

بَابُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ

المراد بالفاسد: الممنوع مجازاً عرفياً^(١) فيعم الباطل والمكروه، وقد يذكر فيه

سماوية، وقدمنا عن جامع الفصولين أنه يطرح عن المشتري حصة النقصان من الثمن، وهو غير في الباقي بين أخذه بحصته أو تركه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

بَابُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ

آخره عن الصحيح لكون عقداً مخالفاً للدين كما أوضحه في الفتح، وسيأتي أنه معصية يجب رفعها، وسيأتي في باب الربا أن كل عقد فاسد فهو ربا: يعني إذا كان فساده بالشرط الفاسد. وفي القاموس: فسد كنصر وقعد وكرم فساداً وفسوداً ضد صلح فهو فاسد وفسيد، ولم يسمع انفسد اه. ونقل في الفتح أنه يقال للحم الذي لا ينتفع به لدود ونحوه بطل، وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم، وفيه مناسبة للمعنى الشرعي، وهو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، ومرادهم من مشروعية أصله كونه ما لا متقوماً لا جوازه وصحته لأن فساده يمنع صحته، أو أطلقوا المشروعية عليه نظراً إلى أنه لو خلا عن الوصف لكان مشروعاً. وأما الباطل، ففي المصباح بطل الشيء يبطل بطلاً ويطولاً وبطلاناً بضم الأوائل: فسد أو سقط حكمه فهو باطل، والجمع بواطل أو أباطيل اه. وفيه مناسبة للمعنى الشرعي وهو ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه. وأما المكروه، فهو لغة: خلاف المحبوب، واصطلاحاً: ما نهى عنه لمجاور كالبيع عند أذان الجمعة. وعرفه في البناية بما كان مشروعاً بأصله ووصفه، لكن نهى عنه لمجاور، ويمكن إدخاله تحت الفاسد أيضاً على إرادة الأعم وهو ما نهى عنه فيشمل الثلاثة كما في البحر. قوله: (المراد بالفاسد الممنوع الخ) قد علمت أن الفاسد مبين للباطل، لأن ما كان مشروعاً بأصله فقط يباين ما ليس بمشروع أصلاً. وأيضاً حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض والباطل لا يفيد أصلاً، وتباين الحكمين دليل تباينهما، فإطلاق الفاسد في قولهم باب البيع الفاسد على ما يشمل الباطل لا يصح على حقيقته. فأما أن يكون لفظ الفاسد مشتركاً بين الأعم والأخص أو يجعل مجازاً عرفياً في الأعم لأنه خير من الاشتراك. وتغامه في الفتح.

مَطْلَبٌ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ

ثم اعلم أن البيع جائز وقد مر بأقسامه. وغير جائز، وهو ثلاثة: باطل، وفاسد، وموقوف. كذا في الفتح. وأراد بالجائز النافذ، وبمقابله غيره لا الحرام، إذ لو أريد ذلك

(١) في ط (قول الشارح: مجازاً عرفياً) أي باعتبار عرف الفقهاء فإبهم المفقون بينهما ولم يكن لغوياً لعدم التفرقة عند أهل اللغة.

بعض الصحيح تبعاً، وكل ما أورث خللاً في ركن البيع فهو مبطل، وما أورثه في غيره فمفسد

لخرج الموقوف لما قالوه من أن بيع مال الغير بلا إذنه بدون تسليم ليس بمعصية.

مَطْلَبٌ لِيَبِيْعِ الْمَوْقُوفِ مِنْ قِسْمِ الصَّحِيْحِ

على أنه في المستصفي جعله من قسم الصحيح، حيث قال: البيع نوعان: صحيح، وفاسد. والصحيح نوعان: لازم، وغير لازم. نهر. وذكر في البحر أن البيع المنهى عنه ثلاثة: باطل، وفاسد، ومكروه تحريماً، وقد مرت. وما لا نهي فيه ثلاثة أيضاً: نافذ لازم، ونافذ ليس بلازم، وموقوف. فالأول: ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه. والثاني: ما لم يتعلق به حق الغير، وفيه خيار. والموقوف: ما تعلق به حق الغير، وحصره في الخلاصة في خمسة عشر.

قلت: بل أوصله في النهر إلى نيف وثلاثين كما سيأتي في باب بيع الفضولي. ثم قال في البحر: والصحيح يشمل الثلاثة، لأنه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه والموقوف كذلك فهو قسم منه، وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه، فإن حكمه إفادة الملك بلا توقف على القبض، ولا يضر توقفه على الإجازة كتوقف ما فيه خيار على إسقاطه اهـ.

قلت: ينبغي استثناء بيع المكروه فإنه موقوف على إجازته مع أنه فاسد كما حققناه أول البيوع، وحررنا هناك أيضاً أن بيع الهزل فاسد لا باطل، وإن كان لا يفيد الملك بالقبض لكونه أشبه البيع بالخيار، وليس كل فاسد يملك بالقبض كما سيأتي. قوله: (في ركن البيع) هو الإيجاب والقبول، بأن كان من مجنون أو صبي لا يعقل، وكان عليه أن يزيد أو في محله: أعني لمبيع، فإن الخلل فيه مبطل بأن كان البيع ميتة أو دماً أو حرراً أو خمرأ، كما في ط عن البدائع. قوله: (وما أورثه في غيره) أي في غير الركن، وكذا في غير المحل، وذلك بأن كل في الثمن بأن يكون خمرأ مثلاً، أو بأن كان من جهة كونه غير مقدور التسليم، أو فيه شرط مخالف لمقتضى العقد فيكون البيع بهذه الصفة فاسداً لا باطلاً لسلامة ركنه ومحله عن الخلل، كما في ط عن البدائع. وبه ظهر أن الوصف ما كان خارجاً عن الركن والمحل.

تنبيه: في شرح مسكين: ثم الضابط في تمييز الفاسد من الباطل أن أحد العوضين إذا لم يكن مالاً في دين سماوي فالبيع باطل، سواء كان مبيعاً أو ثمناً، فبيع الميتة والدم والحر باطل، وكذا البيع به، وإن كان في بعض الأديان مالاً دون البعض إن أمكن اعتباره ثمناً فالبيع فاسد، فبيع العبد بالخمر أو الخمر بالعبد فاسد، وإن تعين كونه مبيعاً فالبيع باطل، فبيع الخمر بالدرهم أو الدرهم بالخمر باطل اهـ.

(بطل بيع ما ليس بمال) والمال ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع. درر. فخرج التراب ونحوه (كالدّم) المسفوح فجاز بيع كبد وطحال (والميتة) سوى سمك وجراد، ولا فرق في حق المسلم بين

قلت: وهذا الضابط يرجع إلى الفرق بينهما من حيث المحل فقط، وما مر من حيث الركن والمحل فهو أعم، فافهم. قوله: (بطل بيع ما ليس بمال) أي ما ليس بمال في سائر الأديان بقريئة قوله: «والبيع به» فإن ما يبطل سواء كان مبيعاً أو ثمناً ما ليس بمال أصلاً، بخلاف نحو الخمر فإن بيعه باطل إذا تعين كونه مبيعاً، أما لو أمكن اعتباره ثمناً فبيعه فاسد كما علمته من الضابط المذكور آنفاً، لأن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن، ولذا ينسخ البيع بهلاك المبيع دون الثمن، ولأن الثمن غير مقصود بل هو وسيلة إلى المقصود وهو الانتفاع بالأعيان.

مَطْلَبٌ فِي تَعْرِيفِ الْمَالِ

قوله: (والمال) أي من حيث هو، لا المذكور قبله، لأن التعريف المذكور يدخل فيه الخمر فهي مال وإن لم تكن متقومة، ولذا قال بعده: وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير، فإن المتقوم هو المال المباح الانتفاع به شرعاً. وقدمنا أول البيوع تعريف المال بما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وأنه خرج بالادخار المنفعة، فهي ملك لا مال، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص كما في التلويح. فالأولى ما في الدرر من قوله: المال موجود يميل إليه الطبع الخ، فإنه يخرج بالموجود المنفعة، فافهم. ولا يرد أن المنفعة تملك بالإجارة، لأن ذلك تمليك لا بيع حقيقة ولذا قالوا: إن الإجارة لا بيع المنافع حكماً: أي إن فيها حكم البيع وهو التمليك لا حقيقته، فاغتنم هذا التحرير. قوله: (فخرج التراب) أي القليل ما دام في محله، وإلا فقد يعرض له بالنقل ما يصير به مالاً معتبراً أو مثله الماء، وخرج أيضاً نحو حبة من حنطة والعذرة الخالصة، بخلاف المخلوطة بتراب، ولذا جاز بيعها كسرقين كما يأتي، وخرج أيضاً المنفعة على ما ذكرنا آنفاً. قوله: (والميتة) بفتح الميم وسكون الياء: التي ماتت حتف أنفها لا بسبب، وبتشديد الياء المكسورة: التي لم تمت حتف أنفها بل بسبب غير الذكاة كالمنخنة والموقوذة. نوح أفندي. ولم أر هذا الفرق في القاموس ولا في المصباح ولا غيرهما، فراجع. قوله: (ولا فرق في حق المسلم الخ) أما في حق الذمي فيراد بها الأول؛ وأما الثاني فاختلفت عباراتهم فيه، ففي التجنيس جعله قسماً من الصحيح لأنهم يدينونه ولم يحك خلافاً، وجعله في الإيضاح قول أبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز، وجزم في الذخيرة بفساده، وجعله في البحر من اختلاف الروايتين. نهر.

وعبارة البحر: وحاصله أن فيما لم يمت حتف أنفه بل بسبب غير الذكاة روايتين

التي ماتت حتف أنفها أو بخنق ونحوه (والحر والبيع به) أي جعله ثمناً بإدخال الباء عليه، لأن ركن البيع مبادلة المال بالمال ولم يوجد (والمعدوم كمبيع حق التعلي) أي

بالنسبة إلى الكافر في رواية الجواز، وفي رواية الفساد، وأما البطلان فلا، وأما في حقنا فالكل سواء اهـ. وذكر ط أن عدم الفرق في حقنا في المنخقة مثلاً إذا قوبلت بدراهم حتى تعين كونها مبيعاً، أما إذا قوبلت بعين أمكن اعتبارها ثمناً فكان فاسداً بالنظر إلى العوض الآخر^(١) باطلاً بالنظر إليها، وهذا ما اقتضاه الضابط السابق اهـ. قوله: (التي ماتت حتف أنفها) الحتف: الهلاك. يقال مات حتف أنفه: إذا مات بغير ضرب ولا قتل، ومعناه: أن يموت على فراشه فيتنفس حتى يتنفس حتى ينقضي ريقه، ولهذا خص الأنف. مصباح. قوله: (أو بخنق) مثل كتف ويسكن تخفيفاً. مصباح.

تنبيه: لم يذكروا حكم دودة القرمز، أما إذا كانت حية فينبغي جريان الخلاف الآتي في دود القز وبزره وبيضه، وأما إذا كانت ميتة وهو الغالب فإنها على ما بلغنا تخنق في الكلس أو الخلل، فمتقضى ما مر بطلان بيعها بالدارهم لأنها ميتة. وقد ذكر سيدي عبد الغني النابلسي في رسالة أن بيعها باطل، وأنه لا يضمن متلفها لأنها غير مال.

قلت: وفيه أنها من أعزّ الأموال اليوم، ويصدق عليها تعريف المال المتقدم، ويحتاج إليها الناس كثيراً في الصباغ وغيره، فينبغي جواز بيعها كبيع السرقين والعذرة المختلطة بالتراب كما يأتي، مع أن هذه الدودة إن لم يكن لها نفس سائلة تكون ميتتها ظاهرة كالذباب والبعوض وإن لم يميز أكلها، وسيأتي أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع، وأنه يجوز بيع العلق للحاجة مع أنه من الهوام، وبيعها باطل، وكذا بيع الحيات للتداوي. وفي القنية: وبيع غير السمك من دواب البحر لو له ثمن كالسقنقور وجلود الخنز ونحوها يجوز، وإلا فلا. وجل الماء: قيل يجوز حياً لا ميتاً، والحسن أطلق الجواز اهـ فتأمل، ويأتي له مزيد بيان عند الكلام على بيع دود القز والعلق. قوله: (والبيع به) أي بما ليس بمال. قوله: (والمعدوم كمبيع حق التعلي) قال في الفتح: وإذا كان السفلى لرجل وعلوه لآخر فسقط أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو وعلوه لم يجز، لأن المبيع حيثئذ ليس إلا حق التعلي، وحق التعلي ليس بمال، لأن المال عين يمكن إحرازها وإمسакها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء، وليس الهواء مالاً يباع، والمبيع لا بد أن

(١) في ط (قوله فكان فاسداً بالنظر إلى العوض الآخر) أي العين التي هي مال عندنا وقوله «باطلاً بالنظر إليها» أي المنخقة ووجه ذلك أن المبيع والتمن إذا كان كل منهما عيناً يصح أن يكون كل منهما ثمناً ومبيعاً حتى يثبت خيار الرجوع فيهما فباعته كون العين التي هي مال عندنا مبيعاً يكون البيع فاسداً لحصول الخلل في الثمن، وباعتبار كون المنخقة هي المبيع يكون البيع باطلاً لحصول الخلل في المحل. قال شيخنا: وإنما يتم ما قاله ط إذا ثبت مالية المنخقة في شرعهم بأن تدين ذلك نبي، ولا نظر لاعتقادهم أصلاً، لأنهم ربما يعتقدون غير دين أنبيائهم، ألا ترى أنهم يعتقدون بنوة عيسى عليه الصلاة والسلام ولم يتدين ذلك نبي قط.

علو سقط لأنه معدوم، ومنه بيع ما أصله غائب كجزر وفجل، أو بعضه معدوم كورد وياسمين وورق فرصاد. وجوزه مالك لتعامل الناس، وبه أفتى بعض مشايخنا عملاً بالاستحسان، هذا إذا نبت ولم يعلم وجوده، فإذا علم جاز وله خيار الرؤية، وتكفي رؤية البعض عندهما، وعليه الفتوى شرح مجمع (والمضامين)

يكون أحدهما، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض، فلو باعه قبل سقوطه جاز، فإن سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض اهـ.

والحاصل أن بيع العلو صحيح قبل سقوطه لا بعده، لأن بيعه بعد سقوطه بيع لحق التعلي وهو ليس بمال، ولذا عبر في الكنز بقوله: وعلو سقط. وعبر في الدرر بحق التعلي لأنه المراد من قول الكنز وعلو سقط، كما علمته من عبارة الفتح، فالمراد من العبارتين واحد، فلذا فسر الشارح إحداهما بالأخرى دفعاً لما يتوهم من اختلاف المراد منهما، فافهم.

تنبيه: لو كان العلو لصاحب السفل فقال بعتك علو هذا السفل بكذا صح ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار، حتى لو انهدم العلو كان له أن يبني عليه علواً آخر مثل الأول، لأن السفل اسم لمبنى مسقف فكان سطح السفل سقفاً للسفل. خاتية. قوله: (لأنه معدوم) يعني عنه قول المصنف «والمعدوم» أفاده ط. قوله: (ومنه) أي من بيع المعدوم.

مَطْلَبٌ فِي بَيْعِ الْمَغِيبِ فِي الْأَرْضِ

قوله: (بيع ما أصله غائب) أي ما ينبت في باطن الأرض، وهذا إذا كان لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده وقت البيع، وإلا جاز بيعه كما يأتي قريباً. قوله: (وفجل) بضم الفاء ويضمين. قاموس. قوله: (كورد وياسمين) فإنه يخرج بالتدرج ط. قوله: (ورق فرصاد) قيل هو التوت الأحمر. وقال أبو عبيد: هو التوت. وفي التهذيب: قال الليث: الفرصاد شجر معروف. مصباح. قوله: (وبه أفتى بعض مشايخنا) بالياء في مشايخ لا بالهمزة. قال القهستاني: وأفتى العقيلي وغيره بجوازه بتبعية الموجود إذا كان أكثر من المعدوم اهـ ط.

قلت: وهو رواية عن محمد، وقدمنا الكلام عليه في فصل ما يدخل تبعاً. قوله: (هذا إذا نبت الخ) الإشارة إلى قوله: «ما أصله غائب» وكان الأولى أن يقول: هذا إذا لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده فإنه لا يجوز بيعه فيهما، كما في ط عن الهندية. قوله: (وله خيار الرؤية الخ) قال في الهندية: إن كان المبيع في الأرض مما يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والجزر والبصل فقلع المشتري شيئاً بإذن البائع أو قلع البائع، إن كان المقلوع

ما في ظهور الآباء من المنيّ (والملاقيح) جمع ملقوحة: ما في البطن من الجنين (والتناج) بكسر النون: حبل الجلة: أي نتاج التناج لدابة أو آدمي (وبيع أمة تبين أنه) ذكر الضمير لتذكر الخبر (عبد وعكسه)

عما يدخل تحت الكيل أو الوزن إذا رأى المقلوع ورضي به لزم البيع في الكل وتكون رؤية البعض كروية الكل إذا وجد الباقي كذلك، وإن كان المقلوع شيئاً سيراً لا يدخل تحت الوزن لا يبطل خياره. قال في البحر: وإن كان يباع بعد القلع عدداً كالفجل فقلع البائع أو قلع المشتري بإذن البائع لا يلزمه الكل، لأنه من العدديات المتفاوتة بمنزلة الثياب والعبيد، وإن قلعه بلا إذن البائع لزمه الكل إلا أن يكون ذلك شيئاً سيراً، وإن أبى كل القلع تبرع متبرع بالقلع أو فسخ القاضي العقد اه ط.

مَطْلَبٌ فِي بَيْعِ أَصْلِ الْفِصْفِصَةِ

قلت: بقي شيء لم أر من نبه عليه، وهو ما يكون أصله تحت الأرض ويبقى سنين متعددة، مثل الفصفاصة تزرع في أرض الوقف وتكون كالكرزدار للمستأجر في زماننا، فإذا باع ذلك الأصل وعلم وجوده في الأرض صح بيعه، لكنه لا يرى ولا يقصد قلعه لأنه أعد للبقاء، فهل للمشتري فسخ البيع بخيار الرؤية؟ الظاهر نعم، لأن خيار الرؤية يثبت قبل الرؤية. تأمل. قوله: (ما في ظهور الآباء من المني) موافق لما في الدرر والمنح. وعبرة البحر: المضامين جمع مضموته: ما في أصلاب الإبل، والملاقيح جمع ملقوح: ما في بطونها، وقيل بالعكس. قوله: (والملاقيح الخ) يجب أن يحملها هنا على ما سيكون^(١) وإلا كان حملاً، وسيأتي أن بيع الحمل فاسد لا باطل. درر.

قلت: وفي فساد كلام سيأتي. قوله: (والتناج بكسر النون) كذا ضبطه النووي، واختاره المصنف: يعني صاحب الدرر، وضبطه الكاكي بفتح النون، وهو مصدر نتجت الناقة على البناء للمفعول، والمراد به هنا المنتوج، وفسره الزيلعي والرازي ومسكين بحبل الحيلة وتبعهم المصنف. نوح. قوله: (حبل الحيلة) بالفتحتين فيهما. قال في المغرب: مصدر حبلت المرأة حبلاً فهي حبلى، سمي به المحمول كما سمي بالحمل، وإنما أدخل عليه التاء للإشعار بمعنى الأنوثة، لأن معناه النهي عن بيع ما سوف يحمله الجنين إن كان أنثى، ومن روى الحيلة بكسر الباء فقد أخطأ اه نوح. قوله: (وبيع أمة الخ) علله في الدرر بأنه بيع معدوم، ومقتضاه أن يكون معطوفاً على قوله: «حق التعلّي» أو قوله: «والتناج» فكان الواجب إسقاط لفظ «بيع» نوح. قوله: (ذكر الضمير) أي أتى به مذكراً مع أن الأمة مؤنثة مراعاة لتذكير الخبر وهو عبد أو باعتبار الواقع. قوله: (وعكسه)

(١) في ط (قوله على ما سيكون) أي ما سيكون من المني الواقع في الرحم قبل أن يكون علقة أو مضغة مما لا يصدق عليه اسم الحمل، وإلا كان حملاً.

بخلاف البهائم، والأصل أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان حكما فيبطل، وفي سائر الحيوانات جنس واحد فيصح ويتخير لفوات الوصف (ومتروك التسمية عمداً) ولو من كافر. بزازية. وكذا ما ضم إليه لأن حرمة بالنص

بالرفع عطفاً على قوله: «بيع» وبالجرح عطفاً على «أمة» ط. قوله: (بخلاف البهائم) كما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير. بحر.

مَطْلَبٌ فِيمَا إِذَا اجْتَمَعَتِ الْإِشَارَةُ مَعَ التَّسْمِيَةِ

قوله: (والأصل الخ) قال في الهداية: والفرق يبينني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله تعالى، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا: ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه، وفي متحدي الجنس يتعلق بالشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف، كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب. وفي مسألتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض، وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها اه. قال في البحر: والأصل المذكور متفق عليه هنا، ويجري في سائر العقود من النكاح والإجازة والصلح عن دم العمدة والخلع والعتق على مال، وبه ظهر أن الذكر والأنثى في آدمي جنسان في الفقه وإن اتحداً جنساً في المنطق لأنه الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بتميز داخل، وفي الفقه المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً. قال في الفتح: ومن المختلفي الجنس ما إذا باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح البيع ويخير. قوله: (ولو من كافر) نقله في البحر أيضاً عن البزازية وأقره.

قلت: وينبغي أن يجري فيه الخلاف المار فيما ماتت بسبب غير الذبح مما يدين به أهل الذمة، بل هذا بالأولى لأنه مما يدين به بعض المجتهدين، وكون حرمة بالنص لا يقتضي بطلان بيعه بين أهل الذمة لأن حرمة المنخقة بالنص أيضاً، ولما اعتقدوا حلها لم نحكم ببطلان بيعها بينهم؛ نعم لو باع متروك التسمية عمداً مسلم يقول بحله كشافعي نحكم ببطلان بيعه لأنه ملتزم لأحكامنا ومعتقد لبطلان ما خالف النص فنلزمه ببطلان البيع بالنص، بخلاف أهل الذمة لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون، فيكون بيعه بينهم صحيحاً أو فاسداً لا باطلاً كما مر، ويؤيده ما مر في شركة المفاوضة من عدم صحتها بين مسلم وذمي لعدم التساوي في التصرف وتصحح بين حنفي وشافعي وإن كان يتصرف في متروك التسمية وعللوه بأن ولاية الإلزام قائمة، ومعناه ما ذكرنا، فتدبر. قوله: (وكذا ما ضم إليه) قال في النهر: ومتروك التسمية عمداً كالذي مات حتف أنفه حتى يسري الفساد إلى ما ضم إليه، وكان ينبغي أن لا يسري لأنه مجتهد فيه كالمدير فينعقد فيه البيع بالقضاء وأجاب في الكافي بأن حرمة منصوص عليها، فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء. قوله:

(وبيع الكراب وكري الأنهار) لأنه ليس بمال متقوم، بخلاف بناء وشجر فيصح إذا لم يشترط تركها. ولولوالجية (وما في حكمه) أي حكم ما ليس بمال (كأم الولد والمكاتب والمدبر المطلق) فإن بيع هؤلاء باطل: أي بقاء، فلم يملكوا بالقبض^(١) لابتداء فصح بيعهم من أنفسهم^(٢) وبيع قن ضم إليهم. درر. وقول ابن الكمال: بيع هؤلاء باطل موقوف، ضعفه في البحر بأن المرجح اشتراط رضا المكاتب

(وبيع الكراب وكري الأنهار) في المصباح: كريت الأرض من باب قتل كراباً بالكسر: قلبتها للحرث، وفيه أيضاً: كرى النهر كراباً من باب رمي حفر فيه حفرة جديدة. قوله: (ولولوالجية) قال فيها: ولو كان لرجل عمارة في أرض رجل فباعها، إن كان بناء أو أشجاراً جاز بيعه إذا لم يشترط تركها، وإن كراباً أو كرى الأنهار ونحوه فلم يكن ذلك بمال ولا بمعنى مال لا يجوز اه: يعني يبطل، فإنه داخل تحت قولنا: بطل بيع ما ليس بمال كما لا يخفى، ويعدم الجواز في الكراب وكري الأنهار، ونحو ذلك صرح في الخانية معللاً بأنه ليس بمال متقوم منح، وتقدمت المسألة أول البيوع مع الكلام على مشد المسكة وبيع البراءات والجامكية والنزول عن الوظائف، وأشبعنا الكلام على ذلك كله. قوله: (فإن بيع هؤلاء باطل) كذا في الهداية، وأورد أنه لو كان باطلاً لسرى البطلان إلى ما ضم إليهم كالمضموم إلى الحر، وسيأتي أنه لا يسري، وقال بعضهم: فاسد.

وأورد أنه يلزم أن يملكوا بالقبض مع أنهم لم يملكوا به اتفاقاً. وأجيب عنهما بادعاء التخصيص، وهو أن من الباطل ما لا يسري حكمه إلى المضموم لضعفه، ومن الفاسد ما لا يملك بالقبض. وذكر في الفتح أن الحق أنه باطل، ولا تخصيص لجواز تخلف بعض الأفراد الخصوصية.

قلت: وما ذكره الشارح يصلح بياناً للخصوصية، وذلك أن بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع أصلاً بثبوت حقيقة الحرية، وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية فلذا لم يملكوا بالقبض، لا ابتداء لعدم حقيقتها فلذا جاز بيعهم من أنفسهم، ولا يلزم بطلان بيع قن ضم إليهم، لأنهم دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلاله في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم، فيبقى القن بحصته من الثمن. وتامه في الدرر. قوله: (وقول ابن الكمال) عبارته: البيع في هؤلاء باطل موقوف ينقلب جائزاً بالرضا في المكاتب وبالقضاء في

(١) في ط (قول الشارح: فلم يملكوا بالقبض) أي لأن استحقاق العتق قد ثبت في حق أم الولد بقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت، والمكاتب استحق بدأ على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت للملك بالبيع لبطل ذلك كله.

(٢) في ط (قول الشارح: فصح بيعهم من أنفسهم) قال البرجندي في شرح النقاية: ولا يرد على هذه بيع المدبر من نفسه أو بيع أم الولد من نفسها، لأنه ليس بيعاً حقيقة بل إعتاق على مال فلا يرد تقضاً.

قبل البيع وعدم نفاذ القضاء ببيع أم الولد^(١)، وصحح في الفتح نفاذه.

قلت: الأوجه توقفه على قضاء آخر إمضاء أو رداً. عيني ونهر. فليكن التوفيق. وفي السراج: ولد هؤلاء كههم، وبيع مبعض كحر (و) بطل (بيع مال غير متقوم) أي غير مباح الانتفاع به. ابن كمال فليحفظ

الآخرين لقيام المالية اه. قوله: (قبل البيع) وتنسخ الكتابة في ضمنه، لأن اللزوم كان لحقه وقد رضي بإسقاطه، أما إذا باعه بغير رضاه فأجازه لم يميز رواية واحدة، لأن إجازته لم تتضمن فسخ الكتابة قبل العقد، كذا في السراج. وفي الخانية: لو يبيع بغير رضاه فأجاز بيع مولاه لم ينفذ في الصحيح من الرواية، وعليه عامة المشايخ. نهر.

قلت: لكن ذكر في الهداية آخر الباب فيما لو جمع بين عبد ومدبر، وتبعه في البحر والفتح أن البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية، ولهذا ينفذ في المكاتب برضاه في الأصح، وفي المدبر بقضاء القاضي، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف اه. فقوله موقوف مخالف لقوله هنا باطل. وقوله ينفذ في المكاتب برضاه في الأصح مخالف للمذكور عن السراج والخانية، وبهذا يتأيد ما ذكره ابن الكمال. وقد يجاب بأن قوله ينفذ في المكاتب برضاه في الأصح: أي رضاه وقت البيع فيكون موقوفاً في الابتداء على رضاه، فلو لم يرض كان باطلاً، وبهذا تنتفي المخالفة بين كلاميه، لكن هذا الجواب لا يتأتى في عبارة ابن الكمال، فتأمل. قوله: (قلت الأوجه الخ) أي إذا قضى بنفاذ بيع أم الولد قاض يراه لا ينفذ فإذا رفع إلى قاض آخر فأمضاه نفذ الأول وإن رده ارتد، وقد منّا تحقيق ذلك في باب الاستيلاء. قوله: (فليكن التوفيق) بحمل ما في البحر على ما قبل الإمضاء، وما في الفتح على ما بعده. قوله: (ولد هؤلاء كههم) أي ولد أم الولد من غير سيدها، بأن زوجها فولدت بعد ما ولدت من سيدها وكذا ولد المدبر أو المكاتب المولود بعد التدبير والكتابة، وقوله: «كههم» أي في حكمهم، وفيه إدخال الكاف على الضمير وهو قليل. قوله: (وبيع مبعض) أي معتق البعض كبيع الحر. قوله: (ابن كمال) ونصه التقوم على ما ذكر في التلويح ضربان: عرفي وهو بالإحراز، بغير المحرز

(١) في ط (قول الشارح: وعدم نفاذ القضاء ببيع أم الولد) قال البدر العيني: هذه المسألة كانت مختلفاً فيها في الصدر الأول، وكان عمر لا يميز بيعها، وكان علي يميز بيعها ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعها، فإذا قضى قاض بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك في موضع الإجماع أو في موضع الخلاف؟ وذلك بناء على أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أو لا؟ فعند البعض: لا يرفع الخلاف السابق، وعندنا يتعقد ويرتفع الخلاف السابق، وقد استدلل صاحب التقويم على هذا بقوله: وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعاً أن القاضي إذا قضى ببيع أم الولد لم يميز وفي فصول الأستروشنى: وفي قضاء القاضي ببيع أم الولد روايتان أظهرهما أنه لا ينفذ. وفي قضاء الجامع أنه يتوقف على إمضاء قاض آخر إن أمضاه نفذ، وإن أبطله بطل، وهذا أوجه الأقاويل.

(كخمر وخنزير وميتة ولم تمت حتف أنفها) بل بالخنق ونحوه فإنها مال عند الذمي كخمر، وخنزير، وهذا إن بيعت (بالثمن) أي بالدين كدراهم ودنانير ومكيل وموزون بطل في الكل، وإن بيعت بعين كعرض بطل في الخمر وفسد في العرض فيملكه بالقبض بقيمته. ابن كمال (و) بطل (بيع قن ضم إلى حرّ وذكية ضمت إلى ميتة ماتت حتف أنفها) قيد به لتكون كالحر (وإن سمي ثمن كل) أي فصل الثمن خلافاً لهما، ومبنى الخلاف أن الصفقة لا تتعدد بمجرد تفصيل الثمن، بل لا بد

كالصيد والحشيش ليس بمتقوم. وشرعي وهو بإياحة الانتفاع به وهو المراد هنا منفاً أه: أي هو المراد بالتقوم المنفي هنا. قوله: (كخمر) قيد بها لأن بيع ما سواها من الأشربة المحرمة جائز عنده خلافاً لهما، كذا في البدائع. نهر. قوله: (وميتة لم تمت حتف أنفها) هذا في حق المسلم، أما الذمي ففي رواية يبيعها صحيح، وفي أخرى فاسد كما قدمناه عن البحر. وظاهره أن اختلاف الرواية في الميتة فقط، أما الخمر فصحيح. قوله: (ونحوه) كالجرح، والضرب من أسباب الموت سوى الذكاة الشرعية. قوله: (فإنها) أي الميتة المذكورة، أما التي ماتت حتف أنفها فهي غير مال عند الكل، فلذا بطل بيعها في حق الكل كما مر. قوله: (وهذا) أي الحكم المذكور ببطان البيع بلا تفصيل. قوله: (أي بالدين) أي ما يصح أن يثبت ديناً في الذمة. قال ابن كمال: إنما قال بادين دون الثمن لأن الدين أعم منه، والمعتبر المقابلة به دون الثمن. قوله: (بطل في الكل) لأن المبيع هو الأصل وليس محلاً للتملك فبطل فيه فكذا في الثمن، بخلاف ما إذا كان الثمن عيناً فإنه مبيع من وجه مقصود بالتملك ولكن فسدت التسمية فوجب قيمته دون الخمر المسمى. قوله: (بطل في الخمر) أي وفي أخويه كما يستفاد من المتن والزليعي. سائحاني.

قال في البحر: والحاصل أن بيع الخمر باطل مطلقاً، وإنما الكلام فيما قابله فإن ديناً كان باطلاً أيضاً وإن عرضاً كان فاسداً ثم قال، وقيدنا بالمسلم لأن أهل الذمة لا يمنعون من بيعها لاعتقادهم الحل والتمول، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون، كذا في البدائع أه ملخصاً. وظاهره الحكم بصحة بيعها فيما بينهم ولو بيعت بالثمن، ويشهد له فروع ذكرها بعده. قوله: (بقيمته) لم يذكر ابن كمال القيمة وإن كانت مرادة ط. قوله: (ضم إلى حر) ولو مبعوضاً كمتعق البعض كما مر في باب عتق البعض. قوله: (لتكون كالحر) أي فلا تكون مالاً أصلاً، أما لو ماتت بخنق أو نحوه فهي مال غير متقوم كما مر آنفاً فينبغي أن يصح البيع فيما ضم إليها كبيع قن ضم إلى مدبر. تأمل. قوله: (خلافاً لهما) فعندهما إذا فصل ثمن كل جاز في القن والذكية بحصتها من الثمن، لأن الصفقة^(١) تصير

(١) في ط (قوله لأن الصفقة الخ) وللإمام أن الصفقة متحدة، والحرم والميتة لا يدخلان تحت العقد لأنهما ليسا بمال، فكان القبول في الحر والميتة شرطاً للبيع في القن والذكية وهو شرط فاسد، فيبطل البيع في القن =

من تكرار لفظ العقد عنده خلافاً لهما، وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد (بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر) أو نحوه، فإنه يصح (أو قن غيره وملك ضم إلى وقف) غير المسجد العامر فإنه كالحر، بخلاف الغامر: بالمعجمة: الخراب

متعددة معنى فلا يسري الفساد من إحداها إلى الأخرى. قوله: (وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد) أي ما ضم إلى الحر والميتة وهو القن والذكية، وعزاه القهستاني للمحيط والمبسوط وغيرهما. والظاهر أن المراد بالفساد الباطل، فيوافق ما في الهداية وغيرها من التصريح بالبطلان. تأمل. قوله: (بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر) كمكاتب وأم ولد كما في الفتح: أي فيصح في القن بحصته، لأن المدبر محل للبيع عند البعض فيدخل في العقد ثم يخرج فيكون البيع بالحصة في البقاء دون الابتداء، وفائدة ذلك تصحيح كلام العاقل من رعاية حق المدبر. ابن كمال.

