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديتة، وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن

ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف. والثاني أن طروه الملك البات على الموقوف لو كان مبطلاً له لكان مانعاً عن الموقوف لأن الدفع أسهل من الرفع، لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فإن ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك. وأجيب عن الأول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى إلى إبطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي، والمنع إنما يكون بعد الوجود، أما المالك إذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا أن الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد، وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود رفع لا منع، وفي الحقيقة هو مغالطة فإن كلامنا في أن طروه الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئاً حتى يتوجه السؤال. وقوله: (أما إذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة. وتقديره: أما إذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم أن إعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ، كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال: ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى. قال المصنف: وهو الأصح، ولئن سلم فنقول: هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند لمن يملكه من جهته فلماذا لا ينفذ عتقه، وهاهنا إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكاً له حقيقة فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد. قال: (فإن قطعت يد العبد الخ) إذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري أرشها ثم أجاز المالك البيع فالأرش للمشتري لأن الملك بالإجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لأن سبب الملك هو العقد وكان تاماً في نفسه، ولكن

قوله: (والمنع إنما يكون بعد الوجود) أقول: فسر العلامة الكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله: أي بعد وجود التعارض، ومنه ينتبه لدفع الشارح فتنبه قوله: (وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود رفع الخ) أقول: وفيه بحث، فإن توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن أن يخفى على أحد لاسيما إذا نظر إلى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد قوله: (فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول: الوقف تحرير الأرض، كما أن العتق تحرير العبد، ولعل الأولوية من حيث أن لزوم الوقف يحتاج إلى أمور غير لفظ وقتت بخلاف الإعتاق.

قوله: (وقيل بخلاف الإعتاق) أقول: القائل هو الإفتائي قوله: (وهذا أقرب) أقول: أي معنى وإن كان أبعد لفظاً.

الأرض كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرض ثم رد في الرق يكون الأرض للمولى، فكذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجزى البيع فالأرض للمشتري، بخلاف الإعتاق على ما مر. (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك. قال: فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به، بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر.

فلا يطيب له الفضل لأنه إنما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهاً آخر وهو أن (فيه شبهة عدم الملك) لأن الملك في الأرض يثبت يوم القطع مستنداً إلى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك، وأورد عليه لو وجب التصديق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل، لأن في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد. ولو قيل شبهة عدم الملك إنما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن إلا بانفراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقاً فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك إذ لا تفيد شيئاً.

وزع في الكافي الوجهين فقال: إن لم يكن العبد مقبوضاً وأخذ الأرض يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن، لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه، ولو كان أخذ الأرض بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود: أي الملك حقيقة وقت القطع، وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه. ولو كان المشتري من الغاصب أعتق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الأرض للعبد. قال المصنف: وهذه أي هذه المسألة. وفي بعض النسخ هو (حجة على محمد) يعني كون الأرض للمشتري حجة على محمد في عدم تجريزه إعتاق المشتري من الغاصب إذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه إعتاق في ملك موقوف، وهذا استحقاق أرض مملوك بملك موقوف (والعذر له) أي جوابه بالفرق (بأن الملك من وجه) يكفي لاستحقاق الأرض كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ أرضها ثم عجز (رد في الرف فإن) (الأرض للمولى) مع أن ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه (وكذا إذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البائع البيع) يكون (الأرض للمشتري بخلاف الإعتاق على ما مر) حيث لا يكفي فيه إلا الملك من كل وجه، والثالث من الفروع ما ذكره بقوله (فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول) أي بيع الغاصب (لم يجز البيع) أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعني قوله لأن الإجازة تثبت للبائع ملكاً باتاً إلى آخره (ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول) أي بيع الغاصب (بخلاف الإعتاق عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فإنه) أي الإعتاق

امتنع ثبوت الملك له المانع وهو حق المغضوب منه، فإذا ارتفع بالإجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء فتبين أن القطع حصل على ملكه فيكون الأرض له، وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فإن لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها، لأن ملكه بقي متقرباً فيها، والكسب والأرض والولد لا يملك إلا بملك الأصل. واعترض بما إذا غصب عبداً فقطعت يده وضمنه الغاصب فإنه لا يملك الأرض وإن ملك المضمون، وبالفصولي إذا قال لامرأة أمرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التطبيق وإن ثبتت المالكية لها من حين التفويض حكماً للإجازة. وأجيب عن الأول بأن الملك في المغضوب ثبت ضرورة على ما عرف

قوله: (إذا المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشترياً آخر) أقول: فيه تأمل قوله: (لغرر الانفساخ فلم ينعقد) أقول: منظور فيه، فإن الشراح صرحوا في كتاب الإكراه أن المغضوب منه إذا أجاز ببيعاً من البيوع لو تناسخت المغضوب العقود نفذ ما أجازته خاصة، ولو لم ينعقد لما نفذ قال المصنف: (فإن لم يبيع المشتري فمات في يده) أقول: قال الإفتقاني: لم يذكر محمد هذه المسألة في الجامع الصغير ولكن ذكرها في شروحه، وصاحب الهداية أيضاً ذكرها تفريعاً انتهى. فلا يكون قوله قال محمد في محله لما ذكره الإفتقاني نفسه في أول باب الوطء الذي يوجب الحد أن كل موضع يذكر فيه لفظة قال يريد به محمداً أو القدوري.

قال: (فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا أن الإجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل، إذ لا يمكن إيجاب البديل للمشتري بالقتل حتى يعد باقياً بقاء البديل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبديل فتحقق الفوات، بخلاف البيع الصحيح لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البديل له فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه.

قال: (ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البيعة على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بيئته) للتناقض في الدعوى، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته، والبيعة مبنية على صحة الدعوى (وإن أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك) لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار،

(لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشتري لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز، ولو باعه لا يجوز. وقد روي عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الإعتاق. واستشكل هذا التعليل بأنه شامل لبيع الفضولي مطلقاً غاصباً أو غير غاصب، إذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الإجازة، ومع ذلك ينعد موقوفاً وتلقه الإجازة. أوجب بأن هناك معارضاً لغرر الانفساخ مرجحاً عليه، وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر، وليس مثله ثابتاً في البيع الثاني لأنه لم يملكه المشتري الأول حتى يطلب مشترياً آخر فتجرد البيع الثاني عرضة للانفساخ فلم ينعد أصلاً، وإنما وجب تقديم ذلك المعارض لأنه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلاً، لأن كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصاً في المنقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانعاً غرر الانفساخ الذي لم يشبهه نفع. وفرق العتابي بغير هذا بين إعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالإجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالإجازة بأن العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكماً، والمقرر للشيء من حقوقه فجاز أن يتوقف بتوقفه والبيع إزالة له بلا إنهاء فكان ضداً محضاً لحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه. والدليل على الفرق بينهما أن المشتري إذا أعتق ثم أطلع على عيب يرجع بالنقصان، ولو باع ثم أطلع على عيب لا يرجع. والرابع ما ذكره بقوله (فإن لم يبعه المشتري و) لكن (مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات) وهذا (في الموت) ظاهر (و) أما (في القتل) فلم لم يعتبر إيجاب البديل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقياً بقاء بده فتصح الإجازة كما في البيع الصحيح إذا قتل فيه العبد قبل القبض فإن البيع لا يفسخ كما يفسخ بالموت، بل يجعل قيام بده كقيامه فيتخير المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببديل العبد على قاتله، وبين أن يفسخه فيصير إلى البائع فدار الفرق بأنه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكاً يقابل بالبديل لأنه ملك موقوف، والملك الموقوف لا يقابل بالبديل بخلافه في البيع الصحيح قوله: (ومن باع عبد غيره بغير أمره) قوله بغير أمره وإن وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسألة، بل صورتها: باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بيعة على إقرار البائع أن لم يأمره مالكة ببيعه. أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فإن هذه البيعة لا تقبل للتناقض على الدعوى، إذ الإقدام على الشراء دليل دعواه صحته، وأنه

وهي تندفع بثبوتها من وقت الأداء فلا يملك الأرض لعدم حصوله في ملكه. وعن الثاني بأن الأصل أن كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقاً بالشرط لا سبباً من وقت جوده لثلا يتخلف الحكم عن السبب إلا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فإنه يعتبر سبباً من وقت وجوده متأخراً حكمه إلى وقت الإجازة. فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة فعندها يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة، وهذه أي كون الأرض للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الإعتاق في الملك الموقوف لما أنه لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الأرض عند الإجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعدر: أي الجواب له عن هذه الحجة أن الملك من وجه كاف لاستحقاق الأرض كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرض ثم رد رقيقاً فإن الأرض للمولى، وكما إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فإن الأرض للمشتري لثبوت

وللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما، فلهذا شرط طلب المشتري. قال رحمه الله: وذكر في الزيادات أن المشتري إذا صدق مدعيه ثم أقام البيعة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل. وفرقوا أن العبد في هذه المسألة في يد المشتري. وفي تلك المسألة في يد غيره وهو المستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالماً للمشتري.

يملك بيعه ودعواه إقراره بعدم الأمر يناقضه، إذ هو دليل أنه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البيعة بيني على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل؛ ولو لم تكن بيعة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمرك أو ادعى المشتري عدم الأمر فالقول لمن يدعي الأمر لأن الآخر مناقض، إذ إقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الأمر، بخلاف الآخر، ولذا ليس له أن يستحلفه لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة، ذكره في شرح الزيادات، بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان، والرد أن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الأقرار ولذا صح إقراره بالشيء بعد إنكاره إياه، إلا أن الإقرار حجة قاصرة: يعني إنما ينفذ في حق المقر خاصة، فإذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضاً باتفاقهما لا بمجرد إقرار البائع، والمراد بفسخ القاضي أنه يمضي إقرارهما لا أن الفسخ يتوقف على القضاء أو فروعها أن صاحب العبد إذا حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر، وإن كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن إقدامهما إقرار منهما بالأمر فلا يعمل رجوعهما في حقه، ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له، ويبطل عن المشتري الثمن للأمر في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري للأمر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد، ويملك الإقالة بغير رضا الأمر، وعلى قول أبي يوسف لا يملك قوله: (وذكر في الزيادات) إلى آخره. صورة مسألة الزيادات: اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصماً لأنه يدعيها لنفسه، فإن أقر بها للمدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه، لأن إقراره بها له لا يكون حجة على البائع، وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل ف قضى عليه بالنكول لأن نكوله ليس حجة على غيره لأنه كإقراره. فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب يحدث مثله بإقراره لا يلزم الموكل، وإن رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبيعة، لأن المشتري مختار في النكول لأنه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك، ولو كان مضطراً فالاضطرار إنما لحقه بعمل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير، أما الوكيل فمضطر في النكول إذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فإن غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك. ولو قال المشتري أنا أقيم البيعة أنها للمستحق لا رجوع على البائع لا يلتفت إليه لأنه مناقض في دعواه، لأن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع وبصحة البيع، وبهذه البيعة ناقض فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون. رجل اشترى عبداً وقبضه ونقد الثمن ثم أقام البيعة أن البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع

الملك من وجه، بخلاف الإعناق: يعني لا ينفذ إعناق المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع على ما مر، وهو قوله وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع لأنه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده، كذا في النهاية. وقيل بخلاف الإعناق متعلق بقوله إن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرض: يعني أن إعناق المشتري من الغاصب بعد الإجازة لا ينفذ عند محمد لأن المصحح للإعناق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه، وقوله: (على ما مر) إشارة إلى قوله والمصحح للإعناق هو الملك الكامل وهذا أقرب، ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه لأن أرض اليد الواحدة في الحر نصف الدية. وفي العبد نصف القيمة، والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن، فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستنداً إلى وقت البيع، وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به. وفي الكافي: إن لم يكن المبيع مقبوضاً وأخذ الأرض يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن، لأن العبد قبل القبض لم يدخل المبيع مقبوضاً وأخذ الأرض يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن، لأن

أنه مناقض ساع في نقض ما تم به. والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد: إذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بيته أنه كان دبرها أو استولدها قبلت بيته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع أنه مناقض ساع في نقض ما تم به. وفرق؛ أما في مسألة الواهب فالفرق أن تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالالتدبير والاستيلاء، والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى. وعندني أن هذا غير صحيح لأن التناقض إنما قبل في دعوى الحرية لأنهما مما قد يخفى على المتناقض المدعي بها بعد إقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلاً، والاستيلاء لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاءه ووطئه فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم بيته. وأما في مسألة المأذون فبأنه لو أقام البيته على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على إقرار البائع أنه ملك الغائب لأن البيع إقرار من البائع بانتقال الملك إلى المشتري. ثم مسألة الاستحقاق لو أقامها على إقرار البائع أنها للمستحق قبلت لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع بإقراره، وهو خص في ذلك ويثبت ما ليس بثابت وهو إقرار البائع، ولو كان مناقضاً فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا تصديق الخصم. ويجوز أن تقبل البيته على إقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق، كما قال علماؤنا فيمن في يده عبد فادعاه رجل فأقام صاحب اليد البيته أنه لفلان الغائب لا تقبل بيته ما لم يدع الوصول إليه من جهة الغائب. ولو أقامها على إقرار المدعي تقبل وإن لم يدع الوصول إليه من جهته. وفرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسألة الجامع المذكورة في الهداية، وهو أنه لا تقبل بيته للمشتري على إقرار البائع أنه لم يأمره، كما لا تقبل على دعواه أنه لم يأمره بأنه وضع المسألة في الجامع فيما إذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر، وسلامة البيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعياً حق الرجوع. وفي الزيادات: وضع فيما إذا أخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعياً لنفسه حق الرجوع، قال: ولا يقال في مسألة المأذون المبيع في يد المشتري، ومع هذا قبلت بيته. لأننا نقول ذلك محمول على ما إذا أخذ العبد من يده، وهذا هو فرق المصنف، وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزيادات أيضاً في أن الجارية في يد المشتري كما أسمعتك، فالأولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسألة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البيته على إقرار البائع قبل البيع، أما إذا أقامها على إقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره بالمبيع فتقبل لأن إقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه إقرار البائع بعدم الأمر قبل البيع، ولا يناقض دعواه إقراره بعدم الأمر

العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه، ولو كان أخذ الأرض بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع، وإنما يثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه، وهذا كما ترى توزيع الوجهين في الكتاب على الاعتبارين. قال: (فإن باهه المشتري من آخر النسخ) يعني إن باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا أن بالإجازة يثبت للبائع ملك بائ، والملك البائ، إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والمبيع يفسد به. قيل هذا التعليل شامل لباع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً لأنه يحتمل أن يجزى المالك ببيعهما وأن لا يجزى، ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفاً. وأجيب أن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم؛ فبالنظر إلى الغرر يفسد، وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز قلنا بالجواز الموقوف عملاً بهما. لا يقال: الغرر محرم فترجح لأن الصحة في العقود أصل فعارضته على أن اعتبار الغرر مطلقاً يستلزم اعتبار التروك إجمالاً، وهو أن لا يصح بيع أصلاً لا سيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض، وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم. عما يعارضه إذ المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشترياً آخر فتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم يتعقد بخلاف الاعتقاد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأنه لا يؤثر فيه الغرر؛ ألا ترى أن البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الإنفساخ، والإعتاق قبل القبض يصح. قال: (فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل) أي فإن لم يبعه المشتري من الغاصب فمات

قال: (ومن باع دار الرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول

بعد البيع. قال: ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضاً فتقع الغنية عن التفرقة بين المسألتين انتهى. وقيل مسألة الجامع محمولة على إقرار البائع أو ربّ العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقص والزيادات على الإقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت. ومما يناسب المسألة: باع عبد غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البيعة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع قال محمد: تقبل بيته ويبطل البيع الأول. ومن فروع مسألة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع أن الأمة للمستحق أو ليست له؟ أجابه القاضي إلى ذلك لأنه يدعي أنه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن بإقراره، فيسأله القاضي فإن أقرّ بذلك ألزمه الثمن، وإن أنكر وطلب المشتري تحليفه أجابه القاضي إلى ذلك. فمنهم من قال إنما يحلفه لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوى، فإنه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لأن شراءه إقرار منه بصحته ودعواه أنه ملك المستحق إنكار ذلك ولهذا لا تقبل بيته، وكما لا تقبل البيعة إلا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف إلا بعد دعوى صحيحة. دل عليه ما في المأذون: اشترى عبد شيئاً ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فأراد العبد أن يقيم البيعة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه، وإن أقرّ به البائع يلزمه. وذكر في الجامع أن المشتري لو أراد استحلاف البائع أنك ما بعته من فلان قبل أن تبعه مني لم يكن له ذلك، وإن أقر به البائع يلزمه. والجواب أن في

في يده أو قتل (ثم أجاز المالك البيع) أي بيع الغاصب (لم يجز) بالاتفاق (لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات) بالموت والقتل لامتناع إيجاب البديل للمشتري بالقتل، فلا يعد باقياً بقاء البديل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبديل لأن ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح أن يكون مقابلاً بالبديل (بخلاف البيع الصحيح) فإنه إذا قتل المبيع قبل القبض لا يفسخ (لأن ملك المشتري ثابت باتّ فأمكن إيجاب البديل فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه) وهو القيمة والمشتري بالخيار، فإن اختار البديل كان البديل للمشتري. قال: (ومن باع عبد غيره بغير أمره) رجل باع عبد غيره بغير أمره فقال المشتري أرد البيع لأنك بعني بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك (فأقام المشتري البيعة) أن رب العبد أو البائع أقرّ أنه لم يامر البائع ببيعه (لا تقبل بيته) لأنها تبتنى على صحة الدعوى فإن صحت الدعوى صحت البيعة وإلا فلا وهامنا بطلت الدعوى (للتناقض) لأن إقدام المشتري دليل على صحة الشراء وأن البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك أنه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وأن البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البيعة (وإن أقرّ البائع بذلك) أي بأنه باعه بغير أمره (بطل البيع) إن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار ألا ترى أن من أنكر شيئاً ثم أقرّ به صح إقراره، إلا أن الإقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير، فإذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز أن ينقض. وذكر المصنف رحمه الله مسألة الزيادات نقضاً على مسألة الجامع الصغير. وتصويرها ما قيل: رجل ادعى على المشتري بأن ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم أقام البيعة على البائع أنه أقر بأن المبيع لهذا المستحق تقبل البيعة وإن تناقض في دعواه. قال: (وفرقوا) أي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات (بأن العبد في هذه المسألة) أي في مسألة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون المبيع سالماً له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لأن شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك) أي مسألة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالماً للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه. قيل في هذا الفرق نظر لأن وضع المسألة في الزيادات أيضاً في أن العبد في يد المشتري. ولئن سلمنا أنه في يد المستحق فلا يلزم قبول البيعة لبقاء التناقض المبطل للدعوى. والأولى أن يقال: إن المشتري أقام البيعة على إقرار البائع قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلم تقبل التناقض. وفي مسألة الزيادات أقام البيعة على الإقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البيعة. قال صاحب النهاية: ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر، وفيه نظر لأن التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء، ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقرّ بذلك ويشهدون به، ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم، والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قرناه. وما قيل إن التناقض المبطل للدعوى باقٍ يجاب عنه

أبي يوسف رحمه الله آخرأ، وكان يقول أولاً: يضمن البائع، وهو قول محمد رحمه الله، وهي مسألة غضب العقار

مسألتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لأنه لا ينكر العقد أصلاً ولا الثمن، فإن بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الإقرار من حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجه دون وجه، فعلناه مناقضاً في حق البيعة ولم نجعله مناقضاً في حق اليمين ليكون عملاً بهما، والعمل على هذا الوجه أولى لأن البيعة حجة متعددة، فلو لم نجعله مناقضاً في حقها يلزمنا أن لا نجعله مناقضاً في حق اليمين بطريق الأولى، بخلاف مسألة المأذون لأن العبد منكر لحكم العقد أصلاً، لأن شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضاً من كل وجه، وبخلاف مسألة الجامع لأن ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة، وهذا على طريق الموافقة للمصنف في الفرق قال: ولو لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الأصل، فإن أقر المشتري بذلك أو استحل ففصل ففصل إقراره ولا يرجع على البائع لأن نكوله وإقراره حجة عليه دون غيره. منهم من قال قوله فاستحلقت الظاهر فصح إقراره ولا يرجع على البائع لأن نكوله وإقراره حجة عليه دون غيره. منهم من قال قوله فاستحلقت فنكل غلط من الكاتب لأن الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة، وعندهما يجري إلا أن اليمين تكون على الأمة وسلبت فانقادت لذلك فانقيادها كإقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشتري لأن الظاهر شاهد له، فلو أن المشتري أقام البيعة على البائع أنها حرة قبلت بيته ويرجع عليه الثمن. فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين: أحدهما أنه ليس بمناقض في فصل الحرية لأنه فيها يظهر بيته أنه أخذ الثمن بغير حق، وذلك دين عليه لأن الحرية تنفي انعقاد العقد وملك اليمين للبائع، فكانت البيعة مظهرة أن إقدامه على الشراء لم يكن إقراراً بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض. أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع، فلو قبلنا بيعة المشتري أنها للمستحق لا يظهر بيته أنها للمستحق لأن إقدامه على الشراء إقرار بملك اليمين للبائع، ومع بقاء ذلك الإقرار يتحقق التناقض ويصير مكذباً شهوده ساعياً في نقض ما تم به. والوجه الثاني أنه مناقض في الفصلين، إلا أن هذا تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى، كما لو تزوج امرأة ثم أقامت البيعة أنها أخته من الرضاع أو أقامت البيعة أنه طلقها ثلاثاً ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره، وكذا لو أعتق عبده على مال ثم أقام العبد البيعة أنه أعتقه قبل ذلك قبلت. واختلف أصحابنا رحمهم الله فيمن باع أرضاً ثم أقام بيعة أنه باع ما هو وقف. منهم من قال لا يقبل لأنه يحتمل الفسخ فصار كالبيع. ومنهم من قال تقبل لأنه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه. وذكر أبو بكر الرازي رحمه الله إنما تقبل بيعة المشتري أنها حرة لأنها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى، حتى لو كان مكان الأمة عبد على قول أبي حنيفة لا تقبل، وعلى قولهما تقبل لأنها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى، والتناقض يمنع الدعوى. ولو ادعى المستحق أنها أمته أعتقها أو دبرها أو ولدت منه فأقر المشتري بذلك أو أبى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا، فإن أقام المشتري البيعة على البائع بذلك، إن شهد الشهود على أن ذلك كان قبل الشراء قبلت بيته ويرجع عليه بالثمن لأنه يثبت بيته أنها لم تدخل في العقد فكان مدعياً للدين فلا يكون مناقضاً، فإن شهدوا على أن ذلك كان بعد الشراء بينهما لا تقبل بيته لأنها وقت العقد كانت مملوكة محلاً للعقد، والإعتاق المتأخر لا يبطل الشراء السابق قوله: (ومن باع داراً لرجل) أي عرصة غيره بغير أمره. وفي جامع فخر الإسلام: معنى المسألة إذا باعها ثم اعترف بالغصب بعد ما أدخلها المشتري في بنائه فكذب المشتري (لم يضمن البائع عند أبي حنيفة) لمن أقر بالغصب منه

بأن المشتري غير مناقض من كل وجه لأنه لا ينكر العقد أصلاً ولا ملك الثمن للبائع، فإن بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجه دون وجه فجعلناه مناقضاً في مسألة الجامع الصغير لأنه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له إذ هو في يده ولم نجعله

وسنبيته إن شاء الله تعالى، والله تعالى أعلم بالصواب.

(وهو قول أبي يوسف آخرًا، وكان يقول أولاً يضمن، وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار) هل يتحقق أو لا؟ عند أبي حنيفة لا فلا يضمن، وعند محمد نعم فيضمن.

[فروع تتعلق بهذا الفصل] باع الأمة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فأجزيا معاً ثبت الأقوى فتصير مملوكة لا زوجة؛ ولو زوجها من رجل فأجزيا بطلا، ولو باعها من رجل فأجزيا تنصف بينهما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك. ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو زوجته فأجزيا معاً ثبت الأقوى فيجوز البيع ويظل غيره لأن البيع أقوى، وكذا ثبت الهبة إذا وهبه فضولي وأجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لأنها لازمة بخلاف غيرها. والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة، بخلاف الرهن، والبيع أحق من الهبة لأن الهبة تبطل بالشيوع، فقيماً لا يبطل بالشيوع كهبة فضولي عبداً وبيع آخر إياه يستويان لأن الهبة مع القبض تساوي البيع في إفادة الملك، وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف. ولو تباع غاصباً عرضي رجل واحد له فأجاز لم يجز لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه الإجازة. ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز. ولو غصبا التقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لأن النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب. وتقدم أن المختار في بيع المرهون والمستأجر أنه موقوف على إجازة المستأجر والمرتهن، فلو وصل إلى المالك بوفاء الدين أو الإبراء أو فسخ الإجارة أو تمام المدة تم البيع، ولو لم يجزيا فللمشتري خيار الفسخ إذا لم يعلم وقت البيع بهما، وإن علم فكذلك عند محمد، وقيل هو ظاهر الرواية. وعند أبي يوسف ليس له الفسخ إذا علم، وقيل هو ظاهر الرواية، وليس للمستأجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والمؤجر. وفي المرتهن اختلاف المشايخ. وفي مجموع النوازل: بيع المغصوب موقوف إن أقر به الغاصب أو كان للمغصوب منه بينة عادلة، فلو أجاز تم البيع وإلا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع، وقيل لا لأنه أخلف بدلاً، والأول أصح. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام البائع في الدعوى. وعن أبي حنيفة روايتان: رجل غصب عبداً وباعه ودفعه إلى المشتري ثم إن الغاصب صالح المولى من العبد على شيء. قال محمد: إن صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب، وإن صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب. ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده، وكذا شراؤه على إجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاضي، وكذا الذي بلغ سفيهاً والمعتوه، وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على إجازة الغرماء في الصحيح خلافاً لمن قال فاسد، فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء يبعه صحت إجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء، وإن أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الإجازة ويبطل البيع، ومنه بيع المريض عيناً من وارثه يتوقف على إجازة الورثة أو صحة المريض، فإن صح من مرضه نفذ، وإن مات منه ولم تجز الورثة بطل، والله أعلم.

متناقضاً في الفصل الثاني لأنه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملاً بالشبهين بقدر الإمكان فصرنا إليه قال: (ومن باع داراً لرجل) قيل معناه: باع عرصه غيره بغير أمره (وأدخلها المشتري في بنائه) قيل يعني قبضها وإنما قيد بالإدخال في البناء اتفاقاً (لم يضمن البائع) أي قيمة الدار (عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخرًا، وكان يقول أولاً يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار) على ما سيأتي.

قوله: (قيل في هذا الفرق نظر) أقول: القائل هو الإتقاني قوله: (وما قيل، إلى قوله: يجب عنه بأن المشتري الخ) أقول: هذا الجواب مذکور في الخبازية وزيادات قاضيخان، ثم قوله يجب عنه خير لقوله وما قيل إن التناقض الخ قوله: (متناقضاً من وجه) أقول: من حيث اللفظ قوله: (دون وجه) أقول: أي من حيث الحقيقة، والله أعلم.

### باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدينة، فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما: أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه، وتلا قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ الآية.

### باب السلم

تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم، لأنه إما بيع عين بثمن وهو المطلق، أو قلبه وهو السلم، أو ثمن بثمن فالصرف، أو عين بعين فالمقايضة. ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقداً وشرط في الآخرين، ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما، فقدم انتقالاً بتدرج. وخص باسم السلم لتحقيق إيجاب التسليم شرعاً فيما صدق عليه: أعني تسليم رأس المال، وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق، لكن لما كان وجود السلم في زمنه ﷺ هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له، ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعي بيع أجل بعاجل، وما قيل أخذ عاجل بأجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل، وعرف أيضاً أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم إليه بعتك كذا حنطة بكذا إلى كذا، ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشترت منك إلى آخره، وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان، وصحة المذهب عنه عسر الوجه لأن العبرة للمعنى، ومعنى أسلمت إليك إلى كذا وبعتك إلى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وإن كان على خلاف القياس، فذاك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع إلى مجرد اللفظ. وعرف أن ركنه ركن البيع. وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه، وسيذكر المصنف شرائطه. وأما حكمه فثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن، ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة، أما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة، ومعناه لغة السلف، فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقتضيه إياه، وجعل إعطاء العوض للمسلم إليه فيه قضاء كأنه هو، إذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهزمة في أسلمت إليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مفلس ونحو ذلك بعيد، ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالكاً، وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة تواتره عليه، وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء قوله: (وهو) يعني السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدينة) أخرج الحاكم في المستدرک بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه، قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ الآية [البقرة: ٢٨٢] (١).

### باب السلم

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك، وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب. وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن. وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بأجل. قيل فهو بالمعنى اللغوي إلا أن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط. ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم، ولو قيل بيع عاجل بعاجل لاندفع ذلك. وركنه الإيجاب

### باب السلم

قوله: (أخذ عاجل بأجل) أقول: يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي، إذ الأصل هو عدم التغير إلا أن يثبت بدليل قوله: (قيل فهو الخ) أقول: القائل هو صاحب النهاية قوله: (ورد بأن السلعة) أقول: الرد للإتقاني قوله: (ولو قيل بيع عاجل بعاجل مالمخ) أقول: قوله ولو قيل الخ أيضاً من كلام الإتقاني قوله: (فإن قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول: إن

(١) موقوف صحيح. أخرجه الشافعي ١٣١٤ والحاكم ٢٨٦/٢ والبيهقي ١٨/٦ كلهم عن ابن عباس موقوفاً ورواه أيضاً عبد الرزاق، وابن أبي شيبه كما في نصب الراية ٤/٤٥ وقد صححه الحاكم على شرطهما. والصراب أنه على شرط مسلم لأن البخاري لم يخرج لأبي حسان الأعرج.