قلت: ومعنى البيع بالحصة بقاء أنه لما خرج المدبر صار القن مبيعاً بحصته مع الثمن، بأن يقسم الثمن على قيمته وقيمة المدبر فما أصاب القن فهو ثمنه، وهذا بخلاف ضم القن إلى الحر فإن فيه البيع بالحصة ابتداء، لأن الحر لم يدخل في العقد لعدم ماليته. تنبيه: تقدم أن بيع المدبر ونحوه باطل لعدم دخوله في العقد، وها هنا إنما دخل لتصحيح العقد فيما ضم إليه. قال في الهداية هناك: فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضم إليه اه: أي إذا ضم البائع إليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الأصح، وإن قيل إنه لا يصح أصلاً في شيء. فتح.

مَطْلَبٌ فِيمَا إِذَا اشْتَرَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ جَمِيعَ الدَّارِ الْمُشْرَكَةِ مِنْ شَرِيكِهِ

قلت: علم من هذا ما يقع كثيراً، وهو أن أحد الشريكين في دار ونحوها يشتري من شريكه جميع الدار بثمن معلوم فإنه يصح على الأصح بحصة شريكه من الثمن، وهي حادثة البتوى فلتحفظ. وأصرح من ذلك ما سيأتي في المراجعة في مسألة شراء رب المال من المضارب مع أن الكل ماله. قوله: (أو قن غيره) معطوف على مدبر. قوله: (فإنه) أي المسجد العامر. قوله: (بخلاف الغامر بالمعجمة: الخراب) بجر الخراب على أنه بدل من الغامر، وكان الأولى أن يقول «وغيره» أي من سائر الأوقاف.

= والذكية عن العلامة نوح أفندي لكن مقتضى قوله «فكان القبول الخ» أن يكون البيع فاسداً لا باطلاً فيوافق ظاهر النهاية ولعل في المسألة قولين. ولا حاجة إلى حمل المحشي الفساد في عبارة النهاية وغيرها على البطلان، على أن تعليلهم البطلان بأنه بيع بالحصة ابتداء يقتضي الفساد أيضاً، لأن بيع الحصة ليس فيه إلا الخلل في الثمن وهو يقتضي الفساد فالظاهر أن يحمل البطلان على الفساد لا العكس.

فكمدبر. أشباه. من قاعدة: إذا اجتمع الحرام والحلال (ولو محكوماً به) في الأصح خلافاً لما أفتى به المتلا أبو السعود، فيصح بحصته في القن وعبدته والمملك لأنها مال في الجملة؛ ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح. عيني (كما بطل بيع

مَطْلَبٌ فِي بُطْلَانِ بَيْعِ الْوَقْفِ وَصِحَّةِ بَيْعِ الْمَلِكِ الْمَضْمُونِ إِلَيْهِ

وحاصله أن المسجد قبل خرابه كالحجر ليس بمال من كل وجه، بخلافه بعد خرابه لجواز بيعه إذا خرب في أحد القولين فصار مجتهداً فيه كالمدبر فيصح بيع ما ضم إليه، ومثله سائر الأوقاف ولو عامرة فإنه يجوز بيعها عند الحنابلة ليشتري بثمنها ما هو خير منها كما في المعراج. قوله: (فكمدبر) أي فهو باطل أيضاً. قال في الشرنبلالية: صرح رحمه الله تعالى ببطلان بيع الوقف، وأحسن بذلك إذ جعله في قسم البيع الباطل، إذ لا خلاف في بطلان بيع الوقف لأنه لا يقبل التملك والتملك، وغلط من جعله فاسداً، وأفتى به من علماء القرن العاشر ورد كلامه بجملة رسائل. ولنا فيه رسالة هي [حساب الأحكام] متضمنة لبيان فساد قوله وبطلان فتواه اهـ. والغالب المذكور هو قاضي القضاة نور الدين الطرابلسي والعلامة أحمد بن يونس الشلبي كما ذكره الشرنبلالي في رسالته المذكورة. قوله: (ولو محكوماً به الخ) قال في النهر: تكميل: قد علمت أن الأصح في الجمع بين الوقف والمملك أنه يصح في المملك، وقيدته بعض موالي الروم وهو مولانا أبو السعود جامع أشتات العلوم، تغمده الله تعالى برضوانه بما إذا لم يحكم بلزومه فأفتى بفساد البيع في هذه الصورة، ووافقه بعض علماء العصر من المصريين، ومنهم شيخنا الأخ، إلا أنه قال في شرحه هنا: يرد عليه ما صرح به قاضيخان من أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى المملك فيه، وليس هو كالحجر، بدليل أنه لو ضم إلى ملك لا يفسد البيع في المملك، وهكذا في الظهيرية، وهذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع إلى الحق وهو إطلاق الوقف، لأنه بعد القضاء وإن صار لازماً بالإجماع، لكنه يقبل البيع بعد لزومه، إما بشرط الاستبدال على المفتى به من قول أبي يوسف، أو بورود غضب عليه ولا يمكن انتزاعه ونحو ذلك، والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب اهـ.

والحاصل أن ها هنا مسألتين:

الأولى: أن بيع الوقف باطل ولو غير مسجد خلافاً لمن أفتى بفساده، لكن المسجد العامر كالحجر وغيره كالمدبر. المسألة الثانية: أنه إذا كان كالمدبر يكون بيع ما ضم إليه صحيحاً ولو كان الوقف محكوماً بلزومه، خلافاً لما أفتى به المفتي أبو السعود. قوله: (فيصح) تفريع على قول المصنف «فيصح الخ» على وجه الترتيب. قوله: (لأنها) أي المدبر وقن الغير والوقف. قوله: (لم يصح) لما مر من أن لا المسجد العامر كالحجر فيبطل بيع ما ضم إليه، لكن نقل في البحر عن المحيط أن الأصح الصحة في المملك، لأن ما فيها من

صبي لا يعقل ومجنون) شيئاً وبول (ورجميع آدمي لم يغلب عليه التراب) فلو مغلوباً به جاز^(١) كسرقين ويعر، واكتفى في البحر بمجرد خلطه بتراب (وشعر الإنسان) لكرامة الأدمي ولو كافراً ذكره المصنف وغيره في بحث شعر الخنزير

المساجد والمقابر مستثنى عادة اه: أي فلم يوجد ضم الملك إلى المسجد بل البيع واقع على الملك وحده. قوله: (لا يعقل) قيد به لأن الصبي العاقل إذا باع أو اشترى انعقد بيعه، وشراؤه موقوفاً على إجازة وليه إن كان لنفسه، وناظراً بلا عهدة عليه إن كان لغيره بطريق الولاية. ط عن المنح. وهذا إذا باع الصبي العاقل ماله أو اشترى بدون غبن فاحش، وإلا لم يتوقف لأنه حيث لا يصح من وليه عليه كما يأتي فلا يصح منه بالأولى. قوله: (شيئاً) قدره للإشارة إلى أن الإضافة في بيع صبي من إضافة المصدر إلى فاعله ط. قوله: (جاز) أي بيعه ط. قوله: (كسرقين ويعر) في القاموس: السرجين والسرقين بكسرهما معرباً سركين بالفتح، وفسره في المصباح بالزبل، قال ط: والمراد أنه يجوز بيعهما ولو خالصين اه. وفي البحر عن السراج: ويجوز بيع السرقين والبحر والانتفاع به والوقود به. قوله: (واكتفى في البحر) حيث قال كما نقله عنه في المنح: ولم ينعقد بيع النحل ودود القز إلا تبعاً، ولا يبيع العذرة خالصة بخلاف بيع السرقين والمخلوطة بتراب اه. قوله: (وشعر الإنسان) ولا يجوز الانتفاع به لحديث «لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ»^(٢) وإنما يرخص^(٣) فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن هداية.

فرع: لو أخذ شعر النبي ﷺ ممن عنده وأعطاه هدية عظيمة لا على وجه البيع فلا بأس به. سائحاني عن الفتاوى الهندية.

مَطْلَبٌ: الْأَدْمِيُّ مُكْرَمٌ شَرْعاً وَلَوْ كَافِراً

قوله: (ذكره المصنف) حيث قال: والأدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً، فيإراد العقد عليه وابتداله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له اه: أي وهو غير جائز وبعضه في حكمه، وصرح في فتح القدير ببطلانه ط.

قلت: وفيه أنه يجوز استرقاق الحربي وبيعه وشراؤه وإن أسلم بعد الاسترقاق، إلا أن يجاب بأن المراد تكريم صورته وخلقته، ولذا لم يجوز كسر عظام ميت كافر، وليس ذلك

(١) في ط (قول الشارح: فلو مغلوباً به جاز) فيه أن العذرة وحدها والتراب وحده ليسا بمال، فكيف حدثت المالية باجتماعهما؟ قلت: إن جواز البيع يتبع حل الانتفاع وبالمخلط محل الانتفاع وبدونه لا.

(٢) أخرجه أحمد ٢٥١/١ وأبو داود ٣٩٩/٤ (٤١٧٠).

(٣) في ط (قوله وإنما يرخص الخ) كالاتثناء من الحديث، إذ ظاهره عموم اللعنة للواصله والمستوصله، فاستثنى منه الواصله بما يتخذ من وبر الإبل فإنه جائز.

(ويبيع ما ليس في ملكه) لبطلان بيع المعدوم وما له خطر العدم (لا بطريق السلم) فإنه صحيح، لأنه عليه الصلاة والسلام نهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم (و) بطل (بيع صرح بنفي الثمن فيه) لانعدام الركن وهو المال.

(و) البيع الباطل (حكمه عدم ملك المشتري إياه) إذا قبضه (فلا ضمان لو هلك) المبيع (عنده) لأنه أمانة، وصحح في القنية ضمانه، قيل وعليه الفتوى. وفيها بيع الحربي أباه أو ابنه: قيل باطل، وقيل فاسد. وفي وصاياها بيع الوصي مال

محل الاسترقاق والبيع والشراء، بل محله النفس الحيوانية، فلذا لا يملك بيع لبن أمته في ظاهر الرواية كما سيأتي، فليتأمل. قوله: (ويبيع ما ليس في ملكه) فيه أنه يشمل بيع ملك الغير بوكالة أو بدونها مع أن الأول صحيح نافذ، والثاني صحيح موقوف. وقد يجاب بأن المراد بيع ما سيملكه قبل ملكه له، ثم رأيت كذلك في الفتوح في أول فصل بيع الفضولي، وتذكر أن سبب النهي في الحديث ذلك. قوله: (لبطلان بيع المعدوم) إذ من شرط المعقود عليه: أن يكون موجوداً مالا متقوماً مملوكاً في نفسه، وأن يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه، وأن يكون مقدور التسليم. منح. قوله: (وماله خطر العدم) كالحمل واللبن في الضرع^(١) فإنه على احتمال عدم الوجود، وأما بيع نتاج النخلة فهو من أمثلة المعدوم، فافهم. قوله: (لا بطريق السلم) فلو بطريق السلم جاز، وكذا لو باع ما غصبه ثم أدى ضمانه كما قدمناه أول البيوع. قوله: (لانعدام الركن وهو المال) أي من أحد الجانبين فلم يكن بيعاً وقيل ينعقد لأن نفيه لم يصح، لأنه نفى العقد فصار كأنه سكت عن ذكر الثمن، وفيه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض كما يأتي قريباً. أفاده في الدرر. قوله: (لأنه أمانة) وذلك لأن العقد إذا بطل بقي مجرد القبض بإذن المالك وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي. درر. قوله: (وصحح في القنية ضمانه النخ) قال في الدرر: وقيل يكون مضموناً لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء، وهو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فإن رضيت به اشتريته بما ذكر، أما إذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده لا يضمن، نص عليه الفقيه أبو الليث، قيل وعليه الفتوى. كذا في العناية اهـ. قال في العزيمة: الذي يظهر من شروح الهداية عود الضميرين في عليه، وعليه إلى أن حكم المقبوض على سوم الشراء ذلك تعويلاً على كلام الفقيه، إلا أن القول الثاني في مسألتنا مرجح على القول الأول اهـ. لكن في النهر واختار السرخسي وغيره أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة، لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء، وهو قول الأئمة الثلاثة. وفي القنية إنه الصحيح

(١) في ط (قوله واللبن في الضرع) أي وكذا التمر والزرع قبل الظهور، والجزر في البطيخ والنوى في التمر واللحم في الشاة الحية، والشحم والألية فيها وأكارعها ورأسها والشريح في السمسم.

اليتيم بغبن فاحش باطل، وقيل فاسد ورجح. وفي التنف: بيع المضطر وشراؤه فاسد (وفسد) وبيع (ما سكت) أي وقع السكوت (فيه عن الثمن) كبيعه بقيمته (و) فسد (بيع عرض) هو المتاع القيمي، ابن كمال (بخمر عكسه) فيعتقد في العرض لا

لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب. وقيل الأول قول أبي حنيفة، والثاني قولهما، وتماه فيه قوله: (بغبن فاحش) المشهور في تفسيره أنه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين. قوله: (ورجح) رجحه في البحر حيث قال: ينبغي أن يجري القولان في بيع الوقف المشروط استبداله أو الخراب الذي جاز استبداله إذا بيع بغبن فاحش، وينبغي ترجيح الثاني فيهما، لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف اهـ.

قلت: وينبغي ترجيح الأول حيث لزم الضرر^(١) بأن كان المشتري مفلساً أو عاطلاً. تأمل.

مَطْلَبٌ: بَيْعُ الْمُضْطَرِّ وَشِرَاؤُهُ فَاسِدٌ

قوله: (بيع المضطر وشراؤه فاسد) هو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعهما البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير، وكذلك في الشراء منه، كذا في المنح اهـ. وفيه لف ونشر غير مرتب، لأن قوله وكذا في الشراء منه: أي من المضطر مثال لبيع المضطر: أي بأن اضطر إلى بيع شيء من ماله ولم يرض المشتري إلا بشراؤه بدون ثمن المثل بغبن فاحش. ومثاله: ما لو أزمه القاضي ببيع ماله لإيفاء دينه، أو أزم الذمي ببيع مصحف أو عبد مسلم ونحو ذلك، لكن سيذكر المصنف في الإكراه: لو صادره السلطان ولم يعين ببيع ماله فباع صح. قال الشارح هناك: والحيلة أن يقول من أين أعطى، فإذا قال الظالم بع كذا فقد صار مكرهاً فيه اهـ. فأفاد أنه بمجرد المصادرة لا يكون مكرهاً بل يصح بيعه، إلا إذا أمره بالبائع مع أنه بدون أمر مضطر إلى البيع حيث لا يمكنه غيره. وقد يجاب بأن هذا ليس فيه أنه باع بغبن فاحش عن ثمن المثل؛ نعم العبارة مطلقة فيمكن تقييدها بأنه إنما يصح لو باع بثمن المثل أو غبن يسير توفيقاً بين العبارتين، فتأمل.

مَطْلَبٌ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ

قوله: (وفسد الخ) شروع في البيع الفاسد بعد الفراغ من الباطل وحكمه. قوله: (ما سكت فيه عن الثمن) لأن مطلق البيع يقتضي المعاوضة، فإذا سكت كان غرضه القيمة، فكأنه باع بقيمته فيفسد ولا يبطل. درر: أي بخلاف ما إذا صرح بنفي الثمن كما قدمه قريباً. قوله: (وعكسه) أي بيع الخمر بالعرض، بأن أدخل الباء على العرض فيعتقد

(١) في ط (قوله حيث لزم الضرر) أي إذا تبين لزوم الضرر بإفلاس المشتري أو مطله، فيكون هذا تقييداً لترجيح العلامة صاحب الجسر.

الخمر كما مر (و) فسد (بيعه) أي العرض (بأم الولد والمكاتب والمدير حتى لو تقابضا ملك المشتري) للعرض (العرض) لما مر أنهم مال في الجملة (و) فسد (بيع سمك لم يصد) لو بالعرض، وإلا فباطل لعدم الملك. صدر الشريعة (أو صيد ثم ألقى في مكان لا يؤخذ منه إلا بحيلة) للعجز عن التسليم (وإن أخذ بدونها صح) وله خيار الرؤية (إلا إذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله)

في العرض: أي لأنه أمكن اعتبار الخمر ثمناً وهي مال في الجملة، بخلاف بيع العرض بدم أو ميتة. قوله: (كما مر) أي في قوله: «وإن بيعت بعين كعرض بطل في الخمر وفسد في العرض فيملكه بالقبض بقيمته» وهذا في حق المسلم كما قدمناه. قوله: (ملك المشتري للعرض) قيد به لأن المشتري لأم الولد وأخوها لا يملكهم بالقبض لبطلان بيعهم بقاء كما مر. قوله: (لما مر أنهم مال في الجملة) أي فيدخلون في العقد، ولذا لا يبطل العقد فيما ضم إلى واحد منهم وبيع معهم، ولو كانوا كالحر لبطل كما في الدرر. قوله: (وفسد بيع سمك لم يصد لو بالعرض الخ) ظاهره أن الفاسد بيع السمك وأنه يملك بالقبض. وفيه أن بيع ما ليس في ملكه باطل كما تقدم، لأنه بيع المعدوم، والمعدوم ليس بمال فينبغي أن يكون بيعه باطلاً، وأن يكون الفاسد هو بيع العرض لأنه مبيع من وجه وإن دخلت عليه الباء ويكون السمك ثمناً فيصير كأنه باع العرض وسكت عن الثمن أو باعه بأم الولد، بل يمكن أن يقال: إن بيع العرض أيضاً باطل، لأن السمك ليس بمال فيكون كبيع العرض بميتة أو دم، لكن جعله كأم الولد أظهر لأنه مال في الجملة، فإنه لو صاده بعده ملكه، نعم هذا يظهر لو باع سمكة بعينها قبل صيدها، أما لو كانت غير معينة ثم صاد سمكة لم تكن عين ما جعلت ثمن العرض حتى يقال إنها ملكت بالصيد.

والحاصل أنه لو باع سمكة مطلقة بعرض ينبغي أن يكون البيع باطلاً من الجانبين كبيع ميتة بعرض أو عكسه، ولو كانت السمكة معينة بطل فيها لأنها غير مملوكة، وفسد في العرض لأن السمكة مال في الجملة، ومثلها ما لو كان البيع على لحم سمك لأنه مثلي، ولو باعها بدراهم بطل البيع لتعين كونها مبيعة وهي غير مملوكة، هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل، ولم أر من تعرّض لشيء منه. قوله: (صدر الشريعة) حيث قال: ففي السمك الذي لم يصد ينبغي أن يكون البيع باطلاً إذا كان بالدراهم والدنانير، ويكون فاسداً إذا كان بالعرض لأنه مال غير متقوم، لأن التقوم بالإحراز، والإحراز منتف. قوله: (وله خيار الرؤية) ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لأنه يتفاوت في الماء وخارجه. شرنبلالية. قوله: (إلا إذا دخل بنفسه الخ) استثناء منقطع من قوله «وإن أخذ بدونها صح» يعني أنه لو صيد فألقى في مكان يؤخذ منه بدون حيلة كان صحيحاً، وأما إذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله يكون باطلاً لعدم الملك بقريته قوله «فلو سده ملكه» فافهم.

فلو سده ملكه^(١) ولم تجز إجازة بركة ليصاد منها السمك . بحر

قوله: (فلو سده ملكه) أي فيصح بيعه إن أمكن أخذه بلا حيلة، وإلا فلا لعدم القدرة على التسليم.

والحاصل كما في الفتح أنه إذا دخل السمك في حظيرة: فإما أن يعدها لذلك أو لا، ففي الأول يملكه وليس لأحد أخذه، ثم إن أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم، وإلا لم يجوز لعدم القدرة على التسليم. وفي الثاني لا يملكه، فلا يجوز بيعه لعدم الملك، إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل فحينئذ يملكه، ثم إن أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه وإلا فلا، وإن لم يعدها لذلك لكنه أخذه وأرسله فيها ملكه، فإن أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه لأنه مقدور التسليم، أو بحيلة لم يجوز، لأنه وإن كان مملوكاً فليس مقدور التسليم اهـ.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ إِجَارَةِ الْبَرَكِ لِلْأَضْطِْيَاءِ

قوله: (ولم تجز إجازة بركة الخ) قال في النهر: اعلم أن في مصر بركاً صغيرة كبركة الفهادة تجتمع فيها الأسماك هل تجوز إجازتها لصيد السمك منها؟ نقل في البحر عن الإيضاح عدم جوازها. ونقل أولاً عن أبي يوسف في كتاب الخراج عن أبي الزناد قال: كتبت إلى عمر بن الخطاب في بحيرة يجتمع فيها السمك بأرض العراق أنؤجرها؟ فكتب إلي أن افعلوا. وما في الإيضاح بالقواعد الفقهية أليق اهـ. ونقل في البحر أيضاً عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن عبد الحميد بن عبد الرحمن أنه كتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام، فكتب إليه عمر: إنه لا بأس به، وسماه الحبس اهـ. ثم قال في البحر: فعلى هذا لا يجوز بيع السمك في الآجام إلا إذا كان في أرض بيت المال، ويلحق به أرض الوقف. وقال الخير الرملي: أقول: الذي علم مما تقدم عدم جواز البيع مطلقاً، سواء كان في بحر أو نهر أو أجمة، وهو بإطلاقه أعم من أن يكون في أرض بيت المال أو أرض الوقف، وما تقدم عن كتاب الخراج غير بعيد أيضاً عن القواعد، ومرجه إلى إجازة موضع مخصوص لمنفعة معلومة هي الاصطياد، وما حدث به أبو حنيفة عن حماد مشكل فإنه بيع السمك قبل الصيد. ويجاب بأنه في آجام هيئت لذلك وكان السمك فيها مقدور التسليم، فتأمل واعتن بهذا التحرير، فإن المسألة كثيرة الوقوع ويكثر السؤال عنها اهـ. لكن قوله غير بعيد الخ فيه نظر، لأن الإجازة واقعة على استهلاك العين، وسيأتي التصريح بأنه لا يصح إجازة المراعي وهذا كذلك، ولذا جزم المقدسي

(١) في ط (قول الشارح: فلو سده ملكه) أي لأن السد فعل اختيار: موجب للملك كما لو وقع في شبكته. وفي شرح الوافي: لا يجوز بيعه لأن السد ليس بإحراز فصار كطير وقع في بيت إنسان فسد الباب والكوة فإنه لا يصير محرراً له ما لم يأخذه عن نوح أفندي.

(و) بيع (طير في الهواء^(١)) لا يرجع) بعد إرساله من يده، أما قبل صيده فباطل أصلاً لعدم الملك (وإن) كان (يطير ويرجع) كالحمام (صح) وقيل لا، ورجحه في النهر

بعدم الصحة. واعترض البحر بما قلنا، والله أعلم. قوله: (وبيع طير) جمع طائر، وقد يقع على الواحد والجمع طيور وأطيوار. بحر عن القاموس. قوله: (لا يرجع بعد إرساله من يده) أشار إلى أنه مملوك له ولكن علة الفساد كونه غير مقدور التسليم، فلو سلمه بعد البيع لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ. وعلى قول الكرخي يعود، وكذا عن الطحاوي، وأطلقه فشمّل ما إذا كان الطير مبيعاً أو ثمناً. بحر. قوله: (أما قبل صيده فباطل أصلاً) ينبغي أن يجري فيه الكلام الذي ذكرناه في السمك. قوله: (صح) ذكره في الهداية والخانية، وكذا في الذخيرة عن المتقى. بحر. قال في الفتح: لأن المعلوم عادة كالواقع، وتجوز كونها لا تعود أو عروض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجوز هلاك المبيع قبل القبض، ثم إذا عرض الهلاك انفسخ، كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ اه. قوله: (وقيل لا) في البحر والشرنبلالية أنه ظاهر الرواية. قوله: (ورجحه في النهر) حيث ذكر ما مر عن الفتح، ثم قال: وأقول فيه نظر، لأن من شروط صحة البيع القدرة على التسليم عقبه، ولذا لم يميز بيع الآبق اه.

قال ح: أقول: فرق ما بين الحمام الآبق فإن العادة لم تقض بعودة غالباً، بخلاف الحمام، وما ادعاه من اشتراط القدرة على التسليم عقبه، إن أراد به القدرة حقيقة فهو ممنوع وإلا لاشتراط حضور المبيع مجلس العقد وأحد لا يقول به، وإن أراد به القدرة حكماً كما ذكره بعد هذا، فما نحن فيه كذلك لحكم العادة بعوده اه.

قلت: وهو وجيه، فهو نظير العبد المرسل في حاجة المولى فإنه يجوز بيعه، وعلوه بأنه مقدور التسليم وقت العقد حكماً إذ الظاهر عوده، ولو أبق بعد البيع قبل القبض خير المشتري في فسخ العقد كما في البحر وهنا كذلك، لكن لينظر متى يحكم بفسخ العقد لعدم عود ذلك الطائر فإنه ما دام محتمل الحياة يحتمل عوده.

تنبيه: في الذخيرة: باع برج حمام، فإن ليلاً جاز، ولو نهاراً فلا، لأن بعضه يكون خارج البيت فلا يمكن أخذه إلا بالاحتياط اه. والظاهر أنه مبني على ظاهر الرواية، تأمل، وفيه ألغز بعضهم فقال:

يَا إِمَامًا فِي فِقْهِ نُعْمَانَ أَضْحَى حَائِزَ السَّبْتِ مُفْرَدًا لَا يُجَارَى

(١) في ط (قول الشارح: في الهواء) هو بالمد: الجسم المسخر بين السماء والأرض والجمع أهوية. وقد قيل إنه الدنيا، ويقال على الشيء الخالي. والهوى: بالقصر ميل النفس نحو الشيء، ثم استعمل في ميل مذموم، يقال اتبع هواه وهو من أهل الهوى نوح أفندي.

(و) بيع (الحمل) أي الجنين، وجزم في البحر ببطلانه كالنتاج (وأمة إلا حملها) لفساده بالشرط، بخلاف هبة ووصية (ولبن في ضرع) وجزم البرجندي ببطلانه

الخفيف

أَيُّ بَيْتٍ يَجُوزُ بَيْعُكَ إِذَا هُوَ لَيْلٍ وَلَا يَجُوزُ نَهَارًا؟
قوله: (وبيع الحمل) يسكون الميم. قوله: (وجزم في البحر ببطلانه) لانه ﷺ عن المضامين والملاقيح وحبل الحبل^(١)، ولما فيه من الغرر، وتقدم أن بيع الثلاثة باطل^(٢)، وأعرض في يعقوبية التعليل بالغرر، وهو الشك في وجوده بأنه ينبغي عليه أن لا يجوز بيع الشيء الملقوف الموصوف، لأنه محتمل أن لا يوجد شيء أو وصفه المذكور مع تصريحهم بجوازه اهـ.

قلت فيه: أنه لا غرر فيه لأنه يسهل الاطلاع عليه، بخلاف الحمل فتدبر: وفي البحر عن السراج: فلو باع الحمل وولدت قبل الافتراق وسلم لا يجوز. قوله: (لفساده بالشرط) لأن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه منه، والحمل لا يجوز إفراده بالبيع فكذا استثناءه، لأنه بمنزلة الأطراف فصار شرطاً فاسداً وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع.

مَطْلَبٌ: اسْتِثْنَاءُ الْحَمْلِ فِي الْعُقُودِ عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبٍ

تم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب.

في وجه: يفسد العقد، والاستثناء كالبيع والإجارة والرهن لأنها تبطلها الشروط الفاسدة.

وفي وجه: العقد جائز، والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد.

وفي وجه: يجوزان وهو الوصية، كما لو أوصى بجارية إلا حملها، وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح، لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري في الحمل، فكذا الوصية، بخلاف الخدمة: زليعي ملخصاً: أي لو أوصى له بأمة إلا خدمتها لا يصح الاستثناء، لأن الميراث لا يجري فيها والغلة كالخدمة. بحر. قوله: (بخلاف هبة ووصية) أي حيث يصح العقد فيهما، لكن الاستثناء باطل في الهبة جائز في الوصية كما علمت، فافهم. قوله: (وجزم البرجندي ببطلانه) قال صدر الشريعة: ذكروا في فساده علتين: إحداها أنه لا

(١) أخرجه البخاري ٣٥٦/٤ (٢١٤٣) ومسلم ١١٥٣/٣ (١٥١٤/٦٠٥).

(٢) في ط (قوله وتقدم أن بيع الثلاثة باطل) أي في قول المصنف «المضامين والملاقيح والنتاج» وفسر الشارح هناك الملاقيح بما في البطن فيخالف ما هنا، لكن تقدم حمله على ما في البطن في المنى قبل أن يطلق عليه اسم الحمل، وحيث فلا مخالفة لاختلاف الموضوع.

(ولؤلؤ في صدف) للغرر (وصوف على ظهر غنم) وجوزة الثاني ومالك. وفي السراج: لو سلم الصوب واللبن بعد العقد لم ينقلب صحيحاً، كذا كل ما اتصاله خلقي كجلد حيوان ونوى تمر وبن وبطيخ، لما مر أنه معدوم عرفاً،

يعلم أنه لبن أو دم أو ریح، وهذه تقتضي بطلان البيع لأنه مشكوك الوجود فلا يكون مالاً، والأخرى أن اللبّن يوجد شيئاً فشيئاً فيختلط ملك المشتري بملك البائع اهـ: أي وهذه تقتضي الفساد ط.

قلت: مقتضى الفساد لا ينافي مقتضى البطلان بل بالعكس، لأن ما يقتضي البطلان يدل على عدم المشروعية أصلاً^(١) فلذا جزم ببطلانه، فتأمل. قوله: (للمغرر) لأنه لا يعلم وجوده، وينبغي أن يكون باطلاً للعلة المذكورة، فهو مثل اللبّن رملي.

قلت: ويؤيده ما في التجنيس: رجل اشترى لؤلؤة في صدف، قال أبو يوسف: البيع جائز، وله الخيار إذا رآه، وقال محمد: البيع باطل^(٢)، وعليه الفتوى اهـ. قال الزيلعي: بخلاف ما إذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض أيضاً اهـ. قال في النهر: وينبغي أن يكون من ذلك الجوز الهندي. قوله: (وصوف على ظهر غنم) للنهي عنه، ولأنه قبل الجزّ ليس بمال متقوم في نفسه لأنه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه، ولأنه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبّن. زيلعي. قوله: (وجوزة الثاني) هو رواية عنه كما في الهداية. قوله: (لم ينقلب صحيحاً) مقتضاه أنه وقع باطلاً^(٣)، وإلا لصح بزوال المفسد كما سيتضح في بيع الأبق، وهو أيضاً مقتضى التعليل بأنه ليس بمال متقوم، فكان على المصنف ذكره في الباطل. قوله: (وكذا كل ما اتصاله خلقي) بخلاف اتصال الجذع والثوب فإنه بصنع العباد بن ملك. قوله: (لما مر أنه معدوم عرفاً) أي مرّ في فصل: ما

(١) في ط (قوله أصلاً) أي ووصفاً، والفساد يقتضي عدم مشروعية الوصف فهو يؤكد مقتضى البطلان من جهة إفادته عدم مشروعية الوصف ينقلب صحيحاً، ابن كمال ولا ينافيه هذا معنى كلام المحشي. وفيه أن الفساد كما يقتضي عدم مشروعية الوصف كذلك يقتضي مشروعية الأصل، والبطلان يقتضي عدم تلك المشروعية فكيف لا ينافيه؟ ولعل المحشي نظر إلى أن مشروعية الأصل في الفساد مسكوت عنها. لكن يعكر عليه ملاحظتها في الشق الثاني.

(٢) في ط (قوله باطل) أي للجهل وعدم القدرة على الاطلاع، إذ لا يمكن الاطلاع إلا بكسر الصدف، وفي ذلك ضرر على صاحبه، إذ يمتثل أن لا يوافق رغبة المشتري. وقال أبو يوسف: لا ضرر في كسر الصدف، إذ لا يتضرر به إلا بالكسر فكان مثل غلاف الحبوب.

(٣) في ط (قوله مقتضاه أنه وقع باطلاً) فيه أنه نقل الخلاف بين الكرخي والبلخيين في عود بيع الطير المرسل صحيحاً بتسليمه مع الاتفاق على فساده، فكيف يكون القول بعدم الانقلاب إلى الصحة مقتضياً للبطلان حتى يترفع إزام المصنف بذكره في الباطل نعم هذا يترفع على التعليل بأنه ليس بمال متقوم إذ مقتضاه البطلان.

وإنما صححوا بيع الكراث وشجر الصفصاف وأوراق التوت بأغصانها للتعامل .
وفي القنية: باع أوراق توت^(١) لم تقطع قبل بسنة جاز، ويستتبن لا، لأنه يشتبه
موضع قطعه عرفاً (وجذع) معين (في سقف)

يدخل في البيع تبعاً عند قوله «كبيع برّ في سنبله» وبيناه هناك بأنه هذا تمر وقطن، ولا يقال
هذا نوى في ثمره ولا حبّ في قطنه، ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق في
قشره، ولا يقال هذه قشور فيها لوز. قوله: (وإنما صححوا الخ) جواب عما استدل به
أبو يوسف من جواز الصوف على ظهر الغنم كما في الكراث وقوائم الخلاف، بالكسر
وتخفيف اللام نوع من الصفصاف: أي مع أنها تزيد. والجواب كما في الزيلعي أنه أجزى
في الكراث والقوائم للتعامل، إذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه اهـ. وأيضاً
فالقوائم تزيد من أعلاها: أي فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره، بخلاف الصوف ويعرف
ذلك بالخضاب كما أفاده الزيلعي. وفي البحر من فصل فيما يدخل في البيع تبعاً عن
الظهيرية: اشترى رطبة من البقول أو قثاء أو شيئاً ينمو ساعة فساعة لا يجوز، كبيع
الصوف، وبيع قوائم الخلاف يجوز وإن كان ينمو لأن نموها من الأعلى، بخلاف
الرطبات إلا الكراث للتعامل، وما لا تعامل فيه لا يجوز اهـ.

قلت: وقوله «للتعامل» علة لقوله «إلا الكراث» فقط، وإلا فكون قوائم الخلاف
تنمو من الأعلى، بخلاف الرطبات يفيد الجواز بلا حاجة إلى التعليل للتعامل. وذكر في
البحر هنا عن الفضلي تصحيح عدم الجواز في قوائم الخلاف، لأنه وإن كان ينمو من أعلاه
فموضع القطع مجهول، كمن اشترى شجرة للقطع لا يجوز لجهالة موضع القطع، لكن في
الفتح أن منهم من منع، إذ لا بد للقطع من حفر الأرض، ومنهم من أجاز للتعامل. وفي
الصغرى: القياس في بيع القوائم المنع، لكن جاز للتعامل، وبيع الكراث يجوز وإن كان
ينمو من أسفله للتعامل أيضاً، وبه يحصل الجواب عما استدل به الفضلي على المنع في
القوائم لمن تأمل. نهر. قوله: (وشجر الصفصاف) أي قوائم شجره: أي أغصانه. قوله:
(وفي القنية باع أوراق توت) أي مع أغصانها. قال في القنية: اشترى أوراق التوت ولم
يبين موضع القطع لكنه معلوم عرفاً صح، ولو ترك الأغصان له أن يقطعها في السنة
الثانية، ولو باع أوراق توت لم يقطع قبل بسنة يجوز، ويستتبن لا يجوز لأنه بسنة يعلم
موضع قطعها عرفاً اهـ. قوله: (وجذع) هو القطعة من النخل أو غيره توضع عليها

(١) في ط (قول الشارح: باع أوراق توت) أي بأغصانها، وقوله: «لم تقطع» أي أغصانها فضمير لم تقطع إلى
الأغصان وإن لم تذكر وجملة «لم تقطع» صفة أوراق وقوله: «جاز وجهه» أن موضع القطع معلوم عرفاً،
وقوله: «ستتبن» أي إذا كانت الأغصان قبل وقت البيع بستتين، والمسألة بحالها لا يجوز البيع لاشتبه محل
القطع.

أما غير المعين فلا (وذراع) من ثوب يضره التبعض فلو قطع وسلم قبل فسوخ المشتري عاد صحيحاً، ولو لم يضره القطع ككرباس لانتفاء المانع (وضربة القانص) بقاف ونون: الصائد (والغانص) بغين معجمة الغواص، والبيع فيهما باطل للغرر. بحر ونهر والكمال وابن الكمال. قال المصنف: وقد نظمه منلا خسرو في سلك

الأخشاب. نهر، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر، ولو لم يكن معيناً لا يجوز أيضاً لما ذكرنا وللجهالة أيضاً. هداية، فقوله معين ليس للاختراز عن الفساد بل لما ذكره بعده. قوله: (أما غير المعين) الأولى ذكره بعد قوله: «فلو قطع وسلم» ط. قوله: (فلا ينقلب صحيحاً) قال في النهر: وذكر الزاهدي عن شرح الطحاوي أنه في غير المعين لا ينقلب بالتسليم صحيحاً، وجزم به في إيضاح الإصلاح وهو ضعيف لأنه في غير المعين معلل بلزوم الضرر والجهالة، فإذا تحمل البائع الضرر وسلمه زال المفسد وارتفعت الجهالة أيضاً، ومن ثم جزم في الفتح بأنه يعود صحيحاً اهـ.

قلت: والذي نقله العلامة نوح عن الزاهدي عن شرح مختصر الطحاوي عكس ما نقله عنه في النهر، فليراجع، نعم عبارة ابن كمال في إيضاح الإصلاح أن غير المعين لا يعود صحيحاً، وعزاه إلى الزاهدي في شرح القدوري. قوله: (يضره التبعض) كالثوب المهيأ للبس: زيلعي، وأشار المصنف إلى عدم جواز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه، وكذا بيع فص خاتم مركب فيه، وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للضرر في تسليم ذلك، ولا اعتبار بما التزمه من الضرر، لأنه إنما التزم العقد ولا ضرر فيه. بحر وفتح. وفي بيع نصف الزرع ونحوه كلام طويل قدمناه أول كتاب الشركة. قوله: (جاز) كما يجوز بيع قفيز من صبرة بحر. قوله: (لانتفاء المانع) علة للمسألتين. قوله: (وضربة القانص) من قنص قنصاً على حد ضرب صاد كما في الصحاح بأن يقول بعثك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا. نهر. قوله: (والغانص) بأن يقول أغوص غوصة فما أخرجته من اللائء فهو لك بكذا كما في تهذيب الأزهرى، ومقتضاه المباينة بين القانص بالقاف والغانص بالغين، وفسر الزيلعي ضربة القانص بالقاف بما يخرج من الصيد بضربة الشبكة أو بغوص الصائد في الماء. قال في النهر: وهذا يوهم شمول القانص بالقاف للغانص والواقع ما قد علمته. وجعل في السراج القانص: صياد البر، والغانص: صياد البحر. والحق أن الصائد بالآلة وهو القانص بالقاف أعم من كونه في البحر أو البر، بخلاف الغانص اهـ.

وحاصله أن القانص بالقاف: من يصطاد^(١) الصيد برأ أو بحرأ وأما الغانص

(١) في ط (قوله من يصطاد الخ) أي بالآلة، وقوله: «من يغوص» أي بنفسه، ففيهما التباين.

المقاصد فتبعته في المختصر، ويجب أن يراد به الباطل لأنه مما ليس في ملكه كما مر (والمزانية) هي بيع الرطب على النخل بتمر مقطوع مثل كيله تقديراً. شروح مجمع. ومثله العنب بالزبيب عناية للنهي ولشبهة الربا. قال المصنف: فلو لم يكن رطباً جاز لاختلاف الجنس (والملامسة) للسلعة (والمنازلة) أي نبذها للمشتري (وإلقاء الحجر) عليها، وهي من بيوع الجاهلية فنهى عنها كلها. عيني.

بالغين: فهو من يغوص لاستخراج اللآلئ مثلاً. قوله: (كما مر) أي في قول المصنف «ويبيع ما ليس في ملكه». قوله: (والمزانية) من الزين: وهو الدفع، لأنها تؤدي إلى النزاع والمدافعة كما في البحر عن الفائق. قوله: (مثل كيله تقديراً) أي بأن يقدر الرطب الذي على النخل بمقدار مائة صاع مثلاً بطريق الظن والحرز فيبيعه بقدره من التمر. قوله: (ومثله العنب) أي على الكرم. قوله: (ولشبهة الربا) لأنه بيع مكيل بمكيل من جنسه مع احتمال عدم المساواة بينهما بالكيل. قوله: (فلو لم يكن) أي ما يبيع بالتمر المقطوع.

قال في البحر: ثم اعلم أن تعريف المزانية بأنها بيع الثمر بالثمر: أي بالثلثة في الأول والثناة في الثاني خلاف التحقيق، والأولى أن يقال: يبيع الرطب بتمر الخ، لأن الثمر بالثلثة الشجر رطباً أو غيره، وإذا لم يكن رطباً جاز لاختلاف الجنس، ولو كان الرطب على الأرض كالتمر لم يجز بيعه متساوياً عند العلماء إلا أبا حنيفة لما سيأتي في باب الربا اهـ. قوله: (فنهى عنها كلها) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنِ الْمَلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ»^(١) زاد مسلم^(٢) «أما الملامسة: كأن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ليلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية، وهذا بأن يكون مثلاً في ظلمة أو يكون الثوب مطوياً مرثياً يتفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه منه، وفساده لتعليق التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس.

والمنازلة: أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولا ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعاً، وهذه كانت بيوعاً يتعارفونها في الجاهلية، وكذا إلقاء الحجر أن يلقي حصاة وثمة أثواب، فأبي ثوب وقع عليه كان البيع بلا تأمل ورؤية ولا خيار بعد ذلك، ولا بد أن يسبق تراوضهما على الثمن، ولا فرق بين كون المبيع معيناً أو غير معين. ومعنى النهي ما في كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فإنه في معنى إذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك أو بعته بكذا أو إذا نبذته أو لمسته، كذا في الفتح.

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٢٠ (٢١٤٦) ومسلم ٣/١١٥١ (١٠١١/١) ومن حديث أبي سعيد البخاري ١٠/٢٧٨ (٥٨٢٠) ومسلم ٣/١١٥٢ (٣/١٥١٢).

(٢) في ط (قوله زاد مسلم) أي أشياء آخر ذكرها في الفتح، فمفعول زاد محذوف وقوله: «أما الملامسة الخ» تفسير لما وقع في الحديث، لا مفعول زاد كما وهم.

لوجود القمار، فكانت فاسدة إن سبق ذكر الثمن. بحر (و) بيع (ثوب من ثوبين) أو عبد من عبيدين لجهالة المبيع، فلو قبضهما وهلكا معاً ضمن نصف قيمة كل إذ الفاسد معتبر بالصحيح ولو مرتين. فقيمة الأول لتعذر رده والقول للضامن، وهذا إذا لم يشترط خيار التعيين، فلو شرط أخذ أيهما شاء جاز لما مر (والمراعي) أي الكلاً (وإجارتهما)

وذكر في الدرر أن النهي عن إلقاء الحجر ألحق بالأولين دلالة. قوله: (لوجود القمار) أي بسبب تعليق التمليك بأحد هذه الأفعال اهـ ح. قوله: (إن سبق ذكر الثمن) عبارة البحر: ولا بد في هذه البيوع أن يسبق الكلام منهما على الثمن اهـ: أي لتكون علة الفساد ما ذكر، وإلا كان الفساد لعدم ذكر الثمن إن سكتا عنه، لما مر أن البيع مع نفي الثمن باطل، ومع السكوت عنه فاسد. قوله: (و ثوب من ثوبين) قيد بالقيمي، إذ بيع المبهم في المثلي جائز كقفيز من صبرة. قوله: (ضمن نصف قيمة كل) لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحكم البيع الفاسد والآخر أمانة، وليس أحدهما بأولى من الآخر فشاعت الأمانة والضمان. بحر. قوله: (إذ الفاسد معتبر بالصحيح) أي ملحق به، فإنه لو كان البيع صحيحاً بأن يقبض ثوبين على أنه بالخيار في أحدهما صح، فإذا هلكا ضمن نصف ثمن كل واحد، والقيمة في الفاسد كالثمن في البيع الصحيح كما في البحر. قوله: (لتعذر رده) أي رد ما هلك أولاً فتعين مضموناً. بحر. قوله: (والقول للضامن) أي في تعيين الهالك، وذلك بأن اختلف الثوبان أو العبدان وادعى الضامن أن الهالك هو الأقل قيمة وعكس الآخر، ولو برهنا فبرهان البائع أولى فيما يظهر كما قدمنا التصريح به في خيار التعيين. قوله: (وهذا) أي الفساد فيما إذا باع ثوبين مثلاً. قوله: (إذا لم يشترط خيار التعيين) أي فيما دون الأربعة، وقول البحر: فيما دون الثلاثة فيه قصور. قوله: (فلو شرط أخذ أيهما شاء) بنصب أخذ مصدرأ على أنه مفعول به لشرط، بأن قال بعتك واحداً منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحساناً، وتقدم ذكر المسألة بفروعها في خيار الشرط. فتح. قوله: (لما مر) أي في باب خيار الشرط والتعيين. قوله: (والمراعي) في المصباح: الرعي بالكسر والمرعى بمعنى واحد، وهو ما ترعاه الدواب والجمع المراعي. بحر. قوله: (أي الكلاً) فسرهما بالكلاً دفعاً لوهم أن يراد مكان الرعي فإنه جائز. فتح: أي إذا كان مملوكاً كما لا يخفى.

والكلأ كجبل: العشب رطبه ويابس. قاموس، قال في البحر: ويدخل فيه جميع أنواع ما ترعاه المواشي رطباً كان أو يابساً، بخلاف الأشجار، لأن الكلأ ما لا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه، حتى يجوز بيعها إذا نبتت في أرضه لكونها ملكه، والكمأة

أما بطلان بيعها فلعدم الملك لحديث «الناس شركاء في ثلاث: في الماء، والكلاء، والنار». وأما بطلان إجارتها فلأنها على استهلاك عين. ابن كمال. وهذا إذا نبت بنفسه، وإن أنبته بسقي وتربية ملكه وجاز بيعه. عيني. وقيل لا.

كالكلأ اهـ. قوله: (أما بطلانها^(١)) هذا مخالف لسوق كلام المصنف، لأن كلامه في ذكر الفاسد، فمراده أن بيعها فاسد، وبه صرح في شرحه؛ نعم قال بعد ذلك: وصرح منلا خسرو بفساد هذا البيع، وصرح في شرح الوقاية ببطلانه وعمله بعدم الإحراز اهـ. فكان المناسب شرح كلامه على وفق مرامه مع بيان القول الآخر، وكأن الشارح لما رأى القول بالفساد معللاً بعدم الملك حمله على أن المراد به البطلان، لأن بيع ما لا يملك باطل كما علم مما مر، لكنه لا يوافق غرض المصنف كما علمت. قوله: (فلعدم الملك) لاشتراك الناس فيه اشتراك إياحة لا ملك، ولأنه لا يحصل للمشتري فيه فائدة لأنه لا يملكه بدون بيع. فتح. قوله: (لحديث الناس شركاء في ثلاث) أخرجه الطبراني بلفظ «المُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ» الخ، وكذا أخرجه ابن ماجة وفي آخره «وئمنه حرام» أي ثمن كل واحد منها، وأخرجه أبو داود وأحمد وابن أبي شيبة وابن عدي، قال الحافظ ابن حجر: ورجالها ثقات. نوح أفندي. ومعنى الشركة في النار: الاصطلاء بها وتحفيف الثياب، لا أخذ الجمر إلا بإذن صاحبه، وفي الماء سقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة، وفي الكلاء الاحتشاش ولو في أرض مملوكة، غير أن لصاحب الأرض المنع من دخوله، ولغيره أن يقول إن لي في أرضك حقاً، فإما أن توصلني إليه أو تحشه أو تستقي وتدفعه لي، وصار كثوب رجل وقع في دار رجل إما أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذه، وإما أن يخرج به إليه. فتح ملخصاً. قوله: (وأما بطلان إجارتها) ما ذكره عن ابن الكمال من بطلان إجارتها مخالف لسوق كلام المصنف أيضاً. وقال في فتح القدير: وهل الإجارة فاسدة أو باطلة؟ ذكر في الشرب أنها فاسدة حتى يملك الأجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه اهـ. قال في النهر: فيحتاج إلى الفرق بين البيع والإجارة اهـ. قوله: (وهذا) أي بطلان بيع الكلاء. قوله: (وقيل لا) أي لا يملكه، وهو اختيار القدوري لأن الشركة ثابتة، وإنما تنقطع بالحياسة وسوق الماء ليس بحياسة وعلى الجواز أكثر المشايخ، واختاره الشهيد. قال في الفتح: وعليه فلقاتل أن يقول: ينبغي أن حافر البشر يملك الماء بتكلفة الحفر والطبي لتحصيل الماء، كما يملك الكلاء بتكلفة سوق الماء إلى الأرض لينبت، فله منع المستقي وإن لم يكن في أرض مملوكة له اهـ.

(١) في ط (قوله أما بطلانها) هكذا بخطه، والذي في نسخ الشارح «أما بطلان بيعها» وهو المناسب لمقابلة قوله بعد «وأما بطلان إجارتها» وليحرر.

قال: وبيع القصيل والرطبة على ثلاثة أوجه: إن ليقطعه، أو ليرسل دابته فتأكله جاز^(١)، وإن ليركه لم يجز، وحيلته أن يستأجر الأرض لضرب فسطاطه أو لإيقاف دوابه أو لمنفعة أخرى كمقيل ومراح، وتماه في وقف الأشباه..

(وبياع دود القَرّ) أي الإبريسم (وبيضه)

وأقول: يمكن أن يفرق بينهما بأن سقي الكلاً كان سبباً في إنباته فنبت، بخلاف الماء فإنه موجود قبل حفره فلا يملكه بالحفر. نهر.

مَطْلَبٌ: صَاحِبُ البَثْرِ لَا يَمْلِكُ المَاءَ

وقال الرملي: إن صاحب البثر لا يملك الماء كما قدمه في البحر في كتاب الطهارة في شرح قوله: «وانتفاخ حيوان» عن الولوجية فراجعه. وهذا ما دام في البثر، أما إذا أخرجه منها بالاحتياك كما في السواني فلا شك في ملكه له لحيازته له في الكيزان ثم صبه في البرك بعد حيازته. تأمل. ثم حرر الفرق بين ما في البثر وما في الحباب والصهاريج الموضوعة في البيوت لجمع ماء الشتاء بأنها أعدت لإحراز الماء فيملك ما فيها، فلو أجز الدار لا يباح للمستأجر ماؤها إلا بإباحة المؤجر اهـ ملخصاً. قوله: (قال) أي العيني. قوله: (وبيع القصيل والرطبة) في المصباح فصلته فصلاً من باب ضرب: قطعته فهو قصيل ومقصول، ومنه القصيل وهو الشعير يجرّ إذا اخضرّ لعلف الدواب، والرطبة: الغضة خاصة قبل أن يجف والجمع رطاب مثل كلبة وكلاب، والرطب وزان قفل: المرعى الأخضر من بقول الربيع. وبعضهم يقول: الرطبة وزان: غرفة الخلا، وهو الغض من الكلاً. قوله: (وحيلته) أي حيلة جواز بيع الكلاً، وكذا إجارته. قال في البحر: والحيلة في جواز إجارته أن يستأجرها أرضاً لإيقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الأجرة فيحصل به غرضهما اهـ. وفي الفتح: والحيلة أن يستأجر الأرض ليضرب فيها فسطاطه أو ليجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودهما. قوله: (كمقيل ومراح) المقيل: مكان القيلولة، وهي النوم نصف النهار. والمراح بالضم^(٢): حيث تأوي الماشية بالليل وبالفتح اسم الموضع.

مَطْلَبٌ فِي بَيْعِ دُوْدَةِ القَرْمَزِ

قوله: (أي الإبريسم) في المصباح: القَرْمَزُ معرب. قال الليث: هو ما يعمل منه

(١) في ط (قول الشارح: فتأكله جاز) أي لاقتضاء العقد هذا الشرط وقوله: «وإن ليركه لم يجره» أي لعدم اقتضاء العقد له.

(٢) في ط (قوله والمراح بالضم) أي من أراح إبله: ردها للمأوى، وفتح الميم بهذا المعنى خطأ، بل هو اسم مكان من راح بدون ألف، لأن اسم المكان والزمان والحدث من أراح مفعول بالضمير لا غير، وبدون ألف بالفتح. وبهذا تعلم ما في عبارة المحشي.

أي بزره، وهو بزر الفيلق الذي فيه الدود (والنحل) المحرز، وهو دود العسل، وهذا عند محمد، وبه قالت الثلاثة، وبه يفتى عيني وابن ملك وخالصة وغيرها. وجوز أبو الليث بيع العلق، وبه يفتى للحاجة. مجتبي (بخلاف غيرها من الهوام)

الإبريسم، ولهذا قال بعضهم: القز والإبريسم مثل الحنطة والدقيق اهـ. وأما الخز فاسم دابة، ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها. بحر. قوله: (أي بزره) أي البزر الذي يكون منه الدود، قهستاني. وهو بالزاي. قال في المصباح: بذرت الحب بذراً: أي بالذال المعجمة من باب قتل: إذا ألقيته في الأرض للزراعة. والبذر: المبدور. قال بعضهم: البذر في الحبوب كالحنطة والشعير: والبزر: أي بالزاي في الرياحين والبقول، وهذا هو المشهور في الاستعمال. ونقل عن الخليل كل حب يبذر فهو بذر وبزر، ثم قال في اجتماع الباء مع الزاي: البزر من البقل ونحوه بالكسر والفتح لغة، وقولهم لبيض الدود: بزر القز مجاز على التشبيه ببزر البقل لصغره. قوله: (وهو بزر الفيلق) هو المسمى الآن بالشرانق. قوله: (المحرز) قال في البحر: وهو معنى ما في الذخيرة إذا كان مجموعاً، لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار. قوله: (وهذا) أي ما ذكره المصنف من جواز بيع الثلاث: وأما اقتصار صاحب الكنز على جواز الأولين دون النخل فلعل وجهه كما أفاده الخير الرملي أن إحرازه متعسر فترجح عنده قولهما، ولذا قال بعضهم: يجوز بيعه ليلاً لا نهاراً لتفرقة حال النهار في المراعي. وأما اعتذار البحر عنه بأنه لعله لم يطلع على أن الفتوى على قول محمد فهو بعيد. قوله: (بيع العلق) في المصباح: العلق شيء أسود شبيه الدود يكون في الماء يعلق بأفواه الإبل عند الشرب. قوله: (وبه يفتى للحاجة) في البحر عن الذخيرة: إذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية مرعل يجوز، وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس إليه لتمول الناس له اهـ.

أقول: العلق في زماننا يحتاج إليه للتداوي بمصه الدم، وحيث كان متمولاً لمجرد ذلك دل على جواز بيع دودة القرمز، فإن تمولها الآن أعظم إذ هي من أعزّ الأموال، وبيع منها في كل سنة قناطير بثمان عظيم، ولعلها هي المرادة بالعلق في عبارة الذخيرة بقرينة التعليل، فتكون مستثناة من بيع الميتة كما قدمناه، ويؤيده أن الاحتياج إليه للتداوي لا يقتضي جواز بيعه كما في لبن المرأة، وكالاتياج إلى الخرز بشعر الخنزير فإنه لا يسوغ بيعه كما يأتي، فعلم أن المراد به علق خاص متمول عند الناس، وذلك متحقق في دود القرمز، وهو أولى من دود القز وبيضه فإنه ينتفع به في الحال ودود القز في المآل، والله سبحانه أعلم. قوله: (من الهوام) جمع هامة مثل دابة ودواب: وهي ماله سم يقتل كالحية. قاله الأزهري. وقد يطلق على ما يؤذي ولا يقتل كالحشرات مصباح، والمراد هنا

فلا يجوز اتفاقاً كحيات وضبّ وما في بحر كسرطان، إلا السمك وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه. والحاصل أن جواز البيع يدور مع حلّ الانتفاع. مجتبي. واعتمده المصنف، وسيجيء في المتفرقات.

فرع: إنما تجوز الشركة في القز إذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما أنصافاً لا أثلاثاً، فلو دفع بزر القز أو بقرة أو دجاجاً لآخر بالعلف مناصفة فالخارج كله للمالك لحدوثه من ملكه

ما يشمل المؤذي وغيره مما لا ينتفع به بقريئة ما بعده. قوله: (فلا يجوز) وبيعها باطل، ذكره قاضيخان ط. قوله: (كحيات) في الحاوي الزاهدي: يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها للأدوية، وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه: أي من حيوانات البحر أو غيرها. قال في الحاوي: ولا يجوز بيع الهوام كالحية والفأرة والوزغة والضب والسلحفاة والقنفذ وكل ما لا ينتفع به ولا بجلده. وبيع غير السمك من دواب البحر، إن كان له ثمن كالسفنقور وجلود الخنز ونحوها يجوز، وإلا فلا كالضفدع والسرطان وذكر قبله. ويبطل بيع الأسد والذئب وسائر الهوام والحشرات، ولا يضمن متلفها. ويجوز بيع البازي والشاهين والصقر وأمثالها والهرة، ويضمن متلفها، لا يبيع الحداة والرخمة وأمثالهما ويجوز بيع ريشها اه. لكن في الخانية: يبيع الكلب المعلم عندنا جائز، وكذا السنور وسباع الوحش والطير جائز معلماً أو غير معلم، وبيع الفيل جائز. وفي القرد روايتان عن أبي حنيفة اه. ونقل السائحاني عن الهندية ويجوز بيع سائر الحيوانات سوى الخنزير وهو المختار اه. وعليه مشى في الهداية وغيرها من باب المتفرقات كما سيأتي. قوله: (والحاصل الخ) ويرد عليه شعر الخنزير^(١) فإنه محل الانتفاع به، ولا يجوز بيعه كما يأتي. وقد يجاب بأن حل الانتفاع به للضرورة، والكلام عند عدمها. قوله: (واعتمده المصنف) حيث قال: وهو ظاهر، فليكن المعول عليه. قوله: (وهو بينهما أنصافاً) الضمير عائذ إلى القز الخارج من البيض. والظاهر أن اشتراط كونه بينهما أنصافاً إذا كان البيض منهما كذلك، فلو كان ثلثه من واحد والثلثان من آخر يكون القز بينهما أثلاثاً اعتباراً بأصل الملك، كما لو زرعاً أرضاً ببذر منهما فالخارج على قدر البذر وإن شرطاً خلافه. قوله: (بالعلف مناصفة) متعلق بدفع: أي دفع له ذلك ليكون الخارج من البزر والبقرة والدجاج بينهما مناصفة بشرط أن يعلف ذلك من ورق التوت ونحوه. قوله: (فالخارج كله للمالك) أي الخارج: وهو القز واللبن والسمن والبيض كله للمالك، فإن استهلكه العامل ضمنه. قوله:

(١) في ط (قوله ويرد عليه شعر الخنزير الخ) كذلك يرد عليه ما أورده صاحب النهر على عبارة الكمال ابن الهمام المائلة لهذه من أن الصحيح عند الإمام جواز الانتفاع بالمعذرة الخالصة مع عدم جواز بيعها بدون الخلط.

وعليه قيمة العلف وأجر مثل العالم. عيني ملخصاً. ومثله دفع البيض كما لا يخفى (والأبق) ولو لطفله أو لتيتم في حجره، ولو وهبه لهما صح. عيني. وما في الأشباه تحريف. نهر

(وعليه قيمة العلف) أي إن كان مملوكاً. قوله: (وأجر مثل العامل) الظاهر أن له الأجر بالغاً ما بلغ لجهالة التسمية، وانظر ما كتبناه في إجازات تنقيح الحامدية. قوله: (ومثله دفع البيض) قال في النهر: والمتعارف في أرياف مصر دفع البيض ليكون الخارج منه بالنصف مثلاً، وهو على وزن دفع القز بالنصف، فالخارج كله لصاحب البيض وللعامل أجر مثله اهـ.

قلت: ويتعارف الآن دفع المهر أو العجل أو الجحش ليربيه بنصفه فيبقى على ملك الدافع وللعامل أجر مثله وقيمة علفه. والحيلة فيه أن يبيعه نصف المهر بثمان يسير فيصير مشتركاً بينهما. ويتعارف أيضاً ما سيذكره المصنف في كتاب المساقاة. وهو دفع الأرض مدة معلومة لغيرسها وتكون الأرض والشجر بينهما فإنه لا يصح، والشمر والغرس لرب الأرض تبعاً لأرضه، وللآخر قيمة غرسه يوم غرسه وأجر مثل عمله اهـ. قوله: (والأبق) أي المطلق^(١) وهو الذي أبق من يد مالكة ولم يزعم المشتري أنه عنده، فهذا يبيعه فاسد أو باطل، على الخلاف الذي حكاه المصنف بعد؛ أما لو أبق من يد غاصبه وباعه المالك منه أو من يد مالكة وباعه ممن يزعم أنه عنده فبيعه صحيح كما يأتي. وأما لو باعه ممن يزعم أنه عند غيره: ففي النهر أن يبيعه فاسد اتفاقاً، وعلله في الفتح بأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز. وفي النهر أيضاً: خرج بالأبق المرسل في حاجة المولى فإنه يجوز بيعه لأنه مقدور التسليم وقت العقد حكماً، إذ الظاهر عوده. قوله: (ولو وهبه لهما صح) والفرق أن شرط البيع القدة على التسليم عقب البيع وهو منتف، وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة لا لقبض البيع، لأنه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بإزائه مال من الولد فكفت تلك اليد له نظراً للصغير، لأنه لو عاد إلى ملك الصغير، هكذا في الفتح والتبيين. بحر. وفيه عن الذخيرة تقييد صحة الهبة بما دام العبد في دار الإسلام. قوله: (وما في الأشباه تحريف نهر) اعترض من وجهين:

الأول: أن ما في الأشباه موافق لما هنا، وهذا نصه: بيع الأبق لا يجوز إلا لمن يزعم أنه عنده ولو لولده الصغير كما في الخاتبة.

(١) في ط (قوله أي المطلق الخ) أي الأبق في حقها: أي البائع والمشتري. وأما في الصور المستثنيات فالإباق ليس بمطلق لعدم إباقه في حق المشتري، وهذا معنى قول المحشي: وهو أي المطلق الذي أبق من يد مالكة ولم يزعم المشتري أنه عنده، وينبغي أن يزداد أيضاً: ما لو زعم المشتري أنه عند غيره فإن حكمه يخالف المطلق للاتفاق على فساد بيعه، بخلاف ذلك لحصول الخلاف في بطلانه وفساده.

(إلا ممن يزعم أنه) أي الآبق (عنده) فحيثذ يجوز لعدم المانع، وهل يصير قابضاً إن قبضه لنفسه أو قبضه ولم يشهد؟ نعم وإن أشهد لا، لأنه قبض أمانة

الثاني: أنه في النهر لم يتعرض للأشياء، بل حكم بالتحريف على ما في بعض نسخ الخانية المنقول في البحر وهو جواز بيع الآبق لطفله لا هبته له، والمعول عليه النسخة الأخرى.

قلت: الذي رأيته في الأشباه «ولولد» بدون «لو» وعليها كتب الحموي. واعترضها بما مر عن الفتح والتبيين، ولما كان ما في الأشباه معزياً إلى الخانية ورد عليها ما ورد على الخانية فساغ ذكرها بدل الخانية؛ لأنها أكثر تداولاً في أيدي الطلبة من الخانية، فافهم.

ثم اعلم أن في عبارة البحر هنا تناقضاً، فإنه ذكر نسخة الخانية المحرفة وقال: إنه عكس ما ذكره الشارحون. ثم قال: إن الحق ما ذكره قاضيخان، لما في المعراج: لو باعه لطفله لا يجوز، ولو وهبه له جاز الخ. والصواب أن يقول: والحق خلاف ما ذكره قاضيخان، فتنبه. قوله: (إلا ممن يزعم أنه عنده) مفاده أن النظر لزعم المشتري أن الآبق عنده لأنه يزعم أن التسليم حاصل فانتفى المانع وهو عدم قدرة البائع على التسليم عقب البيع. قوله: (عنده) شامل لما إذا كان في منزله، أو كان يقدر على أخذ ممن هو عنده، فإن كان لا يقدر على الأخذ إلا بخصوصية عند الحاكم لم يجوز بيعه كما في السراج. نهر. وهذا مخالف لما قدمناه عن النهر من أنه لو باعه ممن يزعم أنه عند غيره فهو فاسد اتفاقاً. وأجاب ط بحمل ما تقدم على ما إذا لم يقدر على أخذه إلا بخصوصية اهـ.

قلت: راجعت عبارة السراج فلم أر فيها قوله: «ممن هو عنده» ومثله في الجوهرة، وحيثذ فقوله^(١) أو كان يقدر على أخذه: أي في حال إياقه قبل أن يأخذه أحد، أما إذا أخذه أحد فلا يجوز لما علمته من تعليل الفتح السابق، وقد صور المسألة في الفتح بما إذا كان ذلك الآخذ له معترفاً بأخذه، فافهم. قوله: (وهل يصير قابضاً الخ) أي لو اشتراه من زعم أنه عنده هل يصير قابضاً في الحال، حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع أم لا. قوله: (إن قبضه) أي قبض الآبق حين وجده لنفسه لا ليرده على سيده، وهذا يغني عنه قوله: «أو قبضه ولم يشهد» أي على أنه قبضه لسيده. قوله: (نعم) أي يصير قابضاً، لأن قبضه هذا قبض غضب وهو قبض ضمان كقبض البيع كما في الفتح. قوله: (وإن أشهد لا الخ) أي لا يصير قابضاً، لأن قبضه هذا قبض أمانة، حتى

(١) في ط (قوله) وحيثذ فقوله الخ) لكن يعكس عليه قول السراج «فإن كان لا يقدر على أخذه إلا بخصوصية فإنه يقتضي خصماً» وما هو إلا من عنده الآبق، إلا أن يقال بخصوصية مع الآبق نفسه بأن كان متمرداً وأنكر شراؤه وسبق يد البائع عليه فحيثذ يحتاج لرفعه للحاكم حتى يلزمه بالانقياد معه.

فلا ينوب عن قبض الضمان لأنه أقوى. عناية. وإلا إذا أبق من الغاصب فباعه المالك منه فإنه يصح لعدم لزوم التسليم. ذخيرة (ولو باعه ثم عاد) وسلمه (يتم البيع) على القول بفساده، ورجحه الكمال (وقيل لا) يتم (على) القول ببطلانه وهو (الأظهر) من الرواية، واختاره في الهداية وغيرها، وبه كان يفتي البلخي وغيره.

لو هلك قبل أن يصل إلى سيده لا يضمه. فتح. قوله: (فلا ينوب عن قبض الضمان) أي عن قبض البيع فإنه مضمون بالثمن. قال في الفتح: فإن هلك قبل أن يرجع إليه انفسخ البيع ورجع بالثمن اهـ. وأشار بهذا إلى ما في البحر عن الذخيرة: إذا اشترى ما هو أمانة في يده من ودعة أو عارية لا يكون قابضاً، إلا إذا ذهب إلى العين إلى مكان يتمكن من قبضها فيصير الآن قابضاً بالتخلى، فإذا هلك بعده هلك من ماله، وليس للبائع حبس العين بالثمن لأنه صار راضياً بقبض المشتري دلالة اهـ ملخصاً. قوله: (وإلا إذا أبق الخ) عطف على قوله: «إلا ممن يزعم أن عنده». قوله: (ذخيرة) قال فيها: والأصل أن الإباق إنما يمنع جواز البيع إذا كان التسليم محتاجاً إليه بأن أبق من يد المالك ثم باعه المالك، فأما إذا لم يكن محتاجاً إليه كما في مسألتنا يجوز البيع اهـ. قوله: (يتم البيع) هو رواية عن أبي حنيفة ومحمد لقيام الملك والمالية في الأبق ولذ صح عنقه، وبه أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى أجبر البائع على تسليمه، لأن صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجدت قبل الفسخ، بخلاف ما إذا رجع بعد أن فسح القاضي البيع أو تخاصماً^(١) فلا يعود صحيحاً اتفاقاً. فتح. قوله: (على القول بفساده) قال في الفتح: والحق أن الاختلاف فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد وأنت علمت أن ارتفاع الفساد في الفاسد يردده صحيحاً، لأن البيع قائم مع الفساد، ومع البطلان لم يكن قائماً بصفة البطلان بل معدوماً فوجه البطلان عدم قدرة التسليم، ووجه الفساد قيام المالية والملك. قوله: (ورجحه الكمال) حيث قال: والوجه عندي أن عدم القدرة على التسليم مفسد لا مبطل، وأطال في تحقيقه. قوله: (وهو الأظهر من الرواية) قال في البحر: وأولوا تلك الرواية بأن المراد منها انعقاد البيع بالتعاطي الآن اهـ.

قلت: وهذا ينافي ما تقدم أول البيوع من أن البيع لا ينعقد بعد بيع باطل أو فاسد إلا بعد متاركة الأول. قوله: (وبه كان يفتي البلخي) الذي في الفتح وهو مختار مشايخ بلخ: والثلجي، بالثناء والجيم ط.