وبالسنة وهو ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم» والقياس وإن كان ياباه ولكننا تركناه بما روينا. ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه.

وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة، وعزاه بعض متأخري المصنفين إلى البخاري، وهو غلط فإنه لم يخرج في صحيحه لأبي حسان الأعرج واسمه مسلم، والمصنف قد ذكر لفظ الحديث: أحل السلف المضمون، فقال بعض المشايخ: المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض رواياته السلف المؤجل، وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة، ويكون ما روى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون إلى أجل جمعاً بين مقررين وقوله مسمى أي معين (و) كذا (بالسنة) إلا أن لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة («وهو أنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم»)<sup>(١)</sup> وإن كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ. قيل<sup>(٢)</sup> والذي يظهر أنه حديث مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، رواه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، إلى أن قال: ولا تبع ما ليس عندك»<sup>(٣)</sup> قال الترمذي: حسن صحيح، وتقدم. والرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال: «قدم النبي ﷺ والناس يسلفون في التمر السنة والستين والثلاث، فقال: من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»<sup>(٤)</sup> وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال: «إن كنا لنسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الحنطة والشعير والتمر والزبيب»<sup>(٥)</sup>. ولا يخفى أن جوازها على خلاف القياس، إذ هو بيع المعدوم وجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل، إذ لا بد من كون البيع نازلاً عن القيمة فيريحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المآل على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فهذه المصالح شرع. ومنع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لأنه بيع المعدوم،

والقبول، بأن يقول رب السلم لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم في كز حنطة أو أسلفت فيقول الآخر قبلت، ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم إليه والحنطة المسلم فيه. ولو صدر الإيجاب من المسلم إليه والقبول من رب السلم صح. وشرط جوازها سيذكر في أثناء كلامه إن شاء الله تعالى. قال: (السلم عقد مشروع بالكتاب الخ) السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ معناه إذا تعاملتم بدين

أراد أنه لا معتبر به مطلقاً فظاهر أنه ليس كذلك، وإن أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لما عدا ذلك السبب فمسلم ولا يفيد، إذ لا ينافي أحد في تناوله للسبب وإن نوزع في تناوله لغيره كما لا يخفى فلا حاجة إلى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل، وأيضاً لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس تناقض آخر كلامه أوله.

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٤٥ ثم ذكر الزيلعي أن القرطبي ذكره بتمامه على أنه حديث واحد.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/١٥٩: لم أجده هكذا. وإنما هما حديثان أحدهما.

قلت: ولا حجة في ذكر القرطبي لخبر لا يوجد في كتب الحديث والأثر.

(٢) القائل هو الزيلعي ووافقه ابن حجر في الدراية، وكذا ابن الهمام.

(٣) هذا حديث تقدم في خيار العيب وإسناده قوي جاء من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، ومن حديث حكيم بن حزام، وغيرهما وتقدم مستوفياً.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٩ و ٢٢٤٠ و ٢٢٤١ و ٢٢٥٣ و مسلم ١٦٠٤ من وجوه وأبو داود ٣٤٦٣ و الترمذي ١٣١١ و النسائي ٧/٢٩٠ و الدارمي ٢/٢٦٠ و ابن ماجه ٢٢٨٠ و الشافعي ٢/١٦١ و عبد الرزاق ١٤٠٥٩ و ١٤٠٦٠ و ابن أبي شيبة ٧/٥٢ و الحميدي ٥١٠ و أحمد ١/٢١٧. ٢٢٢. ٢٨٢ و ابن الجارود ٦١٤ و ٦١٥ و ابن حبان ٤٩٢٥ و الطبراني في الكبير ١١٢٦٣ و ١١٢٦٤ و ١١٢٦٥ و البيهقي ٦/١٨. ١٩ و البغوي ٢١٢٥ من طرق كلهم عن ابن عباس به. السلف والسلم معناه واحد.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٤٢ و ٢٢٤٣ و ٢٢٤٤ و ٢٢٤٥ و ٢٢٥٤ و ٢٢٥٥ و النسائي ٧/٢٨٩. ٢٩٠ و عبد الرزاق ١٠٤٧٧ و أحمد ٤/٣٨٠ و ابن أبي شيبة ٧/٥٤ و ابن ماجه ٢٢٨٢ و ابن الجارود ٦١٦ و ابن حبان ٤٩٢٦ و البيهقي ٦/٢٠. ٢٥ و الطيالسي ٨١٥ من طرق كلهم من حديث عبد الله بن أبي أوفى. والسياق لرواية البخاري الأولى والثانية. وله قصة.

قال: (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان، والمسلم فيه لا بد أن

قال: بل هو على وفقه فإنه كالاتباع بثمن مؤجل. وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وبين الآخر، بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس. قال: وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس، وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه: فالحاصل أن قياس السلم على الاتباع بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة، وأطال كلاماً وحاصله مبنى على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس. وأن قياسه على الثمن المؤجل أولى به، وليس كلامه هذا بل إنه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلي فيه، وكونه معدوماً لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معترفاً في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده. وقوله أي فرق إلى آخره يفيد أنه على وفق القياس، وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس. ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع، بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع، فقد تحقق البيع شرعاً مع عدم وجود الثمن لأن الوجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن، وليس في كلام ابن عباس ما يفهم أنه رآه على خلاف القياس، وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع وإن كان على خلاف القياس. قال المصنف (رحمه الله؛ والمراد بالموزونات) أي التي يجوز السلم فيها (غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فإن أسلم فيها دراهم أو دنانير فالاتفاق أنه باطل، وإن أسلم غيرها من العروض ككزّ حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلماً بالاتفاق، لأن المسلم فيه لا بد أن يكون ثمناً والنقود أثمان فلا تكون مسلماً فيها، وإذا لم يصح فهل يتعقد بيعاً في الكزّ والثوب بثمن مؤجل أو يبطل رأساً؟ حكى المصنف فيه خلافاً (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن أبان (وقيل يتعقد بيعاً بثمن مؤجل) ولا يبطل، وهو قول أبي بكر الأعمش، وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن أبان أصح لأن تصحيح العقد إنما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباها إلا في الدراهم، ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل

مؤجل فآتيه، وفائدة قوله مسمى الإعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلوماً. ووجه الاستدلال (ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها) أي في السلف على تأويل المدابنة (أطول آية في كتاب الله، وتلا قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم﴾ الآية) فإن قيل: هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به. قلنا: عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به قوله: (المضمون) صفة مقررّة للسلف كما في قوله تعالى: ﴿يحكم بها النبيون الذين أسلموا﴾ ومعناه الواجب في الذمة. وأما السنة (فما روي عن رسول الله ﷺ): «أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم» والقياس يأبى جوازه) لأنه بيع المعدوم، إذ المبيع هو المسلم فيه لكننا تركناه بالنص. قال: (وهو جائز في المكيلات والموزونات) السلم جائز في المكيلات والموزونات (لقوله ﷺ): «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» والوجوب ينصرف إلى كونه معلوماً وهو يتضمن الجواز لا محالة. فإن قيل: من أسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى: ﴿قل إن كان للرحمن ولد فأنا أول العابدين﴾ فالجواب أن الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع، وإنما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات (والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان، والمسلم فيه لا يكون ثمناً بل يكون مثمناً فلا يصح السلم فيها). ثم قيل: يكون باطلاً، وقيل يتعقد بيعاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بقدر الإمكان والاعتبار في العقود للمعاني) والأول قول عيسى بن أبان، والثاني قول أبي بكر الأعمش

قوله: (وهو يتضمن الجواز) أقول: فإن وجوب الوصف شرعاً يتضمن جواز موصوفة شرعاً، هذا هو مراده ظاهراً قوله: (فالجواب أن الدليل قد دل الخ) أقول: وإيضاً من الحديث الشريف تعلم طريق السلم، وظاهر أن ذلك لا يكون إلا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة.

يكون مثنياً فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلاً، وقيل ينعقد بيعاً بضمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان، والعبرة في العقود للمعاني والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك.

قال: (وكذا في المذروعات) لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة، ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم، وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض، لأن العددي المتقارب معلوم

باعتبار الثوب ولم يوجبه فيه فكان في غير محله إلا أن الأول عندي أدخل في الفقه لأن حاصل المعنى الصادر بينهما إعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه إلى الآخر بدراهم مؤجلة، وهذا من أفراد البيع بلا تأويل إذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي، وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدر في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما، وإدخال الباء على الثوب كإدخالها على الثوب المقابل بالخمير فإذا اشترى خمراً بثوب فإنه لا يبطل بل يفسد وإن كان يقتضي أن المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتباراً لتحصيل غرضهما ما أمكن قوله: (وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها) أي من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة. وعرف من تعليقه هذا أن شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطاً على وجه يمكن تسليمه من غير إفضاء إلى المنازعة، فلماذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والسط والحصر واليواري إذا بين الطول والعرض. وفي الإيضاح: يحتاج إلى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لأنها تختلف باختلاف الوزن فإن الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته، والحرير كلما خف زادت انتهى. وهذا في عرفهم. وفي عرفنا ثياب الحرير أيضاً وهي المسماة بالكمخاء كلما ثقل ازدادت القيمة. فالحاصل أنه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة. فإن قيل: ينبغي أن لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لأنه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المفيد لشريعته إلا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما. لا يقال: السلم مخصوص من عموم «لا تبع ما ليس عندك» ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالمخرج غيره به. لأننا نقول: ذلك مقيد بما إذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره. فالجواب أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي وهو لا تبع مطلق بالنسبة إلى ذكر الأجل فيما ليس عندك وعدمه، وشرعية السلم تقييد له بما إذا لم يذكر الأجل في المبيع، أما إذا ذكر الأجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصاً بما ليس عنده، بل كل ما ليس عنده بلا ذكر أجل على عمومته في منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته، كما أن ما عنده أيضاً لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه. فالحاصل أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بغير أجل، وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعييناً لهما ولا أمراً بخصوصهما

رحمهما الله. وهذا الاختلاف فيما إذا أسلم حنطة أو غيرها من العروض في الدراهم والدنانير ليتمكن أن يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على أنهما قصداً مبادلة الحنطة بالدراهم، وأما إذا كان كلاهما من الأثمان بأن أسلم عشرة في عشرة دراهم أو في دنانير فإنه لا يجوز بالإجماع، وما ذكره عيسى أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه وهما أوجباه في المسلم فيه، وهو إذا كان من الأثمان لا يصح تصحيحه لأنها لا تكون مثنياً، وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما أوجباه فيه فلا يكون صحيحاً. قال: (وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها) أي وكجواز السلم في المكيلات والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز إلحاقها بهما. وعلى هذا التقرير سقط ما قيل الشيء إنما يلحق بغيره دلالة إذا تساوى من جميع الوجوه، وليس المذروع مع

قوله: (فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت الخ). أقول: هذا منع لا يضر.

القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت، بخلاف البطيخ والرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً، ويتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي

على تقدير السلم، بل حاصله أمر بتعيين الأجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بياناً لشرط الصحة وهو عدم الجهالة. يدل عليه سياق الحديث وهو «أنه ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال: من أسلم في شيء - يعني من هذه الثمار - فليكن إلى أجل معلوم وفي كيل معلوم»<sup>(١)</sup>، ثم إنه ﷺ زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل، فإن سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة إلى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجي فأنيط بمظنة ذلك من الإقدام على أخذ العاجل بالأجل وإعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم، ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بأن سبب شرعيته لا تختلف وهو الحاجة الماسة إلى أخذ العاجل بالأجل وهي ثابتة من القزازين في المذروع كما في أصحاب المكيلات والموزونات، يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول في أثناء الأحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة: أعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها. فإن قيل: في المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما. فالجواب حينئذ. إن قلت: الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح؛ بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه، والاختلاف فيه ليس في الصنعة، ونحن ما قلنا إن مجرد ذكر عدد الذراعان مصحح للسلم بل لا بد من ذكر الأوصاف حتى يضبط، كما أن المكيل أيضاً لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لا بد أن يذكر الأوصاف معه، فتأمل هذا التقرير فإن في غيره خبطاً، والله أعلم قوله: (وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض) أي يجوز السلم فيها عدداً (لأن العددي المتقارب مضبوط بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عدداً (والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لأن التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به، ولذا لا تباع بيضة دجاجة بفلس وأخرى بفلسين، وهذا هو الضابط في المعدود المتقارب، وهو مروى عن أبي يوسف، وعليه عول المصنف: أعني أن ما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤوس والأكارع والسفرجل، فلا يجوز السلم في شيء منها عدداً للتفاوت في المالية إلا إذا ذكر ضابطاً غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك. ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والفراء فلا يجوز فيها إلا بذكر مميزات. وأجازوه في الباذنجان والكاغد عدداً لإهدار التفاوت، وفيه نظر ظاهر، أو يحمل على كاغد بقالب خاص وإلا لا يجوز، وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك، بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالإسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم إهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت. ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضاً، فلو أسلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين. وعن أبي حنيفة أنه منعه في بيض النعام

المكيل أو الموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو أعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيمياً، وهما مثليان لأن المناط هو ما ذكرنا، إذ الجهالة المفضية إلى النزاع ترفع بذلك دون كونه قيمياً أو مثلياً. فإن قيل: الدلالة لا تعمل إذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله: «لا تباع ما ليس عندك» فإنه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله: «من أسلم منكم» الحديث، ففي ما وراءهما تحت قوله لا تباع. فالجواب إنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لأن القرآن شرط له وهو ليس بموجود، سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضاً للدلالة (وكذا في المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت) آحاده (كالجوز والبيض لأن العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم) فكان مناط الحكم موجوداً كما في المذروعات (فجاز السلم فيه إلحاقاً بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت) فإنه قلما

(١) تقدم قبل حديث واحد وهو من رواية ابن عباس وفيه: ووزن معلوم.

المتقارب. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية، ثم كما يجوز السلم فيها عدداً يجوز كيلاً. وقال زفر رحمه الله: لا يجوز كيلاً لأنه عددي وليس بمكيل. وعنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت. ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل، وإنما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما وكذا في الفلوس عدداً. وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله. وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنها أثمان. ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنياً وقد ذكرناه من قبل

ادعاء لتفاوت آحاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية. والوجه أن ينظر إلى الغرض في عرف الناس، فإن كان الغرض في عرف من يبيع بيض النعام الأكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز، وإن كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون مع نقاء البياض أو إهداره. قال المصنف (وكما يجوز عدداً في العددي المتقارب يجوز كيلاً. وقال زفر: لا يجوز لأنه ليس بمكيل بل معدود، وعنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت) بين آحاده. قلنا: أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت إذ لا تفاوت في ماليته؛ وأما كونه معدوداً فمسلم، لكن لم لا يجوز كيله مع أن اعتبار المقدار ليس إلا للضبط والضببط لم ينحصر في العدد بل يتعرف بطريق آخر. فإن قيل: الكيل غير معدوم فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل: قلنا: قد علمنا به ورصي رب السلم فإنما وقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله، وإنما يمنع ذلك في أموال الربا إذا قبلت بجنسها والمعدود ليس منها، وكيله إنما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلاً مطلقاً ليكون ربوياً. وإذا أجزناه كيلاً فوزناً أولى قوله: (وكذا في الفلوس عدداً) أي يجوز السلم في الفلوس عدداً، هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع من غير ذكر خلاف، فكان هذا ظاهر الرواية عنه. وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. أما عنده فلا يجوز بدليل منعه ببيع الفلس بالفلسين في باب الربا لأنها أثمان، وهذا ما أراد المصنف من قوله ذكرناه من قبل، وإذا كانت أثماناً لم يجز السلم فيها على ما ذكرناه. وروى عنه أبو الليث الخوارزمي أن السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج، لكن ظاهر الرواية عنه الجواز. والفرق له بين البيع والسلم أن من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثنياً، فإذا أقدم على السلم فقد تضمن إبطالهما اصطلاحهما على الثمنية، ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العد، بخلاف البيع فإنه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلس بالفلسين، وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه. وقلنا يصح السلم فيها على الوجه الذي إلى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزنياً: يعني إذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية إلى الوزنية، إذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العدد إلا أن يهدر أهل العرف كما هو في زماننا، فإن الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل إلا وزناً فلا يجوز السلم فيها إلا وزناً في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه

يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذا البيض (بخلاف البطيخ والرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً) فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن التفاوت تفاوت الآحاد في المالية دون الأنواع، وهذا هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله، ويؤيد ذلك ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية. ثم كما يجوز السلم فيها: أي في المعدودات المتقاربة عدداً يجوز كيلاً. وقال زفر: لا يجوز لأنه عددي لا كيلى. وعنه أنه لا يجوز عدد أيضاً لوجود التفاوت في الآحاد. ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزاً وكونه معدوداً باصطلاحهما فجاز إهداره والاصطلاح على كونه كيلاً قوله: (وكذا في الفلوس عدداً) ذكره في الجامع الصغير مطلقاً من غير ذكر خلاف لأحد. وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف: وأما عند محمد فلا يجوز: أي لا يجوز السلم في الفلوس لأنها أثمان، والسلم في الأثمان لا يجوز. ولهما أن الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما

(ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز لأنه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن والنوع والصفة، والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبهه الثياب. ولنا أنه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار

الأعصار عديدة في ديارنا أيضاً قوله: (ولا يجوز السلم في الحيوان) دابة كان أو رقيقاً، وهو قول الثوري والأوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى والنص. أما المعنى (فلا لأنه يصير معلوماً) أي منضبطاً (ببيان الجنس) كفرس أو إبل أو عبد (والسن) كابن مخاض أو عشار (والنوع) كعربي وبختي وحبشي (والصفة) كأحمر وأسمر وطويل أو ربة (والتفاوت بعد ذلك يسير) وهو مغتفر بالإجماع وإلا لم يصح سلم أصلاً، فإن الغائب لو بلغ في تعريفه النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرثي، فإن بين جيد وجيد من الحنطة تفاوتاً لا يخفى وإن صدق اسم الجودة على كل منهما، وكذا بين ثوب ديباج أحمر وثوب ديباج أحمر فعلم أن التفاوت اليسير مغتفر شرعاً فصار الحيوان كالثياب والمكيل، وأما النص فما روى أبو داود عن محمد بن إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً، فنفتد الإبل فأمره أن يأخذها على قلائص الصدقة، وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة»<sup>(١)</sup>. ورواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم. وأخرج الطحاوي بسنده إلى أبي رافع: «أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكرة، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي للرجل بكرة، فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا جملاً خياراً رابعياً، فقال: أعطه إياه، إن من خيار الناس أحسنهم قضاء»<sup>(٢)</sup> فدل على ثبوت الحيوان في الذمة. وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفيهها صاحبها بالبردة. وفي رواية: بأربعة أبعرة مضمونة<sup>(٣)</sup>.

إبطالهما باصطلاحهما، فإذا بطلت الثمنية صارت مثنياً تتعين بالتعيين فجاز السلم، وقد ذكرناه في باب الربا في مسألة بيع الفلوس بالفلسين. ومن المشايخ من قال: جواز السلم في الفلوس قول الكل، وهذا القائل يحتاج إلى الفرق لمحمد بين البيع والسلم، وهو أن كون المسلم فيه مثنياً من ضرورة جواز السلم، بإقدامهما على السلم تضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثنياً، وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثنياً فإن بيع الأثمان بعضها ببعض جائز، فالإقدام على البيع لا يتضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فيقي مثنياً كما كان، وفسد بيع الواحد بالاثنتين قوله: (ولا يجوز السلم في الحيوان) وهو لا يخنو إما أن يكون مطلقاً أو موصوفاً، والأول لا يجوز بلا خلاف، والثاني لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله. هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالإبل، والسن كالجدع والثني، والنوع كالبخت والعرب، والصفة كالسمن والهزال، والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فأشبهه الثياب، وقد ثبت: «أن النبي ﷺ أمر عمرو بن العاص أن يشتري بعيراً ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل. وأنه عليه الصلاة والسلام استقرض بكرة وقضاه رابعياً» والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض. ولنا أن بعد ذكر الأوصاف التي اشترطه الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة، فقد يكون فرسان متساويان في الأوصاف المذكورة ويزيد ثمن إحدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة المنافية لوضع الأسباب، بخلاف الثياب لأنه

قوله: (فقل الآلات كان من دار الحرب الخ) أقول: يعني الآلات المهمة في تجهيز جيش الإسلام من الخيل والجمال وغيرهما، فكان الأمر لعمر شراءها منهم.

(١) تقدم تخريجه في ١١/٢ في باب الربا وإسناده حسن.

(٢) صحيح. أخرجه مالك ٦٨٠/٢ ح ٨٩ وعنه مسلم ١٦٠٠ وأبو داود ٣٣٤٦ والدارمي ٢٥٤/٢ والترمذي ١٣١٨ والبيهقي ٣٥٣/٥ وأحمد ٦/٣٩٠ كلهم من حديث أبي رافع. وقال الترمذي: حسن صحيح.

وورد من حديث أبي هريرة. أخرجه مسلم ١٦٠١ والترمذي ١٣١٦ و١٣١٧ مع تغير يسير فيه والقصة واحدة.

قال النووي في شرح مسلم ما ملخصه: البكر من الإبل الصغير والأثنى بكرة، فإذا استكمل ست سنين ودخل في السابعة فهو رابع، والأثنى رابعة. بتخفيف الباء. وقوله: أعطه رابعياً. هو بتخفيف الباء.

وفي الحديث جواز السلم في الحيوان، وحكمه حكم القرض أه النووي.

(٣) موقوف تقدم تخريجه في باب الربا رواه مالك وغيره وهو صحيح.

المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال

واستوصف بنو إسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموها بالوصف، وقال ﷺ: «ألا لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كأنها تنظر إليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كأنه ينظر إليها»<sup>(١)</sup> فقد جعل الموصوف كالمرتي. وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الإبل دية في الذمة وأثبت مهرأ في الذمة، وصحة الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعي والمشهود به معلوماً. قلنا: أما المعنى فيمنع أن بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيراً بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش، فإن العبد بين المتساويين سناً ولوناً وجنساً يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة والأخلاق والأدب وفهم المقاصد ما يصيره بأضعاف قيمة الآخر، وكذا بين الفرسين والجمالين (بخلاف الثياب) فإنها مصنوعة العبد بألّة خاصة، فإذا اتحدت لم تتفاوت إلا يسيراً، وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلاً باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الله تعالى الحيوان كذلك. وقول المصنف رحمه الله (قلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد) يريد أنهما يتفاوتان قليلاً لا عدم التفاوت أصلاً كما هو استعمال قلما فإن هذا الفعل: أعني قل إذا كف بما استعمل للنفي: كقوله:

وقلما وصال على طول الصدود يدوم

وحين علمنا أنه أراد قلة التفاوت وجب أن تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت، ولا يخفى ما في قول غير واحد من الشارحين إذا اتحد الصانع والآلة اتحد<sup>(٢)</sup> المصنوع من التساهل. وأما النص<sup>(٣)</sup> المذكور فقال ابن القطان: هذا حديث ضعيف مضطرب الإسناد، فرواه حماد بن سلمة هكذا، ورواه جرير بن حازم عن ابن إسحاق فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أبا سفيان على مسلم بن جبير. ذكر هذه الرواية الدارقطني. ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه: عن ابن إسحاق عن يزيد بن حبيب عن أبي حبيب: عن سلم بن عمار عن عمرو بن حريش. ورواه عبد الأعلى عن ابن إسحاق عن أبي سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش. ورواه عن عبد الأعلى أبو بكر ابن أبي شيبة، فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أبا سفيان كما فعل جرير بن حازم إلا أنه قال في مسلم بن جبير مسلم بن كثير، ومع هذا الاضطراب فعمرو بن حريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم أجد له ذكراً ولا أعلمه في غير هذا الإسناد، وأبو سفيان فيه نظر انتهى كلامه<sup>(٤)</sup>. فلا حجة فيه مع أنه معارض بما هو أقوى منه، وهو ما

مصنوع العباد، فقلما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً بعد ذكر الأوصاف، وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول آية الربا أو كان في دار الحرب ولا ربا بين العربي والمسلم فيها، وتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لعزتها في دار الإسلام يومئذ، ولم يكن القرض ثابتاً في ذمة رسول الله ﷺ بدليل أنه قضاه من إبل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٤٠ و ٥٢٤١ وأبو داود ٢١٥٠ والترمذي ٢٧٩٢ وأحمد ١/ ٣٨٠. ٣٨٧. ٤٤٣. ٤٦٣. ٤٦٤ والطيالسي ٣٦٨ وابن أبي شيبة ٣٩٧/٤ وابن حبان ٤١٦٠ و ٤١٦١ والبغوي ٢٢٤٩ والبيهقي ٢٣/٦ من طرق كلهم من حديث ابن مسعود مرفوعاً: لا تبشر المرأة المرأة فتنتها لزوجها كأنه ينظر إليها.

هذا لفظ البخاري في روايته وكذا رواه الباقر هكذا وأما رواية ابن الهمام فهي غريبة، ولعله رواها بالمعنى والله أعلم. قال ابن حجر في الفتح ٣٣٨/٩: قال القاسبي: هذا أصل لمالك في سد الذرائع، فإن الحكمة في هذا النهي خشية أن يعجب الرجل بالوصف المذكور. فيفضي إلى تطلق الواصفة، أو الاتقان بالموصوفة.

(٢) قوله: اتحد. لعل الصواب: اتحد. وزيادة الألف لعلها تحريف من التناخ. وقوله من التساهل: أي الشارحون يتساهلون.

(٣) مراده حديث عبد الله بن عمرو بن العاص المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٤) إلى هنا كلام ابن القطان وقد نقله الزيلعي ٤٧/٤ بتمامه. لكن للحديث طريق أخرى عن الدارقطني ٦٩/٣ والبيهقي ٥/ ٢٨٧. ٢٨٨ كلاهما عن ابن جريج أن عمرو بن شبيب أخبره عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

وهذا إسناد حسن. صرح ابن جريج بالإخبار فزال شبهة التديس لذا حكمت على الحديث بأنه حسن بمجموع طريقه وذلك في باب الربا ٢/ ١١ والله أعلم.

واحد. وقد صح «أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان» ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير.

أخرجه ابن حبان في صحيحه عن سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»<sup>(١)</sup>. ورواه عبد الرزاق: حدثنا معمر به، وكذا رواه الدارقطني والبخاري قال الزبارة: ليس في الباب أجل إسناداً من هذا. وقول البيهقي إنه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر كذلك كأنه هو مبنى قول الشافعي رحمه الله: إن حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت، لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسنداً، وغاية ما فيه تعارض الوصل والإرسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف، وقد تأيد بعد تصحيحه بأحاديث من طرق: منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن الحسن عن سمرة: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»<sup>(٢)</sup> وقول البيهقي: أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له، فإنه فرغ القول بسماعه منه مع أن الإرسال عندنا وعند أكثر السلف لا يقدر، مع أنه قد يكون شاهداً مقبولاً فلا يضره الإرسال. وأيضاً اعتضد بالوصول السابق أو المرسل الذي يرويه من ليس يروي عن رجال الآخر، وحديث آخر أخرجه الترمذي عن الحجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء، ولا بأس به يداً بيد»<sup>(٣)</sup> قال الترمذي حديث حسن كأنه للخلاف في الحجاج بن أرطاة. وحديث آخر أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء<sup>(٤)</sup>، وقول البخاري مرسل<sup>(٥)</sup> وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفاً وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر<sup>(٦)</sup> لذلك<sup>(٧)</sup> أيضاً مع أنه ليس كذلك. وأخرج الإمام أحمد: حدثنا حسين بن محمد، حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهين، فقال رجل: يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ قال: لا بأس إذا كان يداً بيد»<sup>(٨)</sup> وحمل هذه الأحاديث على كون النهي فيما إذا كان النساء من الجانيين حتى

يجوز أن يفعل ذلك قوله: (وقد صح) يجوز أن يكون إشارة إلى جواب ما يقال: التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمامات التي تؤكل، وأن السلم فيها لا يجوز أن يكون عندهم. وتقريره أن عدم جواز السلم في

(١) تقدم في ١٢/٤ مع حديث سمرة الآتي مع ذكر شواهد أخرى لهما. راجع باب الربا.

(٢) تقدم في الذي قبله. وما ذكره البيهقي هو الحق حيث أن الجمهور من المحدثين على أن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقبة. ثم إنه في هذا الحديث لم يصرح بالسماع وهو مدلس، فروايته غير حجة، وكذا الراوي عنه هو قتادة مدلس أيضاً، وقد عتقه. لكنه يعتضد بشواهد، فهو حسن وقد تقدم.

(٣) حسن لشواهد. أخرجه الترمذي ١٢٣٨ وابن ماجه ٢٢٧١ كلاهما من حديث جابر. وقال الترمذي: حسن صحيح! قلت: مع أن له علتين الأولى: ضعف الحجاج بن أرطاة واختلاطه. كما في التقريب. والثانية: أبو الزبير مدلس وقد عتقه.

فالحديث ضعيف، ولعله يصير حسناً لشواهد وأما صحيح فهذا بعيد.

(٤) ضعيف. رواه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١٠٥/٤ من حديث ابن عمر وقال الهيثمي: فيه محمد بن دينار وثقة ابن حبان، وغيره وضعفه ابن معين.

(٥) مراده حديث ابن عباس حيث نقل المصنف أن البخاري أعله بالإرسال، وأجاب ابن الهمام قبل أسطر أن الحكم لمن وصله لأنه زيادة ثقة.

(٦) قلت: بل يضر. قال عنه الحافظ في التقريب: هو محمد بن دينار الأزدي الطاحي. صدوق شيء الحفظ رُمي بالقدر وتغير بآخره أ هـ.

قلت: فالرجل ضعيف، وقد ذكر ابن الذهبي في الميزان أحاديث تدل على وهنه.