قلت: والأول هو أبو مطيع البلخي من أصحاب أبي حنيفة، توفي سنة ١٩٧، والثاني هو محمد بن شجاع الثلجي من أصحاب الحسن بن زياد، توفي وهو ساجد سنة

(١) في ط (قوله أو تخاصماً) قال شيخنا: ظاهره أن مجرد التخاصم قبل الفسخ مانع من انقلاب البيع صحيحاً، ويجزر، إذ لا وجه له يظهر.

بحر وابن كمال (ولبن امرأة) ولو (في وعاء ولو أمة) على الأظهر لأنه جزء آدمي، والرق مختص بالحلي ولا حياة في اللبن فلا يحل الرق (وشعر الخنزير) لنجاسة عينه فيبطل بيعه. ابن كمال (و) إن (جاز الان الانتفاع به) لضرورة الخرز؛ حتى لو لم يوجد^(١) بلا ثمن جاز الشراء للضرورة وكره البيع

٢٣٦. قوله: (ولو في وعاء) أتى بلو إشارة إلى أنه غير قيد، وما في البحر من أن الأولى تقييده بذلك لأن حكم اللبن في الضرع تقدم دفعه في النهر بأن الضرع خاص بذوات الأربع كالثدي للمرأة، فالأولى عدم التقييد ليعم ما قبل الانفصال وما بعده. قوله: (على الأظهر) أي ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف: جواز بيع لبن الأمة، لجواز إيراد البيع على نفسها، فكذا على جزئها. قلنا: الرق حل نفسها، فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحلي، ولا حياة في اللبن فلا يكون محلاً للعتق ولا للرق فكذا البيع. وأشار إلى أنه لا يضمن متلفه لكونه ليس بمال، وإلى أنه لا يحل التداوي به في العين الرمضاء. وفيه قولان: قيل بالمنع، وقيل بالجواز إذا علم فيه الشفاء كما في الفتح هنا.

مَطْلَبٌ فِي التَّدَاوِي بِلَبَنِ الْبَنْتِ لِلرَّمَدِ قَوْلَانِ

وقال في موضع آخر: إن أهل الطب يثبتون نفعاً للبن البنت للعين، وهي من أفراد مسألة الانتفاع بالمحرم للتداوي كالحمر، واختار في النهاية والخانية الجواز إذا علم فيه الشفاء ولم يجد دواء غيره. بحر. وسيأتي إن شاء الله تعالى تمامه في متفرقات البيوع، وكذا في الحظر والإباحة. قوله: (لنجاسة عينه) أي عين الخنزير: أي بجميع أجزائه. وأورد في الفتح^(٢). على هذا التعليل بيع السرقين فإنه جائز للانتفاع به مع أنه نجس العين اه. قال في النهر: بل الصحيح عن الإمام أن الانتفاع بالمعذرة الخالصة جائز كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الكراهية اه: أي مع أنه لا يجوز بيعها خالصة كما مر. قوله: (فيبطل بيعه) نقله في الشرنبلالية أيضاً عن البرهان، وفيه تورك على المصنف حيث عدّه في الفاسد، لكن قد يقال: إنه مال في الجملة حتى قال محمد بطهارته لضرورة الخرز به للنعال والأخفاف. تأمل. قوله: (للضرورة الخرز) فإن في مبدأ شعره صلابة قدر أصبع وبعده لين يصلح لوصل الخيط به. قهستاني ط. قوله: (وكره البيع) لأنه لا حاجة إليه للبايع. زيلعي.

(١) في ط (قول الشارح: حتى لو لم يوجد الخ) قال ط: هذا يقتضي تفصيلاً عند الضرورة وهو أن الشعر إن وجد بغير شراء انتفع به وفسد بيعه، وإن لم يوجد إلا بالشراء جاز شراؤه وكره بيعه. وهكذا في التبيين.

(٢) في ط (قوله وأورد في الفتح) حيث قال: لا يبغي أن يعلل بطلان البيع بالنجاسة أصلاً فإن بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع أي وصحته مع حله وإن كان نجساً فإن بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به. ورد في النهر التعليل بالانتفاع وعدمه لصحة البيع وبطلانه بحل الانتفاع بالمعذرة مع عدم جواز بيعها.

فلا يطيب ثمنه ويفسد الماء على الصحيح خلافاً لمحمد؛ وقيل هذا في المنتوف، أما المجزوز فظاهر. عناية. وعن أبي يوسف: يكره الخرز به لأنه نجس، ولذا لم يلبس السلف مثل هذا الخف. ذكره القهستاني. ولعل هذا في زمانهم، أما في زماننا فلا حاجة إليه كما لا يخفى (وجلد ميتة قبل الدبغ)

وظاهره أن البيع صحيح. وفيه أن جواز إقدام المشتري^(١) على الشراء للضرورة لا يفيد صحة البيع، كما لو اضطر إلى دفع الرشوة لإحياء حقه جاز له الدفع وحرم على القابض، وكذا لو اضطر إلى شراء ماله من غاصب متغلب لا يفيد ذلك صحة البيع حتى لا يملك البائع الثمن، فتأمل. قوله: (فلا يطيب ثمنه) مقتضى ما بحثناه أنه لا يملكه. قوله: (على الصحيح) أي عند أبي يوسف، لأن حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة إليه فقط كذلك، وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يخرج على القول بطهارته في حقهم. أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه، فإن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدر على الامتناع منه ويجمع في ثيابهم هذا المقدار. فتح. قوله: (خلافاً لمحمد) راجع إلى قوله: «يفسد الماء» أي فإنه لا يفسد عنده. قال الزيلعي: لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته اه. وهذا يفيد عدم تقييد حل الانتفاع به بالضرورة ويفيد جواز بيعه؛ ولذا قال في النهر: وينبغي أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد. قوله: (قيل هذا) أي الخلاف المذكور في نجاسته وطهارته، وأشار بقيل إلى ضعفه، إذ المنتوف يفسد الماء ولو من غير الخنزير لاتصال اللحم النجس بمحل التنف منه؛ ولو قيل إن الخلاف في المجزوز، أما المنتوف فغير طاهر لكان له وجه. قوله: (وعن أبي يوسف الخ) مقابل قول المتن: «وجاز الانتفاع به» قال الزيلعي: والأول هو الظاهر، لأن الضرورة تبيح لحمه، فالشعر أولى اه. قوله: (لأنه نجس) فيه أن النجاسة لا تنافي حل الانتفاع عند الضرورة كما علمت، لكن علل الزيلعي للكراهة بأن الخرز يتأتى بغيره، ومثله في الفتح؛ وحيث تأتي بغيره فلا ضرورة فلا يحل الانتفاع بالنجس. قال في الفتح: إلا أن يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرجاً مثله اه.

وحاصله أن تأتي الخرز بغيره من شخص حمل نفسه مشقة في ذلك لا تزول به ضرورة الاحتياج إليه من عامة الناس. قوله: (ولعل هذا) أي حل الانتفاع به لضرورة الخرز. قوله: (أما في زماننا فلا حاجة إليه) للاستغناء عنه بالمخارز والإبر. قال في البحر: ظاهر كلامهم منع الانتفاع به عند عدم الضرورة بأن أمكن الخرز بغيره ط. قوله: (وجلد ميتة)

(١) في ط (قوله: وفيه أن جواز إقدام المشتري الخ) قال شيخنا: هذا بحث مصادم للمنتوق في الكتب فلا يعمل به، فإن صاحب العناية نقل الحكم هكذا من قاضيخان وكذا وجد الحكم في غيره من معتبرات المذهب.

لو بالعرض، ولو بالثمن فباطل، ولم يفصله ها هنا اعتماداً على ما سبق. قاله الوائي، فليحفظ (وبعده) أي الدبغ (بياع) إلا جلد إنسان وخنزير وحية^(١) (ويستفح به) لطهارته حيثئذ (لغير الأكل) ولو جلد مأكول على الصحيح. سراج. لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ﴾ وهذا جزؤها. وفي المجمع: ونجيز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به في غير الأكل بخلاف الودك (كما يستفح بما لا تحل حياة منها)

قيد بها، لأنها لو كانت مذبوحة فباع لحمها أو جلدها جاز لأنه يطهر بالذكاة إلا الخنزير. خانية. قوله: (لو بالعرض النخ) أي أن يبيعه فاسد لو يبيع بالعرض. وذكر في شرح المجمع قولين في فساد البيع وبطلانه.

قلت: وما ذكره الشارح من التفصيل يصلح توفيقاً بين القولين، لكنه يتوقف على ثبوت كونه مالاً في الجملة كالخمر والميتة لا يحتف أنفها، مع أن الزيلعي علل عدم جواز بيعه بأن نجاسته من الرطوبة المتصلة به بأصل الحلقة فصار حكم الميتة. زاد في الفتح: فيكون نجس العين، بخلاف الثوب أو الدهن، المتنجس حيث جاز بيعه لعروض نجاسته، وهذا يفيد بطلان بيعه مطلقاً، ولذا ذكر في الشرنبلالية عن البرهان أن الأظهر البطلان. تأمل. قوله: (اعتماداً على ما سبق) أي في قول المصنف تبعاً للدرر «وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير وميتة تمت حتف أنفها بالثمن». قوله: (إلا جلد إنسان النخ) فلا يباع وإن دبغ لكرامته وفي الباقي لإهانتها ولعدم عمل الدباغة فيه كما مر في محله. قوله: (ويستفح به) أي بالجلد بعد دبغه. قوله: (ولو جلد مأكول على الصحيح) وقال بعضهم: يجوز أكله لأنه ظاهر كجلد الشاة المذكاة، أما جلد غير المأكول كالحمار لا يجوز أكله إجماعاً، لأن الدبغ فيه ليس بأقوى من الذكاة، وذكاته لا تبيحه فكذا دبغه. أفاده المصنف ط. قوله: (ونجيز بيع الدهن المتنجس) عبارة المجمع «النجس» لكن مراده المتنجس: أي ما عرضت له النجاسة، وأشار بالفعل المضارع المسند لضمير الجماعة إلى خلاف الشافعي كما هو اصطلاحه. قوله: (في غير الأكل) كالأستصباح والدباغة وغيرهما. ابن مالك. وقيدوا الاستصباح بغير المسجد. قوله: (بخلاف الودك) أي دهن الميتة لأنه جزؤها فلا يكون مالاً. ابن ملك: أي فلا يجوز بيعه اتفاقاً، وكذا الانتفاع به لحديث البخاري: «إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ فَإِنَّهُ يُطْلَى بِهَا السُّفْنُ وَيُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ وَيَسْتَصْبِحُ بِهَا النَّاسُ؟» قَالَ:

(١) في ط (قول الشارح: وحية) قال ط: ينبغي تقييده بالحية الصغيرة التي لها دم فإن جلدها لرقته لا يجتمل الدبغ، وما لا دم لها طاهرة لعدم حلول الحياة فيها والكبيرة ينبغي طهارة جلدها بالدبغ حيث احتمله، ويجوز بيعه للانتفاع به كما يدل عليه ظاهر كلامهم في الطهارة عند ذكر الدبغ. وحرره.

كعصبتها وصوفها كما مر في الطهارة (و) فسد (شراء ما باع بنفسه أو بوكيله) من الذي اشتراه ولو حكماً كوارثه (بالأقل) من قدر الثمن الأول (قبل نقد) كل (الثمن) الأول. صورته: باع شيئاً بعشرة ولم يقبض الثمن ثم شره بخمسة لم يجوز

لا، هُوَ حَرَامٌ» الحديث. قوله: (كعصبتها وصوفها) أدخلت الكاف عظمها وشعرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرهما، فإن هذه الأشياء طاهرة لا تحملها الحياة فلا يجلها الموت، ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به في الحمل والركوب والمقاتلة. منح ملخصاً ط. قوله: (وفسد شراء ما باع الخ) أي لو باع شيئاً وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشتره بأقل من الثمن الأول لا يجوز. زيلعي: أي سواء كان الثمن الأول حالاً أو مؤجلاً. هداية. وقيد بقوله «وقبضه» لأن بيع المنقول قبل قبضه لا يجوز ولو من بائعه كما سيأتي في بابه، والمقصود بيان الفساد بالشراء بالأقل من الثمن الأول. قال في البحر: وشمل شراء الكل أو البعض. قوله: (بنفسه أو بوكيله) تنازع فيه كل من شراء وباع. قال في البحر: وأطلق فيما باع فشمّل ما باعه بنفسه أو وكيله وما باعه أصالة أو وكالة، كما شمل الشراء لنفسه أو لغيره إذا كان هو البائع اه. فأفاد أنه لو باع شيئاً أصالة بنفسه أو وكيله أو وكالة عن غيره ليس له شراؤه بالأقل لا لنفسه ولا لغيره، لأن بيع وكيله بإذنه كبيع نفسه. والوكيل بالبيع أصيل في حق الحقوق، فلا يصح شراؤه لنفسه، لأنه شراء البائع من وجه، ولا لغيره لأن الشراء واقع له من حيث الحقوق، فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه، كذا يفاد من الزيلعي أيضاً. قوله: (من الذي اشتراه) متعلق بشراء، وخرج به ما لو باعه المشتري لرجل أو وهبه له أو أوصى له به ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل فإنه يجوز، لأن اختلاف سبب الملك كاختلاف العين. زيلعي. ولو خرج عن ملك المشتري ثم عاد إليه بحكم ملك جديد كإقالة أو شراء أو هبة أو إرث فشرأ البائع منه بالأقل جائز، لا إن عاد إليه بما هو فسخ بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده. بحر عن السراج. قوله: (ولو حكماً) تعميم لقوله: «من الذي اشتراه». قوله: (كوارثه) أي وارث المشتري: أي فلو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجوز لقيام الوارث مقام المورث، بخلاف ما إذا اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فإنه يجوز إن كان ممن تجوز شهادته له: والفرق أن وارث البائع إنما يقوم مقامه فيما يورث، وهذا مما لا يورث، ووارث المشتري قام مقامه في ملك العين. أفاده في البحر. قوله: (بالأقل من قدر الثمن الأول) وكالقدر الوصف، كما لو باع بألف إلى سنة فاشتره به إلى سنتين. بحر. قوله: (قبل نقد كل الثمن الأول) قيد به لأن بعده لا فساد، ولا يجوز قبل النقد وإن بقي درهم. وفي القنية: لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن لم يجوز. بحر.

وإن رخص السعر للربا، خلافاً للشافعي (وشراء من لا تجوز شهادته له) كإبته وأبيه (كشراثة بنفسه) فلا يجوز أيضاً لهما خلافاً لهما في غير عبده ومكاتبه (ولا بد) لعدم الجواز (من اتحاد جنس الثمن) وكون المبيع بحاله (فإن اختلف) جنس الثمن أو تعيب المبيع (جواز مطلقاً) كما لو شراه بأزيد أو بعد التقد.

(والدراهم والدنانير جنس واحد) في ثمان مسائل

قلت: وبه يظهر أن إدخال الشارح لفظة «كل» لا محل له، لأنه يفهم أن قبل نقد البعض لا يفسد، وهو خلاف الواقع.

والحاصل أن نقد كل الثمن شرط لصحة الشراء لا لفساده، لأنه يفسد قبل نقد الكل أو البعض، فتأمل. قوله: (وإن رخص السعر) لأن تغير السعر غير معتبر في حق الأحكام كما في حق الغاصب وغيره فعاد إليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الريح. زيلعي. قوله: (للبا) علة لقوله: «لم يميز» أي لأن الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه، فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة التي خرج عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصاً ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض، فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص. زيلعي. قوله: (كإبته وأبيه) وكعبده ومكاتبه، لأن شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم، وهو نظير الوكيل في البيع إذا عقد مع هؤلاء. زيلعي: أي نظير ما لو باع الوكيل من ابنه ونحوه. ثم لا يخفى أن المراد شراء هؤلاء بالأقل لأنفسهم، أما لو اشتروا بالوكالة عن البائع لا يجوز ولو كانوا أجنب عنه كما مر في قول المصنف «أو بوكيله». قوله: (في غير عبده ومكاتبه) فشراؤهما متفق على عدم جوازه. قال الزيلعي: لأن كسب العبد لسيد، وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه. قوله: (جواز مطلقاً) أي سواء كان الثمن الثاني أقل من الأول أو لا، لأن الريح لا يظهر عند اختلاف الجنس اه منح. ولأن المبيع لو انتقص يكون النقصان من الثمن في مقابلة ما نقص من العين سواء كان النقصان من الثمن بقدر ما نقص منها أو بأكثر منه. بحر عن الفتح. قوله: (كما لو شراه الخ) تشبيه في الجواز مع قطع النظر عن قوله مطلقاً. قوله: (بأزيد أو بعد التقد) ومثل الأزيد المساوي كما في الزيلعي، وهذا قول المصنف بالأقل قبل نقد الثمن.

مَطْلَبٌ: الدَّرَاهِمُ وَالِدَّنَانِيرُ جِنْسٌ وَاحِدٌ فِي مَسَائِلِ

قوله: (والدراهم والدنانير جنس واحد) حتى لو كان العقد الأول بالدراهم فاشترى بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الأول لم يميز استحساناً، لأنها جنسان صورة وجنس واحد معنى، لأن المقصود بهما واحد وهو الثمنية، فبالنظر إلى الأول يصح، وبالنظر إلى الثاني لا يصح، فغلبنا المحرم على المبيع. زيلعي ملخصاً. قوله: (في ثمان مسائل) الذي

منها (هنا) وفي قضاء دين وشفعة وإكراه ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء

في المنح عن العمادية أن المسائل سبع غير الأربعة المزيدة ا هـ ح . وزاد الشارح مسألة المضاربة ابتداء . قوله : (منها هنا) «من» اسم بمعنى «بعض» مبتدأ مضاف إلى الضمير و«هنا» اسم مكان مجازي مبني على السكون لتضمنه معنى الإشارة في محل نصب بمحذوف خبر المبتدأ ، ولا يصح جعل «منها» خبراً عن «هنا» لأنه لتضمنه معنى غير مستقل لا يصح الابتداء به ، ولو قال منها ما هنا لكان أولى ا هـ ح .

قلت : ما ذكره من عدم صحة الابتداء هنا صحيح ، ولكن علتة أنه من الظروف التي لا تتصرف كما في المعنى لا ما ذكره ، وإلا لزم أن لا يصح الابتداء بأسماء الإشارة كلها ، فافهم . قوله : (وفي قضاء دين) صورته : عليه دين دراهم وقد امتنع من القضاء فوقع من ماله في يد القاضي دنائير كان له أن يصرفها بالدراهم حتى يقضي غريمه ، ولا يفعل ذلك في غير الدنانير عند الإمام ، وعندهما غير الدنانير كذلك ط . قوله : (وشفعة) صورته : أخبر الشفيح أن المشتري اشترى الدار بألف درهم فسلم الشفيح الشفعة ثم تبين أنه قد اشتراها بدنانير قيمتها ألف درهم أو أكثر ليس له طلبها وسقطت بالتسليم الأول ط . قوله : (وإكراه) كما لو أكره على بيع عبده بألف درهم فباعه بخمسين ديناراً قيمتها ألف درهم كان البيع على حكم الإكراه ، لا لو باعه بكيلي أو وزني أو عرض والقيمة كذلك . قوله : (ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء) لم يذكر ذلك التقسيم في العمادية ، وإنما ذكر صورتين في المضاربة .

إحدهما : ما إذا كانت المضاربة دراهم فمات رب المال أو عزل المضارب عن المضاربة وفي يده دنائير لم يكن للمضارب أن يشتري بها شيئاً ، ولكن يصرف الدنانير بالدراهم ، ولو كان ما في يده عروض أو مكيل^(١) أو موزون له أن يحوله إلى رأس المال ؛ ولو باع المتاع بالدنانير لم يكن له أن يشتري بها إلا الدراهم .

ثانيتها : لو كانت المضاربة دراهم في يد المضارب فاشترى متاعاً بكيلي أو وزني لزمه ، ولو اشترى بالدنانير فهو على المضاربة استحساناً عندهما ا هـ ملخصاً . فالصورة الأولى تصلح مثلاً للاتهاء ، والثانية للبقاء ، لكن لم يظهر لي كون الأولى مما نحن فيه ، إذ لو كانت الدراهم والدنانير فيها جنساً واحداً ما كان يلزمه أن يصرف الدنانير بالدراهم . تأمل . ثم رأيت الشارح في باب المضاربة جعلهما جنسين في هذه المسألة وهذا عين ما فهمته ، والله تعالى الحمد . وأما مسألة المضاربة ابتداء فقد زادها الشارح . وقال ط : صورته : عقد معه المضاربة على ألف دينار وبين الريح فدفع له دراهم قيمتها من الذهب

(١) في ط (قوله عروض أو مكيل الخ) هكذا بخطه ، ولعل الأصوب «عروضاً الخ» كما لا يخفى .

وامتنع مرابحة، ويزاد زكاة وشركات وقيم المتلفات وأروش جنایات كما بسطه المصنف معزياً للعمادية وفي الخلاصة: كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه لم يجز التصرف فيه قبل قبضه (وصح) البيع (فيما ضم إليه) كأن باع بعشرة

تلك الدنانير صحت المضاربة والربح على ما شرطاً أو لا، كذا ظهر لي^(١). قوله: (وامتنع مرابحة) صورته: اشترى ثوباً بعشرة دراهم وباعه مرابحة باثني عشر درهماً ثم اشتراه أيضاً بدنانير لا يبيعه مرابحة لأنه يحتاج إلى أن يحط من الدنانير ربحه، وهو درهمان في قول الإمام، ولا يدرك ذلك إلا بالخزر والظن؛ ولو اشتراه بغير ذلك من الكيلي أو الوزني أو العروض باعه مرابحة على الثمن الثاني اهـ. وقوله: «ولا يدرك الخ» أي لأنه يحتاج إلى تقويم الدنانير بالدراهم وهو مجرد ظن، ومبنى المرابحة كالتولية والوضيعة على اليقين بما قام عليه لتنتفي شبهة الخيانة اهـ ح. قوله: (ويزاد زكاة) فإنه يضم أحد الجنسين إلى الآخر ويكمل به النصاب ويخرج زكاة أحد الجنسين من الآخر ط. قوله: (وشركات) أي إذا كان مال أحدهما دراهم ومال الآخر دنانير فإنها تنعقد شركة العنان بينهما ط. قوله: (وقيم المتلفات) يعني أن المقوم: إن شاء قوم بدراهم، وإن شاء قوم بدنانير، ولا يتعين أحد الجنسين ط. قوله: (وأروش جنایات) كالموضحة يجب فيها نصف عشر الدية، وفي الهاشمة العشر، وفي المنقلة عشر ونصف عشر، وفي الجائفة ثلث الدية. والدية إما ألف دينار أو عشرة آلاف درهم من الورق، فيجوز التقدير في هذه الأشياء من أي الجنسين ط. قوله: (وفي الخلاصة الخ) لا محل لهذه الجملة هنا، وستأتي بعينها في محلها، وهو فصل التصرف في المبيع والثمن عقب باب المرابحة ح. قوله: (كل عوض الخ) كالمقول إذا اشتراه لا يجوز له التصرف فيه قبل قبضه بالبيع، بخلاف ما إذا أعتقه أو دبره أو وهبه أو تصدق به أو أقرضه من غير بائعه فإنه يصح على ما سيأتي. وقوله: «ينفسخ» أي العقد بهلاكه: أي هلاك العوض، والجملة صفة عقد. قال ط: أخرج به الثمن فإنه يجوز التصرف فيه هبة أو بيع أو غيرهما قبل قبضه، سواء تعين بالتعيين كمكيل أو لا كنفود، لأن العقد لا ينفسخ بهلاكه، لأن الأصل وهو المبيع موجود، ويأتي إيضاحه إن شاء الله تعالى في محله. قوله: (وصح البيع فيما ضم إليه) أي إلى شراء ما باعه بأقل قبل نقد

(١) في ط (قوله كذا ظهر لي) قال ط: ويمكن تصويرها بما رأيت في بعض التقارير عن العلامة عبد البر أنه إذا كان رأس المال في المضاربة دنانير فاشترى المضارب بها دراهم يملك رب المال نبيه عن شراء الأعيان، وذلك لأن رب المال له فسح المضاربة بغير رضا المضارب إذا لم يتضمن إبطال حق المضارب أي فكأن الدنانير باقية بعينها، بخلاف ما لو اشترى بها عروضاً، فإن حق المضارب يثبت فيها فلا يملك نبيه إلا إن صار المال نقداً: أي نقوداً.

ولم يقبضها ثم اشتراه مع شيء آخر بعشرة فسد في الأول وجاز في الآخر فيقسم الثمن على قيمتهما ولا يشيع لأنه طارئ^(١). ولمكان الاجتهاد (و) بيع (زيت على أنه يزنه بظرفه ويطرح عنه بكل ظرف كذا رطلاً) لأن مقتضى العقد طرح مقدار وزنه، كما أفاده بقوله (بخلاف شرط طرح وزن الظرف) فإنه يجوز كما لو عرف قدر وزنه (ولو اختلفا في نفس الظرف وقدره فالقول للمشتري) بيمينه لأنه قابض أو منكر.

الثمن، منح. قوله: (ثم اشتراه مع شيء آخر بعشرة) وكذا لو اشتراها بخمسة عشر كما في النهر والفتح. ويظهر منه أنه لو اشتراها بخمسة مثلاً: أي بأقل من الثمن الأول فهو كذلك بالأولى، فافهم. قوله: (لأنه طارئ) لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري. زلمي. قوله: (ولمكان الاجتهاد) أي فكان الفساد فيما بيع أو لا ضعيفاً لاختلاف العلماء فيه فلا يسري، كما إذا اشترى عبيدين فإذا أحدهما مدبر لا يفسد في الآخر لذلك، بخلاف الجمع بين حرّ وعبد، وتماه في الفتح. ولأنه إنما منع في الأول باعتبار شبهة الربا، فلو اعتبرت في المضموم لكان اعتبار الشبهة الشبهة وهي غير معتبرة. درر. قوله: (لأن مقتضى العقد النخ) أي وهذا الشرط ليس مقتضى العقد فيفسد به، لأن فيه نفعاً لأحد العاقدين، لأنه قد يكون أكثر مما شرط أو أقل. قال ط: والحيلة في جوازه أن لا يعقد العقد إلا بعد وزنه تحريماً للصحة، فيقول بعد الوزن بعتك ما في هذا الظرف بكذا ويقول الآخر قبلت فيكون هذا من بيع الجزاف وهو صحيح. حموي عن شرح ابن الشلبي. قوله: (فإنه يجوز) فلو باع المشتري السلعة قبل أن يزن الظرف: عن أبي حنيفة: لا يجوز بيع المشتري. وقال أبو يوسف: يجوز. خانية. قوله: (كما لو عرف قدر وزنه) ببناء عرف للمجهول أي لو عرفاه وشرطاً طرح قدره فإنه مقتضى العقد فيجوز. قوله: (وقدره) الواو بمعنى «أو» ط. قوله: (لأنه قابض أو منكر) لفّ ونشر مرتب. قال في البحر: لأنه إن اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض فالقول للقابض ضمناً كان أو أميناً،

(١) في ط (قول الشارح: لأنه طارئ) أي لأن الفساد طارئ، وذلك لأنه قابل الثمن بالبيعين، وهي مقابلة صحيحة إذا لم يشترط فيها، أن يكون بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول، لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بإزاء ما باع والبعض بإزاء ما لم يبع ففسد البيع بإزاء ما باع، وشك في كونه طارئاً فلا يتعدى إلى البعض الآخر. قال شيخنا: هذا لا يظهر إلا في صورة شراء الثوبين بزيادة الثمن الأول، إذ هي التي يمكن أن يقال فيها المقابلة صحيحة في أول الأمر، والفساد إنما جاء من التقسيم. وأما إذا اشترى المبيع والمضموم بمثل الثمن الأول يكون الثمن في مقابلتهما جزءاً فيكون المبيع متقابلاً بأقل من ثمنه من أول الأمر فلا يكون الفساد طارئاً، ولعل الشارح لما رأى التعليل بالطرده غير مجزم لعدم شموله جميع المسائل أردفه بقوله «ولمكان الاجتهاد».

(وصح بيع الطريق) وفي الشرنبلالية عن الخانية: لا يصح

وإن اعتبر اختلافاً في الزيت فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن، فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة.

وإذا برهن البائع قبلت بيته. وأورد عليه مسألتان:

إحداهما: لو باع عبدين ومات أحدهما عند المشتري وجاء بالآخر يرده بعيب واختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع.

والثانية: أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف. وأجيب عن الأول بأن القول فيه للبائع لإنكاره الزيادة أيضاً. وعن الثاني بأن التحالف عن خلاف القياس عند الاختلاف في الثمن قصداً، وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو هذا أم لا، فلا يوجب التحالف، كذا في الفتح. والزق: بالكسر الظرف.

مَطْلَبٌ فِي بَيْعِ الطَّرِيقِ

قوله: (وصح بيع الطريق) ذكر في الهداية أنه يحتمل بيع رقبة الطريق وبيع حق المرور، وفي الثاني روايتان اهـ. ولما ذكر المصنف الثاني فيما يأتي علم أن مراده هنا الأول. ثم في الدرر عن التاترخانية: الطرق ثلاثة: طريق إلى الطريق الأعظم. وطريق إلى سكة غير نافذة، وطريق خاص في ملك إنسان. فالأخير لا يدخل في البيع بلا ذكره أو ذكر الحقوق أو المرافق، والأولان يدخلان بلا ذكر اهـ ملخصاً.

وحاصله: لو باع داراً مثلاً دخل فيهما الأولان تبعاً بلا ذكر، بخلاف الثالث: والظاهر أن المراد هنا هو الثالث، وقد علمت أيضاً أن المراد بيع رقبة الطريق لاحق المرور، لأن الثاني يأتي في كلام المصنف، فإذا كانت داره داخل دار رجل وكان له طريق في دار ذلك الرجل إلى داره، فإما أن يكون له فيها حق المرور فقط، وإما أن يكون له رقبة الطريق، فإذا باع رقبة الطريق صح، فإن حد فظاهر، وإلا فله بقدر عرض باب الدار العظمى كما يأتي. والفرق بين هذا الطريق والطريق الثاني وهو ما يكون في سكة غير نافذة إن هذا ملك للبائع وحده ولذا سمي خاصاً، بخلاف الثاني فإنه مشترك بين جميع أهل السكة، وفيه أيضاً حق للعامة كما يأتي بيانه قريباً، وقد اشتبه ذلك على الشرنبلالي فراجع يظهر لك ما فيه بعد فهمك ما قررناه، والحمد لله. قوله: (وفي الشرنبلالية عن الخانية لا يصح) نقل في الشرنبلالية عن الخانية الصحة عن مشايخ بلغ فما هنا بناء عليه اهـ ح.

قلت: عبارة الشرنبلالية هكذا: قوله وصح بيع الطريق، يخالفه ما قال في الخانية: ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته، ولا بيع الطريق بدون الأرض، وكذلك بيع الشرب.

ومن قسمة الوهبانية: [الطويل]

وَلَيْسَ لَهُمْ قَالِ الْإِمَامُ تَقَاسُمٌ يُدْرَبُ وَلَمْ يَنْفَعْ كَذَا الْبَيْعُ يُذَكَّرُ

وقال مشايخ بلخ: جائز، ويخالفه أيضاً قوله الآتي في رواية الزيادات اهـ كلام الشرنبلالية، والمتبادر من قول الخانية: وقال مشايخ بلخ: جائز أن خلافهم في بيع الشرب: أي بدون أرض لا في جميع المسائل المذكورة بدليل فصله بقوله وكذلك الخ. وقد ذكر في الدرر خلافهم في مسألة الشرب فقط، ولم أر من ذكر خلافهم في بيع المسيل والطريق، فافهم.

ثم اعلم أن ما ادعاه في الشرنبلالية من المخالفة غير مسلم، لأن قول المصنف «وصح بيع الطريق» مراده به رقة الطريق، بدليل تعليل الدرر بأنه عين معلوم، وبدليل ذكره بيع حق المرور بعده وإلا كان تكراراً، وقد تابعه المصنف هنا. ومراد الخانية ببيع الطريق بيع حق المرور بدليل قوله بدون الأرض، وقوله ويخالفه أيضاً الخ غير مسلم أيضاً، لأن رواية الزيادات إنما ذكرها في الدرر في بيع حق المرور لا في بيع الطريق، فمن أين المخالفة؟ وما ذكره المصنف من جواز بيع الطريق وهبته مشى عليه في الملتقى أيضاً بلا ذكر خلاف، وكذا في الهداية وغيرها، وإنما ذكروا اختلاف الرواية في بيع حق المرور كما يأتي.

تنبيه: باع رقة الطريق على أنه له: أي للبائع، حق المرور أو السفلى على أن له إقرار العلو جاز. فتح. قبيل قوله: والبيع إلى النيروز. قوله: (ومن قسمة الوهبانية) خبر مقدم، والبيت مبتدأ مؤخر: أي هذا البيت منقول منها ط. قوله: (وليس لهم الخ) جملة، قال الإمام: معترضة بين بعض المقول، وهو خبر ليس المقدم واسمها المؤخر، والواو في «ولم ينفذ» للحال: أي والحال أن الدرب ليس بنافذ. قال ابن الشحنة: والمسألة من التتمة عن نوادر ابن رستم^(١). قال أبو حنيفة في سكة غير نافذة: ليس لأصحابها أن يبيعوها ولو اجتمعوا على ذلك، ولا أن يقسموها فيما بينهم، لأن الطريق الأعظم إذا كثر الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخفف هذا الزحام. قال الناطقي: وقال شداد في دور بين خمسة: باع أحدهم نصيبه من الطريق فالباع جائز، وليس للمشتري المرور فيه إلا أن يشتري دار البائع، وإذا أرادوا أن ينصبوا على رأس سكنهم درباً ويسدوا رأس السكة ليس لهم ذلك، لأنها وإن كانت ملكاً لهم ظاهراً لكن للعامة فيها نوع حق اهـ. ملخصاً. ثم أفاد أن ما توهمه الناظم في شرحه من اختلاف الروايتين مدفوع، فإن ما ذكره ابن رستم في بيع الكل، وما ذكره شداد في بيع البعض. والفرق أن الثاني لا يفضي إلى إبطال حق العامة، بخلاف الأول.

(١) في ط ابن رستم: وهو أبو بكر المروزي أحد الأعلام، تفقه على محمد بن الحسن وروى عنه النوادر. وشداد: هو ابن حكيم من أصحاب زفر، مات سنة عشر ومائتين.