(٧) لعل الصواب: ذلك.

(٨) حسن لشواهد. أخرجه أحمد ١٠٩/٢ والطبراني في الكبير كما في المجمع ١٠٥/٤ كلاهما من حديث ابن عمر وقال الهيثمي: فيه أبو جناب الكلبي. مدلس ثقة أ هـ. فالحديث حسن لشواهد وإلا فهو بمفرده غير قوي.

تنبيه: وقع عند المصنف في الإستاند: عن أبي خباب. والصواب: أبي جناب كذا في مسند أحمد وفي المجمع. ووقع في نصب الراية أيضاً: عن أبي حسان. وهو تصحيح أيضاً.

قال: (ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع) للفتاوت فيها إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها. قال: (ولا في

يكون بيع الكالء بالكالء تقييداً للأعم فإنه أعم من ذلك فلا يجوز المصير إليه بلا موجب. وقال المصنف رحمه الله (صح «أن النبي ﷺ نهى عن السلم في الحيوان») هو ما أخرجه الحاكم والدارقطني عن إسحاق بن إبراهيم بن جوني، حدثنا عبد الملك الذماري، حدثنا سفيان الثوري عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس «أن النبي ﷺ نهى عن السلم في الحيوان»<sup>(١)</sup> ويقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وتضعيف ابن معين ابن جوني فيه نظر<sup>(٢)</sup> بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة<sup>(٣)</sup> والحسان ما هو بمعناه يرفعه إلى الحجية بمعناه لما عرف في فن الحديث، وكذا يجب أن يرجح على حديث أبي رافع<sup>(٤)</sup> إن صح لأنه أقوى سنداً: أعني حديث ابن حبان<sup>(٥)</sup>، ولأن المانع يرجح على المبيح. وفي الباب أثر أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال: دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلدة البكري مالاً مضاربة، فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص، فلما حلت أخذ بعضاً وبقي بعض، فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأثاه يسترفقه، فقال عبد الله: أفعل زيد؟ فقال نعم، فأرسل إليه فسأله فقال عبد الله: اردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان. قال صاحب التقيح: فيه انقطاع<sup>(٦)</sup> يريد بين إبراهيم وعبد الله، فإنه إنما يروي عنه بواسطة علقمة أو الأسود، إلا أن هذا غير قاذح عندنا خصوصاً من إرسال إبراهيم، فقد تعارضت الأحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم<sup>(٧)</sup> عن رسول الله ﷺ في المطلوب، وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فإنما ذكر الله لهم

الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فإنه يجوز في الديباج دون العصافير، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة. لا يقال: النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمنتازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع، لأن محمد بن الحسن ذكر في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضي الله عنه دفع مالاً مضاربة إلى زيد بن خليفة فأسلمها زيد إلى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة، فقال ابن مسعود: اردد مالنا لا تسلم أموالنا. وهو دليل على أن

قوله: (لا يقال في كلام المصنف تسامح) أقول: يعني في قوله في الحيوان، ثم أقول: فيه شيء، إلا أن يقال في قوله تسامح تسامح، والمعنى في كلام المصنف اعتراض قوله: (لأن ذكر ذلك الخ) أقول: جواب لقوله ولا يتوهم.

(١) وإو. أخرجه الحاكم ٥٧/٢ والدارقطني ٧١/٣ كلاهما من حديث ابن عمر. وقال الحاكم: صحيح الإسناد! وأقره الذهبي! بينما نقل الزليعي عن ابن عبد الهادي قوله: فيه إسحاق بن إبراهيم بن جوتي قال فيه ابن حبان: منكر الحديث جداً لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب. وقال الحاكم: روى أحاديث مصنوعة أ هـ.

وقال ابن حجر في اللسان: إسحاق بن إبراهيم بن جوتي قال ابن حزم عنه: مجهول. والظاهر أنه الطبري أ هـ. ثم ذكر ابن حجر ترجمة الطبري، واسمه أيضاً إسحاق بن إبراهيم فنقل عن ابن عدي قوله: منكر الحديث وكذلك قال الدارقطني. قلت: وما توقعه ابن حجر موافقة لمجازم به ابن عبد الهادي وهو الراجح لأن الراوي عنه صنعاني وهو صنعاني أيضاً. فالخبر واه بمره لكن لما كان له شواهد. يرقى إلى الضعف فقط.

(٢) قلت: لا حاجة للنظر. فإنه متهم بالكذب وهو منكر الحديث والمعجب كيف صحح الحاكم حديث مع أن ابن حجر نقل عنه في اللسان أنه قال عنه في كتابه المدخل: روى أحاديث مصنوعة أ هـ والمدخل كتاب للإمام الحاكم. تنبيه: ثم إن صوابه: جوتي. بالناء. لا بالنون.

(٣) أما الصحيحة فليس في هذه الروايات حديث صحيح وأما الحسن فهو محتمل خاصة إذا اعتضدت مع بعضها.

(٤) قلت: هذا عجيب من المصنف رحمه الله فإن حديث أبي رافع تقدم قبل أحاديث، وقد أخرجه مالك ومن طريق مسلم، وأبو داود، وغيرهم، وإسناده في غاية الصحة. ولعل السبب الذي أدى بالمصنف لقول مثل هذا هو أنه عزاه فقط للطحاوي أ هـ فتنبه والله أعلم.

(٥) تقدم قبل أحاديث والمراد هو حديث ابن عباس وتقدم أنه معلول بالإرسال إلا أنه يصير حسناً لشواهده ولكن لا يعارض حديث أبي رافع لأنه ليس في درجته.

(٦) موقوف. ذكره الزليعي في نصب الراية ٤٦/٤ ونسبه لمحمد في كتاب الآثار. وهو مع إرساله موقوف. لكن يشهد للروايات المتقدمة التي تمسك بها الحنفية.

(٧) تقدمت هذه الأحاديث والله تعالى أعلم

الجلود عدداً ولا في الحطب حزماً ولا في الرطبة جزراً) للفتاوت فيها، إلا إذا عرف ذلك بأن بين له طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت. قال: (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه

أوصافاً ظاهرة ليطبقوها على معين موجود، ولا شك في أن هذا مما تحصل به المعرفة وكلامنا في أنه ينتفي معه التفاوت الفاحش مطلقاً معناه. وأما منعه ﷺ وصف الرجل الحديث فللحقوق الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص. وأما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلأن الحيوان فيه ليس مقابلاً بمال وهو ظاهر فتجري فيه المساهلة، بخلاف ما قوبل بمال فإنه تجري فيه المشاححة فجرنا على موجب ذلك وقلنا: ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاححة عادة، بخلاف غيره كالمهر وما معه فإنه ليس عوضاً عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعملنا بالأثار فيهما. ولقائل أن يقول: كون التفاوت بعد الأوصاف يبقى فاحشاً لا يضر، لأن ذلك باعتبار الباطن، ولا يلزم المسلم إليه سوى ما تضمن ما ذكر من الأوصاف الظاهرة، فإذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم إليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلاً بحسب الباطن أو كثيراً لأن المعقود عليه ليس إلا الموصوف فقط. نعم لو عين من الأوصاف الذكاء وجودة الفهم والأخلاق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لأن ذلك لا يعرف إلا بعد زمان الاختبار، وبعده تجري المنازعة في أن أخلاقه ما هي وفي تحريرها، فالمفزع في إبطال السلم في الحيوان ليس إلا السنة، وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن أبي عمرو قال: قلت له: إنما لا يجوز في الحيوان لأنه غير مضبوط بالوصف، قال: لا، لأننا نجوز السلم في الدبابيح<sup>(١)</sup> ولا يجوز في العصافير، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الدبابيح ولكنه بالسنة. وفي مبسوط شيخ الإسلام: والعصافير وإن كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لأنه مما لا يقتنى ولا يحبس للتوالد ولا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه يقيم مقام الموجود، بخلاف السمك الطري لرجحان إمكان أخذه، وهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمرى وهو خلاف النصوص عن محمد. وقد روي عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها، وهو مشكل على الدليل، لأننا إن علمناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص، وإن اعتبرنا عمومه وجب أن لا يجوز. فإن قيل. فالسمك الطري مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياساً على الثياب بقلة التفاوت. قلنا: إنما يتم لو شرط حياة السمك الطري في المسلم فيه وليس كذلك، بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه قوله: (ولا في أطرافه) أي لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرؤوس والأكارع) وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب. قيل المانع مبني على منع السلم في الحيوان وهذه أبعاضه، وليس بشيء لأنها

المنع لم يكن لكونه مطلقاً لأن القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيواناً. لا يقال: في كلام المصنف تسامح لأن الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لأن ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم، وأما الدليل على ذلك فهو السنة. قال: (ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع) والكراع ما دون الركبة من الدواب، والأكارع جمعه لأنه عددي متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لأنها تباع عدداً وهي عددية فيها الصغير والكبير فيقتضي السلم فيها إلى المنازعة، ولا يتوهم أنه يجوز وزناً لقيده عدداً لأن معناه أنه عددي، فحيث لم يجز عدداً لم يجز وزناً بطريق الأولى لأنه لا يوزن عادة. وذكر في الذخيرة أنه إن بين للجلود ضرباً معلوماً يجوز وذلك لانتفاء المنازعة حينئذ (ولا في الحطب حزماً) لكونه مجهولاً من حيث طول وعرضه وغلظه، فإن عرف ذلك جاز، كذا في المبسوط، ولا في الرطبة جزراً بضم الجيم

(١) لعل صوابه: الدبابيح. بالجمع لا بالحاء، وهو جمع دبابجة والدَّبَج: النقش والديباج معرَّب جمعه دبابيح ودبابيح والناقعة الفتية الشابة، والمذبذب المذبذب به وضرب من الهام ومن طير الماء أه قاموس. فليحذر.

موجوداً من حين العقد إلى حين المحل، حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها» ولأن القدرة على

لا يصدق عليها الحيوان إن كان النهي تعبداً، ولا المعنى إن كان معلولاً بالتفاوت الفاحش لأن ذلك إنما يكون في حالة الحياة، وكان يلزم أن لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة، ولذا يجوز السلم في الجلود وزناً. والمصنف إنما ذكر في منعه أنها عديدة متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عدداً وغير عدد لانتفاء المقدور. وعندني لا بأس بالسلم في الرؤوس والأكارع وزناً بعد ذكر النوع، وبإقي الشروط، فإن الأكارع والرؤوس من جنس واحد حينئذ لا تفاوت تفاوتاً فاحشاً، وقول مالك بجوازه عدداً بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يراى أنها رؤوس عجاجيل أو أبقار كبار ونحوه في الغنم، فإن التفاوت بعد ذلك يسير (لا في الجلود عدداً) وكذا الأخشاب والجوالقات والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلائس، إلا أن يذكر العدد لقصد التعدد في المسلم فيه ضبطاً لكميته ثم يذكر ما يقع به الضبط كأن يذكر في الجلود مقدراً من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم، وكذا في الأديم بأن يقول طائفي أو برغالي، وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنت أو حور ونحوه.

وقول بعضهم يجوز في الكاغد عدداً محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه ونحوه ورقته ونوعه، إلا أن يغني ذكر نسبه عن قدره كورق حموي، وفي الجواليق طوله ووسعه، وكذا كل ما كان مميزاً له عن غيره قاطعاً للاشتراك (و) كذا (لا) يجوز (في الحطب حزمياً ولا في الرطبة جزراً للتفاوت إلا إذا عرف ذلك) بأن يبين طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان لا يتفاوت، وليس المعنى أن لا يجوز السلم فيها أصلاً بل لا يجوز بهذا العقد، ولو قدر بالوزن في الكل جاز، وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الإسلام فيه وزناً وهو أضببط وأطيب، وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع أن يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه إلا أن يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلاً، وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزناً، بخلاف ما إذا قوبل نحو الحنطة بجنسها وزناً وهو كيلى لما عرف في باب الربا، أما السلم فليس يلزم فيه ذلك لأن رأس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضيا بضبطه وزناً كي لا يصير تفاوت الحنطتين المتحدتي الوزن كيلاً، وبهذا تضعف رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الحنطة وزناً. وذكر قاضيخان أن الفتوى على

بعدها راء مفتوحة وزاي: وهي القبضة من الفت ونحوه للتفاوت، إلا إذا عرف ذلك ببيان طول ما تشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فإنه يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت. قال: (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً) وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حلول الأجل شرط جواز السلم عندنا، وهذا ينقسم إلى ستة أقسام: قسمة عقلية حاصرة، وذلك لأنه إما أن يكون موجوداً من حين العقد إلى المحل أو ليس بموجود أصلاً، أو موجوداً عند العقد دون المحل أو بالعكس، أو موجوداً فيما بينهما، أو معدوماً فيما بينهما. والأول جائز بالاتفاق، والثاني فاسد بالاتفاق، والثالث كذلك، والرابع فاسد عندنا خلافاً للشافعي، والخامس فاسد بالاتفاق، والسادس فاسد عندنا خلافاً لمالك والشافعي. له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها» وهو حجة على الشافعي فإنه عليه الصلاة والسلام شرط لصحة وجود المسلم فيه حال العقد، ولأن القدرة على التسليم إنما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل، والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه

قوله: (وهذا ينقسم إلى ستة أقسام الخ) أقول: بل إلى ثمانية أقسام، والقسمان الأخيران. أن يكون موجوداً عند العقد وما بعده دون المحل. وأن يكون موجوداً عند المحل وما قبله دون وقت العقد، إلا أنهما مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس قوله: (فليكن وجود المسلم فيه) أقول: فيه تأمل.

التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل. (ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار، إن شاء فسخ السلم، وإن شاء انتظر وجوده) لأن السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض.

الجواز لتعامل الناس، ويجوز السلم في القت وزناً والرطبة القضب، والجزز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة: وهي الحزمة من الرطبة كحزمة الرياحان ونحوه، وأما الجزز بكسر الجيم وزاءين أولهما مفتوحة فجمع جزة وهي الصوف المجزوز قوله: (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل) بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول (حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والمحل (لا يجوز) وهو قول الأوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد وإسحاق (إذا كان موجوداً عند المحل جاز) وإن كان منقطعاً وقت العقد أو بينهما لأن اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب، بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لأن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي. ولهم أيضاً إطلاق الحديث المتقدم أعني: «أنه ﷺ قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والستين والثلاث»<sup>(١)</sup> فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»<sup>(٢)</sup> فلو كان عدم الانقطاع شرطاً لبينه، وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم أنه ليس شرطاً بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله. قلنا: بل فيه مدرك شرعي، وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه، واللفظ له عن أبي إسحاق عن رجل نجراني. قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخل قبل أن تطلع أن تطلع؟ قال: لا، قلت: لم؟ قال: «لأن رجلاً أسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله ﷺ قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئاً ذلك العام، فقال المشتري: أؤخرك حتى تطلع، فقال البائع: إنما النخل هذه السنة، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال للبائع: أأخذ من نخلك شيئاً؟ قال: لا، قال: بم تستحل ماله، اردد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه»<sup>(٣)</sup> وجه الدلالة أنه أولاً يصدق على السلم إذا وقع قبل الصلاح أنه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها، وفيه مجهول كما رأيت، والحديث المعروف وهو: «أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»<sup>(٤)</sup> فيكون متناولاً للنهي، ويدل عليه ما أخرجه البخاري عن أبي البختري قال: «سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يصلح، وعن بيع الورق نساء بنانج» وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم في النخل فقال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يؤكل منه»<sup>(٥)</sup> فقد

وإن وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتماب، وهذا حجة عليهما. واعترض بأنه إذا كان عند العقد موجوداً كفى مؤنة الحديث، وإذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز. وأجيب بأن القدرة إنما تكون موجودة إذا كان العاقد باقياً إلى ذلك الوقت، حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيب، وفي ذلك شك. ورد بأن الحياة ثابتة فتبقى. وأجيب بأن عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى. فإن قيل: بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في أثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك. أجيب بأن وجوده كالنصاب وجوده لا ككماله، ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك قوله: (ولو انقطع بعد المحل) يعني أسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله، ورب السلم بالخيار إن شاء فسخ

(١) هو بعض حديث ابن عباس المتقدم في أول الباب وهو الحديث الثاني من رواه السنة.

(٢) تقدم في أوائل الباب بعد بضعة أحاديث وهو من حديث ابن عباس أيضاً رواه الجماعة.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٤٦٧ وابن ماجه ٢٢٨٤ كلاهما من حديث ابن عمر وعنه رجل نجراني لم يسم.

قال الزيلي في نصب الراية ٤٩/٤: قال المنذري في مختصره: فيه رجل مجهول. وقال عبد الحق في أحكامه: فيه انقطاع اهـ.

قلت: ذكره الذهبي في الميزان ٦٠١/٤ وقال: روى له ابن ماجه عن عمر في السلم. قال ابن معين، وابن عدي: مجهول.

(٤) صحيح. تقدم في البيوع.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٤٧ و ٢٢٤٨ و ٢٢٤٩ و ٢٢٥٠ من رواية أبي البختري عن ابن عمرو عن ابن عباس فذكره.

قال: (ويجوز السلم في السمك المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً) لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم إذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عدداً) للتفاوت. قال: (ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزناً معلوماً وضرباً معلوماً) لأنه ينقطع في زمان الشتاء، حتى لو كان في بلد لا ينقطع بجوز مطلقاً، وإنما يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عند أبي حنيفة.

ثبت عن هذين الصحابييين الكبيرين في العلم والتتبع أنهما فهما من نهي عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم، فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم. وأما لزوم وجوده بينهما فإما لعدم القائل بالفصل لأن الثابت قائلان: قائل باشتراطه عند المحل فقط، وقائل عندهما وفيما بينهما، فالقول باشتراطه عندهما لا غير إحداه قول ثالث، ونقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الأداء يتأخر عنه فلا يضطر إليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر، لأن الظاهر استمرار الوجود وبالإستمرار يتمكن من التحصيل، فإن أخذ السلم مظنة العدم وبالأخذ بذلك مظنة التحصيل شيئاً فشيئاً في مدة الأجل وباعتبار المظنة تناط الأحكام فلا يلتفت إلى كون بعض من يسلم إليه قد يحصله دفعة عند حلول الأجل كالذراع وأهل النخل، فإن ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات، أرأيت المسلم إليه في الجلود أيدبح عند حلول الأجل ألف رأس ليعطي جلودها لرَبِّ السلم، وكذا الأسماك المألحة والثياب والأخشاب والأحطاب والأعسال. والمشاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما يتحصل له ليعطي ما يخرج له ويشترى الباقي، وكثير يأخذون ليشتريحوها في رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلاً قليلاً، لأن وضع السلم شرعاً لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد، ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت. ذكره أبو بكر الثلجي وتواردوا عليه. وفي مسوط أبي الليث: لو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذي لا يوجد لأنه لا يتحصل إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم، حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان بسجستان (ولو انقطع بعد المحل) أي حلول الأجل قبل التسليم لا يبطل العقد (لكن رب السلم بالخيار، إن شاء فسح، وإن شاء انتظر وجوده) وقال زفر: يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين، فإن الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته، كما لو اشترى بفلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا. ولنا (أن السلم قد صح) ثم تعذر التسليم بعارض (عن شرك الزوال) فيتخير المشتري (كما لو أبق المبيع قبل القبض) وهذا لأن المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين بقاء محله، وإنما تأخر التسليم إذا كان وجوده مرجوياً، بخلاف المبيع العين فإن بهلاكه يفوت محل العقد، وكذا الفلوس إذا كسدت فإنها وإن كانت في الذمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هي أثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل، ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود،

العقد وإن شاء انتظر وجوده (لأن السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض) في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم، فإن المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الأبق. وفي قوله والعجز الطارئ على شرف الزوال إشارة إلى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك هاهنا. ووجهه أن العجز عن التسليم إذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لأنه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسداً. قال: (ويجوز السلم في السمك المالح الخ) السلم في السمك لا يجوز عدداً طرياً كان أو مالحةً للتفاوت، ووزناً إما أن يكون في المالح أو الطري، فإن كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه. وإن كان في الطري إن كان في حينه جاز كذلك،

قال: (ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز) لأنه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل. ويجوز استقراضه وزناً ويجري فيه ربا الفضل، بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه. وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمته وهزاله على اختلاف فصول السنة، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة. وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه

بخلاف ما نحن فيه لأن لإدراك الزرع والثمار أواناً معلوماً، وكذا لغيرها أوان يكثر وجودها فيه من السنة برخص قوله: (ويجوز السلم في السمك المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً) بأن يقول بوري<sup>(١)</sup> أو راي، وفي أسماك الإسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (لأنه) حيثئذ (معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم، ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت) في التحفة: وأما الصغار فيجوز فيه كلاً ووزناً سواء فيه الطري والمالح. وفي المغرب: سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه الملح، ولا يقال مالح. إلا في لغة رديئة. قال بعض الشارحين: لكن قال الشاعر:

بصرية تزوجت بصرياً أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء، وظاهر هذا الاستدراك أنه لي برديء ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب إلا في لغة رديئة، وليس لهذا الاستدراك فائدة، بل قال ابن دريد ملح ومليح، ولا يلتفت إلى قول الراجز:

أطعمها المالح والطريا

ذاك مولد لا يؤخذ بلغته. وأما الطري فيجوز حين وجوده وزناً أيضاً، فإذا كان ينقطع في بعض السنة كما قيل إنه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء. ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الأجل لا يبلغ الشتاء، وهذا معنى قول محمد: لا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه: يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه كي لا ينقطع بين العقد والحلول، وإن كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقاً وزناً لا عدداً لما ذكرنا من التفاوت في أحاده. وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتباراً بالسلم في اللحم فإنه يمنع السلم في اللحم. وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار وزناً مع إجازته في اللحم فإن هناك يمكن إعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتأتى في السمك ذلك. وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لأن الاصطياد يتحقق في كل حين مدفوع، فإن الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد ليرد ما ذكره قوله: (ولا خير في السلم في اللحم) وهذه العبارة تأكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الخبز، وقول من قال إن المجتهد يقوله فيما يستخرج من الحكم بالرأي تحزراً عن القطع في حكم الله تعالى بالرأي بعيد، فكل الأحكام القياسية المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا، وكلها من هذا القبيل لأنه قد استقر عند أهل العلم أنها مظنونيات لا مقطوعات، وأيضاً المجتهد قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك وقالوا: (إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة) ككونه ذكراً وخصياً وسميناً بعد أن بين جنسه من نحو

وإن كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز. وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال. ووجه الرواية الأخرى أن السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار. قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز:

بصرية تزوجت بصرياً يطعمها المالح والطريا

لأنه مولد لا يؤخذ بلغته. قال الإمام الزرنوجي: كفى بذلك حجة للفقهاء. قال: (ولا خير في السلم في اللحم) خير نكرة

(١) نوعان من أنواع السمك. والبوري إلى الآن في الشام يطلق عليه هذا الاسم.

الثاني وهو الأصح . والتضمين بالمثل ممنوع ، وكذا الاستقراض . وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ، ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته ، أما الوصف فلا يكتفى به .

الضأن وسنه ثنى ومن الفخذ الكتف أو الجنب مائة رطل . وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما ، وهذا على الأصح من ثبوت الخلاف بينهم . وقد قيل لا خلاف ، فمنع أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وقولهما إذا بينا ما ذكرناه . ووجهه أنه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف . وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال على كونه موزوناً وكذا لكونه مضموناً بالمثل جائز الاستقراض ، وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الأقطار قاطع فيه ، وما فيه من العظم غير مانع لأنه إذا سمي موضعاً ومعلوم أنه فيه عظم كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم ، ولأنه ثابت بأصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا جاز السلم في الألية مع أنها لا تخلو من عظم والسلم فيها وفي الشحم بالإجماع (بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه) لأن عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقاً . وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصطاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه . وما صيد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز ، وعنده لا يجوز . وقيل يجوز عند الكل لأن ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح . فيجب أن يكون محمل ما في الكتاب من المنع مطلقاً في مخلوع العظم ، فإن العلة حينئذ ثابتة ، ثم يجب أنه إذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلاً أن يعين الموضع بعد كونه بعظم . فإن من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول أوراكا أو غير الصدر أو ينص على صدرها وأوراكاها ، فإن أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف أغراض الناس . ولأبي حنيفة رضي الله عنه وجهان : أحدهما أنه يقع سلماً في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته ، بخلاف لحم السمك فإن مضمونه من العظم قليل معلوم إهداره بين الناس . ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره . وقولهما إذا سمي موضعاً كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم . قلت : للمشاهد في بيع اللحم حالاً بعظمه جريان المعاكسة بين البائع والمشتري في العظم . حتى أن المشتري يستكثره فيأمره بنزع بعضه والجزار يدسه عليه ، فكيف في المؤجل المستأخر التسليم ، وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه . ثانيهما أنه يختلف بحسب الفصول سماً وهزاً ، فلو سمي السمين قد يكون انتهاء الأجل في فصل الهزال . وحاصل هذا الوجه أنه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه . قال المصنف : (وهو الأصح) لأن الحكم المعلل بعلمتين مستقلتين يثبت مع إحداها كما يثبت معها . وقولهما يضمن بالمثل ممنوع بما ذكر في باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحماً فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغضوب منه أن يضمنه قيمة اللحم . قيل ولا توجد رواية بأنه من ذوات القيم إلا هنا من الجامع الكبير ، لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى أنه رأى وسط غصب المنتقي أن أبا يوسف روى عن أبي حنيفة : إذا استهلك لحماً قال عليه قيمته ، وحل عبارة المصنف (أن القبض) أي قبض اللحم القرض (يعاين فيعرف مثله به) أي بالمقبوض . أما السلم فليس فيه مقبوض معين بل مجرد وصف فلا

وقعت في سياق النفي فتفيد نفي أنواع الخير بعمومه ، ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة . قال أبو حنيفة : لا يجوز السلم في اللحم ، وقالوا : إذا وصف منه موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز لكونه موزوناً معلوماً كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزناً ويجري فيه ربا الفضل . فإن قيل : لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم . أجاب بقوله لأنه لا يمكن وصف موضع منه ، وهذا يشير إلى أن عدم الجواز فيه متفق عليه ، وفي تعليقه تأمل لأنه إن لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بأن يسلم في لحم الدجاج مثلاً ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره . ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب أنه أسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وإن ذكر الوزن ، فأما فيما يقتنى ويحسب للتوالد فيجوز عند الكل ، لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك وإليه مال شيخ الإسلام ، وهذا يقوي وجه التأمل . ولأبي حنيفة طريقان : أحدهما

قال: (ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز حالاً لإطلاق الحديث وخصص في السلم. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «إلى أجل معلوم» فيما رويناه، ولأنه شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم، ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي.

يكتفي به إلى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزناً أيضاً ممنوع بل ذاك مذهبهما، وبعد التسليم: أي تسليم أن ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الإسيبيجي أنه يضمن بالمثل إلا أن ينقطع من أيدي الناس، وهو الوجه لأن جريان ربا الفضل فيه قاطع بأنه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان منصوص عليها، وتام المعادلة بالمثل لأنه مثل صورة ومعنى. أما القيمة فمثل معنى فقط لأن الموجب الأصلي رد العين والمثل أقرب إلى العين، بخلاف القيمة، وكذا بتقدير تسليم استقراضه. فالفرق بين السلم والقرض أن القرض في القرض معين محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانياً بالأول. أما السلم فإنما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقتها للموجود عند القبض كعرفة مطابقتها بعد رؤية المقبوض الموجب للمثل، وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفي به: أي لا يكتفي بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولاً والمقبوض ثانياً. ولما أهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقاً ثبت الربا بين لحمي نوع متفاضلاً وإن اختلف موضعهما كلحم فخذ مع لحم ضلع قوله: (ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً) وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله (وقال الشافعي رحمه الله: يجوز السلم الحال) بأن يقول مثلاً: أسلمت هذه العشرة في كز حنطة صفتها كذا وكذا إلى آخر الشروط. وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لإطلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) <sup>(١)</sup> والظاهر أنهم لا يستدلون به لأنهم أهل حديث، وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء وإنما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الأجل فوجب نفيه، وربما استدلوا على نفيه بأنه لو شرط الأجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هو شرط جواز العقد وهي ثابتة، والظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والفرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه، ولو لم يكن قادراً حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال، بخلاف الكتابة الحالة فإن العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادراً على تسليم بدل الكتابة. وأما استدلالكم بقوله ﷺ: «من أسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» <sup>(٢)</sup> فليس معناه الأمر بالتأجيل في السلم فيمنع الحال، بل معناه: من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو إلى أجل فليكن إلى أجل معلوم، لأنه لو لم يكن كذلك لكان أيضاً أمراً بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لأن النسق في الفصول الثلاثة واحد، ونحن نقول: لا شك أن أهل الإجماع قاطبة في إخراجهم من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين إلى نفقة

أن اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم، فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود؛ ألا ترى أنه تجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والنزاع فكان المقصود مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن، وهذا يقتضي جوازه في مزروع العظم وهو مختار محمد بن شعاع. والثاني أن اللحم يشتمل على السمن والهزال، ومقاصد الناس في ذلك مختلفة، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلال وكثرته والسلم لا

قوله: (فيحتمل على المقيد الخ) أقول: على ما هو مذهب الشافعي قوله: (لما نذكره) أقول: إشارة إلى ما يذكره في حيز فإن قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيحتمل على المقيد قوله: (لأن قوله رخص في السلم الخ) أقول: وأيضاً العمل بالدليلين يوجد بحمل المطلق على المقيد على ما هو أصل الخصم، ثم قوله لأن قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين.

(١) لا أصل له بهذا اللفظ. وقد تقدم في الحديث الثاني من هذا الباب استغربه الزيلعي، وقال ابن حجر: لم أجده.

(٢) هو حديث ابن عباس قد تقدم رواه الستة.

قال: (ولا يجوز إلا بأجل معلوم) لما رويناه، ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع، والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام، وقيل أكثر من نصف يوم، والأول أصح (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع

عاجلة قادرين على البذل بقدره آجلة فلا يتحقق محل الرخصة إلا مع ذكر الأجل فلا يجوز في غيره، وكونه قادراً حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه. ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشفة ونحوه وهو ذكر الأجل فلم يلتفت بعد ذلك إلى كون المبيع معدوماً من عند المسلم إليه حقيقة أو موجوداً قادراً هو عليه؛ فقول المصنف (ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذكر الأجل، والله تعالى أعلم، وقولهم: الغرر في السلم الحال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئاً: أعني بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض في الحال، فإن الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحال قوله: (والأجل أدناه شهر إلى آخره) في التحفة: لا رواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الأجل. واختلفت الروايات عنهم. والأصح ما روي عن محمد أنه مقدر بالشهر لأنه أدنى الأجل وأقصى العاجل. وقال الصدر الشهيد: الصحيح ما روي عن الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه، وهو جدير أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه، وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله، كل هذا تنفتح فيه المنازعات، بخلاف المقدار المعين من الزمان. وفي الإيضاح: فإن قادراً نصف يوم جاز، وبعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالاً بمدّة خيار الشرط وليس بصحيح لأن التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدّة. فأما أدناه فغير مقدر انتهى. والتقدير بالثلاث يروى عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي. وصحح المصنف الأول لأنه مروى عن محمد، ولأنه مأخوذ من مسألة اليمين وهي ما إذا حلف ليقضين دينه عاجلاً فقضاه قبل تمام الشهر برّ في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم العاجل، فالشهر وما فوقه آجل، قالوا: وعليه الفتوى قوله: (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه وبذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه إذا كان لا يعرف مقداره) أما إذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع، وإنما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الإيفاء. قال (وقد مرّ من قبل) يريد أول كتاب

يكون إلا مؤجلاً، ولا يدري أنه عند المحل على أي صفة يكون، وهذه الجهالة مفضية إلى النزاع ولا ترتفع بالوصف، وهذا يقتضي عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الأصح قوله: (والتضمين بالمثل) جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع، وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لأن فيه رعاية الصورة والمعنى، والقبض يعاين: يعني أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض، ولا تفضي الجهالة به إلى المنازعة، والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع لجهالة فلا يكتفي به. قال: (ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً) السلم الحال لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى. استدلالاً بإطلاق رخص في السلم. لا يقال: مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إلى أجل معلوم» لما تذكره. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» شرط لجواز السلم إعلام الأجل كما شرط إعلام القدر. فإن قيل: معناه من أراد سلماً مؤجلاً فليسلم إلى أجل معلوم وبه نقول، والحصر ممنوع، وحينئذ لم يبق مقيداً فيحمل عليه المطلق، والدليل على ذلك قوله: «في كيل معلوم ووزن معلوم» فإنه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم إن كان كيلياً ووزن معلوم إن كان وزنياً، فيقدر إلى أجل معلوم إن كان مؤجلاً. فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة إلى التقدير لأنه خلاف الأصل. سلمناه، ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة، ولا ضرورة في التقدير في الأجل. لا يقال: العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لأجله، لأن قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي إنما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال. على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الأجل فليتأمل، ولأن السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس إذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان، وما شرع لذلك لا بد وأن يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس وإلا لم يكن مفيداً لما شرع له، والمسلم

رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل، ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاص مثلاً، فإن كان مما ينكس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه، كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله .

البيوع وهو قوله ويجوز البيع بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه، إلى أن قال: بخلاف السلم إلى آخره . وقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضاً في بيع العين بالعين لأنه يبيع ليس بمكايلة ولا مجازفة، وبيع الحنطة إنما يجوز على أحدهما، والصحيح الأول والحصر ممنوع ويتقدر التسليم فهذا يبيع مجازفة، ثم لا بد (أن يكون المكيال مما لا ينقبض وينسبط كالقصاص) والحديد والخزف (فإن كان مما ينكس بالكبس كالزنبيل) والغرارة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (إلا في قرب الماء روي عن أبي يوسف للتعامل فيه) فإنه أجازها، وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قرية من ماء النيل أو غير ذلك مثلاً بهذه القرية وعينها جاز البيع، ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز إذا عين هذه القرية، والله أعلم ولكن بمقدارها. والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل أيضاً قوله: (ولا في طعام قرية بعينها) كحنطة بلدة الفهميين والمحلة ببلاد مصر (أو ثمرة نخلة بعينها) أو بستان بعينه (لأنه قد يعتره أفة فتنتفي قدرة التسليم) قال المصنف: (وإليه أشار رسول الله ﷺ بقوله: «أرأيت لو ذهب ثمرة هذا البستان بم يستحل أحدكم مال أخيه»<sup>(١)</sup>) فإن معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع ثمناً إن لم يخرج هذا البستان شيئاً فكان في بيع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح، بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فإن احتمال أن لا ينبت في الإقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز، فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أو في البيع مطلقاً<sup>(٢)</sup>. والواقع أن معناه ورد في السلم وفي البيع، أما في السلم فما قدمناه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في تلك الحديقة النخل فلم يطلع شيء فأراد المسلم إليه أن يمنعه الثمن الذي كان أخذه وقال إنما النخل هذه السنة، حيث قال له رسول الله ﷺ: «أخذ من نخلك شيئاً؟ قال: لا، قال: بم تستحل ماله؟ اردد عليه ما أخذت منه»<sup>(٣)</sup> الحديث. وأما ما في مسلم عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «لو بعث من أخيك ثمرأ فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»<sup>(٤)</sup> فيصدق على كل من السلم والبيع، ويمكن أن يكون دليلاً على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسألة أيضاً. وفي الصحيحين عن أنس أن النبي ﷺ قال: «إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا؟»<sup>(٥)</sup> (فلو كانت

الحال ليس كذلك، لأن دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم إليه إما أن يكون قادراً على التسليم في الحال أو لا، فإن كان الأول فلا حاجة فلا دفع فلا مرخص بقبي على النافي، وإن كان الثاني فلا بد من الأجل ليحصل فيسلم وإلا لأدى إلى النزاع المخرج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض. فإن قيل: لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز ممن عنده أكرار حنطة. أوجب بأن السلم لا يكون إلا بأدنى الثمنين وهو دليل على العدم، وحقيقة أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبنى عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر. قال: (ولا يجوز إلا بأجل معلوم) إذا ثبت اشتراط الأجل في السلم لا بد من كونه معلوماً بما رويناه، وبالمعقول وهو أن الجهالة مفضية إلى المنازعة كما في البيع، فهذا يطالبه بمدد قريبة

(١) استغربه الزبلي كونه ورد في السلم وقال: إنما ورد هذا اللفظ في البيع اهـ. نصب الراية ٥٠/٤ ووافق ابن حجر في الدراية ١٦٠/٢.

(٢) كان المصنف يُعَرِّضُ بالزبلي. حيث قال: ورد في البيع.

(٣) تقدم قبل خمسة أحاديث. وإسناده وإب. واعترف ابن الهمام هناك بذلك حيث قال: فيه وإب مجهول وذلك موافقة منه للزبلي.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٥٤ وأبو داود ٣٤٧٠ والنسائي ٣١٢/٧ والدارمي ٢٥٢/٢ وإبن ماجه ٢٢١٩ وإبن الجارود ٦٣٩ وإبن حبان ٥٠٣٤

و ٥٠٣٥ والدارقطني ٣٠٠/٣ والبيهقي ٣٠٦/٥ من طرق كلهم من حديث جابر.

(٥) حديث أنس متفق عليه تقدم في بيع الثمار.

قال: (ولا في طعام قرية بعينها) أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتره آفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال: «أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه؟» ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشماني ببخارى والبساخي بفرغانة.

نسبة الثمرة إلى قرية) معينة (ليبان الصفة) لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالخشماني والبساخي) ببخارى وهي قرية حنطتها جيدة (بفرغانة لا بأس به) ولأنه لا يراد خصوص النبات هناك، بل الإقليم، ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لأنه إقليم، وكذا إذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكامله، فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء، وكذا في ديار مصر في قمح الصعيد. والذي في الخلاصة وذكر معناه في المجتبى وفي غيره: لو أسلم في حنطة بخارى أو حنطة سمرقند أو إسبجج لا يجوز لتوهم انقطاعه. ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز، وفي ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذ الإضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع، بخلاف إضافة الثوب لأنها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان، ولذا لو أتى المسلم إليه في ثوب هروي بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي: يعني من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله، فظهر أن المانع والمقتضى العرف، فإن تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز وإلا فلا يبيته ما في الخلاصة قال: لو كان ذكر النسبة لا لتعيين المكان كالخشماني فإنه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم، وإن كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم وإلا لا، أما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه. وفي شرح الطحاوي: لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لأنها منقطعة في الحال، وكونها موجودة في وقت العقد إلى وقت المحل شرط لصحة السلم قوله: (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا بسبع شرائط) تذكر في العقد. وأما عندهما فهي الخمس الأولى. ولا شك أن للسلم شروطاً غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها. وشرائط جمع شريطة؛ فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الأصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطاً وسبع على تقديرها شريطة وكل وارد على اعتبار خاص، والمعروف من النسخ ليس إلا المشهور سبع شرائط (جنس معلوم كحنطة شعير نوع معلوم كسقية) وهي ما يسقى سَيْحاً (أو بخسية) وهي ما يسقى بالمطر ونسبت إلى البخس لأنها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السيح غالباً (وصفة معلومة كخيد رديء) وسط مشعر سالم من الشعير (ومقدار معلوم كذا كيلاً بمكيال معلوم) فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل، فإن ما يجوز كونه مسلماً فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس، فإن النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والأصل فيه: أي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا: يعني قوله ﷺ: «من أسلم منكم»<sup>(١)</sup> الحديث، نص على شرطي القدر المعلوم والأجل المعلوم، وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور إرادة الضبط المنافي للمنازعة.

وذلك يؤديه في بعيدها. واختلف في أدنى الأجل فقبل أدناه شهر استدلال بمسألة كتاب الأيمان. حلف ليقضين دينه عاجلاً ففضاه قبل تمام الشهر بز في يمينه، فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الأجل، وقيل ثلاثة أيام، وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي أستاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتباراً بخيار الشرط، وليس بصحيح لأن الثلاثة ثم بيان أقصى المدة، فأما أدناه فغير مقدر، وقيل أكثر من نصف يوم لأن المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم، وبه قال أبو بكر الرازي، والأول أصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الأيمان. قال: (ولا يجوز السلم بمكيال رجال بعينه) لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه إذا لم يعلم مقداره لأن التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع

(١) هو بعض حديث ابن عباس تقدم مراراً.

قال: (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط: جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (ونوع معلوم) كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو رديء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيباً بمكيال معروف وكذا وزناً (وأجل معلوم) والأصل فيه ما روينا والفقهاء فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة) وقالوا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد، فهاتان مسألتان. ولهما في الأولى

وقوله: (والفقهاء فيه ما بينا) يعني قوله ولأن الجهالة مفضية إلى المنازعة (و) السادس (ذكر مقدار رأس المال إذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه، وهو أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة، وهذا الشرط في قدره احترازاً عما إذا كان ثوباً لأن الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط، ولهذا لو اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة، ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيئاً من الثمن، والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط إعلامه لأن الأوصاف لا يقابلها شيء فجهالة قدر الذرعان لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه، وهنا المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد، وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقاً فصارت أحد عشر شرطاً. والثاني عشر تسمية مكان الإيفاء وهو يخص المسلم فيه. والثالث عشر أن لا يشمل البدلين إحدى عتلي الربا لأن أفراد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط. والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم، وفي التبر روايتان. والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة، كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجل إعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة) أي إذا كان نقله يحتاج إلى أجرة ونحوه لثقله (وقالوا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً) يقبضه دفعة (ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد، فهاتان مسألتان) خلافتان بينه وبينهما (لهما في الأولى) ويقولهما قال مالك وأحمد والشافعي في قول إن المقصود من إعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة (يحصل بالإشارة) إلى العين الثمن المعجل فأغنى عن إعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل، والأجرة المعجلة في الإجارة والمضاربة إذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فإنه جائز وكرأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فإنه لا يشترط فيه إعلام كمية ذرعائه بالاتفاق وله. ما روي عن ابن عمر أنه قال به، وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس. والقياس على المسلم فيه بجامع أنه عوض تناوله عقد السلم، ولأن جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقاً وجهالة رأس المال مؤد إليه، وما يؤدي إلى الممتنع شرعاً ممتنع شرعاً. بيان تأديته إليه أنه ربما ينفق رأس المال كما ينفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورده، وقد يكون أكثر رأس المال زيوفاً فإنه إذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد السلم عند أبي حنيفة لأنه لا يجيز الاستبدال في أكثر من النصف خلافاً لهما، وقد لا يتفق الاستبدال بها في مجلس الرد فيفسخ العقد في مقدار

يفضي إلى المنازعة، ويعلم من هذا أن المكيال إذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الإناء المجهول القدر يبدأ بيد لا بأس بذلك لحصول الأمن من المنازعة، وقد مر: يعني في أول البيوع أن البيع يبدأ بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لأن القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك، لكن لا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينيسط كما إذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها؛ أما إذا كان مما ينكبس بالكيس كالزنبيل بكسر الزاي لأن فعلاً بفتح الفاء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فإنه لا يجوز لإفضائه إلى المنازعة إلا أن أبا يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قرية بهذه القرية من ماء للتعامل. قال: (ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها) لأن انقطاعه عن أيدي الناس بعروض آفة موهوم (فتنتفي القدرة على التسليم) أشار إلى ذلك قوله ﷺ حين سئل عن السلم في ثمر فلان «أما من ثمر حائط فلان فلا، أريت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه؟» ولا خفاء في كونه منه عليه الصلاة والسلام بياناً بطريق

أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب. ولأبي حنيفة أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً ولا يستبدل في المجلس، فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال، والموهوم في هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المنافي، بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره. ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما،

ذلك، فإذا لم يكن قدر المكيل معلوماً لم يدر في كم انتقص وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار، وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضاً، وهذا وإن كان موهوماً فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم (لشرعه مع المنافي) وهو كون المبيع معدوماً فإن ما يشرع لذلك يكون ضعيفاً في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور، وهذا في الحقيقة لتعليل قوله ﷺ «أرأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الحائط بم يستحل أحدكم مال أخيه؟»<sup>(١)</sup> (بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأن الذرع وصف فيه) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فإذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الأوصاف فلا يتعلق العقد على قدره، ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجهول رأس مال مخرقاً وسمى عدداً من الذرعان فيه فوجده المسلم إليه. أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تالفاً لا ينتقص من المسلم فيه شيء، بل المسلم إليه بالخيار إن شاء رضي به بكل المسلم فيه، وإن شاء فسح لفوات الوصف المرغوب فيه. واستشكل بأن هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فإن في وجود الزيف احتمالاً، ثم اختيار الرد كذلك، ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه أيضاً ذلك، والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث<sup>(٢)</sup> فإن المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا تخرج الثمرة. أوجب تارة بأنها شبهة واحدة فإن الكل مبني على وجود الزيف، وتارة بأن السؤال فاسد لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالتقدم مع النسبية، وليس هذا كذلك وإنما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن

التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها. وقوله مال أخيه أراد به رأس المال: أي لو لم تحصل الثمرة فبأي طريق يحل رأس المال للمسلم إليه ولو كان النسبة إلى قرية بعينها لبيان الصفة: أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنط تلك القرية المعينة كالخشمراي ببخارى والبساخي بفرغانة جاز العقد، فإن تعيين الخشمراي ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس إلا، بل باعتبار أن صفة الحنطة مثلاً مثل صفة حنطة الخشمراي، وعلى هذا ظهر الفرق بين ما إذا أسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما إذا أسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الأول، فإن نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان، فإن الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغيرها يسمى هروباً. وإذا أتى المسلم إليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة أوجب رب السلم على القبول، بخلاف الحنطة فإن حنطة هراة ما نبتت بأرض هراة والنابت في غيرها لا ينسب إليها وإن كان بتلك الصفة فكان تعييناً للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالأول. قال: قوله: (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما على خمسة، فأما المتفق عليه فهو أن يكون في جنس معلوم حنطة أو غيرها ونوع معلوم سقية أو بخسية، والبخسي خلاف السقي منسوب إلى البخس، وهي الأرض التي تسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء. وصفة معلومة جيدة أو رديئة، ومقدار معلوم عشرين كراً بمكيال معروف أو عشرين رطلاً، وأجل معلوم. والأصل في ذلك من المنقول ما رويناه من قوله ﷺ «من أسلم منكم» الخ، ومن المعنى الفقهي ما بينا أن الجهالة فيه مفضية إلى النزاع، فأما المختلف فيه (فمعرفة مقدار رأس المال إن كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل) بفتح الخاء (ومؤنة ومعناه ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمال)، فهذان شرطان لصحته عند أبي حنيفة، وهو المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافاً لهما. قال في المسألة الأولى: إن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة: يعني إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة في الإجارة وأشير إليهما جاز وإن لم يعرف مقدارهما، فكذا ينبغي أن يكتبني بالإشارة في رأس المال بجامع كونه بدلاً وصار

(١) تقدم في بيع الثمار، وتقدم أيضاً قبل حديث واحد.

(٢) هو المتقدم.

أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما. ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر فصار كالقرض والغصب. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين، بخلاف القرض والغصب، وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تقضي إلى المنازعة، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان، صار كجهالة الصفة، وعن هذا قال من

طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق، ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد إجماعنا على أنه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحلول. قال المصنف (ومن فروعه) أي من فروع الخلاف في معرفة قدر رأس المال (إذا أسلم في جنسين) ككز حنطة وكز شعير عشرة مثلاً (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم جنسين) كدنانير ودرهم في جنس واحد كز أو أسلم تمرأ وحنطة معينين في كذا منا من الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضاً لاتحاد الصفة أو (لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولاً. ولهما في) المسألة (الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (أن مكان العقد يتعين) للإيفاء (لوجود العقد) فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرافه باشتراط مكان غيره. وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق، فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره، فإن تغيير مقتضى العقد مردود أو هو مفسد على ما هو رواية العقد يقتضيها معاً، فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر كذلك وصار المكان كالزمان الذي هو أول أوقات الإمكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم أو للاداء على قول الكرخي في الأمر المطلق، وتقديره أن التسليم يحتاج إلى مكان وهذا المكان لا يزاحم فيه غيره فيتعين كأول أوقات الإمكان، وإلحاقاً أيضاً بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان

كما إذا كان رأس المال ثوباً فإن الإشارة فيه تكفي اتفاقاً وإن لم يعرف ذرعاته. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً ولا يستبدل في المجلس، فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي، وتحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لأن المسلم إليه يتفق رأس المال شيئاً فشيئاً، وربما يجد بعض ذلك زيوفاً ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده، فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقض السلم أو في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها. وقوله: (أو ربما) وجه آخر لفساده، وهو أن المسلم إليه (قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ إلا رأس ماله) وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك. فإن قيل: ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص. أجاب المصنف حبه الله بأن (الموهوم في هذا العقد كالمحقق) (لشرعه مع المنافي) إذ القياس يخالفه؛ ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده إلى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر أدنى الأجل أكثر من نصف يوم. فإن قيل: في هذا اعتبر للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفاً فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد، وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد أيضاً محتمل، والمعتبر هي دون النازل عنها. فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذلك، وقيل بل هذه شبهة واحدة لأن كلاً منهما مبني على وجوده زيفاً والأول أظهر قوله: (بخلاف الثوب) جواب عما قاساه عليه من الثوب. وتقديره أن الثوب لا يتعلق العقد على مقداره (لأن الذرع) في الثوب المعين (صفة) ولهذا لو وجده زائداً على المسمى سلم له الزيادة مجاناً، ولو وجده ناقصاً لم يحط شيئاً من الثمن وقد تقدم، وليس كلامنا في ذلك، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياساً مع الفارق، ولم يجب عن الثمن والأجرة لأن دليله تضمن ذلك، فإن البيع والإجارة لا ينفسخان برد الثمن والأجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد. ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما إذا أسلم مائة في كز حنطة وكز شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوماً. وعندهما يجوز لأن الإشارة إلى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت، أو أسلم دراهم ودنانير في كز حنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فإنه لا يجوز عنده لأن مقدار أحدهما إذا كان مجهولاً يبطل العقد في

قال من المشايخ رحمهم الله إن الاختلاف فيه عنده يوجب التخالف كما في الصفة. وقيل على عكسه لأن تعيين المكان قضية العقد عندهما، وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة، وصورتها إذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب

الغصب والقرض والاستهلاك. ويرد أن كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينقض بما إذا اشترى كراً وشرط على البائع حمله إلى منزله فيفسد سواء اشتراه في المصر أو خارجه. أوجب بالفرق بأن المشتري يملك العين بمجرد شرائها، فإذا شرط حمله فقد شرط عملاً في ملكه مع الشراء ثم سمي الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بائعاً آجراً ومشترياً مستأجراً معاً فهو صفقة في صفقة فيفسد. أما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لأن المعقود عليه دين لا عين، فإنما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان إلى آخر عمل من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائعاً وآجراً. وأورد أيضاً في الفوائد الظهيرية عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم تعيينه، فإنه قال في رجل باع طعاماً والطعام في السواد إن كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له، وإن لم يعلم فله الخيار. ولو تعين مكان البيع مكاناً للتسليم لم يكن له الخيار، ثم قيل: إنما يجوز البيع إذا كانت خوابي الحنطة في بيت واحد، فإن كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لإفضائه إلى المنازعة لأن المشتري يطالبه بالتسليم في أقرب الأماكن والبائع يسلمه إليه في الأبعد، وهذا كله دليل أن مكان البيع لا يتعين. أجاب بأنه إنما يتعين إذا كان المبيع حاضراً والمبيع في السلم حاضر لأنه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين إذا كان (ولأبي حنيفة أن التسليم) في السلم (غير واجب في الحال فلا يتعين) مكان العقد (بخلاف القرض والغصب) فإن التسليم فيها واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال، وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فإنه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما قال من أن وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه، بل العقد يوجب التسليم فقط إلا إن اقتضى أمراً آخر تعيين مكانه (فإذا لم يتعين فالجهالة تفضي إلى المنازعة، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن فلا بد من البيان) دفعاً للمنازعة لأن المسلم يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترتفع قيمته والمسلم إليه على

حصته لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصة الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر، وعندهما يجوز لوجود الإشارة. وقال في المسألة الثانية: إن مكان العقد يتعين للإيفاء لأن العقد الموجب للتسليم وجد فيه، وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فإن التسليم يجب في موضع العقد، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر لعدم ما يوجهه وما هو كذلك يتعين كأول أوقات الإمكان في الأوامر، فإن الجزء الأول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه، وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعيين مكانهما للتسليم. ونوقض بما إذا باع طعاماً وهو في السواد، فإنه روي عن محمد رحمه الله أن المشتري إن كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له، وإن لم يعلم فله الخيار، ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار. وعورض بأن مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين، فإن من اشترى كراً حنطة وشرط على البائع الحمل إلى منزله وفسد عقده اشتراها في المصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه. والجواب عن النقض أن مكان البيع يتعين للتسليم إذا كان المبيع حاضراً والمبيع في السلم حاضر لأنه في ذمة المسلم إليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضراً بحضوره، وفيه نظر لأن فيه قيداً لم يذكر في التعليل ومثله يعد انقطاعاً. وعن المعارضة بأن التعيين بالدلالة، فإذا جاء بصريح يخالفها يبطلها، وإنما فسد في بيع العين لأنه قابل الثمن بالمبيع والحمل فتصير صفقة في صفقة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشتراط الأجل بالاتفاق، وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لأن موضع الالتزام إنما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتاً على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلاً، بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فإن تسليمها

قوله: (لأن العقد الموجب، إلى قوله: ولأنه لا يزاحمه) أقول: والظاهر عندي أن المجموع دليل واحد للمدعي، إذ لا يتم أحدهما إلا بالآخر فليتدبر.

أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة. وقيل لا يشترط ذلك في الثمن. والصحيح أنه يشترط إذا كان مؤجلاً، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء.

قال: (وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع) لأنه لا تختلف قيمته (ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه) قال رضي الله عنه: وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع. وذكر في الإجازات أنه يوفيه في

عكسه. وبخلاف رأس المال لأن تسليمه واجب للحال فافتقرا، وإلحاقه بالأمر في تعيين أول الأوقات بلا جامع، لكن لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع إذ لا ملازمة تظهر، وما المانع من تعيينه مع تأخر التسليم حتى إذا حل الأجل وجب تسليمه في ذلك المكان، فالأولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان وإلحاقهما بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم وبالثمن في العين محل النزاع، لأن أبا حنيفة في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضاً إذا كان مؤجلاً، وأنه يجب تعيينه أيضاً كما سيذكره المصنف ورأس مال السلم يمنع فيه حكم الأصل، فإننا لا نعين مكان العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق لنفي الكاليء بالكاليء. فلو عقدا السلم ومشياً فرسخاً ثم سلمه إليه قبل أن يفارقه جاز. وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه. قلنا: نعم ولا يستلزم الموجب في مكان أن يوجب مقتضاه في ذلك المكان فإنه لا ملازمة عقلية في ذلك لأنه يجوز أن يوجد في مكان وأثره الإيجاب مطلقاً فلا تثبت هذه الملازمة إلا سمعاً قوله: (وعن هذا) أي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ: إن الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده، كما لو اختلفا في صفة الثمن أو المثلث فإن اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة، فهو كما إذا اختلفا في جودته ورداءته. وقيل على

يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه. قال أبو حنيفة: رأيت لو عقداً عقد السلم في السفينة في لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الأجل، هذا مما لا يقوله عاقل. وإذ ثبت أن مكان العقد لم يتعين للإيفاء بقي مكان الإيفاء مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه السلم والمسلم إليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان (وعن هذا) أي عما ذكرنا أن جهالة المكان كجهالة الوصف قال: (من قال من المشايخ إن الاختلاف في المكان يوجب التحالف) عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البدلين وقيل: (على عكسه) أي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم إليه. وعندهما يوجب لأن تعيين المكان قضية العقد: أي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد. وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الأجل، والاختلاف فيه لا يوجب التحالف، وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة. وصورة الثمن: اشترى شيئاً بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده، وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد. وقيل إنه لا يشترط بالاتفاق، والأول أصح (وهو اختيار شمس الأئمة) لأن الثمن مثل الأجرة وهي منصوص عليها في كتاب الإجازات. وصورة الأجرة: استأجر داراً أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده خلافاً لهما ويتعين في إجارة الدار مكانها، وفي الدابة تسلم في مكان تسليمها. وصورة القسمة: اقتسما داراً وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلاً أو موزوناً موصوفاً في الذمة يشترط عنده بيان مكان الإيفاء خلافاً لهما ويتعين مكان القسمة. قال: (وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء الخ) وقد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة. وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو أمر إنساناً بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجاناً. وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة، وانفقوا على أن بيان مكان الإيفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة، ولكن هل يتعين مكان العقد للإيفاء؟ فيه روايتان (في رواية الجامع الصغير وبيوع الأصل) يتعين لأنه موضع الالتزام فيرجح على غيره وذكر في الإجازات (يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح، لأن الأماكن كلها سواء) إذ المالية لا

قوله: (قال رأيت لو عقدا السلم الخ) أقول: ناظر إلى قوله: (ولأبي حنيفة يعني قال ولأبي حنيفة رأيت الخ).

قال المصنف: (لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه) أقول: هذا لا يلائم لما ذكره أبو حنيفة في تعليق المسألة الثانية فتأمل.

أي مكان شاء، وهو الأصح لأن الأماكن كلها سواء، ولا وجوب في الحال. ولو عينا مكاناً؛ قيل لا يتعين لأنه لا يفيد، وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا.