وفي معاياتها وارتضاه في أَلغاز الأَشباه: [الطويل]

وَمَالِكُ أَرْضٍ لَيْسَ يَمْلِكُ بَيْعَهَا لِعَيرِ شريكٍ ثُمَّ لَوْ مِنْهُ يُنظَرُ
(حد) أي بين له طول وعرض (أو لا وهبته) وإن لم يبين يقدر بعرض باب

الدار العظمى

هذا، وقد علمت ما قررنا سابقاً أن ما في الوهبانية غير ما ذكره المصنف، لأن مراد المصنف الطريق الخاص المملوك لواحد، وهذا طريق مشترك في سكة مشتركة. قوله: (وفي معاياتها) خبر مقدم، والبيت مبتدأ مؤخر، وجملة وارتضاه الخ معترضة، والضمير للوهبانية، وهي مفاعلة من عاياه: إذا سأله عن شيء يظن عجزه عن جوابه، من قولهم عيني عن جوابه: إذا عجز، وتماه في ط^(١) عن ابن الشحنة. قال السائحاني: والمعاية عند الفرضيين كالألغاز عند الفقهاء والأحاجي عند أهل اللغة، لأن ما يستخرج بالخزر يقوي الحجج: أي العقل. والألغاز: جمع لغز بضم اللام، وقيل بفتحها وفتح الغين المعجمة. قوله: (وارتضاه في أَلغاز الأَشباه) حقه أن يذكر عند البيت الأول، فإن الذي في أَلغاز الأَشباه هكذا: أي شركاء فيما يمكن قسمته إذا طلبوها لم يقسم نقل السكة الغير النافذة ليس لهم أن يقتسموها وإن أجمعوا على ذلك اه. قوله: (ومالك أرض الخ) هي الأرض المملوكة من السكة الغير النافذة فإنه لا يملك بيعها من غير شريكه. قال: ولو باعها لبعض الشركاء هل يجوز؟ فيه نظر، ولم أقف على الجواب فيه اه.

قلت: ظاهر قولهم إنه لا يجوز بيع الطريق يقتضي المنع مطلقاً حالة الانفراد، وإنما يجوز بالتبعية فيما إذا باع الدار وطريقها. قاله عبد البر بن الشحنة.

قلت: الذي تقدم عن شداد جواز البيع، ثم عدم الجواز إنما هو على ما في الخانية. وقال مشايخ بلخ بالجواز ط.

قلت: قدمنا الكلام على ما في الخانية، فافهم. قوله: (وإن لم يبين الخ) بيان لقوله «أولاً» وكان الأولى تقديمه على قوله: «وهبته» كما فعل في الدرر. قوله: (يقدر بعرض باب الدار العظمى) عزاه في الدرر إلى النهاية ومثله في الفتح بزيادة قوله: «وطوله إلى السكة النافذة». ثم قال في الدرر: وعلى التقديرين يكون عيناً معلوماً فيصح بيعه وهبته اه.

قلت: والظاهر أن العظمى صفة لباب، وأنها لاكتساب الباب التأنيث بإضافته إلى

(١) في ط (قوله وتماه في ط) حيث قال: وهو مباح إذا كان القصد منه تشجيع الأدهان واستعمال القرائح، والأصل فيه سؤاله صلى الله عليه وسلم الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن الشجرة التي لا يسقط ورقها.

(لا بيع مسيل الماء وهبته) لجهالته، إذا لا يدري قدر ما يشغله من الماء .

(وصح بيع حق المرور تبعاً) للأرض (بلا خلاف و) مقصودا (وحده في رواية) وبه أخذ عامة المشايخ . شمني .

الدار المؤنثة، ومعناه أنه لو كان له دار في داخل دار جاره مثلاً وطريق في دار الجار فباع الطريق وحده ولم يبين قدره كان للمشتري من دار الجار بعرض باب دار البائع، فلو كان لها بابان الأول أعظم من الثاني كان له بقدر الباب الأعظم، هذا ما ظهر لي . وفي القهستاني: وطريق الدار عرضه عرض الباب الذي هو مدخلها وطوله منه إلى الشارع اهـ . وفي الفتح عند قوله: ولو اشترى جارية إلا حملها الخ، ولو قال بعتك الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقاً إلى داري هذه الداخلة فسد البيع، ولو قال إلا طريقاً إلى داري الداخلة جاز وطريقه بعرض باب الدار الخارجة اهـ .

فرع: في الخانية: باع نخلة في أرض صحراء بطريقها من الأرض ولم يبين موضع الطريق . قال أبو يوسف: يجوز، وله أن يذهب إلى النخلة من أي النواحي شاء اهـ . فأفاد جواز بيع الطريق تبعاً وإن لم يكن له ما يقدر به . تأمل .

مَطْلَبٌ فِي بَيْعِ الْمَسِيلِ

قوله: (لا بيع مسيل الماء) هذا أيضاً يحتمل بيع رقبة المسيل وبيع حق التسييل كما في الهداية، ولكن لما قال المصنف بعده «لا بيع حق التسييل» علم أن مراده هنا بيع رقبة المسيل .

وجه الفرق بينه وبين بيع رقبة الطريق كما في الهداية أن الطريق معلوم، لأن له طولاً وعرضاً معلوماً كما مر . وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء اهـ . قال في الفتح: ومن هنا عرف أن المراد ما إذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل، أما لو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده اهـ . قوله: (تبعاً للأرض) يحتمل أن يكون المراد تبعاً لأرض الطريق، بأن باع الطريق وحق المرور فيه، وأن يكون المراد ما إذا كان له حق المرور في أرض غيره إلى أرضه فباع أرضه مع حق مرورها الذي في أرض الغير، والظاهر أن المراد الثاني، لأن الأول ظاهر لا يحتاج إلى التنبيص عليه، ولقولهم إنه لا يدخل إلا بذكره أو بذكر كل حق لها، وهذا خاص بالثاني كما لا يخفى . قوله: (وبه أخذ عامة المشايخ) قال السائحاني: وهو الصحيح، وعليه الفتوى مضمرة اهـ . والفرق بينه وبين حق التعلي حيث لا يجوز هو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض، وهي مال هو عين، فما يتعلق به له حكم العين . أما حق التعلي فمتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال اهـ فتح .

وفي أخرى: لا، وصححه أبو الليث (وكذا) بيع (الشرب) وظاهر الرواية فساده إلا تبعاً. خانية وشرح وهبانية. وسنحقيقه في إحياء الموات (لا) يصح (بيع حق التسييل وهبته) سواء كان على الأرض لجهالة محله كما مر أو على السطح لأنه حق التعلي، وقد مر بطلانه (و) لا (البيع) بثمن مؤجل (إلى النيروز) هو أول يوم من

قوله: (وفي أخرى لا) قال في الدرر: وفي رواية الزيادات: لا يجوز، وصححه الفقيه أبو الليث بأنه حق من الحقوق، ويبيع الحقوق بانفراذه لا يجوز اه. وهذه الرواية التي توهم في الشربلالية مخالفتها لقول المصنف والدرر: وصح بيع الطريق، وقدمناه ما فيه.

مَطْلَبٌ فِي بَيْعِ الشَّرْبِ

قوله: (وكذا بيع الشرب) أي فإنه يجوز تبعاً للأرض بالإجماع، ووحده في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه نصيب من الماء. درر. ومحل الاتفاق ما إذا كان شرب تلك الأرض، فلو شرب غيرها ففيه اختلاف المشايخ كما في الفتح والنهر. قوله: (وظاهر الرواية فساده) إلا تبعاً، وهو الصحيح كما في الفتح، وظاهر كلامهم أنه باطل. قال في الخانية: وينبغي أن يكون فاسداً لا باطلاً، لأن بيعه يجوز في رواية، وبه أخذ بعض المشايخ، وجرت العادة ببيعه في بعض البلدان فكان حكمه حكم الفاسد يملك بالقبض، فإذا باعه بعده: أي مع أرض له ينبغي أن يجوز، ويؤيده ما في الأصل: لو باعه بعبد وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه، ولو لم يكن الشرب محلاً للبيع لما جاز عتقه، كما لو اشترى بميتة أو دم فأعتقه لا يجوز اه. وأما ضمانه بالإتلاف بأن يسقي أرضه بشرب غيره فهو إحدى الروايتين، والفتوى على عدمه كما في الذخيرة، وهو الأصح كما في الظهيرية. وتماه في النهر. قوله: (وسنحقيقه في إحياء الموات) حيث قال هو والمصنف هناك: ولا يباع الشرب ولا يوهب، ولا يؤجر ولا يتصدق به، لأنه ليس بمال متقوم في ظاهر الرواية، وعليه الفتوى. ثم نقل عن شرح الوهبانية أن بعضهم جوز بيعه، ثم قال: وينفذ الحكم بصحة بيعه اه ط. قوله: (لا يصح بيع حق التسييل الخ) أي باتفاق المشايخ.

ووجه الفرق بينه وبين حق المرور على رواية جوازه أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق؛ أما التسييل، فإن كان على السطح فهو نظير حق التعلي، ويبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات، ومرّ وجهه، وهو ليس حقاً متعلقاً بما هو مال بل بالهواء وإن كان على الأرض، وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمره على أرض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه، وتماه في الفتح. قوله: (لأنه حق التعلي) أي نظيره. قوله: (بثمن مؤجل) أي ثمن دين، أما تأجيل المبيع والثمن العين فمفسد مطلقاً كما سيذكره الشارح. قوله: (إلى النيروز) أصله نوروز عرب، وقد تكلم به عمر رضي الله تعالى عنه فقال: كل يوم لنا نوروز، حين كان الكفار يتتهجون به. فتح.

الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل، وهذا نيروز السلطان؛ ونيروز المجوس يوم تحل في الحوت، وعده البرجندي سبعة^(١) فإذا لم يبيننا فالعقد فاسد. ابن كمال (والمهرجان) هو أول يوم من الخريف تحل فيه الشمس برج الميزان (وصوم النصارى) فطرهم (وفطر اليهود) وصومهم فاكتفى بذكر أحدهما. سراج (إذا لم يدره المتعاقدان) النيروز وما بعده، فلو عرفاه جاز (بخلاف فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم) للعلم به وهو خمسون يوماً^(٢)

قوله: (في الحوت) الذي في الحموي عن البرجندي: الجدي ط.

قلت: وهذا أول فصل الشتاء، وما ذكره الشارح مذكور في القهستاني. قوله: (فإذا لم يبيننا الخ) أي إذا لم يبين العاقدان واحداً من السبعة فسد، أما إذا بيناه اعتبر معرفة وقته فإن عرف صح وإلا فسد وهو ما ذكره المصنف. قوله: (والمهرجان) بكسر الميم وسكون الهاء. ط عن المفتاح. وفي القهستاني أنه نوعان^(٣) عامة، وهو أول يوم من الخريف: أعني اليوم السادس عشر من مهرماه. وخاصة، وهو اليوم السادس والعشرون منه. قوله: (فاكتفى بذكر أحدهما) ولكن إنما عبر المصنف بذلك كغيره لما قاله في السراج^(٤) أيضاً: إن صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم، واليهود بعكسه اه.

والحاصل أن المدار على العلم وعدمه، كما أفاده المصنف بقوله: «إذا لم يدر المتعاقدان». قوله: (فلو عرفاه جاز) أي عرفه كل منهما، فلو عرفه أحدهما فلا. أفاده الرمي. قوله: (للعلم به) قال في الهداية. لأن مدة صومهم بالأيام، فهي معلومة فلا جهالة اه. ومفاده أن صوم اليهود ليس كذلك. قال في الفتح: والحاصل أن المفسد الجهالة، فإذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الأوقات جاز. قوله: (وهو خمسون يوماً) كذا

(١) في ط (قول الشارح: سبعة) ذكر الحموي عن خمسة: منها المتقدمان. ومنها النيروز الخوارزمي، وهو أول يوم تكون الشمس في نصف نهاره في الدرجة الثامنة من الحمل. ونيروز العامة، وهو أول يوم فرودشاه القديم. ونيروز الخاصة، وهو اليوم السادس منه.

(٢) في ط (قول الشارح: وهو خمسون يوماً) قال ط: هذا هو الموافق لما ذكره بعضهم من أن رمضان كتب على عيسى فغير فرقة من قومه ذلك، لأنه كان قد يقع في الحر أو البرد الشديد وكان يشق عليهم في أسفارهم ويضربهم في معاشهم، فاجتمع علماءهم ورؤسائهم على أن يجعلوا صومهم في فصل من السنة بين الشتاء والصيف، ففعلوه في الربيع وزادوا عليه عشرة أيام كفارة لما صنعوا فصار أربعين يوماً، ثم إن ملكهم شكا مرضاً نزل بغمه فاجعل الله عليه إن هو برىء من وجعه أن يزيد في صومهم أسبوعاً، فبرىء فزاد أسبوعاً ثم مات ذلك الملك ووليهم ملك آخر فقال: أموه خمسين يوماً. وقيل إنه أصابهم موت: أي موت كثير فقالوا زيدوا في صومكم، فزادوا عشراً قبل وعشراً بعد واختار هذا القول النحاس.

(٣) في ط (قوله نوعان) فهو مجهول فيفسد. وفي ط: النيروز في مصر زمن معلوم عندهم منفرد ليس بمتعدد، فيصح التأجيل إليه على ما يظهر.

(٤) في ط (قوله لما قاله في السراج الخ) هكذا ذكره في السراج أولاً بقيل جواباً عن مصنفه ثم رده. وأجاب =

(و) لا (إلى قدوم الحاج والحصاد) للزرع (والدياس) للحب (والقطاف) للعنب لأنها تتقدم وتتأخر.

(ولو باع مطلقاً عنها) أي عن هذه الآجال (ثم أجل الثمن) الدين، أما تأجيل المبيع أو الثمن العيني فمفسد ولو إلى معلوم. شمعي (إليها صح) التأجيل (كما لو كفل إلى هذه الأوقات) لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الدين والكفالة لا الفاحشة

في الدرر عن التمرتاشي. وفي الفتح والنهر خمسة وخمسون يوماً. وفي القهستاني: صوم النصارى سبعة وثلاثون يوماً في مدة ثمانية وأربعين يوماً، فإن ابتداء صومهم يوم الاثنين الذي يكون قريباً من اجتماع النيرين الواقع ثاني شباط من آذار، ولا يصومون يوم الأحد ولا يوم السبت إلا يوم السبت الثامن والأربعين، ويكون فطرهم: يعني يوم عيدهم يوم الأحد بعد ذلك. قوله: (والحصاد) بفتح الحاء وكسرهما ومثله القطاف والدياس. فتح. قوله: (والدياس) هو دوس الحب بالقدم لينقشر، وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت ياء للكسرة قبلها. فتح. قوله: (قوله لأنها) أي المذكورات من قوله: «إلى قدوم» وما بعده. قوله: (ولو باع الخ) أفاد أن ما ذكر من الفساد بهذه الآجال إنما هو إذا ذكرت في أصل العقد، بخلاف ما إذا ذكرت بعده، كما لو ألحقا بعد العقد شرطاً فاسداً، ويأتي تصحيح أنه لا يلتحق. قوله: (شمعي) ومثله في الفتح. قوله: (صح التأجيل) كذا جزم به في الهداية والملتقى وغيرهما، وقد منا تمام الكلام عليه أول البيوع عند قوله «وصح بثمان حال ومؤجل إلى معلوم» فراجع. قوله: (متحملة في الدين) راجع إلى قوله: «ولو باع مطلقاً الخ» يعني أن التأجيل بعد صحة العقد تأجيل دين من الديون فتتحمل فيه الجهالة اليسيرة، بخلافه في صلب العقد، لأن قبول هذه الآجال شرط فاسد والعقد يفسد به، أفاده في الفتح. قوله: (والكفالة) فإنها تتحمل جهالة الأصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان، والذوب غير معلوم الوجود فتحل جهالة الوصف وهو الأجل بالأولى. وتماه في الفتح. قوله: (لا الفاحشة) كإلى هبوب الريح ونحوه كما يأتي. قال في النهر: وهذا يشير إلى أن اليسيرة ما كانت في التقدم والتأخر، والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح، كذا في العناية اهـ.

= بما نقله الشارح عنه. وعبارته فإن قيل لم خص صوم النصارى بالذكر دون فطرهم وفطر اليهود دون صومهم؟ قيل: لأن صوم النصارى إلى آخر ما ذكره المحشي، ثم رده بأنه لو أجل إلى صوم اليهود يكون الحكم كذلك لا يتفاوت صومهم وفطرهم، ثم أجاب بما ذكره الشارح إذا علمت ذلك تعلم أن صنيع المحشي غير مرضي حيث جعل أحد الجوابين استندراكاً على الآخر، خصوصاً والمستدرك به ضعيف كما علمت.

(أو أسقط) المشتري (الأجل) في الصور المذكورة (قبل حلوله) وقبل فسخه (و) قبل (الافتراق) حتى لو تفرقا قبل الإسقاط تأكد الفساد، ولا ينقلب جائزاً اتفاقاً. ابن كمال وابن ملك: كجهالة فاحشة كهبوب الريح ومجيء مطر

تنبيه: في الزاهدي: باعه بثمن نصفه نقد ونصفه إذا رجع من بلد كذا فهو فاسد. قوله: (أو أسقط المشتري الأجل) وجه الصحة أو الفساد كان للتنازع وقد ارتفع قبل تفرقه، وأفاد أن من له الحق يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه. وأما قول القدوري: تراضياً على إسقاطه، فهو قيد اتفاقي كما في الهداية. قوله: (قبل حلوله) قيد به لأنه لو أسقطه بعد حلوله لا ينقلب جائزاً. منح: أي لو قال أبطلت التأجيل الذي شرطته في العقد لا يبطل ويبقى الفساد لتفرقه بمضي الأجل وليس المراد إسقاط الأجل الماضي، فانهم. قوله: (وقبل فسخه) أي فسخ العقد: أما لو فسخه للفساد ثم أسقط الأجل لا يعود العقد صحيحاً لارتفاعه بالفسخ. قوله: (وقبل الافتراق) هذا في الأجل المجهول جهالة متفاحشة كما يأتي فلا محل لذكره هنا، ولذا اعترضه الرملي بأن إطباق المتون على عدم ذكره صريح في عدم اشتراطه. وقول الزيلعي: لو أسقط المشتري الأجل قبل أخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع صريح بانقلابه جائزاً ولو بعد أيام، ولو شرطنا قبل الافتراق لما صح قوله قبل أخذ الناس الخ، وإذا تتبعت كلامهم جميعاً وجدته كذلك اهـ. ملخصاً. قوله: (قوله ابن كمال وابن مالك) أقول: عزاه ابن كمال إلى شرح الطحاوي، وعزاه ابن ملك إلى الحقائق عن شرح الطحاوي وهو غير صحيح، فإن الذي رأيت في الحقائق وهو شرح المنظومة النسفية في باب ما اختص به زفر هكذا: اعلم أن البيع بأجل مجهول لا يجوز إجماعاً، سواء كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس مثلاً، أو متفاوتة كهبوب الريح وقدوم واحد من سفره، فإن أبطل المشتري الأجل المجهول المتقارب قبل محله وقبل فسخ العقد بالفساد انقلب البيع جائزاً عندنا، وعند زفر: لا ينقلب؛ ولو مضت المدة قبل إبطال الأجل تأكل الفساد ولا ينقلب جائزاً إجماعاً، وإن أبطل المشتري الأجل المجهول متفاوت قبل التفرق ونقد الثمن انقلب جائزاً عندنا، وعند زفر: لا ينقلب جائزاً؛ ولو تفرقا قبل الإبطال تأكد الفساد ولا ينقلب جائزاً إجماعاً من شرح الطحاوي في أول السلم.

قلت: ذكر أبو حنيفة الأجل المجهول مطلقاً، وقد بينت أن إسقاط كل واحد مؤقت بوقت على حدة اهـ ما في الحقائق، وقدمنا مثله أول البيوع عن البحر عن السراج، ورأيت منقولاً أيضاً عن البدائع.

وحاصله أن اعتبار إبطال الأجل قبل التفرق إنما هو في الأجل المجهول متفاوت: أي المجهول جهالة متفاحشة، لا في المجهول المتقارب فإنهم لم يذكروه فيه. والظاهر أن

فلا ينقلب جائزاً وإن أبطل الأجل. عيني (أو أمر المسلم ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما) أي وكل المسلم (ذمياً أو) أمر (المحرم غيره) أي غير المحرم (ببيع صيده) يعني صح ذلك عند الإمام مع أشد كراهة كما صح ما مر، لأن العاقد يتصرف بأهليته وانتقال الملك إلى الأمر أمر حكمي. وقالوا: لا يصح، وهو الأظهر.

ابن كمال تابع ابن ملك، وأن نسخة الحقائق التي نقل منها ابن مالك فيها سقط، وتبعه أيضاً المصنف والشارح، وهذا من جملة المواضع التي لم أر من نبه عليها والله تعالى الحمد.

تنبيه: قول الحقائق ونقد الثمن غير شرط في المجلس لما في التاسع والثلاثين من جامع الفصولين: أبطل المشتري الأجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس أو بعده جاز البيع عندنا استحساناً. وقال زفر والشافعي: لم يجوز، وتماه فيه. قوله: (فلا ينقلب جائزاً وإن أبطل الأجل) هذا يوم أن المراد وإن أبطل الأجل قبل الافتراق وليس كذلك، لما علمت من صريح النقول أنه ينقلب جائزاً، ولأن العيني لم يذكر قوله قبل الافتراق، فتعين أن المراد: وإن أبطله قبل حلوله. قوله: (أو أمر المسلم الخ) عطف على «كفل» من قوله: «كما لو كفل» ط. قوله: (بيع خمر أو خنزير) أي مملوكين له بأن أسلم عليهما ومات قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما. فتح. قوله: (يعني صح ذلك) أي التوكيل وبيع الوكيل وشراؤه. بحر. قوله: (مع أشد كراهة) أي مع كراهة التحريم، فيجب عليه أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير، ولو وكله ببيعهما يجب عليه أن يتصدق بثمانهما. نهر وغيره، وانظر لم لم يقولوا ويقتل الخنزير مع أن تسيب السوائب لا يجل. قوله: (كما صح ما مر) وهو المعطوف عليه. منح: أي الكفالة وإسقاط الأجل: وأفاد بهذا أن قوله: «أو أمر» معطوف على قوله: «كفل» لثلا يتوهم عطفه على ما لا يصح وهو البيع إلى النيروز. قوله: (لأن العاقد الخ) أي إن الوكيل في البيع يتصرف بأهلية نفسه لنفسه، حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى الموكل وترجع حقوق العقد إليه وهو أهل لبيع الخمر وشرائها شرعاً فلا مانع شرعاً من توكله. فتح. قوله: (أمر حكمي) أي يحكم الشرع بانتقال ما ثبت للوكيل من الملك إليه فيثبت له كشيء الملك الجبري له بموت مورثه. قوله: (وقالوا لا يصح) أي يبطل كما في البرهان. قوله: (وهو الأظهر) لعل وجهه ما قاله في الفتح من أن حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن، وفي الشراء أن يسبب الخنزير ويخلل الخمر أو يريقها فبقي تصرفاً بلا فائدة فلا يشرع مع كونه مكروهاً تحريماً، فأى فائدة في الصحة؟ وأجاب في النهر بأننا لا نسلم عدم المشروعية، لأن عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة، كما في شعر الخنزير إذا لم يوجد مباح الأصل جاز بيعه وإن لم يطلب ثمنه؛ وأما في الشراء فله فائدة في الجملة وهي تحليل الخمر اهـ. وتأمل ذلك مع ما قدمناه عند قوله: «وشعر الخنزير الخ».

شربلالية عن البرهان (و) لا (بيع بشرط)

مَطْلَبٌ فِي الْبَيْعِ بِشَرْطٍ فَاسِدٍ

قوله: (ولا بيع بشرط) شروع في الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط لنهيهِ ﷺ^(١) عن بيع وشرط^(٢)، لكن ليس كل شرط يفسد البيع. نهر. وأشار بقوله: «بشرط» إلى أنه لا بد من كونه مقارناً للعقد، لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد، قيل يلتحق عند أبي حنيفة، وقيل لا، وهو الأصح كما في جامع الفصولين في ٣٩، لكن في الأصل أنه يلتحق عند أبي حنيفة وإن كان الإلحاق بعد الافتراق عن المجلس، وتماه في البحر.

قلت: هذه الرواية الأخرى عن أبي حنيفة، وقد علمت تصحيح مقابلها وهي قولهما: ويؤيده ما قدمه المصنف تبعاً للهداية وغيرها، من أنه لو باع مطلقاً عن هذه الآجال ثم أجل الثمن إليها صح فإنه في حكم الشرط الفاسد كما أشرنا إليه هناك، ثم ذكر في البحر أنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد. وصورته كما في الولولجية: قال اشتر حتى أبني الحوائط اه. قال في النهر بعد ما ذكر عبارة جامع الفصولين: وبهذا ظهر خطأ بعض حنفية العصر، إذ أفتى في رجل باع لآخر قصب سكر قدرأ معيناً وأشهد على نفسه بأنه يسقيه ويقوم عليه بأن البيع فاسد لأنه شرط تركه على الأرض، نعم الشرط غير لازم اه.

قلت: وفي جامع الفصولين أيضاً: لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العقد جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد، إذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازماً لحاجة الناس تبايعاً بلا ذكر شرطاً الوفاء ثم شرطاً يكون بيع الوفاء، إذ الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد عند أبي حنيفة، ثم رمز أنه يلتحق عنده لا عندهما، وأن الصحيح أنه لا يشترط للتحاقه مجلس العقد اه. وبه أفتى في الخيرية وقال: فقد صرح علماؤنا بأنهما لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد اه.

قلت: فهذا أيضاً مبني على خلاف ما مر تصحيحه، والظاهر أنهما قولان مصححان.

مَطْلَبٌ فِي الشَّرْطِ الْفَاسِدِ إِذَا ذُكِرَ بَعْدَ الْعَقْدِ أَوْ قَبْلَهُ

تنبيه: في جامع الفصولين أيضاً: لو شرط شرطاً فاسداً قبل العقد ثم عقداً لم يبطل العقد اه.

(١) في ط (قوله لنهيهِ صلى الله عليه وسلم) قال في الدرر: وإنما فسد البيع بهذا الشرط، لأنهما إذا قصدا المقابلة بين المبيع والشرط فقد خلا الشرط عن العوض وقد وجب البيع بالشرط فيه، فكان شرطاً مستحقاً بعقد معاوضة خالية عن العوض فيكون ربا، وكل عقد بشرط الربا يكون فاسداً.

(٢) لا أصل له كما في فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣/٣٢٦.

عطف على إلى النيروز: يعني الأصل الجامع في فساد العقد بسبب شرط (لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحدهما أو) فيه نفع (لمبيع) هو (من أهل الاستحقاق)

قلت: وينبغي الفساد لو اتفقا على بناء العقد عليه كما صرحوا به في بيع الهزل كما سيأتي آخر البيوع. وقد سئل الخير الرملي عن رجلين تواضعا على بيع الوفاء قبل عقده وعقد البيع خالياً عن الشرط. فأجاب بأنه صرح في الخلاصة والفيض والتارخانية وغيرها بأنه يكون على ما تواضعا. قوله: (عطف على إلى النيروز) كذا في الدرر، لكن هذا ظاهر لو كان لفظه «بيع» ليست من المتن كعبارة الدرر. أما على كونها من المتن فالعطف على البيع في قوله: «والبيع إلى النيروز». قوله: (الأصل الجامع) مبتدأ، وقوله: «بسبب» شرط خبره اهـ ح. والجملة في محل نصب بيعني، ويحتمل نصب الأصل على أنه مفعول «يعني» أي يعني المصنف الأصل الجامع في فساد العقد الخ ط.

قلت: وفي كل من التوجيهين خفاء، وكان الأوضح أن يزيد الشارح لفظه «ما» قبل قوله: «لا يقتضيه» فتكون هي الخبر، لأن الظاهر أن قوله: «بسبب» متعلق بفساد، وهذا ينافي كونه خبراً عن الأصل، ولأن مراده أن يصير قوله: «لا يقتضيه العقد الخ» أصلاً وضابطاً، ولا يتم ذلك إلا بما قلنا؛ نعم يحتمل كون الخبر بيع بشرط دل عليه ما قبله، ولا يصح كون ما قبله هو الخبر لاقترانه بالواو العاطفة. قوله: (لا يقتضيه العقد ولا يلائمه) قال في البحر: معنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط، ومعنى كونه ملائماً أن يؤكد موجب العقد، كذا في الذخيرة. وفي السراج الوهاج: أن يكون راجعاً إلى صفة الثمن أو المبيع كاشتراط الحبز والطبخ والكتابة اهـ ما في البحر. قوله: (وفيه نفع لأحدهما) الأولى قول الزيلعي، وفيه نفع لأهل الاستحقاق، فإنه أشمل وأخصر لشموله ما فيه نفع لأجنبي، فيوافق قوله الآتي: «ولا نفع فيه لأحد» ولاستغنائه عن قوله: «أو لمبيع».

تنبيه: المراد بالنفع ما شرط من أحد العاقدين على الآخر، فلو على أجنبي لا يفسد ويبطل الشرط، لما في الفتح عن الولوالجية: بعثك الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري لا يفسد البيع؛ لأنه لا يلزم الأجنبي، ولا خيار للبائع اهـ ملخصاً.

وفي البحر عن الملتقى قال محمد: كل شيء يشترطه المشتري على البائع يفسد به البيع، فإذا شرطه على أجنبي فهو باطل؛ كما إذا اشترى دابة على أن يهبه فلان لأجنبي كذا، وكل شيء يشترطه على البائع لا يفسد به البيع، فإذا شرطه على أجنبي فهو جائز وهو بالخيار، كما إذا اشترى على أن يحط عنه فلان الأجنبي كذا جاز البيع، فإن شاء أخذه بجميع الثمن أو ترك اهـ. قوله: (من أهل الاستحقاق) أي ممن يستحق حقاً على

للنفع بأن يكون آدمياً، فلو لم يكن كشرط أن لا يركب الدابة المبيعة لم يكن مفسداً كما سيجيء (ولم يجر العرف به و) لم (يرد الشرع بجوازه) أما لو جرى العرف به كبيع نعل مع شرط تشريكه أو ورد الشرع به^(١) كخيار شرط فلا فساد (كشرط أن يقطعه) البائع (ويخيطه قباء) مثال لما لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري (أو يستخدمه) مثال لما فيه للبائع، وإنما قال (شهوراً) لما مر أن الخيار إذا كان ثلاثة أيام جاز أن يشترط فيه الاستخدام. درر (أو يعتقه) فإن أعتقه صح إن بعد قبضه ولزم

الغير وهو الأدمي. بحر. قوله: (فلو لم يكن النخ) صرح بمحترز هذا القيد والذي بعده وإن كان يأتي لزيادة البيان. قوله: (قوله كشرط أن يقطعه) أي يقطع المبيع من حيث هو الصادق على الثوب أو العبد أو غيرها، وبهذا ساغ عود الضمير عليه في قوله: «أو يعتقه النخ». قوله: (مثال لما لا يقتضيه العقد) أي ولا يلائمه، ولم يذكر مثال ما يقتضيه العقد ولا يلائمه. قال في البحر: وخرج عن الملائم للعقد ما لو اشترى أمة بشرط أن يطأها أو لا يطأها فالبيع فاسد، لأن الملائم للعقد الإطلاق، وعن أبي يوسف: يجوز في الأول لأنه ملائم. وعند محمد: يجوز فيهما؛ لأن الثاني إن لم يقتضيه العقد لا نفع فيه لأحد، فهو شرط لا طالب له اهـ. قوله: (وفيه نفع للمشتري) ومنه ما لو شرط على البائع طحن الخنطة أو قطع الثمرة، وكذا ما اشتراه على أن يدفعه البائع إليه قبل دفع الثمن أو على أن يدفع الثمن في بلد آخر، أو على أن يهب البائع منه كذا، بخلاف على أن يحط من ثمنه كذا، لأن الحط ملحق بما قبل العقد ويكون البيع بما وراء المحطوط. بحر. قوله: (مثال لما فيه نفع للبائع) ومنه ما لو شرط البائع أن يهب المشتري شيئاً أو يقرضه أو يسكن الدار شهراً أو أن يدفع المشتري الثمن إلى غريم البائع، لسقوط مؤنة القضاء عنه، ولأن الناس يتفاوتون في الاستيفاء، فمنهم من يسامح ومنهم من يماكس، أو على أن يضمن المشتري عنه ألفاً لغريمه. بحر. قوله: (لما مر النخ) قال في العزيمة على الدرر: لم يسبق منه شيء مثل هذا في باب خيار الرؤية ولا في غيره، ولو سلم فلا مساس له بمسألتنا. قوله: (أو يعتقه) الضمير المستتر فيه وفيما بعده عائد على المشتري. قوله: (فإن أعتقه صح) أي انقلب جائزاً عنده خلافاً لهما، حتى يجب على المشتري الثمن وعندهما القيمة؛ بخلاف التدبير ونحوه، لأن شرط العتق بعد وجوده يصير ملائماً للعقد لأنه منه للملك والفساد لا تقرر له فيكون صحيحاً، ولا كذلك التدبير ونحوه لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعه

(١) في ط (قول الشارح: وأورد الشرع به) فإنه لما ورد به الشرع دل على أنه من باب المصلحة دون الفسدة، وهذا جواب الاستحسان. والقياس أن يفسد لكونه شرطاً مخالفاً لمتقضى العقد وهو ثبوت الملك حالاً في العرضين.

الثلث عنده، وإلا لا. شرح مجمع (أو يدبره أو يكاتبه أو يستولدها أو لا يخرج القن عن ملكه) مثال لما فيه نفع لمبيع يستحقه، ثم فرع على الأصل بقوله (فيصح) البيع (بشرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري) وشرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن (أو لا يقتضيه ولا نفع فيه لأحد) ولو أجنبياً. ابن ملك. فلو شرط أن يسكنها

فيقرر الفساد. وأجمعوا على أنه لو أعتقه قبل القبض لا يعتق إلا إذا أمره البائع^(١) بالعتق، لأنه صار قبض المشتري سابقاً عليه، لأن البائع سلطه عليه، وعلى أنه لو هلك في يد المشتري قبل العتق أو باعه أو وهبه يلزمه القيمة. نهر ملخصاً. قوله: (مثال لما فيه نفع لمبيع يستحقه) لأن العبد آدمي والآدمي من أهل الاستحقاق ومنه اشتراط أن لا يبيعه أو لا يهبه، لأن المملوك يسره أن لا تتداوله الأيدي، وكذا بشرط أن لا يخرج من مكة. وفي الخلاصة: اشترى عبداً على أن يبيعه جاز، وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز لأن له طالباً. وفي البزازية: اشترى عبداً على أن يطعمه لم يفسد، وعلى أن يطعمه خبيصاً فسد اه بحر. ونقل في الفتح أيضاً عبارة الخلاصة وأقرها. والظاهر أن وجهها كون بيع العبد ليس فيه نفع له، فإذا شرط بيعه من فلان صار فيه نفع لفلان وهو من أهل الاستحقاق فيفسد. ووجه ما في البزازية أن إطعام العبد من مقتضيات العقد، بخلاف إطعامه نوعاً خاصاً كالخبيص. قوله: (ثم فرغ على الأصل) أي ذكر فروعاً مبنية عليه، وتقدم في آخر باب خيار الشرط أن البيع لا يفسد بالشرط في اثنين وثلاثين موضعاً، فراجعها. قوله: (يقتضيه العقد) أي يجب به بلا شرط. قوله: (ولا نفع فيه لأحد) أي من أهل الاستحقاق للنفع، إلا فالدابة تنتفع ببعض الشروط، وشمل ما فيه مضرّة لأحدهما. قال في النهر: كأن كان ثوباً على أن يخرج أو جارية على أن لا يطأها أو داراً على أن يهدمها؛ فعند محمد: البيع جائز والشرط باطل. وقال أبو يوسف: البيع فاسد، كذا في الجوهرة. ومثل في البحر لما فيه مضرّة بما إذا اشترى ثوباً على أن لا يبيعه ولا يهبه، والبيع في مثله جائز عندهما خلافاً لأبي يوسف اه.