عكسه: أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم إليه، لأن تعيين المكان ليس قضية العقد عنده. وعندهما يتحالفان لأن تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف فالاختلاف فيه يوجب التحالف بالإجماع فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) في البيع الناجز إذا كان له مؤنة حمل وهو مؤجل في بيع العين (والأجرة) بأن استأجر داراً مثلاً بما له حمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمة) فيما (إذا اقتسما داراً وجعلنا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة. وقيل لا يشترط ذلك في الثمن) بالإجماع (والصحيح أنه يشترط) عنده (إذا كان موجلاً وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي. وعندهما يتعين مكان الدار) في القسمة (ومكان تسليم الدابة) في الإجارة (للإيفاء) قوله: (وما لم يكن له حمل ومؤنة) كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ: يعني القليل منه وإلا فقد يسلم في أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحياناً، وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء عندهم وهو الأصح من قول الشافعي (ويوفيه في المكان الذي أسلمه فيه) وكلما قلنا يتعين مكان العقد معناه إذا كان مما يتأتى التسليم فيه ومالاً بأن أسلم إليه درهماً في مركب في البحر أو جبل فإنه يجب في أقرب الأماكن التي يمكن فيها منه. قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعني من أصل المبسوط، وذكر في الإجازات من أصل المبسوط (يوفيه في أي مكان شاء، وهو الأصح) والأصح من قول الشافعي أيضاً (لأن الأماكن كلها سواء) إذ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة، بل بجزء الوجود وقتله وكثرة رغبات الناس وقتلها، بخلاف ما له مؤنة فإن الحنطة والحطب يوجد في المصر والسواد ثم يشتري في المصر بأكثر مما يشتري في السواد (ولو عينا مكاناً، قيل لا يتعين لأنه لا يفيد) والشرط الذي لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الأصح، وبه قال الشافعي وأحمد، ذكره في التحفة (ثم لو عينا المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعني أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة. قيل هذا إذا لم يكن المصر عظيماً، فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز إلا أن يبين لأنه مفض إلى المنازعة، ذكره في المحيط. ولو شرط أن يوفيه في مكان يحمله إلى منزله لا خير فيه. ولو شرط الحمل إلى منزله ابتداء قيل يجوز استحساناً. وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم. وقيل إنما لا يجوز قياساً إذا شرط الإيفاء في موضع ثم الحمل إلى منزله. أما لو شرط الإيفاء في منزله فيجوز قياساً واستحساناً. وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه إلى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً، وعند محمد لا يجوز، هذا إذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة، فإن كان لا يجوز البيع. ولو اشترى طعاماً بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالإجماع كيفما كان،

تختلف باختلاف الأماكن فيه قوله: (ولا وجوب في الحال) جواب عما يقال يجوز أن يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره، فلو عين مكاناً قيل لا يتعين لأنه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة، ولا تختلف ماليته باختلاف الأمكنة: وقيل يتعين وهو الأصح لأنه يفيد رب السلم سقوط خطر الطريق، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من أنه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة. وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والأجرة والقسمة. وقيل هذا إذا لم يكن المصر عظيماً، فلو كان بين

قوله: (وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والأجرة والقسمة) أقول: لا يخفى عليك بعد هذا القيل قوله: (فإذا افترقا كذلك) أقول: يعني إذا افترقا من غير قبض قوله: (وهذا وجه الاستحسان) أقول: أشار بقوله هذا إلى قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل

قال: (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الكالء بالكالء وإن كان عيناً، فلأن السلم أخذ عاجل بأجل، إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم، ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم، ولهذا قلنا: لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم، وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير

ولو شرط أن يوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء إلى الموضع المشروط صار قابضاً، ولا يجوز أخذ الكراء وإن شاء رده إليه لئلا يسلمه في المكان المشروط لأنه حقه قوله: (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدنأ. تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما إذا كان رأس المال (من النقود فلأنه) لو لم يقبض (افتراق عن دين بدين) لأنها لا تتعين فلا يقع العقد إلا على دين في الذمة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله ﷺ عن الكالء بالكالء)<sup>(١)</sup> أي النسبة بالنسبة، إلا أن مالكاً رحمه الله يجيز التأخير ويقول: إذا لم يشرط التأجيل لا يخرج إلى الدين عرفاً، ويقولنا قال الشافعي وأحمد (وإن كان عيناً) ففي القياس لا يشترط تعجيله لأن عدم تسليمه لا يؤدي إلى بيع دين بدين بل بيع عين بدين. وفي الاستحسان يشترط إعمالاً لمقتضى الاسم الشرعي، لأن الإسلام والإسلاف في كذا ينبىء عن تعجيل المسلم دون الآخر لأن وضعها في الأصل لأخذ عاجل بأجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها لو فرضنا فرضاً أنها صارت إعلماً فأصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناها من الأحكام فلزم التعجيل (ولأنه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) إليه إذ الفرض إفلاسه وحاجته إلى العقد لإفلاسه فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه إلى الأجل (و) لهذا: أي لاشتراط التسليم قلنا: (لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم) الذي هو الملك، وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر، فإنه وإن خرج البذل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الآخر، وعلى قولهما هو ملك متزلزل فإنه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لأن تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض، وهذا بخلاف الاستحقاق فإن رأس المال إذا ظهر مستحقاً لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز إجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وإن كان

نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لأن فيه جهالة مفضية إلى المنازعة. قال: (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لا يبقى صحيحاً بعد وقوعه على الصحة إذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صحبه بدنأ لا مكاناً، حتى لو مشياً فرسخاً قبل القبض لم يفسخ ما لم يتفرقا عن غير قبض، فإذا افترقا كذلك فسد، أما إذا كان رأس المال من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين، وقد نهى النبي ﷺ عن الكالء بالكالء: أي النسبة بالنسبة وإن كان عيناً، فلأن السلم أخذ عاجل بأجل، إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل، والمسلم فيه أجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلاً ليكون الحكم ثابتاً على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فإنها عقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسمائها لغة، وهذا وجه الاستحسان، والقياس جوازه، لأن العروض تتعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يؤدي إلى بيع الدين بالدين، بخلاف الدراهم، ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب: أي ليتصرف المسلم إليه فيه فيقدر

قوله: (والقياس جوازه الخ) أقول: إذا كان رأس المال عيناً قال المصنف: (ولأنه لا بد من تسليم رأس المال) أقول: في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كما لا يخفى. ثم اعلم أن قوله ولأنه لا بد الخ الشارح معطوف على قوله فلأن السلم أخذ عاجل بأجل. قوله: (لأن خيار الشرط يمنع)، إلى قوله: (والقبض مبني عليه الخ) أقول: فيه أنه حينئذ يكون مانعاً عن القبض نفسه لا عن تمامه قوله: (أحدهما أن الضمير في قوله فيه) أقول: حيث قال: وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية قوله: (ويجوز أن يعود إلى قوله التهمة) أقول: فيه بحث.

(١) تقدم تخريجه في باب الربا وإسناده غير قوي.

مفيد، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض، ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافاً لزفر، وقد مر نظيره (وجملة الشروط جمعوها في قولهم إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله، فإن أسلم مائتي درهم في كَر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالمسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد) لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ، إذ السلم وقع صحيحاً، ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا،

الاستحقاق يمنع الملك لأن منعه الملك ليس بقضية السبب. بل السبب وجد مطلقاً لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز أن يجيز ذلك الغير، فإذا أجاز التحقت الإجارة بحالة العقد. بخلاف خيار الشرط فإن عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالمعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالإبطال من عدم القبض، وهذا لأن المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم أصلاً وهو الملك فلا قبض، ولذا قلنا إن إعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف إذا كان في البيع خيار للبائع وإعتاق المشتري من الفضولي يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار رؤية) بالإجماع (لأنه غير مفيد) إذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة، فإذا رد المقبوض عاد ديناً كما كان لأنه لم يرد عين ما تناوله العقد قد ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله، ولأن إعلام الدين ليس إلا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية، ذكره في الكافي. ولا يشكل بالاستصناع فإنه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية: يعني إذا رد ما يأتي به ينفسخ لأننا لا نسلم أن المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سيأتي، وأما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح لأنه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة، وهذا إذا كان عيناً مثلياً أو قيمياً (بخلاف خيار العيب) في المسلم فيه فإنه يصح (لأنه لا يمنع تمام القبض) لأن تمامه بتمام الصفقة وتامهما بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد قوله: (ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز) السلم (خلافاً لزفر) وإنما قيد بقيام رأس المال لأنهما لو أسقطاه بعد إنفاقه أو استهلاكه لا يعود صحيحاً اتفاقاً لأنه بالإهلاك صار ديناً في ذمة المسلم إليه، فلو صح كان برأس مال هو دين، وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد، ولأنه الآن في معنى الابتداء، إذ قبل الإسقاط لم يكن للعقد وجود شرعاً، وقول الشافعي ومالك كقول زفر (وقد مرّ نظيره) في باب البيع الفاسد، وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل حلوله ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لهم. قال المصنف رحمه الله (وجملة الشروط جمعوها إلى آخره) بإعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تتم خمسة، ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني إذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية أو غطريفية، فإن لم تختلف وتساوت رواجاً يعطيه من أيها شاء، ولو تفاوتت رواجاً انصرف إلى غالب نقد البلد كما في البيع، وينبغي في ديارنا إذا سمي

على التسليم (ولهذا) أي ولاشترط القبض (قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما، لأن خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الاعتقاد في حق الحكم) وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه، وما كان مانعاً من المبني عليه فهو مانع عن المبني، وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لأن فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين، فلو رد المأخوذ عاد إلى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانياً وثالثاً إلى ما لا يتناهى، فإذا لم يفد فائدته لا يجوز إثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لأن العقد ينفسخ عند الرؤية إذا رد المبيع لأنه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ، قيل فيه إشكالان: أحدهما أن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه، لا سبيل إلى الأول لأن خير الرؤية ثابت في رأس المال، صرح به في التحفة وقال: لا يفسد به السلم، ولا إلى الثاني لانقضاء التقريب لأنه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق، وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان أجنبياً. والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية. والجواب عن الأول أنه يعود للمسلم فيه وذكره استطراداً، ويجوز أن يعود

وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع؛ ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحاً.

مؤيدية يعطيه الأشرفية والجقمقية لتعارف تسمية الكل مؤيدية، والاستواء في المالية والرواج وإعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الإيفاء يتم أحد عشر، وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع، فإن القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا، ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وإفلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وأن لا يكون حيواناً، وانتقاد رأس المال إذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وأن لا يشمل البدلين إحدى عنتي الربا وعدم الخيار، فظهر أن قوله وجملة الشروط لم يتم. ثم فرغ على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كز حنطة (منها مائة دين على المسلم إليه ونفده مائة أن السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافاً لزفر رحمه الله. وجه قوله أنه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد. أيضاً فقد جعل قبول العقد في صحة الدين شرطاً لقبوله في صحة النقد فهذا شرط فاسد. ولنا أن الفساد طارئ. فلا يشيع في غير محل المفسد، أما إن أضاف العقد إلى مائتين مطلقاً بأن قال أسلمت إليك مائتين في كذا ثم جعل إحداهما الدين فظاهر، وأما إن أضاف إلى الدين والعين جميعاً بأن قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك، وإن قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين، والصحيح أن الجواب فيهما عدم الفساد عنده لأن العقد لا يتقيد بالدين، ولو قيد به بدليل: من اشترى عبداً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل إلا إذا كان يعلمان عدم الدين فيفسد لأمر آخر وهو أنهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعاً بلا ثمن، بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فإنه يشيع الفساد، ولذا قيد المصنف كون المائة ديناً على المسلم إليه لأن المائة على الأجنبي ليست مالاً في حقهما، وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك، بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة، ولهذا لو نقض المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول في الفاسد شرطاً إلى آخره إذ لم يلزم الفساد بالإضافة لفظاً إلى الدين وكان الفساد طارئاً بلا شبهة. وقال في المنظومة:

إن كان رأس المال نوعين نقد هذا ودين ذاك فالكل فسد  
إن لم يبين قسط ذا وقسط ذا والبر في الشعير والزيت كذا

فاستشكلت على مسألة الكتاب فقيل: إنما قيد بالنوعين، لأنه إذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية. واستشكله صاحب الحواشي على قول أبي حنيفة لأن عنده إذا ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر لأنه يصير قبول الفاسد شرطاً إلى آخره، قال: إلا أن هذا في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لا في الطارئ، وهذا طارئ لأن قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة، أما العقد في نفسه فصحيح. واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصنف بأن هذا يقتضي أن لا يفسد في النقد إذا كان رأس المال نوعين

إلى رأس المال وهو إن كان ديناً في الذمة يتسلسل ولا يفيد، وإن كان عيناً وجب أن لا يفيد لإفضائه إلى التهمة. وعن الثاني أنا لا نسلم أن المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيبيء في الاستصناع، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض لأن تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد (ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخلو إما أن يكون رأس المال قائماً أو لا، فإن كان الثاني لم يصح العقد بالإسقاط لأن ابتداءه برأس مال هو دين لا يجوز فكذا إتمامه بإسقاط الخيار، وفيه نظر فإن البقاء أسهل من الابتداء. والجواب أنه اتفقي فالتشكيك فيه غير مسموع، وإن كان الأول جاز خلافاً لزفر وقد مر نظيره، وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل الحلول فإنه ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لزفر. قال: (وجملة الشروط جمعها) جمع المشايخ جملة شروط السلم في إعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تعجيله، والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم، وفي إعلام المسلم فيه وهو يشتمل

قال: (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد. وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه) لأنه تصرف فيه (فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» أي عند الفسخ، ولأنه أخذ شيئاً

أيضاً، ثم قال: يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسألة التي قدمها المصنف تفريعاً على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال إذا كان مما يتعلق العقد على قدره، فإذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى. وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراط معرفة مقدار رأس المال إلا أن على هذا لا حاجة إلى تقييد المنظومة بكون أحدهما ديناً فإنه لو كان عينين فسد فيهما لذلك أيضاً قوله: (ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض: أما الأول) وهو رأس المال فإنما لا يجوز للمسلم إليه التصرف قبل قبضه لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق (وأما الثاني) وهو المسلم فيه (فإنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز) لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به، أما لو دفع المسلم إليه ما هو أردأ من المشروط فقبله رب السلم أو أجود فإنه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فإنه جنس حقه فهو كترك بعض حقه وإسقاطه في حق باب السلم ومن جنس القضاء في حق المسلم إليه، وقول القدوري بعد ذلك (ولا تجوز الشركة و) لا (التولية) مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعهما في المسلم فيه، بخلاف المرابحة والوضيعة فإنه غير معتاد ولأنه دين، وفي الوضيعة إضرار برب السلم فيباعد وجودهما، بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه به فإنه قريب، والشركة هي معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه به، وقيل هو احتراز عن قول البعض إن التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم قوله: (فإن تقايلا السلم لم يكن له) أي لرب السلم (أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله ﷺ: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»<sup>(١)</sup> أخرج أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»<sup>(٢)</sup> وهذا يقتضي أن لا يأخذ

على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر، وفي تأجيله: يعني إلى أجل معلوم، وقد تقدم بيان مقداره، وفي بيان مكان الإيفاء كما مر، وفي القدرة على تحصيله وهو أن لا ينقطع كما بينا (فإن أسلم مائتي درهم في كز حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في إحداهما إلى الدين لفوات القبض. ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه، ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحاً؛ أما إذا أطلق ثم جعل المائة من رأس المال قصاصاً بالدين فلا إشكال في طروقه، كما لو باع عبيدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي مبيعاً بالحصة الطارئة، وأما إذا أضاف إلى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح، وهذا لأن النقود لا

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤٥/٣ من حديث أبي سعيد وإسناده ضعيف لضعف العوفي ولفظه سيأتي عقب رواية أبي داود.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٤٦٨ وابن ماجه ٢٢٨٣ والدارقطني ٤٥/٣ والبيهقي ٢٥/٦ كلهم من طريق عطية بن سعد العوفي عن أبي سعيد مرفوعاً.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٥١/٤ ما ملخصه: ورواه الترمذي في علله الكبير وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وهو حديث حسن. وقال عبد الحق: عطية العوفي لا يحتج به.

وقال ابن عبد الهادي: عطية ضعفه أحمد وغيره، والترمذي يحسن حديثه. وقال ابن عدي: ومع ضعفه يكتب حديثه ١ هـ. ومن طريق العوفي أورده ابن أبي حاتم في علله ١١٥٨ وقال: قال أبي: إنما هو عطية العوفي عن ابن عباس قوله. وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢٥/٣: عطية العوفي ضعيف وأعله أبو حاتم، والبيهقي، وابن القطان، وعبد الحق بالضعف، والاضطراب ١ هـ.

قلت: أعله أبو حاتم بالوقف فقط كما تقدم ١ هـ. وقال الحافظ في التقریب عن العوفي: صدوق يخطيء كثيراً وكان شيعياً مدلساً ١ هـ.

قلت: فهذه علة ثالثة: وهي أنه رواه عن عنة، وهو مدلس. وأما الأولى: فإن العوفي واه، وأما الثانية: اضطرب فيه وقد صوب أبو حاتم وصفه. فهذه علة ثلاث تنقد بالحديث فهو ضعيف والله اعلم.

بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه، وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله، إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه، وفيه خلاف زفر رحمه الله، والحجة عليه ما ذكرناه.

إلا هو. ورواه الترمذي وحسنه وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه. وأخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور<sup>(١)</sup> وقال: اللفظ للدرهمي. وقال إبراهيم بن سعيد: فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله<sup>(٢)</sup>، وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره، والترمذي يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن<sup>(٣)</sup>، ورواه عبد الرزاق موقوفاً على ابن عمر. أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال: «إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه». وأسند عن أبي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ إلا سلمك: يعني حال قيام العقد. أو رأس مالك: أي عند الفسخ. فاستنتج منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أي كونه أخذ شبهاً بالمبيع (ب)سبب (أن الإقالة بيع جديد في حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث، وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع إلى القبض؛ ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد إقالة البيع قبل القبض تبطل الإقالة، وذلك غير ممكن هنا لأن بالإقالة يسقط المبيع لأنه دين لا عين فيتلاشى فلا يعود لكنها قد صحت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لأنه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعاً ليس محالاً. وأورد عليه: لو كانت بيعاً جديداً لكانت بيع سلم لأنها إقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الإقالة في المجلس ولم يلزم بالإجماع، فأجاب عنه المصنف (بأنه) يعني عقد الإقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لثلا يفتراق عن دين بدين، وذلك إنما يكون إذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالإقالة. ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بتكلف يسير. وحاصل جواب صاحب الإيضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطاً فيه فليس شرطاً له (وفيه خلاف زفر) أي في منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم إليه بعد إقالة السلم. فعنده يجوز أن يشتري به ما شاء وهو

تعيين في العقود إذا كانت عيناً فكذا إذا كانت ديناً فصار الإطلاق والتقييد سواء؛ ألا ترى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فيتعقد السلم صحيحاً فيبطل بالافتراق لما بينا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئء بالكالئء. وقيد بقوله (مائة منها دين على المسلم إليه) لأن الدين على غيره يوجب شيوخ الفساد لأنها ليست بمال في حقهما. قال: (ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه الخ) لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم احترازاً عن الكالئء بالكالئء، فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز، ولا بأس به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري، فرأس المال إن كان مثلياً جاز أن يبيع مرابحة، وإن كان قيمياً لا يجوز إلا ممن عنده ذلك الثمن (ولا تجوز الشركة) وهو أن يشترك شخص آخر في المسلم فيه (و) لا (التولية) وصورتها ظاهرة، وإنما خصهما بالذكر بعدما دخلا في العموم لأنهما أكثر وقوعاً من المرابحة والوصية. وقيل احتراز عن قول البعض إن التولية

قوله: (لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم) أقول: يعني أن القبض شرط صحة السلم قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» يعني حالة البقاء وعند الفسخ) أقول: قوله حالة البقاء ناظر إلى قوله: «إلا سلمك» وقوله عند الفسخ ناظر إلى قوله: «أو رأس مالك».

(١) يعود الضمير هنا على رواية أبي داود، وابن ماجه. لا على لفظ صاحب الهداية اه فتبه.

(٢) هذا سياق الدارقطني في إحدى روايته وهو قريب من سياق صاحب الهداية.

(٣) كذا قال. والصواب أنه وإو وقد بينت علله انظر تخريجه المتقدم.

قال: (ومن أسلم في كرز حنطة فلما حلّ الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرزاً وأمر ربّ السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء، وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز) لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، وهذا هو

القياس، لأنه بالإقالة بطل السلم وصار رأس المال ديناً عند المسلم إليه فيستبدل به كسائر الديون. قال (والحجة عليه ما ذكرنا) من الأثر والمعنى فهو استحسان بالأثر مقدم على القياس قوله: (ومن أسلم في كرز) وهو ستون قفيزاً أو أربعون على خلاف فيه، والقفيز ثمانية مكايك، والمكوك صاع ونصف (فلما حلّ الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرزاً وأمر ربّ السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فاقضاه ربّ السلم بحقه بأن اكتاله مرة وجازه إليه لم يكن مقتضياً حقه، حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه ويطالبه ربّ السلم بحقه (وإن أمره أن يقبضه له) أي للمسلم إليه (ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له) أي رب السلم للمسلم إليه (ثم اكتاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضياً مستوفياً حقه وهذا (لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان)<sup>(١)</sup> صاع البائع وصاع المشتري (وهذا هو محمل الحديث على ما مر)<sup>(٢)</sup> في الفصل الذي يلي باب المراجعة حيث قال المصنف: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين. والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكرز، وهو إنما يتحقق بالكيل فكان الكيل معيناً للمستحق بالعقد وهذان عقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه؛ ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيه إقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم إليه من بائعه الكرز والصفة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم إليه وربّ السلم عند قبضه لأن المسلم إليه يصير بائعاً من رب السلم ما اشتراه لأن المأخوذ ليس عين حقه فإنه دين، وهذا عين قاصصه به، وقد أخذوا في صحة الأمر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه. وعندني ليس هذا بشرط، بل الشرط أن يكيه مرتين، حتى لو قال له اقبض الكرز الذي اشتريته من فلان عن حقلك فذهب فاكتاله ثم أعاد كييه صار قابضاً، لأن الفرض أنه لا يصير قابضاً لنفسه بالكيل الأول بل الثاني، فلما قال اقبضه عن حقلك والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضاً لنفسه أن يكيه مرة للقبض عن

جائزة لأنها إقامة معروف فإنه يولي غيره ما تولى (فإن تقايلا السلم لم يكن لربّ السلم أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله ﷺ «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك») يعني حالة البقاء وعند الفسخ، وهذا نص في ذلك (ولأنه أخذ شبهها بالمبيع) (لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث) وهو الشرع، والمبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك (لسقوطه) بالإقالة (فلا بد من جعل رأس المال مبيعاً) ليرد عليه العقد وإلا لكان ما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خالف باطل وهو صالح لذلك لكونه ديناً مثل المسلم فيه، وإذا أمكن أن يكون الدين معقوداً عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلأن يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى، وإذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما أشبهه. فإن قيل: إذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتباراً لانتهاء بالابتداء: أجاب بقوله (لأنه) أي لأن عقد الإقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) لأنه بيع في حق الكل والإقالة بيع في حق ثالث لا غير، وليس من ضرورة اشتراط القبض في الأول اشتراطه في الثاني بالضرورة، فإن ثبت بالتنبه وهو أن اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكاليء بالكاليء والمسلم فيه سقط بالإقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض، والتأمل يغني عن هذا السؤال لأن رأس المال إذا صار معقوداً عليه سقط اشتراط قبضه، فالسؤال بوجود قبضه لا يرد، لكن المصنف دفع وهم من

قوله: (فيما هو بيع من وجه دون وجه) أقول: وهو الإقالة قوله: (لأن عقد الإقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لأنه بيع في حق الكل) أقول: ضمير لأنه راجع إلى الابتداء قوله: (وهي طريقة) أقول: ليس ذلك على طريقته كما لا يخفى على من له أدنى مسكة.

(١) تقدم في باب المراجعة والتولية.

(٢) أي في المراجعة والتولية.

محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقاً لكن قبض المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة. وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء. وإن لم يكن سلماً وكان قرضاً فأمره بقبض الكرز جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقاً حكماً فلا تجتمع الصفقتان.

الأمور وثانياً ليصير هو قابضاً لنفسه ففعل ذلك صار قابضاً حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضاً. ولفظ الجامع يفيد ما قلنا، فإنه لم يزد فيه على قول فإكتاله ثم أكتاله لنفسه جاز. وقوله: (والسلم وإن كان سابقاً إلى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال بيع رب السلم مع المسلم إليه كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بئنه فلا يكون المسلم إليه بئناً بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي. فأجاب بقوله السلم وإن كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بئنه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشرائه من بئنه (وأنه) أي قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة) واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كي لا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره إياه مطلقاً فأخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم إليه بعد شرائه من بئنه. والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات: لو أسلم مائة في كرز ثم اشترى المسلم إليه من رب السلم كرز حنطة بمائتي درهم إلى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرز لم يجز لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكرز قبل نقد الثمن بأقل مما باعه، وإنما يلزم ذلك إذا جعلنا عند القبض كأنهما جدداً عقداً، ومثل هذا فيما لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم إليه موزوناً كذلك إلى آخره لا يجوز قبض رب السلم، بخلاف ما لو اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة أو ملكها بإرث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فكاله مرة، وتجوز به يكتفي بكيل واحد، لأنه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم. ولو اشترى المعدود عدداً والسلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العدة في بيع المعدود بعد شرائه عدداً هذا (فلو لم يكن سلماً) ولكن أقرضه (فأمره بقبض الكرز) ولم يقل أقبضه لي ثم أقبضه لنفسك فقبضه بأن أكتاله مرة (جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقاً فلم

عسى يتوهم نظراً إلى كونه رأس المال وجوب قبضه، ولو أبرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقوداً عليه حيث لا يجوز قبضه: ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله:

ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم بهنّ فلول من قراع الكتائب

قوله: (وفيه) أي في جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعاً (خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الإقالة صار ديناً في ذمة المسلم إليه، فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين (والحجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول. قال: (ومن أسلم في كرز فلما حل الأجل الخ) رجل أسلم في كرز الحنطة وهو ستره قفيزاً (فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرزاً وأمر رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم إليه (وإن أمره أن يقبضه لأجل المسلم إليه ثم لنفسه فإكتاله له ثم أكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل) الأولى صفقة المسلم إليه مع بئنه والثانية صفقته مع رب السلم (فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، وهذا هو محمل الحديث على ما مر) في الفصل المتصل بباب المراجعة والتولية قال فيه: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما يتبين. قوله: (والسلم وإن كان سابقاً) جواب عما يقال بيع المسلم إليه مع رب السلم كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بئنه فلا يكون المسلم إليه بئناً بعد الشراء فلا تتحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهي، وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك (لكن قبض المسلم فيه لاحق) وقبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع) لأن المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيبقى فيما

قال: (ومن أسلم في كَرّ فأمر ربّ السلم أن يكيّله المسلم إليه في غرائر ربّ السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاءً) لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الأمر، لأن حقه في الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيساً ليزنها المديون فيه لم

تجتمع صفتان) فلم يجب الكيلان لأن هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتاً لزم تملك الشيء بجنسه نسيئة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا، ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لأنه بيع بجنسه نسيئة، وكذا لو كان الدين الأول سلماً فلما حل اقترض المسلم إليه من رجل كراً وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا، وهذا لأن عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة، ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل قوله: (ومن أسلم في كَرّ فأمر ربّ السلم المسلم إليه أن يكيّله له في غرائر ربّ السلم) والموضع موضع الإضمار فيهما لكنه أظهره لدفع الالتباس (ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاءً) حتى لو هلك هلك من مال المسلم إليه والتقييد بغيبته، لأنه لو كال فيها ورب السلم حاضر يصير قابضاً بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الأمر، لأن حقه في الدين لا العين فصار المسلم إليه مستعير الغرائر منه جاعلاً ملك نفسه فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع) الدائن إليه كيساً (ليزنها المديون فيه لم يصر قابضاً) هذا إذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد، فإن كان قيل لا يصير قابضاً لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير. قال في المبسوط: والأصح عندي أنه يصير قابضاً لأن أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضاً، وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم إلى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لي بهما خاتماً ففعل جاز وصار بالخلط قابضاً (ولو كانت مشتراً) غير مسلم فيه (والمسألة بحالها) أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيّلهما فيها ففعل بغيبته (وصار قابضاً لأن الأمر قد صح) هنا (لأنه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) ونظيره ما لو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم إليه كان الدقيق للمسلم إليه، فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراماً لأنه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه، ولو كانت مشتراً فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري، فلو هلك الدقيق في الأول هلك من ملك المسلم إليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان؛ ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه، ومثله (إذا أمر) رب السلم المسلم إليه (أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم إليه) ولو أمر المشتري البائع به كان قابضاً فيهلك (من مال المشتري لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل) الواحد (في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرائر المشتري) وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي إلا بكيلين على ما مر قبل باب الربا، ولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيّله في غرائر البائع ففعل

وراه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفتان فلا بد من تكرار الكيل (و) إن (كان) الكَرّ (قرضاً فأمر) المستقرض المقرض (بقبض الكر) ففعل (جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة) ولو لم يكن إعارة لزم تملك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لأن التأجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض (مطلقاً حكماً فلا تجتمع الصفتان) وكذا لو استقرض المسلم إليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكيل واحد، قال: (ومن أسلم في كَرّ فأمر رب السلم الخ رجل أسلم في كَرّ فأمر رب السلم أن يكيّله المسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن) له في غرائره طعام فإنه لا يكون (قضاءً) فلو هلك هلك من مال المسلم إليه (لأن الأمر بالكيل لم) يصادف ملك الأمر إذ حقه في الدين لا في العين فلا (يصح) الأمر (وصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها، فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيساً ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضاً) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره إلى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضاً لأنه ملكه بالشراء لا محالة فصح الأمر لمصادفته الملك، وإذا صح صار البائع وكيلاً عنه في إمساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد

يصر قابضاً، ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضاً لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع؛ ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر، وكذا إذا أمره أن يصبه في البحرة في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري، ويتقرر الثمن عليه لما قلنا، ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر

بغيبته لم يصر قابضاً (لأنه استعمار غرائره ولم يقبضها) فلم تتم الإعارة لأنها لما كانت عقد تبرع لم تتم إلا بالقبض (فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه) على تأويل الأطراف ونحوه (وصار كما لو أمر المشتري) البائع (أن يكيه ويعزله في مكان من بيت البائع) ففعل بغيبته لم يصر قابضاً (ولو اجتمع الدين والعين) بأن اشترى رب السلم من المسلم إليه كزراً معيناً بعد حلول السلم فأمره أن يكيل في غرائر المشتري كليهما ففعل بغيبته، إن بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضاً لهما (أما العين فلصحة الأمر فيه) لأنه لاقي ملكه (وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً كمن استقرض حنطة) ولم يقبضها (ثم أمر) المقرض (أن يزرعها في أرض المستقرض، وكمن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار) ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما (وإن بدأ بالدين) فكاله في الغرائر (لم يصر قابضاً، أما في الدين فلعدم صحة الأمر) لما قلنا (وأما) في (العين فلا) لأنه يخلط مال المشتري) بجنسه من مال نفسه (يصير مستهلكاً له عند أبي حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض. لا يقال: هذا الخلط ليس بتعد ليكون به مستهلكاً لأنه بأمره. أوجب المصنف بمنع إذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكاً يصير المشتري (بالخيار إن شاء نقض البيع) لعب الشركة (وإن شاء شاركه في المخلوط). وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالكة قابضاً به. أوجب بأن المعقود عليه ثمة الفعل لا العين، والفعل لا يجاوز الفاعل لأنه عرض لا يقبل الانتقال قوله: (ومن أسلم جارية في كز حنطة) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الإقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة؛ ففي السلم تجوز الإقالة قبل هلاك الجارية وبعده لأن صحة الإقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع إلى أن يقبض؛ ففي السلم المبيع قصداً هو المسلم فيه، فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت

المشتري حكماً فما وقع فيها صار في يد المشتري قوله: (ألا ترى) توضيح لتملكه بالبيع (فإنه إذا أمره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري) وإذا أمره أن يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم إليه (وفي الشراء من مال المشتري) وليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر وعدمها وصحته موقوفة على الملك، فلولا أنه ملكه لما صح أمره، ويجوز أن يكون توضيحاً لقوله لأن الأمر قد صح (ولهذا) أي ولأن الأمر قد صح (يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأن البائع نائب عنه في الكيل) فإن قيل: البائع مسلم فكيف يكون متسماً. أجب بقوله: (والقبض بالوقوع) أي وتحقق القبض بالوقوع (في غرائر المشتري) فلا يكون مسلماً ومتسماً، وإنما قال في الصحيح احترازاً عما قيل لا يكتفي بكيل واحد تسكياً بظاهر ما روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري». وقد مر قبل باب الربا (ولو أمر المشتري البائع أن يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصر) المشتري (قابضاً لأنه استعمار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر في يده) لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض، فكذا ما وقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيه ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بناوحيه في يده فلم يصر المشتري قابضاً لأنه مستعير لم يقبض قوله: (ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أظلم في كز حنطة فلما حل الأجل اشترى من المسلم إليه كزراً آخر بعينه ودفع غرائره إليه ليجعل الدين: أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يخلو البائع من أن يجعل فيها أولاً الدين أو العين، فإن كان الثاني (صار) المشتري قابضاً لهما جميعاً، أما العين فلصحة الأمر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الأمر. ورد بأنه لا يصلح نائباً عن المشتري في القبض كما لو وكله كذلك نصاً. وأوجب بأنه ثبت ضمناً وإن لم يثبت قصداً، وأما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض (كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه، وكمن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن

المشتري، ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصير قابضاً لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده، فكذا ما يقع فيها، وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً، ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري، إن بدأ بالبيع صار قابضاً، أما العين فلصحة الأمر فيه، وأما الدين فلان اتصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً، كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه،

الإقالة إذا ماتت قبل الإقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه، وإذا جازت انفسخ في الجارية تبعاً فوجب ردّها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لأن السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب، وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثلاً لا تجوز الإقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الإقالة قبل القبض لأن الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الإقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة إذا هلكت بعدها، ولو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية في ثوب تبقى الإقالة بعد هلاكها إذا كان العرض الآخر باقياً لأن كلاً منهما مبيع من وجه قوله: (ومن أسلم إلى رجل إلى آخره) الأصل في هذه المسائل أنهما إذا اختلفا في الصحة، فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلاً اتفاقاً والقول قول من يدعي الصحة، وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره.