قلت: فإطلاق المصنف مبني على قولهما، وشمل أيضاً ما لا مضرّة فيه ولا منفعة. قال في البحر: كأن اشترى طعاماً بشرط أكله أو ثوباً بشرط لبسه فإنه يجوز اه. تأمل. قوله: (ولو أجنبياً) تعميم لقوله: «لأحد» وبه صرح الزيلعي أيضاً. قوله: (فلو شرط الخ) تفريع على مفهوم التعميم المذكور، فإن مفهومه أنه لو كان فيه نفع لأجنبي يفسد

(١) في ط (قوله إذا أمره البائع) الصواب حذف الضمير، لأن عبارة البحر فيها التصريح بأن الأمر بالعتق للمشتري لا البائع. وعبارته «وأجمعوا أنه لو أعتقه قبل القبض لا يعتق» وأفاد في الظهيرية أن المشتري لو أمر البائع بالعتق قبل العتق فاعتق جاز فقد ملك المأمور ما لا يملك الأمر، وإنما كان كذلك لأنه لما أمره بالعتق فقد طلب منه تسليطه على القبض، فإذا أعتق بأمره صار قبض المشتري سابقاً عليه لأن البائع سلطه عليه.

فلان أو أن يقرضه البائع أو المشتري كذا فالأظهر الفساد. ذكره أخي زاده، وظاهر البحر ترجيح الصحة (كشروط أن لا يبيع) عبر ابن الكمال بركب (الدابة المبيعة) فإنها ليست بأهل النفع (أو لا يقتضيه لكن) يلائمه كشرط رهن معلوم وكفيل حاضر. ابن ملك. أو (جرى العرف به كبيع نعل)

البيع؛ كما لو كان لأحد المتعاقدين. قوله: (أو أن يقرضه) أي أن يقرض فلاناً أحد العاقدين كذا، بأن شرط المشتري على البائع أن يقرض زيداً الأجنبي كذا من الدراهم أو شرط البائع على المشتري ذلك. قوله: (فالأظهر الفساد) وبه جزم في الفتح بقوله: وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقدين، ومنه إذا باع ساحة على أن يبني بها مسجداً أو طعاماً على أن يتصدق به فهو فاسد اه. ومفاده أنه لا يلزم أن يكون الأجنبي معيناً، وتأمله مع ما قدمناه آنفاً عن الخلاصة، إلا أن يجاب بأن المسجد والصدقة يراد بهما التقرب إلى الله تعالى وحده، وإن كانت المنفعة فيهما لعباده، فصار المشروط له معيناً بهذا الاعتبار. تأمل. قوله: (وظاهر البحر ترجيح الصحة) حيث قال: وخرج أيضاً ما إذا شرط منفعة لأجنبي، كأن يقرض البائع أجنبياً، فالبيع صحيح كما في الذخيرة عن الصدر الشهيد، وفيها: وذكر القدوري أنه يفسد كأن يقول اشترت منك هذا على أن تقرضني أو تقرض فلاناً اه. وفي القهستاني عن الاختيار جواز البيع وبطلان الشرط وفي المنح: واختار صاحب الوقاية تبعاً لصاحب الهداية عدم الفساد اه. وبه جزم في الخانية.

قلت: لكن قد علمت أن ما نقله الشارح عن ابن ملك من التعميم للأجنبي، صرح به الزيلعي، وبه جزم في التفتح، وكذا في الخلاصة كما قدمناه آنفاً.

والحاصل أنهما قولان في المذهب. قوله: (عبر ابن الكمال بركب الدابة) وهو أحسن، لأن المراد بقوله: «ولا نفع فيه لأحد» أي من أهل الاستحقاق، فالتقييد بأهل الاستحقاق للاحتراز عما فيه نفع لغيرهم كالدابة في بيعها بشرط أن لا يركبها فإنه غير مفسد لأنها ليست بأهل لاستحقاق النفع. وأما اشتراط أن لا يبيعها فإنه ليس فيه نفع لها عادة ولا لغيرها، وذلك ليس محل التوهم ليحترز عنه، بخلاف ما فيه نفعها. قوله: (لكن يلائمه) عبر بدله في الفتح بما يتضمن التوثق بالثمن، وهو قريب مما قدمناه عن الذخيرة من تفسير الملائم بما يؤكد موجب العقد، فإن الثمن من موجبات العقد. قوله: (كشرط رهن معلوم) أي بالإشارة أو التسمية، فلو لم يكن معلوماً بذلك لم يجوز إلا إذا تراضيا على تعيينه في المجلس ودفعه إليه قبل أن يتفرقا أو يعجل الثمن ويبطلان الرهن، وإذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجبر، وإنما يؤمر بدفع الثمن، فإن لم يدفعها خير البائع في الفسخ. بحر. قوله: (وكفيل حاضر) أي وقبل الكفالة، وكذا لو غاباً فحضر وقبلها قبل التفرق، فلو بعده أو كان حاضراً فلم يقبل لم يجوز، واشتراط الحوالة كالكفالة. بحر.

أي صرم سماه باسم ما يؤول. عيني (على أن يحذوه) البائع (ويشركه) أي يضع عليه الشراك وهو السير، ومثله تسمير القبقاب (استحساناً) للتعامل بلا نكير،

قلت: في الخانية: ولو باع على أن يحيل البائع رجلاً بالثمن على المشتري فسد البيع قياساً واستحساناً؛ ولو باع على أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن فسد قياساً وجاز استحساناًه. قوله: (أي صرم) بفتح الصاد المهملة: وهو الأديم: أي الجلد. قوله: (سماه باسم ما يؤول) أي كتسمية العصير خمرأ، وذلك أن قوله: «على أن يحذوه» أي يقطعه لا يناسب النعل، وإنما يناسب الجلد فإنه يقطع ثم يصير نعلأ، وجوز في الفتح أن يكون حقيقة: أي اشترى نعل رجل واحدة على أن يحذوها: أي يجعل معها مثلاً آخر ليتم نعلا الرجلين، ومنه: حذوت النعل بالنعل: قدرته بمثال قطعته. قال: ويدل عليه قوله: «أو يشركه» فجعله مقابلاً لقوله: «نعلأ»، ولا معنى لأن يشتري أديماً على أن يجعل له شراكاً فلا بد أن يراد حقيقة النعل اه. وأجاب في النهر بأنه يجوز أن يراد بالنعل الصرم، وضمير يشركه للنعل بالمعنى الحقيقي على طريق الاستخدام اه.

قلت: إرادة الحقيقة أظهرت في عبارة الهداية حيث قال: على أن يحذوها أو يشركها بضمير التأنيث، لأن النعل مؤنثة؛ أما على عبارة المصنف كالكنز من تذكير الضمير، فالأظهر إرادة المجاز وهو الجلد. قوله: (ومثله تسمير القبقاب) أصله للمحقق ابن الهمام حيث قال: ومثله في ديارنا شراء القبقاب على أنه يستمر له سيراً. قوله: (استحساناً للتعامل) أي يصح البيع ويلزم للشرط استحساناً للتعامل. والقياس فساده، لأن فيه نفعاً لأحدهما وصار كصبيغ الثوب، مقتضى القياس منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين الصبيغ مع المنفعة، ولكن جوز للتعامل، ومثله إجارة الظئر، وللتعامل جوزنا الاستصناع مع أنه بيع المعدوم؛ ومن أنواعه شراء الصوف المنسوخ على أن يجعله البائع قلنسوة، أو قلنسوة بشرط أن يجعل البائع لها بطانة من عنده. وتماه في الفتح. وفي البزازية: اشترى ثوباً أو خفاً خلقاً على أن يرقعه البائع ويسلمه صح اه. ومثله في الخانية: قال في النهر: بخلاف خياطة الثوب لعدم التعارف اه. قال في المنح: فإن قلت: نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط فيلزم أن يكون العرف قاضياً على الحديث.

قلت: ليس بقاض عليه، بل على القياس، لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة، والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث، فلم يبق من الموانع إلا القياس والعرف قاض عليه اه ملخصاً.

قلت: وتدل عبارة البزازية والخانية، وكذا مسألة القبقاب على اعتبار العرف الحادث. ومقتضى هذا أنه لو حدث عرف في شرط غير الشرط في النعل والثوب والقبقاب أن يكون معتبراً إذا لم يؤد إلى المنازعة، وانظر ما حررناه في رسالتنا المسماة:

هذا إذا علقه بكلمة على، وإن بكلمة إن بطل البيع إلا في بعث إن رضي فلان، ووقته كخيار الشرط. أشباه من الشرط والتعليق، وبحر من مسائل شتى.

(وإذا قبض المشتري المبيع برضا) عبر ابن الكمال بإذن (بائعه صريحاً أو دلالة) بأن قبضه في مجلس العقد بحضرته (في البيع الفاسد) وبه خرج الباطل وتقدم مع

«نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف» التي شرحت بها قولي: [الرجز]

وَالْعُرْفُ فِي الشَّرْعِ لَهُ أَعْتَبَارٌ لِدَا عَالِيهِ الْحُكْمُ قَدْ يُدَارُ
قوله: (وهذا) أي التفصيل السابق. قوله: (إنما هو إذا^(١)) علقه بكلمة على
والظاهر من كلامهم أن قوله بشرط كذا بمنزلة على. نهر.

قلت: يؤيده ما في القهستاني، حيث قيد الشرط بكون حرفه الباء وعلى دون إن اه. قال في النهر: ولا بد أن لا يقولها بالواو، حتى لو قال بعثك بكذا وعلى أن تقرضني كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطاً وأن يكون الشرط في صلب العقد الخ، وقد منا الكلام على الأخير. قوله: (بطل البيع) ظاهره ولو كان مضراً لا نفع فيه لأحد، وبه صرح القهستاني. قوله: (ووقته) بصيغة الماضي من التوقيت ط. قوله: (كخيار الشرط) أي كتوقيت خيار الشرط وهو ثلاثة أيام، وهذا منه، فإن خيار الشرط يصح لغير العاقدين. قوله: (ويحر من مسائل شتى) أي متفرقة جمع شتيت، والمسألة المذكورة في البحر في هذا الباب أيضاً، وكذا في النهر والقهستاني. قوله: (وإذا قبض المشتري المبيع الخ) شروع في بيان أحكام البيع الفاسد، وشمل قبض وكيله والقبض الحكمي، لما قدمناه من أن أمر البائع بالعتق قبله صحيح لاستلزامه القبض، وهل التولية قبض هنا؟ صحح في المجتبى والعمادية عدمه، وصحح في الخانية أنها قبض، واختاره في الخلاصة من البحر والنهر، وطحن البائع الخنطة بأمر المشتري كالعتق كما سيذكره الشارح ويأتي تمامه. قوله: (عبر ابن الكمال بإذن) أي ليعم بيع المكره إذ هو فاسد ولا رضا فيه كما حررناه أول البيوع. قوله: (بأن يأمره بالقبض)^(٢) أي وقبضه بحرضته أو غيبته ط. عن الإقناني. قوله: (بأن قبضه في مجلس العقد بحضرته) تصوير للإذن دلالة، أما بعد المجلس فلا بد من صريح الإذن، إلا إذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به فإنه يكون إذناً بالقبض دلالة اه ح عن النهر. فإن كان مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير، فلا بد من صريح الإذن كما أفاده الزيلعي. قوله: (وتقدم مع حكمه) أي في قوله: «والبيع الباطل حكمه عدم ملك المشتري

(١) في ط (قوله إنما هو إذا الخ) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف، وكان نسخة الشارح التي وقعت له هكذا «إنما هو إذ علقه الخ» والموجود بالنسخ من الشارح التي بأيدينا ما بالهامش.

(٢) في ط (قوله بأن يأمره بالقبض) هذه الجملة ليست موجودة في نسخ الشارح التي بأيدينا.

حكّمه، وحيثئذ فلا حاجة لقول الهداية والعناية: وكل من عوضه مال، كما أفاده ابن الكمال لكن أجاب سعدي بأنه لما كان الفاسد يعم الباطل مجازاً كما مر بحق إخراجهم بذلك، فتنبه (ولم ينهه) البائع عنه، ولم يكن فيه خيار شرط (ملكه) إلا في ثلاث في بيع الهازل، وفي شراء الأب من ماله لطفله أو بيعه له كذلك فاسداً لا

إياه إذا قبضه الخ». قوله: (وحيثئذ) أي حين إذ خرج الباطل بقيد الفاسد. قوله: (كما مر) أي في أول الباب في قوله: «والمراد بالفاسد الخ» الممنوع مجازاً عرفياً فيعم الباطل والمكروه. قوله: (حقق إخراجهم) أي إخراج الباطل بذلك: أي بقوله: «وكل من عوضه مال». وتعقبه الحموي بأن من أفراد الباطل ما لا يخرج بهذا القيد وهو بيع الخمر والخنزير بالدراهم فإنه باطل، مع أن كلاً من عوضه مال، وعلى هذا فلا بد من حذف هذا القيد لاقتضائه أن هذا الفرد من الباطل يكون فاسداً يملك بالقبض وليس كذلك ط.

قلت: المراد المال المتقوم كما قيده به في النهر، ولا شك أن الخمر ونحوه غير متقوم، ويدل على هذا أنه في أول الباب قال: وبطل بيع ما ليس بمال والبيع به، فإن المراد به ما ليس بمال في سائر الأديان، والخمر والخنزير مال عند أهل الذمة، ولذا قال بعده: وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير، فعلم أن المراد بالمال هنا المتقوم، وهو المال في سائر الأديان فلا يدخل فيه الخمر ونحوه، فافهم. قوله: (ولم ينهه) قيد لقوله: «أو دلالة» كما هو صريح الهداية وغيرها: أي إن الرضا بالقبض دلالة كما مر تصويره مقيد بما إذا لم ينهه عن القبض، لأن الدلالة تلغو مع النهي الصريح، فافهم. قوله: (ولم يكن فيه خيار شرط) يوضحه قوله الخانية: ويثبت خيار الشرط في البيع الفاسد كما يثبت في البيع الجائز، حتى لو باع عبد بألف درهم ورطل خمر على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبض المشتري العبد وأعتقه في الأيام الثلاثة لا ينفذ إعتاقه، ولولا خيار الشرط للبايع نفذ إعتاق المشتري بعد القبض اه سائحاني. ومفاده صحة إعتاقه بعد مضيّ المدة لزوال الخيار وهو ظاهر. قوله: (ملكه) أي ملكاً خبيثاً حراماً فلا يحل أكله ولا لبسه الخ. قهستاني. وأفاد أنه يملك عينه، وهو الصحيح المختار خلافاً لقول العراقيين إنه يملك التصرف فيه دون العين. وتماه في البحر. قوله: (إلا في ثلاث) قلت: يزداد مثلها، وهي بيع المكاتب والمدير وأم الولد على القول بفساده كما مر الخلاف فيه. قوله: (في بيع الهازل) أي على ما صرح به البيروذي وصاحب المنار من أنه فاسد: وذكر في القنية أنه باطل فلا استثناء كما في البحر، وقد بسطنا الكلام عليه أول البيوع، وحققتنا أن المراد من قول الخانية والقنية: إنه باطل: أي فاسد، بدليل أنهما لو أجزاه جاز، والباطل لا تلحقه الإجازة، وأنه منعقد بأصله لأنه مبادلة مال بمال لا بوصفه، فافهم. قوله: (وفي شراء الأب من ماله لطفله لا الخ) وقعت هذه العبارة كذلك في البحر والأشباه عن المحيط، وصوابها: وفي شراء الأب

يملكه حتى يستعمله، والمقبوض في يد المشتري أمانة لا يملكه به. وإذا ملكه ثبت كل أحكام الملك إلا خمسة: لا يحل له أكله، ولا لبسه، ولا وطؤها، ولا أن يتزوجها منه البائع، ولا شفعة لجاره لو عقاراً. أشباه. وفي الجوهرة وشرح المجمع: ولا شفعة بها فهي سادسة

من مال طفله لنفسه فاسداً أو يبيعه من ماله لطفله كذلك، لأن عبارة المحيط على ما في الفتح والنهر هكذا: باع عبداً من ابنه الصغير فاسداً أو اشترى عبده لنفسه فاسداً لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله اهـ. وبه اندفع توقف المحشي. قوله: (حتى يستعمله) لأن قبض الأب حاصل فلا بد من الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث، ولذا جمع في المحيط بين القبض والاستعمال، وعلى هذا فلا يلزم في صورة الشراء لطفله أن يكون الاستعمال في حاجة طفله، فافهم. قوله: (لا يملكه به) أي بالقبض. وفي الفتح عن جمع التفاريق: لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها.

قال في النهر: أقول: يجب أن يكون مخرجاً على أن التخلية قبض، ولذا قيده بكونها حاضرة، وإلا فقد مر أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع اهـ: أي لأن قبض المبيع مضمون بالثمن أو بالقيمة لو فاسداً وقبض الأمانة غير مضمون، وهو أضعف من المضمون فلا ينوب عنه، وقدمنا قريباً اختلاف التصحيح في كون التخلية قبضاً في البيع الفاسد. قوله: (وإذا ملكه) مرتبط بقول المصنف ملكه ط. قوله: (ثبت كل أحكام الملك) فيكون المشتري خصماً لمن يدعيه لأنه يملك رقبته، نص عليه محمد رحمه الله؛ ولو باعه كان الثمن له، ولو أعتقه صح والولاء له، ولو أعتقه البائع لم يعتق. ولو بيعت دار إلى جنبها فالشفعة للمشتري. وتماه في البحر. قوله: (ولا وطؤها) ذكر العمادي في فصوله خلافاً في حرمة وطئها؛ فقيل: يكره ولا يحرم وقيل: يحرم. بحر: أي لأن فيه إعراضاً عن الرد الواجب. وفي حاشية الحموي: قيل: وهل إذا زوجها يحل للزوج وطؤها؟ الظاهر نعم، وهل يطيب المهر للمشتري أم لا؟ محل نظر. قوله: (ولا أن يتزوجها منه البائع) المراد لا يصح، لأنها بصدد أن تعود إلى البائع نظراً إلى وجوب الفسخ فيصير ناكحاً أمته. حموي. قوله: (ولا شفعة لجاره ولو عقاراً) أي لو اشترى داراً شراء فاسداً وقبضها لا يثبت للجار حق الشفعة. قال ط عن حاشية الأشباه للسيد أبي السعود: ولا لخليطه في نفس المبيع وشريكه في حق المبيع، لأن حق البائع لم ينقطع لأنه على شرف الفسخ والاسترداد نفيًا للفساد، حتى إذا سقط حق الفسخ بأن بنى المشتري فيها يثبت حق الشفعة اهـ. قوله: (ولا شفعة بها) هذا سبق نظر، لأن الذي في الجوهرة هكذا: وإذا كان المشتري داراً فبيعت دار إلى جنبها ثبتت الشفعة للمشتري اهـ. ثم ذكر المسألة المارة فقال: ولا تجب فيها شفعة للشفيع اهـ. وفي الزيلعي والبحر وجامع الفصولين: لو اشترى داراً

(بمثله إن مثلياً وإلا فبقيمته) يعني إن بعد هلاكه أو تعذر رده (يوم قبضه) لأن به يدخل في ضمانه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمغصوب (والقول فيها للمشتري) لإنكاره الزيادة (و) يجب (على كل واحد منهما فسخه قبل القبض)

شراء فاسداً فبيعت بجنبها دار أخذها المشتري بالشفعة اهـ. نعم في شرح المجمع: لو اشترى داراً لا تجوز الشفعة بها اهـ. ويجب أن تكون الباء بمعنى «في» ليوافق كلام غيره، ولا يمكن تأويل كلام الشارح بذلك لأنه يصير عين المسألة التي قبلها. قوله: (بمثله إن مثلياً) وإن انقطع المثل فبقيمته يوم الخصومة كما أفتى به الرملي وعليه المتون في كتاب الغصب. قوله: (وإلا فبقيمته) يستثنى من ذلك العبد المبيع بشرط أن يعتقه المشتري، فإنه إذا أعتقه بعد القبض يلزمه الثمن كما قدمه الشارح. قوله: (يعني إن بعد هلاكه الخ) تقييد لضمانه بالمثل أو بالقيمة، لأنه إذا كان قائماً بحاله كان الواجب رد عينه. قوله: (أو تعذر رده) عطف عام على خاص، لأن تعذر الرد يكون بالهلاك وبتصرف قولي أو حسي مما يأتي. قوله: (يوم قبضه) متعلق بقيمته. وقال محمد: قيمته يوم أتلفه لأنه بالإتلاف يتقرر. بحر عن الكافي. قوله: (لأن به) أي بالقبض، والأولى «لأنه» ط. قوله: (فلا تعتبر الخ) تفريع على اعتبار قيمته يوم القبض لا يوم الإتلاف: أي لو زادت قيمته في يده فأتلفه لم تعتبر الزيادة كالغصب. قوله: (والقول فيها) أي في القيمة. منح. وفي البحر والجمهرة فيها بضمير التثنية: أي في المثل والقيمة قوله: (للمشتري) أي مع يمينه والبينة للبائع. بحر. قوله: (لإنكاره الزيادة) أي الزيادة في المثل أو القيمة التي يدعيها البائع. قوله: (ويجب على كل واحد الخ) عدل عن قول الكنز والهداية: ولكل منهما فسخه، لأن اللام تفيد التخيير مع أن الفسخ واجب، وإن أوجب بأن اللام مثلها في. وإن أسأتم فلها. أو أن المراد بيان أن لكل منهما ولاية الفسخ رفعا لتوهم أنه إذا ملك بالقبض لزم، لأن الآية تقتضي كون اللام بمعنى «على» بخلافها هنا، ولأن كون المراد بيان الولاية المذكورة يلزمه منه ترك بيان الوجوب مع أنه مراد أيضاً، والتصريح بالوجوب يدل على المرادين فكان أولى. قوله: (فسخه) أي فسخ البيع الفاسد.

قلت: وهذا في غير بيع المكره فإنهم صرحوا بأنه فاسد، وبأنه مخير بين الفسخ والإمضاء؛ نعم يظهر الوجوب في جانب المكره بالكسر. قوله: (قبل القبض أو بعده) لكن إن كان قبله فلكل الفسخ يعلم صاحبه لا برضاه؛ وإن كان بعده: فإن كان الفساد في صلب العقد بأن كان راجعاً إلى البدلين: المبيع والثمن، كبيع درهم بدرهمين، وكالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك؛ وإن كان بشرط زائد كالبيع إلى أجل مجهول أو بشرط فيه نفع لأحدهما فكذلك عندهما لعدم اللزوم، وعند محمد لمن له منفعة الشرط، واقتصر في الهداية على قول محمد: ولم يذكر خلافاً. بحر. وأفاد أن من عليه منفعة الشرط يفسخ

ويكون امتناعاً عنه. ابن ملك (أو بعده ما دام) المبيع بحاله. جوهره (في يد المشتري إعداماً للفساد)، لأنه معصية فيجب رفعها. بحر (و) لذا (لا يشترط فيه قضاء قاض) لأن الواجب شرعاً لا يحتاج للقضاء. درر (وإذا أصرت) أحدهما (على إمساكه وعلم به القاضي فله فسخه) جبراً حقاً للشرع. بزازية (وكل مبيع فاسد رده المشتري على بائعه هبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه) كإعارة وإجارة وغصب (ووقع في يد بائعه فهو متاركة) للبيع (وبريء المشتري من ضمانه) قنية. والأصل

بالقضاء والرضا على ما قال محمد. قهستاني. قوله: (ولكون امتناعاً عنه) أي عن الفساد. قال في الهداية: وهذا قبل القبض ظاهر، لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه اه. فقوله «منه» يمتثل عوده على الفساد أو على حكم البيع وهو الملك. تأمل. قوله: (ما دام المبيع بحاله) متعلق بقوله: «وعلى كل واحد منهما فسخه» واحترز به عما إذا عرض عليه ما تعذر به رده مما يمنع الفسخ كما يأتي بيانه. قوله: (ولذا) أي لوجوب رفع المعصية، والأولى عدم زيادة التعليل والاقتصار على عبارة المصنف ليصح التعليل بعده، وإلا كان التعليل الثاني عين الأول، إلا أن يفرق بأن الثاني أعم من الأول. تأمل. قوله: (وإذا أصر أحدهما) عبارة المصنف في المنح: أي البائع والمشتري، وظاهره إن أصرا بضمير التثنية، وهو الموافق لما في البزازية، ولما قدمناه قريباً من أن لكل الفسخ بعلم الآخر لا برضاه، فأصرار أحدهما لا يحتاج معه إلى فسخ القاضي.

مَطْلَبٌ: رَدُّ الْمُشْتَرِي فَاسِداً إِلَى بَائِعِهِ فَلَمْ يَقْبَلْهُ

قوله: (وكل مبيع فاسد) وصف المبيع بالفساد لكونه محله. قوله: (كإعارة) وكوديعة ورهن. بحر. قوله: (وغصب) فيه أن الكلام في رد المشتري. والجواب أن المراد بالرد وقوعه في يد البائع كما أفاده ما بعده ط. قوله: (ووقع في يد بائعه) الظاهر أن هذا شرط في الرد الحكمي كما في المسائل المذكورة، أما لو رده عليه قصداً فلا لما في الخانية: رده المشتري للفساد فلم يقبله، فأعاده إلى منزله فهلك لا يضمنه. وقال بعضهم: هذا لو الفساد متفقاً عليه، فلو مختلفاً فيه ضمنه. والصحيح أنه يبرأ فيهما إلا إذا وضع بين يديه فلم يقبله فذهب به إلى منزله فإنه يضمنه اه. وذكر في البحر عن القنية أن الأشبه ما قاله بعضهم من التفصيل المذكور.

قلت: لكن لا يخفى أن تصحيح قاضيخان مقدم، لأنه فقيه النفس.

والحاصل أن الرد صح مطلقاً وإن لم يقع في يد البائع لكون الرد قصدياً لا ضمناً، وبه يخرج عن الضمان لأنه فعل الواجب عليه، لكن إذا وضعه بين يدي البائع حصل القبض أيضاً بناء على أن التخلية قبض، وهو ما مر تصحيحه عن قاضيخان أيضاً، فإذا

أن المستحق بجهة إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى اعتبر واصلاً بجهة مستحقة إن وصل إليه من المستحق عليه، وإلا فلا. وتماه في جامع الفصولين (فإن باعه) أي باع المشتري المشتري فاسداً (بيعاً صحيحاً باتاً) فلو فاسداً أو بخيار لم يمتنع الفسخ (لغير بائعه) فلو منه كان نقضاً للأول كما علمت (وفساده بغير الإكراه) فلو به ينقض كل تصرفات المشتري (أو وهبه وسلم أو أعتقه) أو كاتبه أو استولدها ولو لم

ذهب به بلا إذنه صار غاصباً فيضمنه، بخلاف ما إذا ذهب به قبل التخلية المذكورة لعدم حصول القبض من البائع، فلم يصر غاصباً بالذهاب ولم يضمنه لوجود الرد الواجب عليه كما قلنا. وبه ظهر أن المراد بوقوعه في يده وقوعه فيها حقيقة أو حكماً كالتخلية المذكورة، وأن هذا شرط في الرد الحكمي لا القصدي كما علمته، هذا ما ظهر لي فاغتنمه. قوله: (إن المستحق بجهة) كالرد للفساد هنا فإنه مستحق للبائع على المشتري، ومثله رد المصوب على المصوب منه. قوله: (بجهة أخرى) كالهبة ونحوها. قوله: (وإلا فلا) أي وإن لم يصل من جهة المستحق عليه بل وصل من جهة غيره فلا يعتبر، حتى أن المشتري فاسداً إذا وهب المشتري من غير بائعه أو باعه لرجل فوهبه الرجل من البائع الأول وسلمه لا يبرأ المشتري عن قيمته ولم يعتبر العين واصلاً إلى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة أخرى. جامع الفصولين. قوله: (فإن باعه النخ) محترز قوله: «ما دام في يد المشتري» وقيد ببيع المشتري لأن البائع لو باعه بعد قبض المشتري وادعى أن الثاني كان قبل فسخ الأول وقبضه وزعم المشتري الثاني أنه كان بعد الفسخ والقبض من الأول فالقول له لا للبائع، وينفسخ الأول بقبض الثاني. بحر عن البزازية. ومثله في جامع الفصولين. ولعل وجه انفساخ الأول أن المشتري الثاني نائب عن البائع في القبض لوجوب التسليم عليه فصار كأنه وقع في يد البائع. تأمل. وأفاد أن البيع ثابت. أما لو ادعى المشتري بيعه من فلان الغائب ويرهن لا يقبل للبائع أخذه ولو صدقه فله القيمة كما في جامع الفصولين. قوله: (لم يمتنع الفسخ) لأن البيع فيهما ليس بلازم، ولم يدخل البيع في ملك المشتري في صورة الخيار ط.

تنبيه: عبر في الوقاية بقوله: فإن خرج عن ملك المشتري، وهو أحسن من قول المصنف «فإن باعه» لأنه يستغني به عما ذكره بعده. قوله: (كما علمت) من قول المصنف، وكل مبيع فاسد ط. قوله: (وفساده) أي فساد البيع الأول. قوله: (ينقض كل تصرفات المشتري) أي التي يمكن نقضها، بخلاف ما لا يمكن كالإعتاق فإنه يتعين فيه أخذ القيمة من المكره بالكسر، فافهم. قوله: (وسلم) قال في البحر: شرط في الهداية التسليم في الهبة لأنها لا تفيد الملك إلا به، بخلاف البيع. قوله: (أو استولدها) أفاد أنه لا يلزمه مع القيمة العقر، وقيل عليه عقرها أيضاً جامع الفصولين. قال: وظاهره: أي

تجبل ردها مع عقرها اتفاقاً. سراج (بعد قبضه) فلو قبله لم يعتق بعثته بل يعتق البائع بأمره، وكذا لو أمره بطحن الحنطة أو ذبح الشاة فيصير المشتري قابضاً اقتضاء فقد ملك الأمور ما لا يملكه الأمر، وما في الخانية على خلاف هذا، إما رواية أو

ظاهر ما في المتن أن المراد استيلاء حاديث، فلو كانت زوجته أولاً استولدها ثم اشتراها فاسداً وقبضها هل يكون كذلك للملكه إياه؟ فليحرق اهـ.

قلت: الظاهر بقاء الفسخ، لأنه حق الشرع، ولم يعرض عليه تصرف حادث يمنعه.

تنبيه: نقل في النهر عن السراج أن التدبير كالأستيلاء، ومثله في القهستاني، ولم يره في البحر منقولاً فذكره بحثاً. قوله: (بعد قبضه) الأولى ذكره آخر المسائل ط. قوله: (فلو قبله لم يعتق بعثته) تخصيصه التفريع على التعق يوهم أن قوله: «بعد قبضه» متعلق بقوله: «أو أعتقه» فقط وليس كذلك، فكان الأظهر أن يقول: فلو قبله لم تنفذ تصرفاته المذكورة إلا إذا أعتقه البائع بأمر المشتري. قوله: (وكذا لو أمره الخ) وفي جامع الفصولين: ولو برآ فخلطه البائع بطعام المشتري بأمره قبل قبضه صار قابضاً وعليه مثله. بحر. قوله: (فيصير المشتري قابضاً اقتضاء) الاقتضاء ما يقدر لتصحيح الكلام كاعتق عبدك عني بألف فإنه يقتضي سبق البيع ليصح العتق عن الأمر وهنا كذلك، فإن صحة تصرف البائع عن المشتري تقتضي أن يقدر القبض سابقاً عليه، ولهذا قال في المنح عن الفصول العمادية: وإنما كان كذلك لأنه لما أمر البائع بالعتق فقط طلب أن يسلمه على القبض، وإذا أعتق البائع بأمره صار المشتري قابضاً قبضاً سابقاً عليه اهـ فافهم.

مَطْلَبٌ: يَمْلِكُ الْمَأْمُورُ مَا لَا يَمْلِكُهُ الْأَمْرُ

قوله: (ما لا يملكه الأمر) فإن الأمر وهو المشتري لا يصح إعتاقه بنفسه، ولا يجوز له الطحن والذبح، لكن الظاهر أن الأمور وهو البائع في مسألة الطحن والذبح لا يجوز له أيضاً، لأن الواجب عليه الفسخ رفعا للمعصية كما مر، وفي فعله ذلك تقريرها، فقد استوى الأمر والأمر في ذلك، ولذلك ذكر في البحر مسألة الأمر بالعتق فقط. ثم قال: وهذه عجيبة حيث ملك الأمور ما لم يملك الأمر اهـ. والظاهر أن البائع يأثم بالعتق أيضاً لما قلنا، ولكن الذي ملكه هو دون الأمر إنما هو نفاذ العتق مع قطع النظر عن الإثم وعدمه كما في باقي تصرفات المشتري بعد القبض، هذا ما ظهر لي فتدبره.

تنبيه: لهذه المسألة نظير يملك الأمور فيه ما لا يملكه الأمر، وهو ما مر في قول المتن: «أو أمر المسلم ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما ذمياً، أو أمر المحرم غيره ببيع صيده». قوله: (وما في الخانية الخ) أي حيث جعل العتق عن البائع والدقيق والشاة له

غلط من الكاتب كما بسطه العمادي (أو وقفه) وقفاً صحيحاً، لأنه استهلكه حين وقفه وأخرجه عن ملكه، وما في جامع الفصولين على خلاف هذا غير صحيح كما بسطه المصنف (أو رهنه أو أوصى) أو تصدق (به) نفذ البيع الفاسد في جميع ما مر وامتنع الفسخ لتعلق حق العبد به إلا في أربع مذكورة في الأشباه،

أيضاً؛ ومثله في البزازية أيضاً. قوله: (كما بسطه العمادي) وأقره في جامع الفصولين. قوله: (وقفاً صحيحاً) فلو فاسداً كأن اشترط فيه بيعه عند الحاجة لا يمنع الفسخ ط. قوله: (وأخرجه عن ملكه) عطف لازم على قوله: «وقفه». قوله: (وما في جامع الفصولين) حيث قال: ولو وقفه أو جعله مسجداً لا يبطل حق الفسخ ما لم يبين اهـ ح: أي فالمانع من الفسخ هو البناء. قوله: (غير صحيح) حمله في النهر على إحدى روايتين، وهو أولى من التغليب ح. وحمله في البحر على ما إذا لم يقض به، أما إذا قضى به فإنه يرتفع الفساد للزومه.

قلت: لكن المسجد يلزم بدون القضاء اتفاقاً، فافهم. قوله: (أو رهنه) أي وسلمه لأن الرهن لا يلزم بدونه. قوله: (أو أوصى به) أي ثم مات، لأنه ينتقل من ملكه إلى ملك الموصى له وهو ملك مبتدأ فصار كما لو باعه. منح. قوله: (أو تصدق به) أي وسلمه، لأنه لا يخرج عن ملك المتصدق بدون تسليم. قوله: (نفذ البيع الفاسد) أي لزوم، وإلا فالأصل أن الناقد ما قابل الموقوف، واللازم ما لا خيار فيه، وهذا فيه خيار الفساد، وبهذه التصرفات لزوم. تأمل. ثم إن الشارح تبع المصنف حيث جعل فاعل نفذ هو البيع الفاسد، والمفهوم من الهداية أن الفاعل ضمير يعود إلى ما ذكر من التصرفات. وقال في الفتح: فإذا اعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته فيه، وإنما وجبت القيمة لأنه انقطع حق الاسترداد لتعلق حق العبد به، والاسترداد حق الشرع وحق العبد مقدم لفقره، فقد فوّت المكنته بتأخير التوبة اهـ ملخصاً: أي إن الواجب عليه كان هو التوبة بالفسخ والاسترداد، وتأخيرها إلى وجود هذه التصرفات التي تعلق بها حق عبد يكون قد فوّت مكنته من الاسترداد فتعين لزوم القيمة، ومقتضاه أن المعصية تقرررت عليه فلا يخرج عن عهدها إلا بالتوبة، وأن الفسخ قبل هذه التصرفات توبة كما يشير إليه قوله الشارح: «رفعاً للمعصية». قوله: (إلا في أربع النخ) عبارة الأشباه: العقد الفاسد إذا تعلق به حق عبد لزوم وارتفع الفساد إلا في مسائل: أجر فاسداً فأجر المستأجر صحيحاً فلأول نقضها. المشتري من المكره لو باع صحيحاً فللمكره نقضه. المشتري فاسداً إذا أجر فللبائع نقضه، وكذا إذا زوج اهـ. وأنت خبير بأن كلام المتن في تصرف المشتري فاسداً فلا يصح استثناء الأولى لعدم دخولها، وكذا الثانية لاحتراز المتن عنها، والصورة الثالثة والرابعة ذكرهما الشارح حيث قال: «غير إجارة ونكاح» اهـ ح.

وكذا كل تصرف قولي غير إجارة ونكاح، وهل يبطل نكاح الأمة بالفسخ؟ المختار نعم. ولوالجية. ومتى زال المانع

قلت: والضمان في نقضه للعقد الأول بقريته الاستثناء، وعليه فقوله وكذا إذا زوج: أي يكون للبائع نقض البيع لا التزويج، فلا ينافي ما يأتي تحريره. قوله: (وكذا كل تصرف قولي) عطف على قوله في جميع ما مر وأراد به نحو التدبير، وما لو جعله مهراً أو بدل صلح أو إجارة أو غير ذلك مما يخرج عن ملكه كما تفيد عبارة النقاية التي نقلناها عند قوله: «فإن باعه». قوله: (غير إجارة ونكاح) أي فلا يمنعان الفسخ، لأن الإجارة تفسخ بالأعذار، ورفع الفساد من الأعذار والنكاح ليس فيه إخراج عن الملك. بحر. قوله: (وهل يبطل نكاح الأمة) لما ذكر أن النكاح لا يمنع البائع من فسخ البيع أراد أن يبين أنه هل يفسخ النكاح الذي عقده المشتري كما تفسخ الإجارة أم لا. قوله: (المختار نعم ولوالجية) مخالفة لما صرح به في الفتح من عدم الانفساخ، وكذا في الزيلعي وغاية البيان عن التحفة. وقال في المجتبى: إلا الإجارة وتزويج الأمة، لكن الإجارة تفسخ بالاسترداد دون النكاح: وفي التاترخانية عن نوادر ابن سماعة: لو فسخ البيع للفساد وأخذ البائع الجارية مع نقصان التزويج ثم طلقها الزوج قبل الدخول رد البائع على المشتري ما أخذه من النقصان. وفي السراج: لا يفسخ النكاح لأنه لا يفسخ بالأعذار وقد عقده المشتري وهي على ملكه. وقد نقل في البحر عبارة السراج. ثم قال: ويشكل عليه ما ذكره الولوجي في الفصل الأول من كتاب النكاح: لو زوج الجارية المبيعة قبل قبضها وانتقض البيع فإن النكاح يبطل في قول أبي يوسف، وهو المختار، لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل معنى فصار كأنه لم يكن فكان النكاح باطلاً اهـ. إلا أن يحمل ما في السراج على قول محمد، أو يظهر بينهما فرق اهـ ما في البحر. وتبعه في النهر والمنح، وكتبت فيما علقته على البحر أن الفرق موجود، لأن كلام الولوجي فيما قبل القبض، وكلام السراج فيما بعد القبض المفيد للملك؛ ثم رأيت طنبه على ذلك الفرق، وكذلك نبه عليه الخير الرملي في حاشية المنح حيث قال: العجب من ذلك مع أن ما في السراج فيما عقد بعد القبض، وما في الولوجية قبل القبض كما هو صريح كل من العبارتين فكيف يستشكل بإحدهما على الأخرى، ولئن كان كلام السراج في البيع الفاسد وكلام الولوجي في مطلق البيع، فقد تقرر أن فاسد البيع كجائزه في الأحكام، فتأمل اهـ.

قلت: ويكفي ما أسمعناك نقله عن كتب المذهب، على أن الظاهر أن كلام الولوجية لا يمكن حمله على مطلق البيع، بل مراده البيع الفاسد، لأن البيع الصحيح صورة إما أن ينتقض بالاستحقاق أو بالخيار أو بهلاك المبيع قبل قبضه، ولا فرق في الأولين بين ما قبل القبض وما بعده لعدم الملك أصلاً، فتخصيصه الحكم بما قبل القبض

كرجوع هبة وعجز مكاتب وفك رهن عاد حق الفسخ لو قبل القضاء بالقيمة لا بعده (ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما) فيحلفه الوارث، به يفتى (و) بعد الفسخ (لا يأخذه) بائعه (حتى يرد ثمنه) المنقود، بخلاف ما لو شرى من مديونه بدينه شراء فاسداً فليس للمشتري حبسه لاستيفاء دينه كإجارة ورهن وعقد

دليل على أنه أراد البيع الفاسد، فإذا زوجها المشتري قبل القبض ثم فسخ العقد يظهر بطلان النكاح لكونه قبل الملك، بخلاف ما إذا زوجها بعده لأنه زوجها وهي في ملكه فلا يفسخ النكاح بفسخ البيع. وأما إذا ماتت الجارية قبل قبضها في يد البائع فقد صرح في متفرقات بيوع البحر عن الفتح بأنه لا يبطل النكاح وإن بطل البيع. قوله: (كرجوع هبة) أي رجوع واهب في هبته بقضاء أو بدونه كما في البحر عن الفتح. قوله: (عاد حق الفسخ) لأن هذه العقود لم توجب الفسخ من كل وجه في حق الكل فصولين، وكذا لو فسخ البيع بعيب بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمته لزوال المانع، ولو رد بعيب بلا قضاء لا يعود حق الفسخ، كما لو اشتراه ثانياً. بحر. لأن رده بلا قضاء عقد جديد في حق ثالث. قوله: (لا بعده) أي لو زال المانع بعد القضاء بالقيمة على المشتري لا يعود حق الفسخ، لأن القاضي أبطل حق البائع في العين، ونقله إلى القيمة بإذن الشرع فلا يعود حقه إلى العين وإن ارتفع السبب، كما لو قضى على الغاصب بقيمة المغصوب بسبب الإباق ثم عاد العبد. ذخيرة. ومراده بالقيمة ما يعم المثل. قوله: (بموت أحدهما) وكذا بالإجارة والرهن كما علمته. قوله: (حتى يرد ثمنه) أي ما قبضه البائع من ثمن أو قيمة كما في الفتح. قوله: (المنقود) لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن. فتح. والمراد بالمنقود المقبوض احترازاً عن الدين. قوله: (بخلاف ما لو شرى) أي بخلاف غير المنقود كما لو شرى الخ. قوله: (كإجارة ورهن) أي فاسدين اهرح. وقوله: «وعقد صحيح» قيل صوابه «بخلاف عقد صحيح» لما في النهر؛ أما إذا لم يكن الثمن منقوداً، كما إذا اشترى من مدينة عبداً بدين سابق شراء فاسداً وقبضه بالإذن فأراد البائع أخذه بحكم الفساد ليس للمشتري حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والإجارة الفاسدة، وكذا الرهن الفاسد على هذا بخلاف ما إذا كان العقد صحيحاً في الأبواب الثلاثة اهـ.

قلت: هذا بناء على ما فهمه المعترض وهو غير متعين، لأنه يمكن حمل كلام الشارح على وجه صحيح، وهو أن قوله: «كإجارة ورهن» راجع لأصل المسألة، وهو قوله: «لا يأخذه حتى يرد الثمن المنقود» فيكون المراد ما إذا كان بدل الإجارة والرهن منقودين.

قال في البحر: وأشار المؤلف إلى أنه لو استأجر إجارة فاسدة ونقد الأجرة أو ارتهن

صحيح، والفرق في الكافي (فإن مات) أحدهما أو المؤجر أو المستقرض أو الراهن فاسداً. عيني وزيلعي بعد الفسخ (فالمشتري) ونحوه (أحق به) من سائر الغرماء

رهناً فاسداً أو أقرض قرضاً فاسداً وأخذ به رهناً كان له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتباراً بالعقد الجائز إذا تفاسخا اهـ. ونحوه في الفتح وعليه فقوله «وعقد صحيح» قصد بذكره أن هذه العقود مثله إذا كان البدل فيها منقوداً، فإنه إذا كان منقوداً لا فرق بين العقد الصحيح والفاسد في ثبوت حق الحبس بعد الفسخ في الكل، بل الفرق بينهما في غير المنقود.

قال في جامع الفصولين برمز الخانية: شرى من مديونه فاسداً ففسخ ليس له حبس المبيع لاستيفاء دينه وكذا لو أجر دائته إجارة فاسدة، ولو كان عقد البيع أو الإجارة جائزاً فله الحبس لدينه اهـ. فأفاد أن له الحبس في العقد الجائز إذا كان البدل غير دين بالأولى فافهم. قوله: (والفرق في الكافي) أي الفرق بين الفاسد والصحيح إذا كان البدل غير منقود حيث يملك الحبس في الصحيح دون الفاسد هو ما ذكره في كافي النسفي.

وحاصله أنه لما وجب للمديون على المشتري مثل الدين صار الثمن قصاصاً لاستوائهما قدرأً ووصفاً، فاعتبر بما لو استوفيا حقيقة فكان له حق الحبس، وفي الفساد لم يملك الثمن بل تجب قيمة المبيع عند القبض وهي قبله غير مقرر لاحتتمالها السقوط بالفسخ ودين المشتري مقرر، والمقاصة إنما تكون عند الاستواء وصفاً فلم يكن له حق الحبس اهـ. قوله: (فإن مات أحدهما) عبارة العيني، والزيلعي: فإن مات البائع، وهي أنسب لقول المصنف «فالمشتري أحق». قوله: (والمستقرض) بأن استقرض فاسداً وأعطى به رهناً. بحر. قوله: (فاسداً) حال من الكل، وفيه وصف العاقد بصفة عقده مجازاً لأنه محله. قوله: (بعد الفسخ) نص على المتوهم، فإن الحكم كذلك قبل الفسخ بالأولى ط. قوله: (فالمشتري ونحوه) أي المستأجر والمقرض والمرتهن.

وحاصله أن الحي الذي بيده عين المبيع أو المستأجر أو الراهن أحق بما في يده من العين من غرماء الآخر الميت حتى يقبض ما نقد. قال في الفتح: لأنه مقدم عليه: في حياته، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته، إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى، فما فضل للغرماء اهـ. قال الرحمتي: لكن سيأتي في كتاب الإجارة أن الراهن فاسداً أسوة^(١) الغرماء، وسيأتي آخر الرهن مثل ما هنا، ووقفنا بأن ما هنا وما يأتي في الرهن إذا كان سابقاً على الدين، وما في الإجارة إذا كان الدين متقدماً على الرهن اهـ. وسيأتي توضيحه في آخر الرهن إن شاء الله تعالى.

(١) في ط (قوله أن الراهن أسوة) لعل صوابه «أن المرتهن أسوة للغرماء» إذ لا معنى لكون الراهن أسوة للغرماء، فإنه مطلوب لا طالب.

بل قبل تجهيزه فله حق حبسه حتى يأخذ ماله (فيأخذ) المشتري (دراهم الثمن بعينها لو قائمة، ومثلها لو هالكة) بناء على تعيين الدراهم في البيع الفاسد، وهو الأصح (و) إنما (طالب للبائع ما ربح) في الثمن

تنبيه: لم يذكر ما إذا مات المشتري فاسداً. وفي الخلاصة والبزاية: ولو مات المشتري فالبائع أحق من سائر الغرماء بمالته، فإن زاد شيء فهو للغرماء اهـ. ومعناه: أنه لو اشترى عبداً فاسداً وتقابضا ثم مات المشتري وعليه ديون وفسخ البائع البيع مع الورثة فالبائع أحق بمالية العبد وهي ما قبضه من المشتري حتى يسترد العبد المبيع كما لو مات البائع، فإن كانت قيمة العبد أكثر مما قبض فالزائد للغرماء، هذا ما ظهر لي فتأمل. قوله: (بل قبض تجهيزه) أي تجهيز البائع أو المؤجر وما بعده، بمعنى أنه لو مات وكان المبيع ثوباً مثلاً احتيج لتكفيته به فللمشتري حبسه حتى يأخذ ماله. قال ط: والأولى أن يقول: بل من تجهيزه.

مَطْلَبٌ فِي تَعْيِينِ الدَّرَاهِمِ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ

قوله: (بناء على تعيين الدراهم) المراد بها ما يشمل الدنانير. وفي الأشباه: التقد لا يتعين في المعاوضات وفي تعيينه في العقد الفاسد روايتان، ورجح بعضهم تفصيلاً بأن ما فسد من أصله: أي كما لو ظهر المبيع حراً أو أم ولد يتعين فيه لا فيما انتقض بعد صحته: أي كما لو هلك المبيع قبل التسليم والصحيح تعيينه في الصرف بعد فساده وبعد هلاك المبيع، وفي الدين المشترك فيؤمر برد نصف ما قبض على شريكه، وفيما إذا تبين بطلان القضاء، فلو ادعى على آخر مالا وأخذه ثم أقر أنه لم يكن له على خصمه حق فعلى المدعي رد عين ما قبض ما دام قائماً، ولا يتعين في المهر ولو بعد الطلاق قبل الدخول فترد مثل نصفه، ولذا لزمها زكاته لو نصاباً حولياً عندها، ولا في النذر والوكالة قبل التسليم، وأما بعده فالعامة كذلك، وتتعين في الأمانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب. وتماه في جامع الفصولين اهـ. قوله: (المصنف وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري) صورة المسألة ما ذكره محمد في الجامع الصغير: اشترى من رجل جارية ببعاً فاسداً بألف درهم وتقابضا وربح كل منهما فيما قبض بتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم اهـ.

وقول الشارح «وإنما طاب الخ» أورده في صورة جواب عما استشكله صدر الشريعة وصاحب العناية والفتح والدرر والبحر والمنح وغيرهم، من أن المذكور في المتن من أن الربح يطيب للبائع في الثمن التقد هو الموافق للرواية المنصوصة في الجامع الصغير، وهو صريح في أن الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد، فيناقض قولهم إن تعيينها فيه هو الأصح، فإنه يقتضي أن الأصح أنه لا يطيب الربح للبائع فيما قبض، وقد

لا على الرواية الصحيحة المقابلة للأصح. بل على الأصح أيضاً لأن الثمن في العقد الثاني غير متعين، ولا يضر تعيينه في الأول كما أفاده سعدي (لا) يطيب (للمشتري) ما ربح في بيع يتعين بالتعيين بأن باعه بأزيد لتعلق العقد بعينه فتمكن الخبث في الربح فيتصدق به (كما طاب ربح مال ادعاه) على آخر فصدقه على ذلك (فقضى له)

أجاب العلامة سعدي جليبي في حاشية العناية بما أشار إليه الشارح، وهو أنه يطيب على كل من القولين، لأن عدم التعيين إنما هو في العقد الثاني الصحيح، لا في العقد الأول الفاسد اهـ.

ويبانه أنه إذا باع فاسداً وقبض دراهم الثمن ثم فسخ العقد يجب رد تلك الدراهم بعينها على المشتري، لأن الأصح تعيينها في البيع الفاسد، فلو اشترى بها عبداً مثلاً شراء صحيحاً طاب له ما ربح، لأنها لا تتعين في هذا العقد الثاني لكونه عقداً صحيحاً، حتى لو أشار إليها وقت العقد له دفع غيرها، فعدم تعيينها في هذا العقد الصحيح لا ينافي كون الأصح تعيينها في العقد الفاسد. وقد أجاب العلامة الخير الرملي بمثل ما أجاب العلامة سعدي قبل اطلاعه عليه وقال: إني في عجب عجب من فهم هؤلاء الأجلة التناقض من مثل هذا مع ظهوره. قوله: (لا على الرواية الصحيحة) أي القائلة بعدم تعين الدراهم في العقد الفاسد اهـ ح. قوله: (في بيع يتعين بالتعيين) أراد بالبيع المبيع، وأشار بقوله «يتعين بالتعيين» كالعبد مثلاً إلى وجه الفرق بين طيب الربح للبائع لا للمشتري، وهو أن ما يتعين بالتعيين يتعلق العقد به فتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين في عقود المعاوضة، فلم يتعلق العقد الثاني بعينه، فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق كما في الهداية، وإنما لم يتعين النقد لأن ثمن المبيع يثبت في الذمة، بخلاف نفس المبيع لأن العقد يتعلق بعينه، ومفاد هذا الفرق أنه لو كان بيع مقايضة لا يطيب الربح لهما، لأن كلاً من البديلين مبيع من وجه ولو كان عقد صرف يطيب لهما، لكن قدمنا آنفاً في الأشباه أن الصحيح تعيينه في الصرف بعد فساده. وفي شرح البيري عن الخلاطي أنه الصحيح المذكور في عامة الروايات اهـ فافهم. قوله: (بأن باعه بأزيد) تصوير لظهور الربح فلا يطيب له ذلك الزائد عما اشترى به، وأفاد أن ذلك في أول عقد. وأما إذا أخذ الثمن واتجر وربح بعده أيضاً يطيب له لعدم التعيين في العقد الثاني كما نبه عليه ط، وهو ظاهر مما مر. قوله: (كما طاب الخ) صورته ما في الجامع الصغير أيضاً: لو ادعى على آخر مالاً فقضاه ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على أنها دينه يطيب له الربح، لأن الدين وجب بالإقرار عند الدعوى ثم استحق بالتصادق وكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين، وبدل المستحق مملوك ملكاً فاسداً، بدليل أن من اشترى عبداً بجارية أو ثوب ثم أعتق العقد واستحقت الجارية يصح عتق العبد، فلو لم يكن بدل المستحق مملوكاً لم

أي أوفاه إياه (ثم ظهر عدمه بتصادقهما) إنه لم يكن عليه شيء، لأن بدل المستحق مملوكاً ملكاً فاسداً، والخبث لفساد الملك إنما يعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين، وأما الخبث لعدم الملك كالغصب فيعمل فيهما كما بسطه خسرو وابن الكمال. وقال الكمال: لو تعمد الكذب في دعواه الدين لا يملكه أصلاً، وقواه في النهر. وفيه: الحرام ينتقل، فلو دخل بأمان وأخذ مال حربي بلا رضاه وأخرجه إلينا ملكه وصح بيعه، لكن لا يطيب له ولا للمشتري منه، بخلاف البيع الفاسد فإنه لا يطيب له لفساد عقده، ويطيب للمشتري منه لصحة عقده. وفي حظر الأشباه:

يصح العتق، إذ لا عتق في غير الملك. وتمامه في الفتح. قوله: (لأن بدل المستحق مملوكاً) كذا فيما رأيته في عدة نسخ بنصب مملوكاً وهو كذلك في بعض نسخ النهر، وفي بعضها بالرفع وهو الصواب على اللغة المشهورة في رفع خبر إن. قوله: (فيما يتعين) كالعرض لا فيما لا يتعين كالنقد، ومر بيانه. قوله: (كالغصب) وكالوديعة، فإذا تصرف الغاصب أو المودع في العرض أو النقد يتصدق بالربح لتعلق العقد بمال غيره. وتمامه في الدرر. قوله: (وقال الكمال الخ) تقييد لما في المتن. قوله: (لا يملكه أصلاً) لأنه متيقن أنه لا ملك له فيه فتح: أي فلا يطيب له ما ربح مطلقاً سواء تعين أو لا. قوله: (وقواه في النهر) بتصريحهم في الإقرار بأن المقر له إذا كان يعلم أن المقر كاذب في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه، أما لو اشتبه الأمر عليه حل له الأخذ عند محمد، خلافاً لأبي يوسف، وحيث لا يطيب له ربحه، ويحمل الكلام هاهنا على ما إذا ظن أن عليه ديناً بالإرث من أبيه ثم تبين أن وكيله أوفاه لأبيه فتصادقاً على أن لا دين فحيث لا يطيب له، وهذا فقه حسن فتدبره اهـ. ونقله عنه الرملي وأقره، وبه اندفع ما في البحر من أن ظاهر إطلاقهم خلاف ما في الفتح. قوله: (الحرام ينتقل) أي تنتقل حرمة وإن تداولته الأيدي وتبدلت الأملاك. ويأتي تمامه قريباً. قوله: (ولا للمشتري منه) فيكون بشرائه منه مسيئاً لأنه ملكه بكسب خبيث، وفي شرائه تقرير للخبث ويؤمر بما كان يؤمر به البائع من رده على الحربي، لأن وجوب الرد على البائع إنما كان لمراعاة ملك الحربي ولأجل غدر الأمان، وهذا المعنى قائم في ملك المشتري كما في ملك البائع الذي أخرجه، بخلاف المشتري شراء فاسداً إذا باعه من غيره بيعاً صحيحاً فإن الثاني لا يؤمر بالرد وإن كان البائع مأموراً به، لأن الموجب للرد قد زال ببيعه، لأن وجوب الرد بفساد البيع حكمه مقصور على ملك المشتري وقد زال ملكه بالبائع من غيره، كذا في شرح السير الكبير للسرخسي من الباب الخامس بعد المائة.

مَطْلَبٌ: الْبَيْعُ الْفَاسِدُ لَا يَطْيَبُ لَهُ وَيَطْيَبُ لِلْمُشْتَرِي مِنْهُ

قوله: (ويطيب للمشتري منه لصحة عقده) فيه أن عقد المشتري في المسألة الأولى

الحرمة تتعدد مع العلم بها إلا في حق الوارث وقيده في الظهيرية بأن لا يعلم أرباب الأموال،

صحيح أيضاً، وقد ذكر هذا الحكم في البحر معزياً للإسبيجاني بدون هذا التعليل، فكان المناسب إسقاطه.

ثم اعلم أنه ذكر في شرح السير الكبير في الباب الثاني والستين بعد المائة أنه إن لم يردده يكره للمسلمين شراؤه منه لأنه ملك خبيث بمنزلة المشتري فاسداً إذا أراد بيع المشتري بعد القبض يكره شراؤه منه وإن نفذ فيه بيعه وعتقه لأنه ملك حصل له بسبب حرام شرعاً اهـ. فهذا يخالف لقوله «ويطيب للمشتري» وقد يجاب بأن ما أخرجه من دار الحرب لما وجب على المشتري رده على الحربي لبقاء المعنى الموجب على البائع رده تمكن الخبث فيه فلم يطب للمشتري أيضاً كالبائع، بخلاف البيع الفاسد فإن رده واجب على البائع قبل البيع لا على المشتري، لعدم بقاء المعنى الموجب للرد كما قدمناه فلم يتمكن الخبث فيه فلذا طاب للمشتري، وهذا لا ينافي أن نفس الشراء مكروه لحصوله للبائع بسبب حرام، ولأن فيه إعراضاً عن الفسخ الواجب، هذا ما ظهر لي.

مَطْلَبٌ: الْحُرْمَةُ تَتَعَدَّدُ

قوله: (الحرمة تتعدد الخ) نقل الحموي عن سيدي عبد الوهاب الشعراني أنه قال في كتابه المتن: وما نقل عن بعض الحنفية من أن الحرام لا يتعدى ذمتين. سألت عنه الشهاب ابن الشلبي فقال: هو محمول على ما إذا لم يعلم بذلك، أما لو رأى المكاس مثلاً يأخذ من أحد شيئاً من المكس ثم يعطيه آخر ثم يأخذ من ذلك الآخر آخر فهو حرام اهـ.

مَطْلَبٌ فِيمَنْ وَرِثَ مَالاً حَرَاماً

قوله: (إلا في حق الوارث الخ) أي فإنه إذا علم أن كسب مورثه حرام يحل له، لكن إذا علم المالك بعينه فلا شك في حرمة ووجوب رده عليه، وهذا معنى قوله «وقيده في الظهيرية الخ». وفي منية المفتي: مات رجل ويعلم الوارث أن أباه كان يكسب من حيث لا يحل ولكن لا يعلم الطالب بعينه ليرد عليه حل له الإرث، والأفضل أن يتوزع ويتصدق بنية خصماء أبيه اهـ. وكذا لا يحل إذا علم عين الغصب مثلاً وإن لم يعلم مالكة، لما في البزازية: أخذ مورثه رشوة أو ظلماً، إن علم ذلك بعينه لا يحل له أخذه، وإلا فله أخذه حكماً، أما في الديانة فيتصدق به بنية إرضاء الخصماء. اهـ.

والحاصل أنه إن علم أرباب الأموال وجب رده عليهم، وإلا فإن علم عين الحرام لا يحل له ويتصدق به بنية صاحبه وإن كان مالاً مختلطاً مجتمعاً من الحرام ولا يعلم أربابه ولا شيئاً منه بعينه حل له حكماً، والأحسن ديانة التنزه عنه. فقي الذخيرة: مثل الفقيه أبو

وسنحقيقه ثمة .

(بنى أو غرس فيما اشتراه فاسداً) شروع فيما يقطع حق الاسترداد من الأفعال الحسية بعد الفراغ من القولية (لزمه قيمتهما) وامتنع الفسخ . وقالوا: ينقضهما ويرد المبيع، ورجحه الكمال . وتعقبه في النهر لحصولهما بتسليط البائع،

جعفر عن اكتسب ماله من أمراء السلطان ومن الغرامات المحرمات وغير ذلك هل يحل لمن عرف ذلك أن يأكل من طعامه؟ قال: أحب إليّ في دينه أن لا يأكل ويسعه حكماً إن لم يكن ذلك الطعام غصباً أو رشوة . وفي الخاتبة: امرأة زوجها في أرض الجور، إن أكلت من طعامه ولم يكن عين ذلك الطعام غصباً فهي في سعة من أكله، وكذا لو اشترى طعاماً أو كسوة من مال أصله ليس بطيب فهي في سعة من تناوله والإثم على الزوج اهـ . قوله: (وسنحقيقه ثمة) أي في كتاب الحظر والإباحة . قال هناك بعد ذكره ما هنا لكن في المجتبى: مات وكسبه حرام فاليراث حلال، ثم رمز وقال: لا نأخذ بهذه الرواية، وهو حرام مطلقاً على الورثة فتنبه اهـ ح . ومفاده الحرمة وإن لم يعلم أربابه، وينبغي تقييده بما إذا كان عين الحرام ليوافق ما نقلناه، إذ لو اختلط بحيث لا يتميز يملكه ملكاً خبيثاً، لكن لا يحل له التصرف فيه ما لم يؤدّ بدله كما حققناه قبيل باب زكاة المال، فتأمل .

مَطْلَبٌ فِي أَحْكَامِ زِيَادَةِ الْمَبِيعِ فَاسِداً

قوله: (بنى أو غرس فيما اشتراه فاسداً) وكذا لو شرى فاسداً قاضبان نخل فغرسه وأطعم وإن شراه مطعماً فكذلك عنده، وعند الثاني يقلعه إن لم يضرّ الأرض . ذخيرة . قوله: (لزمه قيمتهما) أي قيمة الدار والأرض . منح . والأولى إفراد الضمير لأن العطف بأو، وعلله الكرخي في مختصره بأن البناء استهلاك عند الإمام: أي ومثله الغرس لأن البناء والغرس يقصد بهما الدوام وقد حصلنا بتسليط من البائع فينقطع بهما حق الاسترداد كالبيع . قوله: (ورجحه) حيث قال: وقولهما أوجه، وكون البناء يقصد للدوام يمنع للاتفاق في الإجارة على إيجاب القلع، فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا، فإن قال: إن المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء قلنا المشتري فاسداً أيضاً يكلف القلع عندنا اهـ . قوله: (وتعقبه في النهر الخ) حيث قال: أقول: البناء الحاصل بتسليط البائع إنما يقصد به الدوام، بخلاف الإجارة، وبهذا عرف أن محط الاستدلال إنما هو التسليط من البائع، وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد اهـ .

قلت: وفيه أن المؤجر أيضاً سلب المستأجر على الانتفاع بأرضه والمستأجر يملك البناء، فالأحسن الجواب بالفرق بين التسليطين بأن البائع سلطه على المبيع على وجه قد ينقطع به حق الاسترداد، بأن يخرج عن ملكه ببيع ونحوه، أو بأن يفعل فيه ما يقصد به

وكذا كل زيادة متصلة غير متولدة كصبغ وخياطة وطحن حنطة ولت سويق وغزل قطن وجارية علفت منه، فلو منفصلة كولد أو متولدة كسمن فله الفسخ، ويضمنها باستهلاكها سوى منفصلة غير متولدة. جوهرة. وفي جامع الفصولين: لو نقص في يد المشتري بفعل المشتري أو المبيع أو بأفة سماوية أخذه البائع مع الأرض، ولو

الدوام لجواز أن لا يطلب البائع الفسخ قبله، بخلاف المؤجر فإنه إنما سلطه في وقت خاص. وأما كون الفسخ حقاً للشرع فلا يبطل بتسليط البائع فينقض بأنه قد بطل بإخراجه عن ملكه ببيع ونحوه وهو بتسليط البائع، فكذا هنا تقديماً لحق العبد لفرقه، وكون البيع ونحوه تعلق به حق الغير فيقدم، وهنا تعلق به حق العاقد العاصي فلا يقدم قد يمنع بأن العاصي لم يبطل الشرع حقه، كمن غصب حجراً وجعله أس حائطه يضمن قيمته ولا يكلف. بنقص الحائط، فافهم. قوله: (وكذا) أي ومثل البناء والغرس في امتناع الفسخ كل زيادة متصلة بالمبيع غير متولدة منه. قوله: (وجارية علفت منه) جعله من الزيادة الغير المتولدة نظراً لماء الرجل ط. قوله: (فلو منفصلة كولد الخ) أي بأن ولدت من غير المشتري. وفي الجوهرة: لو كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة انقطع حق الفسخ، وإن كانت متولدة: أي كالسمن لا تمنع الفسخ، وكذا منفصلة متولدة كالولد والعقر والأرض، ولو هلكت هذه الزوائد في يد المشتري لا يضمنها، وإن استهلكها ضمن، وإن هلك المبيع فقط فللبائع أخذها وأخذ قيمة المبيع يوم القبض، وإن كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والهبة فللبائع أخذ المبيع معها ولا تطيب له ويتصدق بها، وإن هلكت في يد المشتري لا يضمن، وكذا لو استهلكها عنده، وعندهما: يضمن، وإن استهلك المبيع فقط ضمنه والزوائد له لتقرر ضمان الأصل اه ملخصاً. وبه علم أن الزيادة بأقسامها الأربع لا تمنع الفسخ، إلا المتصلة الغير المتولدة، أما المتصلة المتولدة كالسمن و المنفصلة المتولدة كالولد والغير المتولدة كالكسب فإنها لا تمنع الفسخ، وأنه يضمن المنفصلة المتولدة بالاستهلاك لا بالهلاك، وكذا غير المتولدة عندهما لا عنده، وهذا التقرير أيضاً موافق لما في البحر عن جامع الفصولين. قوله: (سوى منفصلة غير متولدة) أي كالكسب، وهذا استثناء من قوله «ويضمنها باستهلاكها» فإن هذه لا تضمن بالاستهلاك عند الإمام كما علمته.

مَطْلَبٌ: أَحْكَامُ نَقْصَانِ الْمَبِيعِ فَاسِداً

قوله: (لو نقص الخ) شروع في حكم نقصان البيع فاسداً بعد بيان زيادته. قوله: (أخذ البائع مع الأرض) أي أرض النقصان، ويجبر على ذلك لو أراد المشتري، لما في جامع الفصولين: لو قطع ثوباً شراه فاسداً ولم يخطه حتى أودعه عند بائعه يضمن نقص القطع لا قيمته لو صوله إلى ربه إلا قدر نقصه فوق عن الرد المستحق. قال: هذا التعليل

بفعل البائع صار مسترداً ولو بفعل أجنبي، خير البائع.

(وكره) تحريماً مع الصحة (البيع عند الأذان الأول) إلا إذا تبايعا يمشيان فلا بأس به لتعليل النهي بالإخلال بالسعي، فإذا انتفى انتفى، وقد خص منه من لا

إشارة إلى أن المبيع فاسداً إذا نقص في يد المشتري لا يبطل حقه في الرد، إذ لو بطل لما كان الرد مستحقاً عليه اهـ. فهو كما ترى ناطق بما قلنا. رملي.