قال أبو حنيفة: القول قول من يدعي الصحة أيضاً إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقالوا القول قول المنكر وإن أنكر الصحة. إذا عرف هذا جئنا إلى المسائل (أسلم إلى رجل في كَرٍ فقال المسلم إليه شرطت لك ردياً وقال رب السلم لم تشترط فالقول قول المسلم إليه) بالاتفاق وهو قول الشافعي (لأن رب السلم متعنت) لأنه يأنكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لأنه) على كل حال (يربو على رأس المال في العادة) وإن كان رأس المال نقداً والمسلم فيه نسيئة لأن العقلاء قاطبة على إعطاء هذا العاجل بذاك الأجل، ولولا أنه يربو عليه وإن كان أجلاً لم تطبق آراؤهم عليه، وكلام المتعنت مردود فيبقى قول الآخر بلا معارض وأما التوجيه بأن الظاهر الصحة إلى آخره فيخص أبو حنيفة تمشيته في غير هذا المحل، والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للآخر وهما لا يقولان إن القول لمدعي الصحة دائماً ليعللاً دائماً هنا بظهورها في مباشرة العاقد (وفي عكسه) بأن ادعى رب السلم شرط الرديء وأنكر المسلم إليه الشرط أصلاً لم يذكره محمد في الكتاب (وقالوا) أي المشايخ يجب (أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة) وهو قول الشافعي (لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكر) وكلامه خصومة (وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة) وسيقرر المصنف الوجه في تلك المسألة التي تلي هذه (ولو قال) المسلم إليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب (السلم) أي بالاتفاق، وكذا

يزيده من عنده نصف دينار) ولا يشكل بالصيغ، فإن الصيغ والبيع اتصالاً بملك المستاجر، ولم يصير قابضاً لأن المعقود عليه في الإجارة الفعل لا العين، والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصير متصلاً بالثوب فلا يكون قابضاً، وإن كان الأول لم يصير قابضاً. أما الدين فلعدم صحة الأمر لعدم مصادفته الملك لأن حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور يجعله في الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعلاً كفعل الأمر (وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبي حنيفة فينفسخ العقد) فإن قيل: الخلط حصل بإذن المشتري فلا ينقض البيع. أجاب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل بإذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الأمر قابضاً هو الذي كان مأذوناً به. وفي عبارة المصنف تسامح لأنه حكم بكون الخلط غير مرضى به جزماً، واستدل بقوله: (لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعي ولا دلالة للأعم على الأخص، وينجز أن يقال كلامه في قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم أن هذا الخلط غير مرضى به قوله: (لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء شاركه في المخلوطين لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما). قال: (ومن أسلم جارية في كَرٍ حنطة الخ) رجل أسلم جارية في كَرٍ حنطة ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم إليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الإقالة بهلاكها، لأنهما لو تقايلا بعد هلاك

وكممن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار، وإن بدأ بالدين لم يصبر قابضاً، أما الدين فلعدم صحة الأمر، وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع، وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوطة لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما.

في مقداره وهو قول الشافعي لأن كلام المسلم إليه هنا تعنت لأنه ينكر ما ينفعه وما هو حقه قوله: (وهو الأجل) لأن الأجل لترفيه السلم إليه وهذا استحسان. وأورد عليه ينبغي أن يكون القول لمن يدعي الفساد لأن المسلم فيه لما كان في العادة يربو على رأس المال كان إنكار المسلم إليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتاً، وهذا الإيراد هو وجه القياس، فأجاب عنه المصنف بقوله (والفساد لعدم الأجل ليس متيقناً) حتى يكون إنكاره إنكار الصحة دافعاً لزيادة المسلم فيه لأن السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) لأنه ليس بلازم قطعاً (بخلاف عدم الوصف) كالرداءة ونحوها على ما تقدم فإنه ملزوم قطعاً للفساد (وفي عكسه) وهو أن يدعي المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه) وهو زيادة الربح الكائن في قيمة المسلم فيه على ما دخل في يده من رأس المال فصار (كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فإن القول لرب المال لأنه ينكر استحقاق) زيادة (الربح) وإن تضمن ذلك إنكار الصحة. ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط، لأن على هذا التقدير القول للمضارب، ولأن إنكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا (وعند أبي حنيفة القول للمسلم إليه) وهو قول الشافعي (لأنه يدعي الصحة وقد اتفقنا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً) إذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد، ولأنه هو المفيد لتمام الفرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعها شرعاً، ولأن شرط الشيء تبع له، فالإتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه، فإنكار الأجل إنكار بعد الإقرار ظاهراً فلا يقبل، وصار كما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود أو بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود (بخلاف المضاربة) لأنه أي عقد المضاربة (ليس بلازم) ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شرائه

الجارية كانت الإقالة صحيحة لأنها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه، وفي السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقاءه، وإذا صح ابتداء صح انتهاء لأن البقاء أسهل من الابتداء، وإذا انسخ العقد في المسلم فيه انسخ في الجارية تبعاً فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية، فكان أحد العوضين كان قائماً فلا يرد ما قيل إن الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالإقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الإقالة، وقد تقدم في الإقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدرهم حيث بطلت الإقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء، وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج إلى شرح. قال: (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كَرَّ حنطة الخ) إذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم، فمن كان متعنتاً وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلاً وهذا بالاتفاق، ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله إن ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد، وإن كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وإن أنكر الصحة، وعلى هذا إذا أسلم رجل في كَرَّ حنطة ثم اختلفا فقال المسلم إليه شرطت رديتاً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم، لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر، فإنهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهداً للمسلم إليه وقول من شهد له

قوله: (ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر) أقول: لا يخفى عليك مخالفة تعريف المخاصم لقوله وإن كان خصمه هو المنكر ظاهراً ودفعه باعتبار المعنى والصورة كما سيجيء قوله: (لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه)، إلى قوله: (فإنهما لما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول: فعلى هذا التقرير يكون التعرض لتعنت رب السلم ضامناً يتم المقصود بدونه.

قال: (ومن أسلم جارية في كَرّ حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها؛ ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه، وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه، وإذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء، لأن البقاء أسهل، وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها (ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة) لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله، وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه .

قال: (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كَرّ حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديتاً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً

برأس المال، وكذا المضارب له فسخه، وإذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما، وإذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له (أما السلم ف) عقد (لازم) فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعي الفساد متناقضاً ظاهراً كما ذكرنا، ولأن عقد المضاربة إذا صح كان شركة، وإذا فسد صار إجارة فلم يتفقا على عقد واحد، فإن مدعي الفساد يدعي الإجارة، ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد، بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الأجل سلم فاسد لا عقد آخر فلهذا يحث به في يمينه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعي الصحة . واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فإن القول للمضارب، ولم يقل اختلفا في نوع العقد . أوجب بأن المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطفاً عليه يدعي الفساد لأن

الظاهر أقرب إلى الصدق . وفيه بحث لأننا لا نسلم أن المسلم فيه يربو على رأس المال بل الأمر بالعكس فإن النقد القليل خير من النسيئة وإن كنت كثيرة . سلمناه لكنه يربو عليه إذا كان جيداً . وأما إذا كان رديتاً فممنوع . سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وهو بإطلاقه يقتضي أن يكون القول قول المنكر وإن أنكر الصحة والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة، وذلك أقوى دليل على ربا المسلم فيه وإن كان رديتاً والاعتبار للمعاني دون الصورة؛ فمنكر صحة الصورة وإن كان منكرأ لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة وإن انعكست المسألة وهو أن يدعي رب السلم الوصف وأنكره المسلم إليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير . والمتأخرون من المشايخ قالوا: (يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً) وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة قوله: (وستقرزه من بعد) يريد به ما يذكره بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما، وفي عبارته تسامح لأنها تستعمل للبعيد والمطابق ونقرره . ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره لأنه ينكر ما ينفعه وهو الأجل . فإن قيل: لا نسلم أنه متعنت لأنه بإنكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم إليه وهو القياس . أجب المصنف (بأن الفساد بعدم الأجل غير متيقن لمن كان الاجتهاد) فإن السلم الحال جائز عند الشافعي، وإذا لم يكن متيقناً بعدمه لم يلزم من إنكاره ردّ رأس المال فلا يكون النفع برد رأس المال معتبراً، بخلاف عدم الوصف وهو المسألة الأولى فإن الفساد بعدمه متيقن، وفيه نظر لأن بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح . فالأولى أن يقال: إن الاختلاف كان ثابتاً بين الصحابة إن ثبت ذلك، وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية

قوله: (وإن كان رديتاً) أقول: مسلم إذا علم اشتراط العاقدين رداءة المسلم فيه قوله: (فمنكر صحة الصورة الخ) أقول: الأصوب أن يقال فالمدعي صورة منكر في المعنى لمطابق السؤال والاستشهاد قوله: (لكنه مدع) أقول: إن له حق الفسخ .

فالقول قول المسلم إليه) لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة، وفي عكسه قالوا: يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً. وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة، وسنقره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقاً له وهو الأجل، والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال، بخلاف عدم الوصف، وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً له عليه فيكون القول قوله، وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة. وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً، بخلاف مسألة المضاربة لأنه ليس بلازم فلا يعتبر

أول الكلام لا يتوقف على آخره فيه، بخلاف قوله إلا عشرة بالاستثناء فإنه يتوقف إذ صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد، قيل فيه نظر لأن في الأصول فيما إذا زوجة الفضولي أختين في عقدين فقال أجزت نكاح هذه وهذه يفسدان، لأنه توقف أوله على آخره بوجود المغير في آخره وإن كان بحرف العطف، وأورد أيضاً بما إذا قال: تزوجتك وأنا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع أنه يدعي فساد العقد: أجيب بأنه ما أقر بأصل لعقد بل أنكروه حيث أسنده إلى حال عدم الأهلية. واعلم أن إنكار الأجل على ثلاثة أوجه: أحدها في أصل الأجل وهي مسألة الكتاب. والثاني في مقدار الأجل والقول فيه قول من يدعي الأقل مع يمينه، فإن قامت بينة للمدعي الأكثر قضى بها، وإن قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة. والثالث في مضي الأجل إذا قال رب السلم مضي الأجل المسمى وقال المسلم إليه لا فالقول قول المسلم إليه مع يمينه لأنه ينكر توجه المطالبة عليه، ومن أقام بينة قضى له، فإن أقامها فالبينة بينة المطلوب لأنها تثبت زيادة الأجل، هذا والاختلاف في مقدار الأجل لا يوجب التحالف عندنا خلافاً لزفر لأنه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة: يعني أنه ما هو فإنهما يتحالفان لأن الوصف جار مجرى الأصل. وفي الخلاصة: إذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي، فإن قالاً جيد أجبر على القبول، وإذا اختلفا في السلم يتحالفان استحساناً ويبدأ بيمين المطلوب عند أبي يوسف، ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد، وإن قامت لأحدهما بينة قضى بها، وإن قامت لهما بينة قضى بيمينه رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف. والمسألة على ثلاثة أوجه: لأن رأس المال إما عين أو دين، وكل وجه على ثلاثة أوجه. اتفقا على رأس المال

وغيره، وفي عكسه وهو أن يدعي المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله، وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فإن القول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة. وعند أبي حنيفة القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لأن السلم عقد واحد، إذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر. واختلفا في جوازه وفساده، وكانا متفقين على الصحة ظاهراً لوجهين: أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة. الثاني أن الإقدام على العقد التزام لشراطه، والأجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد إقراراً بالصحة، فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وإنكاره إنكار بعد الإقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فإنهما إذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فإنها إذا فسدت كانت إجارة، وإذا صحت كانت شركة، فإذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد، والمدعي للفساد مدع لعقد آخر

قوله: (والثاني أن الإقدام على العقد التزام لشراطه) أقول: لشراط العقد أو لشراط صحته؟ الأول مسلم، وليس لأجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته، والثاني غير مسلم.

الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح، أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه بالاتفاق، وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده، وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة.

قال: (ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ورقعة) لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما

واختلفا في السلم فيه أو على القلب أو اختلف فيهما، فإن كان رأس المال عيناً واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كَر حنطة وقال الآخر في نصف كَر أو في شعير أو في حنطة الرديئة وأقاما قضى بينة رب السلم بالإجماع، وإن اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد وانفقا على المسلم فيه أنه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كَر حنطة وقال الآخر في كَر شعير وأقاما البينة قضى بالسلمين، فمحمد مَر على أصله. وأبو يوسف يقول: كل يدعي عقداً غير ما يدعيه الآخر. وإن كان رأس المال دراهم أو دنائير، إن انفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضي بسلم واحد عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وإن كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف. ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم في كري حنطة وقال الآخر خمسة عشرة في كر وأقاما، فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كَرين ولا يقضي بسلمين، وعند محمد يقضي بسلمين عقد بخمسة عشر في كَر وعقد بعشرة في كَرين. ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنائير لم يذكر هذا وينبغي أن يقضي بسلمين كما في الثوبين، وفيها: أسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدني دراهم فعلى وجوه: إما إن كان كيلياً أو رزنيماً أو ذريعاً، ففي الكيلبي فإن أسلم في عشرة أفزة فجاء بأحد عشر وقال زدني درهماً جاز لأنه باع قفيزاً بثمن معلوم، ولو جاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهماً فقبل جاز أيضاً فإنه إقالة في البعض فيجوز كما في الكل ولو جاء بحنطة أجود أو أردأ فأعطى درهماً لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز، وقدمنا أنه في الأرداء والأجود يجوز بالإجماع إذا لم يكن معه شيء آخر. وفي الثوب إن جاء بأزيد بذراع وقال زدني درهماً جاز وهو ذراع بدرهم يمكن تسليمه، بخلاف بيعه مفرداً، وكذا إذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فإنه يجوز عندهم، وإن جاء بأنقص فرد معه درهماً لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لأنه إقالة فيما لا يعلم حصته لأن الذراع وصف وحصته مجهولة، هذا إذا لم يبين لكل ذراع حصته، فإن بين جاز بلا خلاف، وكذا لو جاء بأنقص وصفاً لا يجوز ولو بأزيد وصفاً جاز الكل في الأصل قوله: (ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ورقعة لأنه أسلم في معلوم) والرقعة يراد بها قدر، ولا خلاف

خلافه، ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل، وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل. ولما كان السلم عقداً واحداً كان الاختلاف فيه إنكاراً بعد الإقرار وهو تناقض فلم يعتبر الإنكار. وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفاً ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبراً فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر. وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة باللزوم لأنه بالفساد لا ينقلب عقداً آخر وعن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقداً آخر عند الاختلاف. فإن قيل: هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فإن القول للمضارب، وكان الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لإنكاره ما يدعيه المضارب في ماله، فالجواب أن العذر المذكور كان مبنياً على انتفاء ورود النفي والإثبات على محل واحد، وهما قد ورد عليه لأن رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك إنكار بعد الإقرار لأن المعطوف يقرر المعطوف عليه، كما إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والإثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم، وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهه المقلد دموعه. قال: (ويجوز السلم في الثياب الخ) السلم في الثياب جائز إذا بين

ذكرنا، وإن كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً لأنه مقصود فيه. (ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لأن آحادها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللبن والأجر إذا سمي ملبناً معلوماً) لأنه عددي متقارب لا سيما إذا سمي الملبن.

في هذا بل اشتراط وزنه إذا كان حريراً فإن عند باقي الأئمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر، وكذا يجوز في البسط والأكسية والمسوح والجوالق والبوارى إذا بين الطول والعرض والصنعة، وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والثقيل من الثياب عرفاً كالوذاري يشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزاً. في المنتقى: إذا باع ثوبي حرير يدا بيد لا يجوز إلا وزناً بوزن وهذا هو الصحيح في السلم، بخلاف البيع لأن الإشارة يكتفى بتعريفها في البيع، غاية الأمر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع، وفي الطول يذكر عدد الذرعان يجب أن يتوسط عند الذرع بين إرخاء الثوب ومدته إن كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه إلا أن يكون أحدهما هو المتعارف، وإذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم أن لا يجوز بيعها بجنسها جزافاً فلذا ذكر القُدوري أن بيع ثوب خز بثوب خز يداً بيد لا يجوز إلا وزناً كأواني الصفر قوله: (ولا يجوز السلم في الجواهر) بلا خلاف إلا لمالك (ولا في الخرز لأن آحادها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً) في المالية فإن الجوهريتين قد يتحدان وزناً ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة، اللهم إلا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فيجوز وزناً (ولابأس بالسلم في اللبن والأجر إذا سمي ملبناً معلوماً) لأنه عددي متفاوت إذا سمي الملبن. قوله: (لا سيما إذا سمي إلى آخره) يعطي أنه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل إذا سمي يكون أحسن، وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتاً فاحشاً، وذكر بعضهم أنه لا يجوز بيع مائة آجرة من أتون، وفي عرف بلادنا يسمونه قميناً أو قميراً وهو الذي يبنى ليشوى فيه الأجر والحجارة تعمل جيراً لأنه يتفاوت في النضج تفاوتاً فاحشاً فلا يجوز بيعه وألحقناه في السلم بالمتفاوت المتقارب قوله: (وكل ما أمكن ضبط صفته إلى آخره) لا خلاف فيه كالقطن والكتان والإبريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر<sup>(١)</sup> والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع إذا بين طولاً وعرضاً وغلظاً والقصب وصوف الأخشاب، ويجوز السلم في التبن كيلا بالغرائر، وقيل هو

الطول والعرض والرقعة. يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخائه لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم، وإن كان ثوب حرير وهو المتخذ من الإبريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضاً لأن قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن، فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده، لأن المسلم إليه ربما يأتي وقت حلول الأجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة، وأما في الثياب فالوزن ليس بشرط. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة. قال: (ولا يجوز السلم في الجواهر الخ) العددي الذي تتفاوت آحاده في المالية كالجواهر واللائيء والرمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لإفضائه إلى النزاع. وفي الذي لا تتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز إذا كان من جنس واحد، وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم فيه لأنه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية (ولا بأس بالسلم في اللبن والأجر) إذا اشترط فيه ملبناً معروفاً، لأنه إذا سمي الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيراً فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب. قال: (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين: أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه، ولا ينعكس قولنا كل إنسان حيوان إلى كل ما ليس بإنسان لي بحيوان. والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع، والأصل ذكر القاعدة أولاً ثم تفريع الفروع عليها. والجواب عنا لأول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله ﷺ: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم» الحديث، وحيث كان مثل قولنا كل إنسان ناطق وهو ينعكس إلى

(١) الضفر: هو ما يعمل منه الأواني، وهو ضرب من النحاس هذا إذا أراد المصنف ضم هذه الكلمة للمعادن وهو ما أرادته لأنه سيذكره بعد أسطر ويصلح ضمها للحناء وما بعدها. ففي القاموس: الضفرة: نبت سهل ملي ورقه كالخس ا ه لكن كونه نبتاً لا معدناً فيه زيادة ناهٍ مربوطة ا ه فتنه والله أعلم.

قال: (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لأنه لا يفضي إلى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لأنه دين، وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة (ولا بأس بالسلم في طست أو قممعة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وإن كان لا يعرف فلا خير فيه) لأنه دين مجهول.

موزون، وقيل يعتبر التعارف، وفي عرفنا كيله في شبك الليف يسمونه أهل العرف شينياً قوله: (ولا بأس بالسلم في طست أو قممعة أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والأنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن إذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت إلا يسيراً قوله: (وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً) الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا أو دستاً<sup>(١)</sup>: أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه جاز استحساناً تبعاً للعين. والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي، إذ لا يمكن إجارة لأنه استتجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا، أو اصنع أحمر بكذا لا يصح ولا يبيع لأنه بيع معدوم، ولو كان موجوداً مملوكاً لغير العاقد لم يجز، فإذا كان معدوماً فهو أولى بعدم الجواز، ولكننا جوزناه استحساناً للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا تكبير، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ «لا تجتمع أمتي على ضلالة»<sup>(٢)</sup> وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً<sup>(٣)</sup>. «واحتجم ﷺ وأعطى الحجام»<sup>(٤)</sup> مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات

قولنا كل ما ليس بإنسان ليس بناطق. وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه، وأما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدمة (ولا بأس بالسلم في طست أو قممعة أو خفين أو نحو ذلك إذا اجتمع فيها شرائط السلم وإلا فلا خير فيه) أي لا يجوز لأن الجواز خير فينتفي. قال: (وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير ذكر الأجل جاز الخ) الاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول اصنع لي شيئاً صورته كذا

قوله: (أحدهما أن عكسا الخ) أقول: فيه أنه ليس عكس الأول، بل الحكم الكلي في الثاني لانتفاء الشرط فتأمل.

(١) آتية يوضع فيها الطعام. والعامية تطلق عليه: طشط.  
(٢) يشبه الحسن. أخرجه الترمذي ٢١٦٧ والحاكم ١١٥/١ - ١١٦ كلاهما من حديث ابن عمر: إن الله لا يجمع أمتي أو قال: أمة محمد ﷺ على ضلالة، ويد الله مع الجماعة، ومن شذَّ شذَّ إلى الناظر قال الترمذي: حديث غريب، وسليمان المدني هو عندي سليمان بن سفيان. قد روى عنه غير واحد أ. هـ. قلت: ساقه الحاكم من وجوه كثيرة، ومدارها على سليمان بن سفيان المدني، وقد قال عنه الحافظ في التريب: ضعيف وقال الذهبي في الميزان: قال عنه يحيى بن معين: ليس بشيء. وقال مرة: ليس بثقة وكذا قال النسائي. وقال أبو حاتم والدارقطني: ضعيف أ. هـ. ورواه الحاكم من وجه آخر عن سلم بن أبي الذئبال عن ابن دينار عن ابن عمر مرفوعاً وقال: لو كان محفوظاً من الراوي لكان من شرط الصحيح.

قال الحاكم: وله شواهد لا أدعي صحتها. ثم أسنده عن ابن عباس مرفوعاً وفيه إبراهيم بن ميمون وثقة عبد الرزاق أ. هـ. وأخرجه الترمذي من حديث ابن عباس برقم ٢١٦٦ من هذا الوجه لكن اقتصر على لفظ يد الله مع الجماعة وأخرجه أحمد ٣٩٦/٦ والطبراني في الكبير وابن أبي خيثمة في تاريخه كما في المقاصد الحسنة ١٢٨٨ من حديث أبي بصرة الغفاري: سألت ربي أربعاً وفيه: أن لا يجمع أمتي على ضلالة. وفيه رواية لم يسمه أحمد وإنما قال أحمد في روايته: عن أبي وهب الخولاني عن رجل قد سماه عن أبي بصرة الغفاري مرفوعاً... فذكره. قال السخاوي: ورواه الطبراني في تفسيره عن الحسن مرسلًا وبالجملة فهو حديث مشهور المتن ذو أسانيد كثيرة وشواهد متعددة في المرفوع وغيره أ. هـ. فائدة: قال الترمذي: الجماعة عند أهل العلم هم أهل الفقه والعلم والحديث. وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ١٤١/٣ ما ملخصه: هذا حديث مشهور له طرق كثيرة لا يخلو واحد منها من مقال أ. هـ.

(٣) جيد. يشير المصنف لما أخرجه النسائي ١٩٣/٨ وأحمد ١٠١/٣ كلاهما عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: قد اصطنعنا خاتماً، ونقشنا عليه نقشاً، فلا ينقش عليه أحد. وإسناده جيد رجاله ثقات.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٧٧ ومسلم ١٥٧٧ كلاهما من حديث أنس: أن أبا طيبة حجج النبي ﷺ فأمر له بصاع، أو صاعين من طعام، وكلمه مواليه، فخنق عن غلته، أو ضريبته.

قال: (وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً) للإجماع الثابت بالتعامل. وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم، والصحيح أنه يجوز بيعاً لا عدة، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً، والمعقود عليه العين دون

وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد. ومثله شرب الماء من السماء. وسمع ﷺ بوجود الحمام فأباحه بمئزر<sup>(٤)</sup> ولم يبين له شرطاً. وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن، وهو أن لا يذكر عدد ما يصبه من ماء الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل، وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه إلى القياس كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيظ قميصاً بغزل نفسه. ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة، فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور مواعدة، وإنما ينعقد عند الفراغ بيعاً بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه، ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبي حنيفة لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الأول، وهذا كان على الاتفاق. والصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة، ولأنه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه، ولو كان مواعدة جاز في كل، وسماه شراء فقال: إذا رآه المستصنع فهو

وقدره كذا بكذا درهماً ويسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم، وهو لا يخلو إما أن يكون فيما فيه تعامل، وإليه أشار بقوله شيئاً من ذلك: أي مما تقدم من طست وقمقم وخفين أو لا. والثاني لا يجوز قياساً واستحساناً كما سيجيء والأول يجوز استحساناً والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيع المعدوم، وقد نهى ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم، وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل، إليه أشار قوله بغير أجل. وجه الاستحسان الإجماع الثابت بالتعامل، فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبير، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام، ولا يشكل بالمزارعة فإن فيها للناس تعامللاً، وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الخلاف فيها كان ثابتاً في الصدر الأول دون الاستصناع. واختلفوا في جوازه هل هو بيع أو عدة، والصحيح أنه بيع لا عدة، وهو مذهب عامة مشايخنا، وكان الحاكم الشهيد يقول: هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً، ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار. وجه العامة أنه سماه في الكتاب بيعاً وأثبت فيه خيار الرؤية، وذكر القياس والاستحسان ولأنه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه، كما إذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوباً بغزل من عنده أو الخياط أن يخيظ له قميصاً بكرباس من عنده، والمواعدة تجوز في الكل، وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة، ألا ترى أنهما إذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فإن لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة. فإن قيل: كيف يجوز أن يكون بيعاً والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً. أجب (بأن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً) كالناسي للتسمية عند الذبح، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان، والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لثلاث تضاعف الواجبات، وكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل. فإن قيل: إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع. أجب (بأن المعقود عليه هو العين دون العمل، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعه أو من صنعه قبل العقد فأخذه جاز) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فإنه يقول: المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل. وعورض بأنه لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بموت أحدهما، ذكره في جامع قاضيخان. وأجيب بأن الاستصناع شبهه بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبهه بالبيع من حيث أن المقصود منه العين المستصنع، فله شبهه بالإجارة قلنا يبطل

قوله: (ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول: أي في رواية عن أبي حنيفة قوله: (ألا ترى أنهما إذا تبايعا الخ) أقول: وللحاكم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشتر لما لم يره فخير لذلك، وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشتركاً لما لم يره فلا وجه لخياره إلا ما قررناه فتأمل.

العمل، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، ولا يتعين إلا بالاختيار، حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز، وهذا كله هو الصحيح.

قال: (وهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه) لأنه اشترى شيئاً لم يره ولا خيار للصانع، كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح، لأنه باع ما لم يره. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضاً لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره. وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما. أما الصانع فلما ذكرنا. وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضراراً بالصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليتمكن التسليم، وإنما قال بغير

بالخيار لأنه اشترى ما لم يره، ولأن الصانع يملك الدارهم بقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها وإثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع، ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجوداً وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح إذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم. قوله: (والمعقود عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردعي المعقود عيه العمل لأن الاستصناع ينبيء عنه كما قلنا، والأديم والصرم بمنزلة الصيغ، والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لأنه اشترى ما لم يره، ولذا لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، وإنما نطله بموت الصانع لشبهه بالإجارة. وفي الذخيرة: هو إجازة ابتداء بيع انتهاء، لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته، ذكره محمد في كتاب البيوع. فإن قيل: لو انعقد إجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى.

أجيب بأنه إنما لم يجبر الصانع لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه، والإجارة تفسخ

بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع. فإن قيل: أي فرق بين هذا وبين الصباغ، فإن في الصيغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك إجارة محضة. أجيب بأن الصيغ أصل والصيغ آتة فكان المقصود فيه العمل وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر، وهاهنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعاً، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبه الإجارة في حكم واحد لا غير (ولا يتعين) المستصنع (إلا باختيار) المستصنع (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله) أي كونه بيعاً لا عدة، وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعيينه إلا باختياره (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك. قال: (وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه الخ) أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع، كذا ذكره في المبسوط، فيجبر على العمل لأنه باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له، وهو الأصح بناء على جعله بيعاً لا عدة. وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضاً إن شاء فعل وإن شاء ترك دفعاً للضرر عنه لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وإتلاف الخيط. وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما. أما الصانع فلما ذكرنا أولاً، وأما المستصنع فلأن الصانع أتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل إلى بدله، فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لأن غيره لا يشتريه بمثله؛ ألا ترى أن الواعظ إذا استصنع منبراً ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه أصلاً. فإن قيل: الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبراً. أجيب بجواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه. فإن قيل: ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذراً في دار الإسلام. أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب

قوله: (فإن قيل: إنما يصح ذلك الخ) أقول: الحصر ممنوع، فإنه يجوز أن يعتبر الصنع المعدوم موجوداً، إلا أن يقال: المشار إليه بقوله ذلك كونه بيعاً لا اعتباره موجوداً.

أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير مسلماً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير مسلماً بالاتفاق. لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل على التعجيل، بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح. ولأبي حنيفة أنه دين يحتتمل السلم، وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى، والله أعلم

ففسخ بهذا العذر، ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته، وكذا رب الأرض لأنه لا يمكنه المضي بهذه الإجارة إلا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لأن هذه الإجارة في الآخرة كشراء ما لم يره، ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم، ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع، بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالآخرة بائع، والله أعلم.

على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام علم أقوال جميع المجتهدين، وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها لا في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين، وفيه نظر لأن غير الأب والجد إذا زوّج الصغيرة بحرّ ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ، فإن سكنت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها لأن الجهل في دار الإسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها، ولا يجوز الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان إبقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالإجماع. وقوله بغير أجل في أول المسألة احتراز عما إذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فإنه حينئذ يكون مسلماً عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما. وأما إذا ضرب الأجل فيما لا تعامل فيه فإنه يصير مسلماً بالاتفاق، والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال، أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غداً أو بعد غد لا يصيره مسلماً لأن ذكره حينئذ للفرغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ويحكي عن الهندواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به مسلماً، وإن كان من قبل الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال، وفيما إذا صار مسلماً يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية أن اللفظ حقيقة في الاستصناع. وتقريره أن ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون مسلماً لأن اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل، وذكر الأجل يقتضي أن يكون مسلماً لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتتمل أن يكون للتعجيل، وإذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتتمل فيحمل الثاني على الأول (بخلاف ما لا تعامل فيه فإنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه دين يحتتمل السلم) تقريره: لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع، فإن ذكر الأجل أدخله في حيز الاحتمال، وإذا كان محتملاً للأميرين كان حمله على السلم أولى لأن جوازه بالإجماع بلا شبهة فيه (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة، ولأن السلم ثابت بأية المداينة والسنة دون الاستصناع.

قوله: (وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما، أما الصانع فلما ذكرنا) أقول: ذكره قبل أسطر وهو قوله لأنه بائع باع ما لم يره قوله: (اختيار بعض المتأخرين (بخ) أقول: بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا، إلا أنه لا منافاة بينهما فتأمل.  
قوله: (وفيه نظر لأن غير الأب (بخ) أقول: لا يخفى عليك أن مالك هذا النظر التكلم على السند الأخص وأنه لا يجدي نفعاً قوله: (يعتبر شرائط السلم) أقول: من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية قوله: (يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة) أقول: ظاهره مخالف لما أسلفه في صحيفة ١١٦ من الفرق بين الاستصناع والمزارعة، ثم أقول: قال الإقناني في تعليل الشبهة: لأن الشافعي ينكر الاستصناع انتهى. وأنت خبير بأن قول الشارح أقرب من قول الإقناني.

## مسائل مثورة

قال: (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع، المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به. وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب، لقوله عليه الصلاة والسلام «إن من

## مسائل مثورة

المسائل التي تشذ عن الأبواب المتقدمة فلم تذكر فيها إذا استدركت سميت مسائل مثورة: أي متفرقة عن أبوابها قوله: (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع، المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) هكذا أطلق في الأصل، فمضى بعضهم على إطلاقه كالقدوري. وفي نوادر هشام عن محمد: نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمنين من قتله قيمته. وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور، وعلى هذا مشى في المبسوط فقال: يجوز بيع الكلب إذا كان بحال يقبل التعليم. ونقل في النوادر أنه يجوز بيع الجرو لأنه يقبل التعليم، وإنما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم، وقال: هذا هو الصحيح من المذهب. قال: وهكذا نقول في الأسد إذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه، وإن كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز. قال: والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى.

فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشره لا يقبل تعليماً. وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة: رواية الحسن الجواز، ورواية أبي يوسف بالمنع. وقال أبو يوسف: أكره بيعه لأنه لا منتفعة له إنما هو للهو وهذه جهة محرمة. وجه رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية إطلاق بيع الكلب والسباع فإنه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه. ويجوز بيع الهرة لأنها تصطاد الفأر والهوام المؤذية فهي منتفع بها، ولا يجوز بيع هوام الأرض كالخناسف والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقناذ والضب، ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان. وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات إذا كانت منتفع بها في الأدوية وإن لم ينتفع فلا يجوز، ويجوز بيع الدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين، وأما العذرة فلا ينتفع بها إلا إذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها إلا تبعاً للتراب المخلوط، بخلاف الدم يمتنع مطلقاً قوله: (وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب) مطلقاً سواء كان للصيد أو لم يكن، وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالإجماع، لكن لا ينبغي أن يتخذ في داره إلا إن خاف لصوصاً أو أعداء للحدِيث الصحيح «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية

## مسائل مثورة

أي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها هاهنا. قال: (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع) بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلماً كان أو غير معلم في رواية الأصل؛ أما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لأنه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلاً للبيع لأنه منتفع به حقيقة وشرعاً فيكون مالا. وأما غير المعلم فلا يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد، فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الأجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجاني بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به (وعن أبي يوسف أن بيع الكلب العقور) أي الجراح (لا يجوز لأنه غير منتفع به) ولأنه ﷺ نهى عن إمساكه وأمر بقتله. قلنا: كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزرع وقال الشافعي: (لا يجوز بيع الكلب، لقوله ﷺ: «إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب») السحت: هو الحرام. والبغي: الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء إلحاقاً بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد (ولأنه نجس العين) بدلالة نجاسة سوره فإنه

## مسائل مثورة

قوله: (وترك التاء إلحاقاً بالخ) أقول: ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء في حامل وحائض قوله: (كقولهم ملحفة جديد) أقول: ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل الملحفة باللحاف قوله: («قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهماً الخ») أقول: ولو سلم فهذا حكاية حال فلا عموم له.

السحت مهر البغي وثمن الكلب» ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر بإعاززه فكان منتفياً. ولنا «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية» ولأنه منتفع به حراسة واصطياً

نقص من أجره كل يوم قيراطان<sup>(١)</sup> وجه قوله<sup>(٢)</sup> ما روى ابن حبان في صحيحة عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «إن مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت»<sup>(٣)</sup> وأخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف. وفي الصحيحين عن أبي مسعود الأنصاري «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن»<sup>(٤)</sup>. وفي صحيح مسلم عن جابر «أن النبي ﷺ زجر عن ثمن الكلب»<sup>(٥)</sup> (ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعه) فلا يجتمعان، وعارضه المصنف بوجهين: أحدهما «أنه ﷺ نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية»<sup>(٦)</sup> وهو غريب بهذا اللفظ. نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال: «نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب إلا كلب صيد»<sup>(٧)</sup> وضعفه الترمذي قال: وقد روي أيضاً عن جابر مرفوعاً ولا يصح إسناده، والأحاديث ليس فيها هذا الاستثناء، لكن روى أبو حنيفة في سنده عن

متولد من اللحم، وما كان كذلك لا يجوز بيعه لأن النجاسة تشعر بهوان المحل، وجوازه البيع بإعاززه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفياً (ولنا «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية») وهي التي تحرس المواشي. واعترض بأن الدليل أخص من المدعي، فإن المدعي جواز بيع الكلاب مطلقاً، والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير. وأجيب بأن ذكره لإبطال شمول العدم الذي هو مدعي الخصم، وأما إثبات المدعي فثبت بحديث ذكره في الأسرار

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٤٨٠ و ٥٤٨١ و ٥٤٨٢ و مسلم ١٥٧٤ من وجوه الترمذي ١٤٨٨ والنسائي ١٨٧ / ٧ و ١٨٨ . ١٨٩ و مالك ٩٦٩ / ٢ وابن أبي شيبة ٤٠٩ / ٥ وأحمد ٤ / ٢ . ٥٥ . ١٠١ . ١١٣ . ١٤٧ . والبيهقي ٩ / ٦ والبغوي ٢٧٧٥ وابن حبان ٥٦٥٣ كلهم من حديث ابن عمر. وورد من حديث أبي هريرة لكن فيه: قيراط بدل: قيراطان. أخرجه البخاري ٢٣٢٢ و ٢٣٢٤ و مسلم ١٥٧٥ من وجوه وأبو داود ٢٨٤٤ والترمذي ١٤٩٠ والنسائي ١٨٩ / ٨ وابن ماجه ٣٢٠٤ وابن أبي شيبة ٤٠٩ / ٥ وأحمد ٢ / ٢٦٧ وابن حبان ٥٦٥٢ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة. ومن حديث عبد الله بن مغفل. أخرجه أبو داود ٢٨٤٥ والترمذي ١٤٨٦ والنسائي ١٨٨ / ٧ وابن ماجه ٣٢٠٥ وأحمد ٤ / ٨٥ و ٥ / ٥٦ . والدارمي ٩٠ / ٢ والطحاوي ٥٤ / ٤ وابن حبان ٥٦٥٧ والبغوي ٢٧٧٦ كلهم من حديث ابن مغفل. فهذا حديث مشهور. أسانيده صحاح كلها.

(٢) يعود الضمير في لفظ: قوله. على الشافعي.

(٣) جيد. أخرجه ابن حبان ٤٩٤١ من حديث أبي هريرة. وإسناده صحيح رجاله رجال مسلم. وورد من طريقين عند الدارقطني ٣ / ٧٢ . ٧٣ عن عطاء بن أبي هريرة مرفوعاً: ثلاث كلهم سُخْتٌ... فذكره وفي كلا الإسنادين ضعف لكن فيهما متابعة لقيس بن سعد على عطاء. وقيس ثقة من رجال مسلم على كل حال.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٧ و ٢٢٨٢ و ٥٣٤٦ و ٥٧٦١ و مسلم ١٥٦٧ وأبو داود ٣٤٨١ والترمذي ١٢٧٦ و ١١٣٣ والدارمي ٢٥٥ / ٢ وابن ماجه ٢١٥٩ و مالك ٦٥٦ / ٢ والشافعي ١٣٩ / ٢ وابن أبي شيبة ٢٤٣ / ٦ وأحمد ٤ / ١١٨ . ١١٩ . ١٢٠ . والحيمدي ٤٥٠ والطحاوي ٤ / ٥٢ . ٥١ وابن الجارود ٥٨١ وابن حبان ٥١٥٨ والبغوي ٢٠٣٧ والطبراني ١٧ (٧٢٦) (٧٢٨) من طرق كلهم من حديث أبي مسعود الأنصاري.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٦٩ وأبو داود ٣٤٧٩ والترمذي ١٢٧٩ والنسائي ٣٠٩ / ٧ وابن ماجه ٢١٦١ وابن حبان ٤٩٤٠ . والطحاوي ٥٣ / ٤ والبيهقي ١٠ / ٦ وأحمد ٣ / ٣٤٩ من طرق كلهم من حديث جابر. وفيه تصريح أبي الزبير بسماعه من جابر.

(٦) لا يوجد بهذا اللفظ. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤ / ٥٣ واستغربه بهذا اللفظ. ووافقه ابن الهمام. وقال ابن حجر في الدراية ٢ / ١٦١: لم أجد بهذا اللفظ.

(٧) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٢٨١ من حديث أبي هريرة وقال: لا يصح من هذا الوجه وأبو المهزوم اسمه يزيد بن سفيان وضعفه شعبة، وروي عن جابر مرفوعاً بنحوه، ولا يصح إسناده أيضاً أ هـ.

وما أشار إليه الترمذي أخرجه النسائي ٧ / ١٩١ . ١٩٠ والبيهقي ٦ / ٥ والدارقطني ٣ / ٧٣ كلهم من حديث جابر.

وقال النسائي عقبه: حديث حجاج بن محمد عن حماد ليس بصحيح.

ورواه الدارقطني، وكذا البيهقي عن حماد بن سلمة وقالوا: ولم يذكر حماد عن النبي ﷺ، وهذا أصح.

زاد البيهقي: ورواه عبيد الله بن موسى عن حماد بالشك في ذكر النبي ﷺ. ورواه الهيثم بن جميل عن حماد مرسلاً، ورواه الحسن بن أبي جعفر موصولاً، وليس بالقوي والأحاديث الصحاح في النهي عن ثمن الكلب لا تذكر هذا الاستثناء والله أعلم أ هـ. ونقله الزيلعي عن البيهقي في نصب الراية ٤ / ٥٣ وأقره، وكذا أقره ابن حجر في الدراية فالخير ضعيف والله تعالى أعلم.

فكان ما لا يجوز بيعه، بخلاف الهوام المؤذية لأنه لا ينتفع بها، والحديث محمول على الابتداء قلماً لهما عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين، ولو سلم فيحرم تناول دون البيع.

الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «أرخص رسول الله ﷺ في ثمن كلب الصيد<sup>(١)</sup> وهذا سند جيد، فإن الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين<sup>(٢)</sup>، فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصاً والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وإن كان دونه في القوة عندهم، حتى أجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداءً فيظل مدعاهم من عموم منع البيع، ثم دليل التخصيص مما يعلل ويخرج من العام مرة أخرى، وتعليل إخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعاً به، وخصوص الاصطياد ملغى إذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجاً سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج العقور.

ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول: كل كلب تتأذى منه الحراسة فيجوز بيع الكل. ويرد عليه أنه حينئذ نسخ لموجب العام بالتعليل ولا نسخ بقياس. فالوجه أن يعلل دليل التخصيص بنفع لا تربو عليه مفسدة، ويدعي في العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لأن منفعتها خاصة يقترون بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه. وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بأنه ليس دليلاً على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم: أعني شمول المنع فيحتاج بعده إلى دليل المذهب وليس إلا الوجه الثاني، وعلى تقريرنا يتم الأول أيضاً. وقد استدلل في الأسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله ﷺ «أنه قضى في كلب بأربعين درهماً»<sup>(٣)</sup> ولم يخص نوعاً من أنواع الكلاب. وهذا الحديث أولاً لا يعرف إلا موقوفاً حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الأعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو «أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كلب ماشية بكبش»<sup>(٤)</sup>. وثانياً هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فجعلها دليلاً على العموم خطأ

برواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال: «قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهماً» من غير تخصيصه بنوع. وفيه نظر لأن الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو «أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً» وهذا مخصوص بنوع كما ترى. وقيل الاستدلال يدل على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الأول والثاني ملحق به دلالة (ولأنه منتفع به حراسة واصطياداً) لف ونشر (فكان مالاً فيجوز بيعه). واعتراض بوجهين: أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه، وذلك

(١) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ١/١٩٤ من طريق أحمد بن علي المدائني بسنده عن أبي حنيفة عن الهيثم الصراف عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً وقال ابن عدي بعد أن ذكر للمدائني مناكير يرويه عن أبي حنيفة: وهذه الأحاديث لأبي حنيفة لم يحدث بها إلا أحمد المدائني، وهي بواطيل عن أبي حنيفة. وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/٥٤: وهذا سند جيد. يعني من أبي حنيفة ومن فوقه ثم ذكر الزيلعي كلام ابن عدي وأكده بقوله: وقال ابن القطان: أحمد المدائني المعروف باللجلاج لم تثبت عدالته، وقد حدث بأحاديث كثيرة لأبي حنيفة كلها مناكير لا تُعرف أ. هـ. قلت: فلو صحح نسبة مسند أبي حنيفة لأبي حنيفة لكان الإسناد جيداً كما قال الزيلعي أولاً وابن الهمام. ولكن لما لم يثبت جاء الطعن على أحد الرواة عن أبي حنيفة لا من قبل أبي حنيفة فإنه إمام فقيه معتبر والله أعلم.

(٢) تقدم أن علته معن هو دون أبي حنيفة لا من فوقه. وكذا ضعفه ابن حجر في الدراية بسبب ضعف أحمد المدائني أ. هـ انظر الدراية ٢/١٦٦.

(٣) موقوف. أخرجه الطحاوي في المعاني ٤/٥٨ والبيهقي ٦/٨ كلاهما من طريق ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده موقوفاً ولفظهما: أن عبد الله قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كلب ماشية بكبش. قال البيهقي: هذا موقوف وابن جريج لا يروى له سماعاً من عمرو بن شعيب قال البخاري رحمه الله: لم يسمعه ثم أسنده البيهقي من طريق البخاري عن جساس أنه سمع عبد الله بن عمرو قضى... فذكره.

وقال البيهقي: قال البخاري: لا يتابع عليه أ. هـ. فالخبر موقوف وإسناده غير قوي.

(٤) هو المتقدم.

قال: (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها» ولأنه ليس بمال في حقا، وقد ذكرناه.

ظاهر. ثانيهما هو قوله: (ولأنه ينتفع به حراسة واصطياداً فكان مالا) يعني مالا مملوكاً متقوماً. أما كونه مالا فلأن المال اسم لغير الآدمي خلق لمنفعته المطلقة شرعاً، وهذا كذلك فكان مالا، وأما أنه مملوك متقوم فلأنه محرز مأذون شرعاً في الانتفاع به، والملك يثبت بالإحراز بدار الإسلام والتقويم بالتمول، وكلاهما مأذون فيه شرعاً إذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد، وإذا كان كذلك جاز بيعه. ولا يخفى أن هذا المعنى لا يرجع على النص الصريح الصحيح. غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال. فأجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك، وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الأمر بقتل الكلاب كان أمراً محققاً في الأول من رسول الله ﷺ<sup>(١)</sup>، ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن أبي بكره قال: حدثنا سعيد بن عامر قال: حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال: «أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب، ثم قال: ما لي وللكلاب؟ ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد»<sup>(٢)</sup>. ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روي من التشديد في سؤرها<sup>(٣)</sup> والنهي عن ثمنها وبيعها<sup>(٤)</sup> ثم الترخيص في بيع الذي أذن في اقتنائه<sup>(٥)</sup>، الأول على الحالة الأولى والثاني على الثانية، فكان منع البيع على المعموم منسوخاً بإطلاق

لا يدل على مالية عينه كالأدمي ينتفع بمنافعه بالإجارة وهو ليس بمال. والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الأساكة وليس بمال. وأجيب عن الأول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعاً لملك العين لا قصداً في المنفعة: ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة وجميع ما لا يؤكل لحمه. وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعاً فثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقويم والإباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كإباحة لحمه حالة المخمصة. وإذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب، بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لأنها لا ينتفع بها قوله: (والحديث محمول) جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي، وتقديره ما روي عن إبراهيم أنه قال: روي عن النبي ﷺ «أنه رخص في ثمن كلب الصيد» وذلك دليل على تقدم نهي انتسخ، فإنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب، وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة، ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعاً به في الكلاب. فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء، ويجوز أن يقال: الحديث مشترك الإلزام لأنه قال ثمن الكلب والثمن في الحقيقة لا يكون إلا في المبايعه قوله: (ولا نسلم

قوله: (ويجوز أن يقال الخ) أقول: أي في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي قوله: (والثمن بالحقيقة لا يكون الخ) أقول: له أن يقول إطلاق الثمن مجاز لكونه مصوراً بصورته، وقرينة المجاز قوله عليه الصلاة والسلام «إن من السحت» كما في مهر البغي وفي حرم بيعها وأكل ثمنها.

(١) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه البخاري ٣٢٢٣ ومسلم ١٥٧٠ من وجوه عدة والترمذي ١٤٨٨ والنسائي ١٨٤/٧ وابن ماجه ٣٢٠٢ والدارمي ٩٠/٢ ومالك ٩٦٩/٢ وعبد الرزاق ١٩٦١٠ وابن أبي شيبة ٥/٥٠٤٠٥ وأحمد ٢/٢٢٠٢٢. ١٠١. ١١٦. ١١٧ وابن حبان ٥٦٤٨ والبغوي ٢٧٧٩ والبيهقي ٩/٦ من طرق كلهم من حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه أمر بقتل الكلاب. وورد من حديث ابن عباس. أخرجه مسلم ٢١٠٥ وأبو داود ٤١٥٧ والنسائي ١٨٦/٧ وابن حبان ٥٦٤٩ وأحمد ٦٣٠/٦ مطولاً وله قصة.

(٢) صحيح. أخرجه الطحاوي في المعاني ٥٦/٤ بهذا اللفظ من حديث عبد الله بن مغفل وإسناده جيد. وقد أخرجه مسلم ١٥٧٣ من طرق عدة عن عبد الله بن مغفل وآخره: ثم رخص في كلب الصيد، وكتب الغنم. ورواية: ورخص في كلب الغنم، والصيد، والزرع أ. هـ. قلت: فالذي نسيه أحد رواة الطحاوي حفظه رواة مسلم وبالله التوفيق.

(٣) يشير المصنف لحديث: إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات إحداهن بالتراب. ورواية: أخرهن. وتقدم في الطهارة رواه الجماعة.

(٤) تقدمت هذه الروايات في أول هذا الفصل.

(٥) وهو كلب الماشية، والزرع، والصيد كما تقدم في رواية مسلم من حديث عبد الله بن مغفل قبل حديثين فقط.

قال: (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث «فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين.

بيع البعض بالضرورة. وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل إطلاق الانتفاع به. قال (ولو سلم فتجاسة عينه توجب حرمة أكله لا منع بيعه) بل منع بالبيع الانتفاع شرعاً، ولهذا أجزنا بيع السرقيين والبعير مع نجاسة عينهما لإطلاق الانتفاع بهما عندنا، بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فممنوع بيعها، فإن ثبت شرعاً إطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه، وبه قال مشايخنا. وإنما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله ﷺ فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال: سألت عباس عما يعصر من العنب، فقال ابن عباس رضي الله عنهما «إن رجلاً أهدى إلى النبي ﷺ راوية خمر، فقال له رسول الله ﷺ: «هل علمت أن الله حرم شربها؟ قال: لا، قال: فسار إنساناً، فقال له رسول الله ﷺ: بم ساررت؟ قال: أمرته ببيعها، فقال: إن الذي حرم شربها حرم بيعها، قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها»<sup>(١)</sup> وأخرج البخاري عن جابر أنه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح يقول وهو بمكة «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ قال: لا «هو حرام، ثم قال: قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا ثمنه»<sup>(٢)</sup>. وهذا يتم به شرح المسألة المذكورة بعد هذه المسألة.

وقوله: (وقد ذكرناه) يعني في باب البيع الفاسد ويقوم إشكالاً على جواز بيع السرقيين، اللهم إلا أن يقال: لا شك أنه لا بد من تقدير في نحو: حرمت الخمر، فإننا بينا في الأصول أن التحريم المضاف إلى الأعيان تقدر إضافته إلى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والأكل من الميتة واللبس من الحرير، فقوله ﷺ في حديث «إن الله حرم شيئاً» يعني إذا حرم ما هو المقصود من الشيء «حرم بيعه وأكل ثمنه»<sup>(٣)</sup> كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الأكل والشرب، وليس هذا الحديث في السرقيين فلم يثبت فيه تحريم البيع، فإن قال التجاسة سبب، قلنا: ممنوع فيحتاج إلى دليل آخر. أما هذا الحديث فإنما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه قوله: (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لأنهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتها، وقد التزموا أحكامها بالإقامة في دارنا وإعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في

نجاسة العين) جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع، فإن تملكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك، ولو سلم فيحرم تناول دون البيع كالسرقيين عندنا على ما سيجيء. قال: (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير الخ) بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز، يعني أنه باطل، وتقدم وقوعهما مبيعاً وثنماً وما يترتب على ذلك في البيوع. واستدل بقوله ﷺ: «أن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها» قال محمد في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة قال: حدثنا محمد بن قيس

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٧٩ من حديث عبد الرحمن بن وعلة أنه سأل ابن عباس... فذكره. بمثل سياق المصنف.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٦ و ٤٦٣٣ ومسلم ١٥٨١ وأبو داود ٣٤٨٦ والترمذي ١٢٩٧ والنسائي ٧/ ٣٠٩. وابن الجارود ٥٧٨ وابن حبان ٤٩٣٧ والبيهقي ٣٥٤/٩ وأحمد ٣٢٦/٣ كلهم من حديث جابر.

ورود من حديث ابن عمر. أخرجه البخاري ٢٢٢٣ و ٣٤٦٠ ومسلم ١٥٨٢ وابن أبي شيبة ٤٤٤/٦ والشافعي ١٤١/٢ والحميدي ١٣ كلهم من حديث ابن عمر.

ومن حديث ابن عباس أخرجه أبو داود ٣٤٨٨ وأحمد ١/ ٢٤٢. ٢٩٣. ٣٢٢ وابن حبان ٤٩٣٨ والبيهقي ١٣/ ١٤ كلهم من حديث ابن عباس وإسناده صحيح رجاله ثقات.

(٣) إسناده صحيح وتقدم في كتاب الأشربة. وهو تمام اللفظ المتقدم.

قال: (إلا في الخمر والخنزير خاصة) فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون. دل عليه قول عمر: ولوهم يبيعها وخذوا العشر من أثمانها. قال: (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أنني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن، وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين) وأصله أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا، وتلتحق

صرف، وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين (إلا في الخمر والخنزير) فإننا نجيز بيع بعضهم بعضاً لخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن إسرائيل بن إبراهيم عن عبد الأعلى قال: سمعت سويد بن غفلة يقول: حضر عمر بن الخطاب والجمع إليه عماله فقال: يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر، فقال بلال: أجل إنهم يفعلون ذلك، فقال: فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها يبيعها ثم خذوا الثمن منهم، ولا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم<sup>(١)</sup>. والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله ﷺ «أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»<sup>(٢)</sup> لم يعرف قوله: (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أنني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال بعث فهو جائز) وهو جواب للكل سواء كان قول الضامن ذلك بعد مفاوضة بين فلان وسيد العبد بألف وإبائه أو ابتداء. قال في بعض الشروح: ويكون البيع بعده دلالة على القبول لأنه امثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلقي نفسك إن شئت فقالت طلقت يجعل قبولاً استحساناً، فكذا هذا. وفي بعضها ما يفيد أنه إيجاب فإنه قال: ولو لم يكن إبائه ولا مساومة وحصل إيجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك، وهذا هو الصواب لأن قوله بع عبدك أمر ولفظة الأمر لا تكون في البيع إيجاباً على ما مر من أنه قال بعني هذا بكذا فقال بعث لا يتعقد حتى يقبل الآخر بعده، بخلاف طلقي نفسك في التفويض في الخلع فلا بد

«إن رجلاً من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهدي لرسول الله ﷺ: كل عام راوية من خمر، فأهدى إليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي، فقال النبي ﷺ: يا أبا عامر إن الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك، قال: فخذها يا رسول الله فبيعها واستعن بثمانها على حاجتك، فقال له النبي ﷺ: يا أبا عامر إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها» قال: (وأهل اللمة في البياعات كالمسلمين) قال محمد في الأصل: لا يجوز بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يداً بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل يداً بيد، وكذا كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنفاً واحداً، هم في البيوع بمنزلة أهل الإسلام. واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله ﷺ في ذلك الحديث: «فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» ولأنهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة؛ ومنها البيع فيكون مشروعاً في حقهم كما في حق المسلمين، إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما أموالاً متقومة في اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون، دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا إليه وقال لهم: يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر، فقال بلال: أجل إنهم يفعلون ذلك، فقال: فلا تفعلوا ذلك، ولكن ولوا أربابها يبيعها ثم خذوا الثمن منهم قوله: (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان) صورته أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا

قوله: (دل على ذلك قول عمر الخ) أقول: وسيجيء هذا الحديث في كتاب الغصب أيضاً قوله: (فلا تفعلوا ذلك ولكن ولو أربابها يبيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول: مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه.

(١) موقوف. رواه أبو يوسف في كتاب الخراج كما ذكر المصنف وكذا عبد الرزاق وأبو عبيد في كتاب الأموال كما في نصب الراية ٥٥/٤ كلهم عن عمر به.

(٢) غريب بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٥٥/٤ لا أعرفه بهذا اللفظ. وتقدم حديث معاذ في كتاب الزكاة وحديث بريدة في السير وفيهما هذا المعنى دون اللفظ. ١ ه بتصرف. وقال ابن حجر في الدراية ١٦٢/٢: لم أجده هكذا.

بأصل العقد خلافاً لزفر والشافعي لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً، ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبي كبديل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة، فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح، وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح.

أن المشتري يقول بعد بعث من البائع اشترت أو معناه على ما سلف هناك، ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بألف فقط لأنه إذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن إلى بيعه، والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله. والضمان جائز الإضافة فقد وجد المقتضى للزوم بلا مانع. وإذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه إياه إن باعه بألف، وهذه رشوة إذا لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينقصد بألف فقط، ثم في الأول إن كان بأمر المشتري كان له أن يخبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لأن البيع على المشتري صار بألف وخمسمائة، وللمشتري أن يرايح على ألف وخمسمائة، ولو كانت داراً ولها شفيع أخذها بألف وخمسمائة.

ولو رد بعيب أو تقايلاً فالبائع يرد الألف على المشتري والخمسمائة على الضامن، ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبائع حيس المبيع على الخمسمائة ويرايح على الألف ويأخذها الشفيع بألف. ولو تقايلاً أو ردت بعيب أو تقايلاً البيع فلاأجنبي أن يسترد الخمسمائة. فإن قيل: ينبغي أن لا يصح هذا لأن الشراء على أن الثمن على الأجنبي لا يجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه. أجاب الكرخي بمنع كون الشراء على أن الثمن الأجنبي لا يجوز إذا لا رواية فيه عن أصحابنا. وتعقبه الرازي بأن محمداً نص على أنه إذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لأنه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري، فأولى أن لا يجوز إذا كان أصل الثمن على غير المشتري، ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكننا تركناه بمعنى حديث أبي قتادة «في الذي امتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه للدين الذي عليه فالتزمه أبو قتادة رضي الله عنه فصلى عليه»<sup>(١)</sup> فقد التزم ديناً لا في مقابلة شيء يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الأجنبي كذلك إذ لم يحصل للأجنبي في مقابلتها شيء. ودفع بأنه لو كان بالنظر إلى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الأجنبي ولا يجوز ذلك. فالجواب هو ما ذكره المصنف أن هذه الزيادة

بيوع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيجزي آخر ويقول لصاحب العبد يع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أنني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن، وإن لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن. والفرق بينهما ما ذكره بناء على الأصل المار (أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله، لأنه) أي الإلحاق (تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها) فصار الفضل في ذلك كبديل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فجاز اشتراطه على الأجنبي كهو، لكن لا بد من تسمية الزيادة لتتحقق المقابلة صورة وإن فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة، فإذا

قوله: (بناء على الأصل المار) أقول: في فصل بعد باب المراجعة.

(١) صحيح، أخرجه الترمذي ١٠٦٩ والنسائي ٤/٦٥ وابن ماجه ٢٤٠٧ والدارمي ٢/٢٦٣ وعبد الرزاق ١٥٢٥٨ وأحمد ٢٩٧.٣١٥ وابن حبان ٣٠٥٨ و ٣٠٥٩ و ٣٠٦٠ من عدة طرق كلهم من حديث أبي قتادة: أن رجلاً أتى به النبي ﷺ ليصلي عليه فقال: صلوا على صاحبكم فإن عليه ديناً فقال أبو قتادة: أنا أكفل به قال: بالوفاء؟ قال: بالوفاء، فصلى عليه ﷺ، وكان عليه ثمانية عشر أو سبعة عشر درهماً. وإسناد أصحاب السنن صحيح على شرطهما. وفي رواية: فقال: أعليه دين؟ قالوا: نعم. دينارين قال: ترك لهما وفاة؟ قالوا: لا، قال: فصلوا على صاحبكم... الحديث.

قال: (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها فوطئها الزوج فالتكاح جائز) لوجود سبب الولاية، وهو

لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن في مقابلته شيء يسلم للملتزم وبدل الخلع يجوز اشتراطه على الأجنبي. وقد يقال: هذا التعليل قاصر، فإن الزيادة كما لا تكون في مقابلة شيء تكون في مقابلة شيء، ووجودها في مقابلة شيء أكثر أحوال العقد، فإن أحواله ثلاثة: كونه خاسراً، وراحياً، وعدلاً. وكونها لا في مقابلة شيء في وجه من الثلاثة، وهو كونه راحياً فلا يجوز اعتبار الأقل بل الواجب اعتبار الحال الأغلبية في المشابهة خصوصاً إذا كان بيني عليها حكم شرعي، فالأولى ما قيل إن الزيادة ثبتت تبعاً فجاز أن تثبت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصوداً. فإن قيل: لو ثبتت الزيادة ثمناً والأجنبي ضامن لها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل. قلنا: لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الأصيل، ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طوّل الكفيل بها دون فلان فجاز كذلك، وذلك لأن المشتري لم يلتزمها إنما التزم هذا القدر من الثمن الأجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب قوله: (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها فوطئها الزوج فالتكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشتري خلافاً للثمة الثلاثة.

أما الأول فلوجود سبب ولاية الإنكاح على الأمة (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف ما لو مالكتها لا على الكمال كما في ملك نصفها لا يملك التزويج به، وإنما جاز إنكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لأن البيع يفسد بالغرر دون النكاح، وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض، والنكاح لا يفسخ بهلاك المعقود عليه: أعني المرأة قبل القبض، ولأن القدرة على التسليم شرط في البيع، وذلك إنما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح، ألا ترى أن بيع الأبق لا يصح وتزويج الأبقه يجوز. وحاصل هذا أنه تعليل النهي عن البيع قبل القبض، وإذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض وارداً في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته. وأما الثاني فلأن وطء الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري، ولو وطئها المشتري كان قابضاً فكذلك الزوج، ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضاً استحساناً، حتى لو هلك بعد التزويج قبل الوطاء هلكت من مال البائع. والقياس أن يصير قابضاً بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، حتى إذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لأن التزويج تعيب منه للمبيع، وكذا يثبت خيار الرد إذا اشترى جارية فوجدتها ذات زوج، والمشتري إذا عيب المبيع يصير قابضاً له. وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج تعيب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنفصان السعر له وكالإقرار منه عليها بدين، والمشتري إذا أقر بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضاً فكذا مجرد التزويج، بخلاف الفعل الحسي كان فقاً عينها مثلاً أو قطع يدها فإنه إنما يصير به قابضاً لما فيه من الاستيلاء على المحل. واستشكل على هذا الإعتاق والتدبير فإنه يصير بهما قابضاً وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي. والجواب إنما قلنا ذلك فيما يكون نفس

قال من الثمن وجد الشرط فيصح، وإذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سمي من المال، والرشوة حرام لا تلزم بالضمان. واعتبرض بأوجه: لأول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه. الثاني لو كان خمسمائة ثمناً لتوجه المطالبة بها على المشتري ويتحمل عنه الضامن ولم توجه عليه بالاتفاق. الثالث أن أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الأجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة، والفكر الصائب في أصل هذه المسألة يغني عن هذه الأسئلة والجواب عنها، ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق، فإن ورود السؤال إذا كان لغموض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره، وذلك أنا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغني عن أن تقابل بالمال جزءاً فجزءاً فجاز أن يكون بعض الثمن خالياً عما يقابله من البديل، كالزيادة في الثمن إذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتة بلا بدل، ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الأجنبي كبدل الخلع، وإذا جاز ذلك بطل ممن التزمه لا غير، والملتزم فيما نحن فيه الأجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن، فإن أصل الثمن لا بد وأن يقابله شيء من المال فلا يكون

الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر. وهذا قبض لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وإن لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضاً لأنه تعيب حكمي فيعتبر بالتعيب الحقيقي. وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافتراقاً قال: (ومن اشترى عبداً فغاب فأقام

الفعل قبضاً، والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضاً هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء، والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه، وذلك أنه إنهاء للملك ومن ضرورة إنهاء الملك كونه قابضاً والتدبير من واديه لأنه به يثبت حق الحرية للتدبير ويثبت الولاء. هذا وإذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد. قال الصدر الشهيد: والمختار قول أبي يوسف لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلاً، وقيد القاضي الإمام أبو بكر بطلان النكاح بطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت، حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وإن بطل البيع قوله: (ومن اشترى عبداً فغاب) قبل القبض ونقد الثمن (فأقام البائع البيعة أنه باعه إياه) ولم يقبض الثمن (فإن كانت غيبة المشتري غيبة (معروفة لم يبعه) القاضي (في دين البائع لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع) فيكون إطلافاً لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة (وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) بنصب الثمن مفعولاً ثانياً لبيع<sup>(١)</sup> وقوله وإن لم يدر أين هو يبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو. وقول المصنف في تعليل بيع القاضي (لأن ملك المشتري ظهر بإقراره) يعني بإقرار البائع (فيظهر على الوجه الذي أقر به) وهو كونه (مشغولاً بحقه) يبين أن البيع من القاضي ليس بهذه البيعة لأنها لا تقام لإثبات الدين على الغائب فما هي إلا لكشف الحال ليحجبه القاضي إلى البيع نظراً للغائب لا ليثبت عليه فإنه لو لم يقمها لم يجبه إلى ذلك (وإذا نعدر استيفاءه) والفرض أنه أحق بمالية هذا العبد لأنه كالرهن في يده إلى استيفاء الثمن، حتى لو مات المشتري مفلساً كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالمرتتهن إذا مات الراهن فإنه أحق من سائر الغرماء فيعينه القاضي على بيعه (بخلاف ما بعد المبيع لأن حقه) أي البائع (لم يبق معلقاً به) بل هو دين في ذمة المشتري والبيعة حينئذ لإثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين، وهذا طريق الإمام السرخسي رحمه الله، وتقرير شيخ الإسلام يشعر بخلافه حيث قال: القياس أن لا تقبل هذه البيعة لأنها على إثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي، فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل، وإن كان لا يصل إلى حقه. وفي الاستحسان تقبل لأن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج إلى أن ينفق عليه إلى أن يحضر المشتري وربما تربو النفقة عن الثمن والقاضي ناظر لإحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها لدفع البلية؛ بخلاف ما لو أقامها ليثبت

كالزيادة، وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته. وقع في الكتاب والخمسائة بالألف واللام في المضاف دون المضاف إليه، وقيل لا خلاف في امتناعه، وقال ابن عصفور: بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جداً، وقيل إذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتقد إضافة الخمسة بل الجر في المضاف إليه على حذف مضاف: أي الخمس خمسمائة. قال: (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها الخ) رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح (لوجود سبب الولاية) للنكاح (وهو الملك في الرقبة على الكمال) وما ثمة مانع عن الجواز لأن المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض إنما يكون عن تصرف يفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك، وهذا التزويج يكون قبضاً لأن الوطاء لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله (وإن لم يطأها) الزوج

قوله: (وهذا التزويج) أقول: الظاهر أن الإشارة إلى الوطاء.

قوله: (والثاني أن البيع هاهنا غير مقصود الخ) أقول: فيه تأمل.

(١) قول الفتح: (مفعولاً ثانياً لبيع) صوابه لأوفى كما هو ظاهر، كتبه مصححه.

البائع البيئته أنه باعها إياه، فإن كانت غيبته معروفة لم يبيع في دين البائع) لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع، وفيه إيصال حق المشتري (وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولاً بحقه، وإذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مفلساً والمبيع لم يقبض، بخلاف ما بعد القبض لأن حقه لم يبق متعلقاً به، ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه بدل حقه وإن نقص يتبع هو أيضاً.

قال: (فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه، وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى يتقد شريكه الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبي يوسف: إذا دفع الحاضر الثمن كله لم

حقاً على الغائب لينزع شيئاً من يده لا يقبلها، والإجماع في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه إزالة يد الغائب عما في يده لأن البائع يستوفي حقه مما في يده. وأورد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض. أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه. وقال آخرون: لا يحتاج إلى ذلك لأن هذا البيع يثبت ضمناً لأنه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع بإحياء حقه والبيع ضمن له.

هذا إذا كان المشتري واحداً فغاب، فلو كان المشتري اثنين فغاب أحدهما قبل إعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه إلا بنقد جميع الثمن بالاتفاق، فلو نقده اختلقوا في مواضع: الأول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب؟ عند أبي يوسف لا، وعند أبي حنيفة ومحمد يجبر. والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر؟ عند أبي يوسف لا، بل لا يقبض إلا نصيبه على وجه المهابة، وعندهما يجبر. والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده؟ عند أبي يوسف لا، وعندهما يرجع، والحاضر حبس نصيب الغائب إذا حضر يعطيه ما نقده عنه. وجه أبي يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعاً فلا يرجع، وإذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لأنه أجنبي عنها (ولهما أنه مضطر فيه) أي في دفع حصة الغائب لأنه لا يمكنه الانتفاع بملكه إلا بأداء الجميع، لأن البيع الصادر إليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس، وصار كمعير الرهن إذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب، فإن المعير إذا افتكه بدفع الدين رجح على الراهن لأنه مضطر فيه، وصار كصاحب العلو إذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبني السفل إذا لم يبنه مالكة بغير

(فليس) أي مجرد التزويج (قبضاً) استحساناً، وفي القياس هو قبض وهو رواية عن أبي يوسف، حتى إن هلك بعد ذلك هلكت من مال المشتري لأن التزويج عيب حكمي، حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردها، والمشتري إذا عيب المعقود عليه صار قابضاً فصار كالإعتاق والتدبير والتعيب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين. وجه الاستحسان أن في التعيب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه إليه وبه يصير قابضاً، وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضاً. والإعتاق والتدبير إتلاف للمالية وإنهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته أن يصير قابضاً. قال: (ومن اشترى عبداً فغاب المشتري الخ) رجل اشترى منقولاً فغاب المشتري قبل قبض المبيع ولم ينقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت إلى ذلك حتى يقيم البيئته دفعاً للثمنه، فإذا أقامها فلا يخلو إما أن تكون الغيبة معروفة أو لا، فإن كان الأول لم يبيعه في الدين لأن وصول البائع إلى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع إيصال حق المشتري، وإن كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لأن ملك المشتري ظهر بإقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به وقد أقر به مشغولاً بحقه فيعتبر كذلك، وهذا لأن العبد في يده والقول قول الإنسان فيما في يده، فلو ادعى الملك كان مسموعاً، ولو أقر به لغيره كاملاً صح بحكم اليد، فكذا إذا أقر به ناقصاً مشغولاً بحقه ويثبت الملك له ناقصاً على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فبيعه القاضي فيه، كالراهن إذا مات فإن المرتهن أحق بالمرهون يباع في دينه إن تعذر الاستيفاء، والمشتري إذا مات قبل قبض المبيع مفلساً فإن المبيع يباع في ثمنه، بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فإن بيئته البائع لم تقبل لأن حقه لم يبق متعلقاً به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البيئته لإثبات الدين والإثبات على الغائب ممتنع عندنا. وفيه بحث من أوجه: الأول أن إقامة البيئته على الغائب لا تجوز لأنها تعتمد إنكار الخصم وذلك من الغائب مجهول. الثاني أن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم

يقبض إلا نصيبه وكان متطوعاً بما أدى عن صاحبه) لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه. ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لأن البيع صفقة واحدة، وله حق الحبس ما بقي شيء منه، والمضطر يرجع كمعير الرهن، وإذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه إلى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه.

قال: (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب

أمره ليتوصل به إلى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطيه ما صرفه، غير أن في مسألة السفل لا يفترق الحال بين كونه صاحبه غائباً أو حاضراً، وفي مسألتنا لا يثبت له حق الرجوع إلا إذا كان غائباً، لأنه إذا كان حاضراً لا يكون مضطراً في إيفاء الكل، إذ يمكنه أن يخاصمه إلى القاضي في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه، بخلاف مسألة السفل فإن صاحب العلو لو خصمه في أن يبني السفل لا ينقضي عليه بنيانه فكان مضطراً حال حضوره كغيبته (وله) أي للحاضر. ومثل صورة حضورهما في عدم الاضطرار ما لو استأجر رجلان داراً فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعاً لأنه غير مضطر في نقد حصة الغائب، إذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره التمرثاشي. وإذا ثبت حق الحبس في مسألتنا للحاضر فله حبسه إلى أن يستوفي الكل، ولو بقي درهم كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه له أن يحبس المبيع عن الموكل إلى أن يعطيه جميع الثمن قوله: (ومن اشترى جارية الخ) صورتها أن يقول: اشتريت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعتك هذه الجارية الخ. ولفظ الجامع: في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة، ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها، بخلاف ما لو قال بألف من الدارهم والدينانير لا يحتاج إلى بيان الصفة وينصرف إلى الجياد. وعرف من هذه العبارة أن البيع يتعقد بلفظ المضارع وإن احتمل العدة إذا أراد به الحال. وقيل بل هذه العبارة مساومة، والمعنى أنه إذا قال له ذلك ثم

بطلانه. الثالث أن ذلك يفرض إلى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز، وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضاً وغير مقبوض فالترفة بينهما تحكم. والجواب عن الأول أن إقامة البيعة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء، وإنما القاضي يقضي بموجب إقرار المقر بما في يده، وفي ذلك لا يحتاج إلى إنكار الخصم. وعن الثاني من وجهين: أحدهما قول بعض المشايخ إن القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لأن بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض. ورد بأن المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلاً عنه. وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتسامح بتأخيره. والثاني أن البيع هاهنا غير مقصود، وإنما المقصود النظر للبائع إحياء لحقه والبيع يحصل ضمناً، ويجوز أن يثبت ضمناً ما لا يثبت قصداً. وعن الثالث ما ذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب، وإنما هو قضاء على الحاضر بالإقرار بما في يده، وذلك إنما يكون إذا لم يقبضه المشتري، فأما إذا قبضه فلا يكون ذلك، وحينئذ ظهر الفرق واندفع التحكم (ثم إذا باعه، فإن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه بدل حقه، وإن نقص يبيع هو) أي يبيع البائع المشتري، فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن، فإذا نقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد إلى الحاضر، وإذا حضر الغائب فللحاضر أن يرجع عليه بما نقده لأجله، وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن، ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض إلا نصيبه مهياًة لا غير، فإذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب إذا حضر بما نقده لأجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعاً بما أدى عن صاحبه) لأنه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع في ذلك (وهو أجنبي عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة، ولكون البائع له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن) فإن من أعار شيئاً رجلاً ليرهنه فرهنه ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فإنه يرجع على الراهن بما أدى وإن كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لا اضطراره في القضاء، وهذا مما لا ينكر فإن للضرورات أحكاماً. فإن قيل: لو كان التعليل بالاضطرار صحيحاً لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته، فإنه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه إلا بعد نقد صاحبه. فالجواب أن الاضطرار في

من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية، وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما، قال: (ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ فقضاه زيوفاً وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهما) لأن حقه في الوصف مرعي كهو في

باعه على هذا الوجه يثبت الانقسام. وفيه أن إضافة المثقال إلى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلأ يوجب كون الفضة أيضاً مضافاً إليها المثقال، وينفي وهم أن يفسد لجهالة الفضة لأن المثقال غالب في الذهب فتصير الفضة مرسلأ عن قيد الوزن بل ينصرف إليهما، وكذا صفة الجودة لأن العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين، فالمثقال المتقدم فسرته بالذهب والفضة، ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وامرأته طالق وقعاً جميعاً غدا فإنهما مضافان. ذكره في كشف الغوامض. وفي المبسوط: لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لأنه المتعارف في الدراهم فينصرف إليه، وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة، لأن المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك، وليس معهما ما يصرف أحدهما عن المتعارف فيه فيصرف إلى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كون هذا إذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم.

وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس، إلا أن يقيد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فإن ما دونه ثقل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقربه من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرضاً أو سلفاً أو غصباً أو وديعة أو بيعاً أو شراءً أو مهراً أو وصية أو كفالة أو جعلاً في خلع، ومنه ما لو قال على كز حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس قوله: (ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ فقضاه عشرة زيوفاً وهو) أي رب الدين (لا يعلم) أنها زيوف (فهو قضاء) حتى لو أنفقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشيء وهذا (عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: له أن يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد) وذكر فخر الإسلام وغيره أن قولهما قياس، وقول أبي يوسف هو الاستحسان. له أن حقه

حالة حضوره مفقود لإمكان أن يخاصمه إلى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته، وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا استأجر داراً فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الأجرة فإنه يكون متبرعاً بالإجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الأجرة إذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة. كذا ذكره الإمام التمرناشي (وإذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما سيجيء إن شاء الله تعالى. قال: (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشتريتها بألف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال (لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء) لأنه عطف على المضاف إليه، وهو عطف مع الانتقار والعطف مع الانتقار يوجب الشركة، وليس أولوية لأحدهما على الآخر فيجب التساوي. قيل وكان الواجب أن يقيد المصنف بالجودة أو الرداءة أو الوسط لأن الناس لا يتبايعون بالتبر؛ ولا بد من بيان الصفة قطعاً للمنازعة ولهذا قيده محمد رحمه الله بها في الجامع الصغير وبيوع الأصل. ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوماً من أول كتاب البيوع أن ذلك لا بد منه. ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الأول للعطف، إلا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لأنه هو المتعارف في وزن الدراهم. ولقائل أن يقول: النظر إلى المتعارف يقتضي أن ينصرف إلى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد. قال: (ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ الخ) رجل له على رجل عشر دراهم جياذ (فقضاه زيوفاً والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يرد مثل زيوفه

الأصل، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا. ولهما أنه من جنس حقه. حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه إلا في الجودة، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا، وكذا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له.

في الجودة مرعى كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده (لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا) من ضمان الأصل ليصل إلى الوصف (ولهما أنه) أي الزيوف (من جنس حقه، حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز إلا لأنه لم يعتبر استبدالاً بل نفس الحق (فيقع به الاستيفاء، وإنما يبقى حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها) بعد هلاك الدراهم (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها (ولا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه) يعني هو إيجاب للقباض على نفسه (ولا نظير له) في الشرع إلا أن أبا يوسف يفتي بغيره أن لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من إيجاب المثل ممكن وهذا كما لو وجدها ستوقه أو نهرجة فهلكت أليس يرد مثلها، فإن قال الستوقه ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضياً حقه بها. قلنا: وكذلك لا يصير مقتضياً حقه بالزيوف إلا إن علم فرضي باعتبار أنه حيثئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لأنه قبض جنس حقه، فإذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه إذ المديون لا يضمنه شيئاً. قلنا: يجوز ذلك إذا أفاد كالمولى إذا أتلف بعض أكساب عبده المأذون، وقد أفاد هنا تدارك حقه فصار كشرائه الإنسان مال نفسه إلا إذا أفاد، ويجوز أن يشتري مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المديون، وبما ذكرنا يظل قولهم لا نظير له في الشرع. ويجاب بمنع الاتحاد في المستشهد به، بل الضمان في المأذون للغرماء وهنا المقبوض كله ملك، ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له. وفي النوازل: اشترى بالجياد ونقد الزيوف أخذها الشفيع بالجياد لأنه إنما يأخذ بما اشترى، ولو باعها مرابحة فإن رأس المال الجياد. وفي الأجناس: اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد. قال أبو جعفر: لا يحنت، وقال أبو يوسف: يحنت، والله الموفق.

ويرجع عليه بالجياد لأن حقه في الوصف مرعى) من حيث الجودة، كما أن حقه مرعى في الأصل من حيث القدر، فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا إذ نقص في كفيته، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف منفرداً لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلناه. ولأبي حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الأصل بالمقبوض حاصلاً، فلم يبق حقه إلا في الجودة وتداركها منفردة بإيجاب ضمانها غير ممكن شرعاً لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلاً لعدم تصور الانفكاك، ولا بإيجاب ضمان الأصل لأن المضمون حيثئذ هو الأصل، والفرض أنه من حيث الأصل مستوف في إيجاب الضمان باعتباره إيجاب عليه له، ولا نظير له في الشرع. واعترض بوجهين: أحدهما أن إيجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز إذا لم يقد وهاهنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فإنه مضمون على المولى وإن كان ملكاً له حتى لو اشترى صح. والثاني أن المقصود الأصلي هو إحياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنياً فلا يعتبر. والجواب عن الأول أن الفائدة ثمة إنما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه. وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابعاً له. قال: (وإذا أفرخ طير في أرض رجل الخ) إذا أفرخ طير في أرض رجل ولم يمدّها لذلك لم يملكه (فهو لمن أخذه، وكذا إذا باض فيها أو تكنس فيها طيبي) وفي بعض النسخ: تكسر فيها طيبي (لأنه مباح سبقت يده إليه) فيملكه (ولأنه

قوله: (وعن الثاني الوصف تابع الخ) أقول: هذا يرجع إلى تغيير الدليل، والله أعلم.

قال: (وإذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا إذا باض فيها (وكذا إذا تكنس فيها طي) لأنه مباح سبقت يده إليه ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه، وكذا البيض لأنه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه، وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك فصار كتصيب شبكة للجفاف وكذا إذا

قوله: (ولو أفرخ في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا إذا باض فيها وكذا إذا تكنس فيها طي) أي دخل كناسه والكناس بين الطيبي. وفي بعض النسخ تكسر: أي وقع فيها فتكسر، ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فإنه لذلك الرجل لا للأخذ، ولا يختص بصاحب الأرض (لأنه) أي لأن كلا من الطير والبيض والفرخ وقد أصلح في نسخة لأنها (مباح سبقت يده) أي يد الآخذ إليه (ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد) فيلحق به (ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لأنه المقصود بقوله تعالى ﴿تناه أيديكم﴾ في قوله تعالى ﴿ليلبونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم﴾ [آل عمران: ٩٤] كذا ذكر. وقوله: (وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك) جملة حالية هي قيد لقوله فهو لمن أخذه: أي إنما يكون للأخذ إذا لم يكن صاحب الأرض أعدها لذلك بأن حفر فيها ثراً ليسقط فيها أو أعد مكاناً للفرخ ليأخذها، فإن كان أعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل رب الأرض يصير بذلك قابضاً حكماً، كمن نصب شبكة ليحفظها فتعقل بها صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة لأنه لم يعدها الآن للأخذ، وكما إذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فأغلق بابه فهو لمن أخذه، وإن علم به وأغلق الباب عليه أو سد الكوة<sup>(١)</sup> كان لصاحب الدار، وكذا إذا وقع في ثيابه النثار<sup>(٢)</sup> من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه، وما هذه مصدرية نائية عن ظرف الزمان: أي للأخذ في زمان عدم كفه الثوب. وقوله أو كان مستعداً له: أي للنتار بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره، فإذا كفه أو كان مستعداً فهو له، أما إذا غسل النحل في أرضه فهو لصاحب الأرض لأنه عد من إنزاله: أي من زيادات الأرض: أي ما ينبت فيها فيملكه تبعاً للأرض كالشجر الثابت فيها وكالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها. والأنزال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضمير لأنه هو عائد على الأرض وهي مؤنثة على تأويل المكان، ومثله وقع في شعر العرب قال:

فلا مزنة ودقت ودقها ولا أرض أبقل إقبالها

ومن جنس هذه المسائل: لو اتخذ في أرضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه، ولو اتخذت لغيره، فمن أخذ السمك فهو له، وكذا في حفر الحفيرة إذا حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للأخذ، وكذا صرف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل، فإن كان وضعه للماء لصاحبه وإلا فالماء للأخذ، ولو باض صيد

حيث صيد والصيد لمن أخذه) بالحديث، وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرج عن الصيدية كصيد انكسر رجله بأرض إنسان فإنه للأخذ دون صاحب الأرض. والتكنس: التستر، ومعناه في الأصل دخل في الكناس وهو موضع الطيبي، ومعنى تكسر انكسر رجله، وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له (والبيض في معنى الصيد لأنه أصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) قوله: (وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك) إشارة إلى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له، فأما إذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو للأخذ (وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه) أي يضمه إلى نفسه (أو كان مستعداً له، بخلاف ما إذا غسل النحل في أرضه) فإن

(١) الكوة: الثقب في الحائط. ويستعار لمفاتيح الماء إلى المزارع أو الجداول فيقال: كوى الثور. قلت: وتسمى في الشام: طاقة. وهي عبارة عن خرق في الجدار صغير نافذ إلى الدار. والغاية منه قديماً كما كنت أعلم وأشاهد: دخول الدجاج أو البط أو نحوه من الطريق إلى الدار، ومن فوائده أيضاً: أنه إذا جاء الرجل صاحب الدار ولم يجد أحداً في المنزل تراه يأت بطفل صغير يدخل من هذا الثقب ليفتح له الباب أهـ.

(٢) النثار: هو ما يثره العروس أثناء دخوله على الناس وأحياناً بعض الناس يثره على العروس. ويقال له في العامية: أي للعروس: يا عريس كثر ملبئس.

دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدرهم في ثيابه ما لم يكفه أو كان مستعداً له، بخلاف ما إذا غسل النحل في أرضه لأنه عد من أنزاله فيملكه تبعاً لأرضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع في أرضه بجريان الماء، والله أعلم.

في أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فمتمعه صاحب الأرض، فإن كان في موضع يقدر صاحب الأرض على أخذه قريباً منه بأن كان بحضرته كان الصيد لرب الأرض كأنه أخذه عنده، وإن لم يكن بحضرته لا يملك.

العسل لصاحبها (لأنه هذ من أنزاله) أي من أنزال الأرض بتأويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه، والفرق بينهما أن العسل صار قائماً بأرضه على وجه القرار فصار تابعاً لها (كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء) بخلاف الصيد، والله سبحانه وتعالى أعلم.