تنبيه: لو زال العيب رجع المشتري على البائع بالأرش الذي دفعه إليه، كما لو ابيضت عين الجارية في يد المشتري فاسداً وردھا مع نصف القيمة ثم ذهب البياض فعلى البائع رد الأرش كما في التارخانية، ومثله ما قدمناه عنها فيما لو زوج المشتري الأمة ثم فسخ البيع وأخذ البائع نقصان التزويج ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها رجع المشتري على البائع بما أخذ. قوله: (صار مسترداً) حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد منه حبس عن البائع هلك على البائع. جامع الفصولين. قوله: (خير البائع) إن شاء أخذه من المشتري وهو يرجع على الجاني، وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري. جامع الفصولين. قوله: (وكره تحريماً مع الصحة) أشار إلى وجه تأخير المكروه عن الفاسد مع اشتراكهما في حكم المنع الشرعي والإثم، وذلك أنه دونه من حيث صحته وعدم فساده، لأن النهي باعتبار معنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا في شرائط صحته، ومثل هذا النهي لا يوجب الفساد بل الكراهية كما في الدرر. وفيها أيضاً أنه لا يجب فسخه ويملك المبيع قبل القبض ويجب الثمن لا القيمة اهـ. لكن في النهر عن النهاية أن فسخه واجب على كل منهما أيضاً صوتاً لهما عن المحذور وعليه مشى الشارح في آخر الباب، ويأتي تمامه. قوله: (عند الأذان الأول) وهو الذي يجب السعي عنده. قوله: (إلا إذا تبايعا يمشيان الخ) قال الزيلعي: هذا مشكل، فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقاً، فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصاً وهو نسخ، فلا يجوز بالرأي. شرنبلالية. والجواب ما أشار إليه الشارح من أن النص معلل بالإخلال بالسعي وخصص، لكن ما مشى عليه الشارح هنا مشى على خلافه في الجمعة تبعاً للبحر والزيلعي. قوله: (وقد خص منه الخ) جواب ثان: أي والعام إذا دخله التخصيص صار ظنياً فيجوز تخصيصه ثانياً بالرأي: أي بالاجتهاد، وبه اندفع قول الزيلعي: فلا يجوز بالرأي.

قلت: وفيه نظر، فإن إشكال الزيلعي من حيث أن قوله تعالى: ﴿وفروا البيع﴾ مطلق عن التقييد بحالة دون حالة، فإن مفاد الآية الأمر بترك البيع عند النداء، وهو شامل لحالة المشي، والذي خص منه من لا تجب عليه الجمعة هو الواو في ﴿فاسعوا﴾ ولا يلزم منه تخصيص من ذكر أيضاً في ﴿وفروا البيع﴾ لأن القرآن في النظم لا يلزم منه المشاركة في الحكم كما تقرر في كتب الأصول، نظيره قوله تعالى: ﴿أقيموا الصلاة وآتوا

جمعة عليه. ذكره المصنف. (و) كره (النجش) بفتحين ويسكن: أن يزيد ولا يريد الشراء أو يمدحه بما ليس فيه ليروجه ويجري في النكاح وغيره. ثم النهي محمول على ما (إذا كانت السلعة بلغت قيمتها، أما إذا لم تبلغ لا) يكره لانتفاع الخداع. عناية (والسوم على سوم غيره) ولو ذمياً أو مستأناً، وذكره الأخ في الحديث ليس قيداً، بل لزيادة التنفير. نهر. وهذا (بعد الاتفاق على مبلغ الثمن) أو المهر (وإلا لا) يكره لأنه بيع من يزيد، وقد باع عليه الصلاة والسلام قدحاً وحلساً ببيع من يزيد

الزكاة ﴿فإن الخطاب عام في الموضعين، لكن خص الدليل من الأول جماعة كالمريض العاجز، ومن الثاني جماعة كالفقير مع أن المريض تلزمه الزكاة والفقير تلزمه الصلاة.﴾

والحاصل أن الدليل خص من وجوب السعي جماعة كالمريض والمسافر، ولم يرد الدليل بتخصيص هؤلاء من وجوب ترك البيع فيقى الأمر شاملاً لهم، إلا أن يعلل بترك الإخلال بالسعي فيرجع إلى الجواب الأول فلم يفد الثاني شيئاً، فتأمل. قوله: (وكره النجش) لحديث الصحيحين: «لَا تَتَلَقَى الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ وَلَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِيَادٍ»^(١). فتح. قوله: (أو يمدحه) تفسير آخر، عبر عنه في النهر بقيل نقلاً عن القرماني في شرح المقدمة قال: وفي القاموس ما يفيد. قوله: (في النكاح وغيره) أي كالإجارة، وهذا ذكره المصنف في منحه. قوله: (لا يكره) بل ذكر القهستاني وابن الكمال عن شرح الطحاوي أنه في هذه الصورة محمود. قوله: (والسوم على سوم غيره) وكذا البيع على بيع غيره. ففي الصحيحين: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ تَلَقِّي الرُّكْبَانَ» إلى أن قال: «وَأَنْ يَسْتَأْمَ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ» وفي الصحيحين أيضاً: «لَا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ».

وصورة السوم أن يتراضيا بثمان ويَقَع الركون به فيجيء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله.

وصورة البيع أن يتراضيا على ثمن سلعة فيقول آخر أنا أبيعك مثلها بأنقص من هذا الثمن أفاده في الفتح قال الحخير الرملي: ويدخل في السوم الإجارة، إذ هي بيع المنافع. قوله: (بل لزيادة التنفير) لأن السوم على السوم يوجب إباحشاً وإضراراً، وهو في حق الأخ أشد منعاً. قال في النهر كقوله في الغيبة: ذكرك أخاك بما يكره، إذ لاخفاء في منع غيبة الذمي. قوله: (وقد باع عليه الصلاة والسلام قدحاً وحلساً الخ) رواه أصحاب السنن الأربعة في حديث مطول ذكره في الفتح. وفي المصباح: الحلس كساء يجعل على ظهر البعير

(وتلقى الجلب) بمعنى المجلوب أو الجالب، وهذا إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر) على الواردين لعدم علمهم به، فيكره للضرر والغرر (أما إذا انتفيا فلا يكره).

(و) كره (بيع الحاضر للبادي) وهذا (في حالة قحط وعوز، وإلا لا) لانعدام الضرر، قيل الحاضر الملك والبادي المشتري، والأصح كما في المجتبى أنهما السمسار والبائع

تحت رحله جمعه أحلاس كحمل وأحمال والجلس بساط يبسط في البيت. قوله: (وتلقى الجلب) بفتحين وهو المراد من تلقي الركبان في الحديث المار، وهذا يؤيد تفسيره بالجالب، لأن الركبان جمع راكب، لكن الذي في المصباح والمغرب تفسيره بالمجاوب تأمل.

قال في الفتح: وللتلقي صورتان:

إحدهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعه من أهل البلد بزيادة. وثانيهما^(١) أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر. قوله: (للضرر والغرر) لف ونشر مرتب، فالضرر في الصورة الأولى والغرر بتلبس السعر في الصورة الثانية. قوله: (وبيع الحاضر للبادي) لحديث الصحيحين عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: «نهى رسول الله ﷺ أن يتلقى الركبان، وأن يبيع حاضر لباد» قال: قلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال: لا يكون له سمساراً فتح. والحاضر من كان من أهل الحضر خلاف البدو، فالبادي من كان من أهل البادية أي البرية، ويقال حضري وبدوي نسبة إلى الحضر والبدو. قوله: (في حالة قحط وعوز) القحط: انقطاع المطر. والعوز: بتحريك الواو الحاجة. قال في المصباح: عوز الشيء عوزاً من باب تعب عز فلم يوجد، وعزت الشيء أعوزه من باب قال احتجب إليه فلم أجده. قوله: (قيل الحاضر المالك الخ) مشى عليه في الهداية حيث قال: وهو أن يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم أه أي بأهل البلد. قال الخير الرملي: ويشهد لصحة هذا التفسير ما في الفصول العمادية عن أبي يوسف: لو أن أعراباً قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ويضر ذلك بأهل الكوفة قال أمنعهم عن ذلك، قال ألا ترى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة فهذا أولى أه. قوله: (والأصح أنهما^(٢) السمسار والبائع) بأن يصير الحاضر سمساراً للبادي البائع. قال في الفتح قال الحلواني: هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك فيتوكل له ويبيع ويغالي،

(١) في ط (قوله وثانيهما) هكذا بخطه، والأولى «وثانيهما» كما لا يخفى.

(٢) في ط (قوله والأصح أنهما الخ) الذي في نسخ الشارح «والأصح كما في المجتبى أنهما الخ»

لموافقته آخر الحديث «دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا»^(١) ولذا عدى باللام لا بمن (لا) يكره (بيع من يزيد) لما مر ويسمى بيع الدلالة (ولا يفرق) عبر بالنفي مبالغة في المنع «للعنة عليه الصلاة والسلام من فرَّقَ بَيْنَ وَالِدٍ وَوَلَدِهِ وَأَخٍ وَأَخِيهِ» رواه ابن ماجه وغيره. عيني. وعن الثاني فساده مطلقاً، وبه قال زفر والأئمة الثلاثة (بين صغير) غير بالغ

ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس. قوله: (لموافقته آخر الحديث) ولموافقته لتفسير راوي الحديث كما قدمناه عن الصحيحين. قوله: (دعوا الناس يرزق بعضهم بعضاً) كذا في البحر. والذي في الفتح: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» ونقل الخير الرملي عن ابن حجر الهيثمي أن بعضهم زاد: دعوا الناس في غفلاتهم، ونسبه لمسلم. قال: وهو غلط لا وجود لهذه الزيادة في مسلم، بل ولا في كتب الحديث كما قضى به سبر ما بأيدي الناس منها اهـ. قوله: (ولذا عدى باللام لا بمن) هذا مرجح آخر للتفسير الثاني، فإن اللام في «أن يبيع حاضر لباد» تكون على حقيقتها وهي التعليل: أما على التفسير الأول تكون بمعنى «من» أو زائدة، لأنه يقال: بعث الثوب من زيد. قال في المصباح. وربما دخلت اللام مكان «من»؛ يقال بعثك الشيء وبعته لك، فاللام زائدة زيادتها في قوله تعالى: «وَإِذْ بَوَّأْنَا لِإِبْرَاهِيمَ مَكَانَ الْبَيْتِ» والأصل بوأنا إبراهيم. قوله: (لما مر) أي قريباً من قوله: «وقد باع عليه الصلاة والسلام النخ». قوله: (ويسمى بيع الدلالة) أي بيع الدلال. قال في الفتح. وهو صفة البيع في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة.

مَطْلَبٌ فِي التَّفْرِيقِ بَيْنَ الصَّغِيرِ وَمَحْرَمِهِ

قوله: (ولا يفرق) بالبناء للمجهول، وهو أولى من قول النهر: ولا يفرق المالك، لأن حذف الفاعل لا يجوز، إلا أن يقال: إنه تفسير للضمير الراجع إلى المالك المفهوم من المقام، تأمل. وكما يمنع المالك عن التفريق يمنع المشتري كما يأتي، والكرهية فيه تحريمية كما في الفتح. قوله: (عبر بالنفي مبالغة في المنع) كذا في الفتح. ووجهه أن شأن المسلم عدم فعل المحرم شرعاً، فكأنه أمر لا يقع منه لا حاجة إلى نهي عنه. قوله: (وعن الثاني النخ) قال العلامة نوح في حواشي الدرر: وعن أبي يوسف روايتان: رواية لا يجوز البيع في قرابة الولاد ويجوز في قرابة غيرها، وهو الأصح في مذهب الشافعي. وفي رواية: لا يجوز في الكل: أي قرابة الولاد وغيرها، وهو قول الإمام أحمد، لأن الأمر بالرد في الحديث لا يكون إلا في الفاسد. وقال مالك: لا يجوز في الأم ويجوز في غيرها اهـ، وما ذكره الشارح بعيد عن هذا ط. قوله: (غير بالغ) أشار به إلى أن مدة منع التفريق تمتد إلى بلوغ الصغير

(وذى رحم محرم منه) أي محرم من جهة الرحم لا الرضاع كابن عم هو أخ رضاعاً، فافهم (إلا إذا كان) التفريق بإعتاق وتوابعه ولو على مال، أو بيع ممن حلف بعته، أو كان المالك كافراً لعدم مخاطبته بالشرائع. أو متعدداً ولو الآخر لطفله أو مكاتبه

بالاحتلام أو بالحيض، وهو قول للشافعي وفي أظهر قوليه: إلى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب. وقال بعض مشايخنا: إذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا بأس به، لأنهما من أهل النظر لأنفسهما، وربما يريان المصلحة في ذلك. فتح. قوله: (وذى رحم) أطلقه فشمّل ما إذا كان صغيراً أيضاً أو كبيراً كما في الهداية وغيرها، ولذا قال بعده: بخلاف الكبيرين. قوله: (أي محرم من جهة الرحم) أشار إلى أن الضمير في «منه» راجع إلى الرحم لا إلى الصغير، فلا بد أن تكون محرّمته من جهة الرحم لا من الرضاع احترازاً عن ابن عم هو أخ رضاعاً فإنه رحم محرم لكن محرّمته من الرضاع لا من الرحم، وإلى ذلك أشار بقوله فافهم. وخرج أيضاً بالأولى المحرم لا من الرحم كالأخ الأجنبي رضاعاً وامرأة الأب والرحم غير المحرم كابن العم. قوله: (وتوابعه) هي التدبير والاستيلاء والكتابة ح. قوله: (ولو على مال) مبالغة على الإعتاق فقط كما لا يخفى، فلو قدمه لكان أولى اهـ ح. لكن إذا كان مما لا يخفى استوى فيه التقديم والتأخير، فافهم. قوله: (أو يبيع ممن حلف بعته) أي إذا حلف بقوله إن ملكت هذا فهو حرّ فباعه المالك منه ليعتق لم يكره، لأن العتق ليس بتفريق، بل فيه زيادة التمكّن من الاجتماع مع محرمه. قوله: (أو كان المالك كافراً) ظاهره ولو كان المشتري مسلماً لكان لا يناسبه التعليل ومع أنه يكره التفريق بالشراء. وفي الفتح: أما إذا كان كافراً فلا يكره لأنهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه أنه إن كان التفريق في ملتهم حلالاً لا يتعرّض لهم، إلا إن كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم، وإن كان ممتنعاً في ملتهم فلا يجوز اهـ. وذكر قبله أن يجوز للمسلم شراؤه من حربي مستأمن، لأن مفسدة التفريق عارضها أعظم منها وهو ذهابه إلى دار الحرب، وفيه مفسدة الدين والدنيا، أما الدين فظاهر، وأما الدنيا فتعرضه للمقتل والسبي اهـ. وظاهره أنه يكره للمسلم شراؤه من كافر غير حربي لعدم هذه المفسدة العارضة، وهو موافق لما استوجهه فيما مر؛ وعلى هذا فلا وجه لما في النهر من أن المراد بالحربي الكافر، وبه ظهر أنه كان الأولى للشارح: أي يقول كما في البحر: أو كان البائع حربياً مستأمناً لمسلم فإنه لا يمنع المسلم من الشراء دعفاً للمفسدة. قوله: (أو متعدداً الخ) أي إذا كان المالك متعدداً، بأن كان أحدهما لزيد والآخر لعمرو فلا بأس بالبيع وإن كان العبد الآخر لطفل المالك الأول أو لمكاتبه، إذ الشرط اجتماعهما في ملك شخص واحد. قال في البزازية: ولو أحدهما له والآخر لولده الصغير أو لمملوكه أو لمكاتبه أو مضاربه لا يكره التفريق، ولو كلاهما له فباع أحدهما من ابنه الصغير يكره اهـ. وبقي ما إذا كانت الشركة في كل

فلا بأس به، أو تعدد محارمه فله بيع ما سوى واحد غير الأقرب والأبوين والملحق بهما. فتح. أو (بحق مستحق) كخروجه مستحقاً،

منهما معاً، وظاهر القهستاني^(١) عدم الكراهة أيضاً فليراجع. قوله: (فلا بأس) جواب لقوله: «ولو الآخر لطفه» على أن «لو» شرطية لا وصلية، وإنما فصله عما قبله مصرحاً بالجواب للتنبية على أنه لا يكره وإن كان له ولاية على طفله بحيث يمكنه بيعهما معاً بلا تفريق وإن كان له حق في مال مكاتبه بحيث يمكن عود الآخر إلى ملكه إذا عجز المكاتب، فافهم. قوله: (أو تعدد محارمه الخ) أي محارم الصغير، كما لو كان له أخوان شقيقان مثلاً أو عمان أو خالان أو أكثر فله بيع الزائد على الواحد منهم، ويبقى الواحد مع الصغير ليستأنس به. وله بيع الصغير مع واحد منهم لا وحده. قال في الفتح: وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كباراً وثلاثة صغاراً فباع مع كل صغير كبيراً جازاً استحساناً. قوله: (غير الأقرب) حال من ما ادهح؛ فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم باع غير الشقيقة كما في الفتح. قوله: (والأبوين) أي وغير الأبوين، فإذا كان معه أبواه لا يبيع واحداً منهما هو الصحيح في المذهب كما في البحر عن الكفاية. قوله: (والمالحق بهما) كأخ لأب وأخ لأم أو خال وعم، فالملحق بقراءة الأم قام مقامها، والملحق بالأب كالأب. وإذا كان للصغير أب وأم واجتمعوا في ملك واحد لا يفرق بين أحدهم، فكذا هنا، وكذا لو كان له عمه وخالة أو أم أب وأم أم لم يفرق بينه وبين أحدهما. جوهره.

قلت: لكن الإلحاق بالأبوين إنما يعتبر عند عدم أحدهما، لما في الفتح: لو كان معه أم وأخ أو أم وعمه أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الأم في ظاهر الرواية وهو الصحيح، لأن شفقة الأم تغني عن سواها، ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها، والجدة كالأم؛ فلو كان له جدة وعمه وخالة جاز بيع العمه والخالة، ولو كان معه عمه وخالة لم يباعوا إلا معاً لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة. ثم قال: ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة فالقياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما. وفي الاستحسان، لا يباع لأن الأب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيمتنع احتياطاً، فصار الأصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه، وإن كانوا في درجة وكانوا من جنسين مختلفين كالأب والأم والخالة والعمه لا يفرق، ولكن يباع الكل أو يمكس الكل، وإن كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين جاز أن يمكس مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه، ومثل الخال والعم أخ لأب وأخ لأم اده. قوله: (كخروجه مستحقاً) بأن

(١) في ط (قوله وظاهر القهستاني الخ) حيث قال: ولا بينهما إذا كانا لرجلين لكل منهما شقص أو لصبي ورجل أو لرجل وامرأته أو مكاتبه أو مضاربه وتمامه في النظم. والشقص الطائفة من الشيء كما في المصباح فيمكن أن يكون مراده بالشقص واحداً. فيكون المعنى: لكل منهما عبد.

و (كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين) أو بإتلاف مال الغير (ورده بعيب) لأن النظر في دفع الضرر عن الغير لا في الضرر بالغير (بخلاف الكبيرين والزوجين) فلا بأس به خلافاً لأحمد، فالمستثنى أحد عشر.

(وكما يكره التفريق ببيع) وغيره من أسباب الملك كصدقة ووصية (يكره) بشراء إلا من حرّبي. ابن ملك. و (بقسمة في الميراث والغنائم) جوهرة.

اعلم أن فسخ المكره واجب على كل واحد منهما أيضاً. بحر وغيره. لرفع الإثم. مجمع. وفيه: ونصح شراء كافر

ادعى رجل أحدهما أنه له وأثبتته. قوله: (بالجناية) كأن قتل أحدهما رجلاً خطأ ودفعه سيده بها. قوله: (وبيعه بالدين) بأن كان مأذوناً واستغرقه الدين. قوله: (لأن النظر الخ) يعني أن المنظور إليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا إلحاق الضرر به: أي بالملك، فلو منعنا التفريق هنا كان إلزاماً للضرر بالملك، كذا في الفتح، أي لأن المالك يتضرر بإلزامه الفداء لولي الجناية وإلزامه القيمة للغرماء وإلزامه المعيب من غير اختياره. زيلعي. قوله: (والزوجين) أي ولو صغيرين زيلعي. قوله: (فالمستثنى أحد عشر) كان الواجب تقديم هذه الجملة على قوله: «بخلاف الكبيرين والزوجين» لعدم دخولهما في المستثنى منه اهرح والأحد عشر: الإعتاق، توابعه، بيعه ممن حلف بعثقه كون المالك كافراً كونه متعدداً، تعدد المحارم، ظهوره مستحقاً، دفعه بجناية، بيعه بالدين، بيعه بإتلاف مال، رده بعيب. وزاد في البحر: ما إذا كان الصغير مراهقاً ورضيت أمه ببيعه اه ط.

قلت: في الفتح: لو كان الولد مراهقاً فرضي بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه اه. ويزاد أيضاً ما في الفتح حيث قال: ومن صور جواز التفريق ما في المسوط إذا كان للذمي عبد له امرأة أمة ولدت منه وأسلم العبد وولده صغير فإنه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وإن كان تفريقاً بينه وبين أمه، لأنه يصير مسلماً بإسلام أبيه، فهذا تفريق بحق. قوله: (إلا من حرّبي) لأن مفسدة التفريق عارضها أعظم منها كما قدمناه. قوله: (أيضاً) أي كما في البيع الفاسد، وقدمنا عن الدرر أنه لا يجب فسخه، وما ذكره الشارح عزاه في الفتح أول باب الإقالة إلى النهاية، ثم قال: وتبعه غيره وهو حق، لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان اه.

قلت: ويمكن التوفيق بوجوده عليهما ديانة. بخلاف البيع الفاسد، فإنهما إذا أصرا عليه يفسخه القاضي جبراً عليهما. ووجهه أن البيع هنا صحيح ويملك قبل القبض ويجب فيه الثمن لا القيمة، فلا يلي القاضي فسخه لحصول الملك الصحيح. قوله: (مجمع)

مسلماً ومصحفاً مع الإجماع على إخراجهما عن ملكه، وسيجيء في المتفرقات .

فَصْلٌ فِي الْفُضُولِي

مناسبتة ظاهرة، وذكره في الكنز بعد الاستحقاق لأنه من صورته .

(هو) من يشتغل بما لا يعنيه، فالقائل لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر . فتح .

واصطلاحاً (من يتصرف في حق غيره) بمنزلة الجنس (بغير إذن شرعي) فصل خرج به نحو وكيل ووصي (كل تصرف صدر منه) تمليكاً كان كبيع وتزويج، أو إسقاطاً كطلاق وإعتاق (وله مجيز) أي لهذا التصرف

عبارته: ويجوز البيع ويأثم اهـ وليس فيه ذكر الفسخ . قوله: (مسلماً) أي رقيقاً مسلماً ط . قوله: (مع الإجماع الخ) أي لرفع ذلك الكافر عن المسلم، ولحفظ الكتاب عن الإهانة ط، والله سبحانه أعلم .

فَصْلٌ فِي الْفُضُولِي

نسبة إلى الفضول جمع الفضل: أي الزيادة وفتح الفاء خطأ، ولم ينسب إلى الواحد وإن كان هو القياس، لأنه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأنصاري والأعرابي . ط عن البناء . وفي المصباح: وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه، ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه، لأنه جعل علماً على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد . قوله: (مناسبتة ظاهرة) هي توقف إفادة كل من الفاسد والموقوف الملك على شيء، وهو القبض في الأول والإجازة في الثاني ح . قوله: (لأنه من صورته) ووجهه أن المستحق يقول عند الدعوى هذا ملكي، ومن باعك إنما باعك بغير إذني فهو عين بيع الفضولي اهـ ح . قوله: (هو) أي لغة ولم يصرح بذلك اكتفاء بقوله بعده «واصطلاحاً الخ» فافهم . قوله: (يخشى عليه الكفر) لأن الأمر بالمعروف وكذا النهي عن المنكر مما يعني كل مسلم، وإنما لم يكفر لاحتمال أنه لم يرد أن هذا فضل لا خير فيه، بل أراد أن أمرك لا يؤثر أو نحو ذلك . قوله: (بمنزلة الجنس) فيدخل فيه الوكيل الوصي والولي والفضولي . منح . قوله: (خرج به نحو وكيل ووصي) المراد خروج هذين وما شابههما لا هما فقط، فهو نظير قولهم: مثلك لا يبخل، فالوكيل والوصي يتصرفان بإذن شرعي، وكذا الولي والقاضي والسلطان فيما يرجع إلى بيت المال ونحوه وأمير الجيش في الغنائم . قوله: (كل تصرف الخ) ضابط فيما يتوقف على الإجازة وما لا يتوقف . قوله: (صدر منه) أي من الفضولي أو من المتصرف مطلقاً . قوله: (كبيع وتزويج) أشار إلى أن المراد بالتملك ما يعم الحقيقي والحكمي . قوله: (أو إسقاط الخ) أي إسقاط الملك

من يقدر على إجازته (حال وقوعه انعقد موقوفاً) وما لا يجيز له حالة العقد لا انعقد أصلاً. بيانه:

مطلقاً. قال في الفتح: حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وعقت، وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها اهـ.

تنبيه: قال في البحر: والظاهر من فروعهم أن كل ما صح التوكيل به إذا باشره الفضولي يتوقف إلا الشراء بشرطه اهـ. قال الخير الرملي: أي من العقود والإسقاطات ليخرج قبض الدين. ففي جامع الفصولين: من قبض دين غيره بلا أمره ثم أجاز الطالب لم يجز قائماً أو هالكاً اهـ.

قلت: هذا أحد قولين ذكرهما في جامع الفصولين، فإنه ذكر قبل ما مر رامزاً إلى كتاب آخر ما نصه: قال لمديون ادفع إلي ألفاً لفلان عليك فعسى يجيزه الطالب وأنا لست بوكيل عنه فدفع وأجاز الطالب يجوز؛ ولو هلك بعد الإجازة هلك على الطالب ولو هلك ثم أجاز لا تعتبر الإجازة اهـ. قوله: (من يقدر على إجازته) كذا فسره في الفتح، فأفاد أنه ليس المراد المجيز بالفعل، بل المراد من له ولاية إمضاء ذلك الفعل من مالك أو ولي كآب وجد ووصي وقاض كما مر بيانه قبيل باب المهر. وفي أحكام الصغار للأستروشنى من مسائل النكاح عن فوائد صاحب المحيط: صببية زوجت نفسها من كفاء وهي تعقل النكاح ولا ولي لها، فالعقد يتوقف على إجازة القاضي؛ فإن كانت في موضع لم يكن فيه قاض، إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضي تلك البلدة انعقد ويتوقف على إجازة ذلك القاضي وإلا فلا انعقد. وقال بعض المتأخرين: انعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ اهـ. فهذا صريح في أن من ليس له ولي أو وصي خاص وكان تحت ولاية قاض فتصرفه موقوف على إجازة ذلك القاضي أو إجازته بعد بلوغه، وهذا إذا كان تصرفاً يقبل الإجازة احترازاً عما إذا طلق أو أعتق كما يأتي، وقد حررنا هذه المسألة قبيل كتاب الغصب من كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية، فارجع إليه فإن فيه فوائد سنية. قوله: (انعقد موقوفاً) أي على إجازة من يملك ذلك العقد ولو كان العاقد نفسه. بيانه ما في الرابع والعشرين من جامع الفصولين: باعه أو زوجه بلا إذن ثم أجاز بعد وكالته جاز استحساناً: باع مال يتيم ثم جعله القاضي وصياً له فأجاز ذلك البيع صح استحساناً، ولو تزوج بلا إذن مولاه ثم أذن له في النكاح فأجاز ذلك النكاح جاز، ولا يجوز إلا بإجازته؛ ولو لم يأذن له ولكنه عتق جاز بلا إجازة بعد عتقه؛ ولو تزوج الصبي أو باع ثم أذن له وليه أو بلغ لم يجز إلا بإجازته. وتمام الفروع هناك فراجع. قوله: (وما لا يجيز له) أي وكل تصرف ليس له من يقدر على إجازته حالة العقد. قوله: (بيانه) أي بيان هذا الضابط المذكور، وهذا يفيد أن الضمير في قول المصنف: «كل تصرف صدر منه» راجع للمتصرف لا للفضولي، لأن

صبيّ باع مثلاً ثم بلغ قبل إجازة وليه فأجازته بنفسه جاز، لأن له ولياً يميزه حالة العقد، بخلاف ما لو طلق مثلاً ثم بلغ فأجازته بنفسه لم يميز لأنه وقت العقد لا يميز له فيطّل ما لم يقل أو وقته فيصح إنشاء لا إجازة كما بسطه العمادي.

(وقف بيع مال الغير) لو الغير بالغاً عاقلاً، فلو صغيراً أو مجنوناً لم ينعقد أصلاً كما في الزواهر معزياً للحاوي، وهذا إن باعه على أنه (لمالكه) أما لو باعه على

الصبي هنا لا ينطبق عليه تعريف الفضولي المار لأنه يتصرف في حق نفسه، إلا أن يجاب أن مباشرة العقد ليست حقه بل حق الولي ونحوه، فالمراد بالحق في التعريف ما يشمل العقد، كما أفاده ط. قوله: (صبي) أي غير مأذون. قوله: (باع مثلاً الخ) أي تصرف تصرفاً يجوز عليه لو فعله وليه في صغره كبيع وشراء وتزوج وتزويج أمته وكتابة قنه ونحوه، فإذا فعله الصبي بنفسه يتوقف على إجازة وليه ما دام صبيّاً، ولو بلغ قبل إجازة وليه فأجاز بنفسه جاز، ولم يميز بنفس البلوغ بلا إجازة. جامع الفصولين. قوله: (بخلاف ما لو طلق مثلاً) أي أو خلع أو حرر قنه مجاناً أو بعوض أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج قنه امرأة أو باع ماله محاباة فاحشة أو شرى شيئاً بأكثر من قيمته فاحشاً أو عقد عقداً مما لو فعله وليه في صباه لم يميز عليه، فهذه كلها باطلة، وإن أجازها الصبي بعد بلوغه لم تجز، لأنه لا يميز لها وقت العقد فلم تتوقف على الإجازة، إلا إذا كان لفظ إجازته بعد البلوغ يصلح لابتداء العقد، فيصح ابتداء لا إجازة كقوله أوقعت ذلك الطلاق أو العتق فيقع، لأنه يصلح للابتداء. جامع الفصولين. قوله: (وقف بيع مال الغير) أي على الإجازة على ما بيناه. وفي حكم الغير: الصبي لو باع مال نفسه بلا إذن وليه كما علمت، ثم إذا أجاز بيع الفضولي والثمن نقد فهو للمميز، أما لو كان عرضاً فهو للفضولي، لأنه صار مشترياً له وعليه قيمته للمميز كما سيأتي. قوله: (لو الغير بالغاً عاقلاً الخ) لم أر ذلك في الحاوي. ووجهه غير ظاهر إذا كان للصغير أو للمجنون ولي أو كان في ولاية قاض، لأنه يصير عقداً له يميز وقت العقد فيتوقف على أنه مخالف، لما قدمناه عن جامع الفصولين من أنه: لو باع مال يتيم ثم جعله وصياً له فأجاز ذلك البيع صح استحساناً، فهذا صريح في أنه انعقد موقوفاً فإنه لو لم ينعقد أصلاً لم يقبل الإجازة بعد ما صار وصياً، ولعل ما في الحاوي قياس والعمل على الاستحسان. قوله: (وهذا) أي التوقف المفهوم من قول المصنف «وقف». قوله: (على أنه لمالكه الخ) أي على أن البيع لأجل مالكة لا لأجل نفسه، وهذا مأخوذ من البحر حيث قال: ولو قال المصنف باع ملك غيره لمالكه لكان أولى، لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً كما في البدائع اهـ. لكن صاحب المتن قال في منحه: أقول: يشكل على ما نقله شيخنا على البدائع ما قالوه من أن المبيع إذا استحق لا يفسخ العقد في ظاهر الرواية بقضاء القاضي بالاستحقاق وللمستحق إجازته. وجه

أنه لنفسه أو باعه من نفسه أو شرط الخيار فيه للمالك المكلف،

الإشكال أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذي هو المستحق مع أنه توقف على الإجازة، ويشكل عليه بيع الغاصب فإنه يتوقف على الإجازة، فالظاهر ضعف ما في البدائع فلا ينبغي أن يعول عليه لمخالفته لفروع المذهب اهـ. وذكر نحوه الخير الرملي، ثم استظهر أن ما في البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية.

أقول: يظهر لي أن ما في البدائع لا إشكال فيه، بل هو صحيح لأن قول البدائع لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً، معناه: لو باعه من نفسه فاللام بمعنى «من» فهو المسألة الثانية من المسائل الخمس، وحيث فمراد البدائع أو الموقوف ما باعه لغيره، أما لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً، فالخلل إنما جاء مما فهمه صاحب البحر من أن اللام للتعليل، وأنه احتراز عما إذا باعه لأجل مالكة، والله در أخيه صاحب النهر حيث وقف على حقيقة الصواب، فقال عند قول الكتز: ومن باع ملك غيره: يعني لغيره، أما إذا باع لنفسه لم ينعقد كذا في البدائع اهـ. لكنه لو عبر بمن بدل اللام لكان أبعد عن الإيهام، وعلى كل فهو عين ما ظهر لي، والحمد لله رب العالمين. قوله: (أو باعه من نفسه) لأنه يكون مشترياً لنفسه، وقد صرحوا بأن الواحد لا يتولى الطرفين في البيع. أفاده في المنح. قوله: (أو شرط الخيار للمالك)^(١) قال في النهر: وفي فروق الكرايسسي: لو شرط الفضولي الخيار للمالك بطل العقد، لأنه له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلاً اهـ. وكان ينبغي أن يكون الشرط لغوا فقط فتدبره اهـ: أي لأنه إذا كان للمالك الخيار في أن يبيعه أو يبطله يكون اشتراطه لا فائدة فيه فيلغو، وحيث لم يكن منافياً للعقد فينبغي أن لا يبطله. وظاهر التعليل أن المراد خيار الإجازة، ومقتضى ما في الأشباه أن المراد به خيار الشرط حيث قال: خيار الشرط داخل على الحكم لا البيع فلا يبطله إلا في بيع الفضولي. وقال البيري: وتقييده بالمالك ليس بشرط، بل إذا شرط الفضولي للمشتري له بأن قال اشترت هذا فلان بكذا على أن فلاناً بالخيار ثلاثة أيام لا يتوقف، كما في قاضيخان ومنية المفتي اهـ.

قلت: ولعل وجهه أن الأصل فساد العقد بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، إلا في صور منها ورود النص به كشرط الخيار، وفائدته التروى دفعاً للغبين، ومن وقع له عقد الفضولي يثبت له الخيار بلا شرط غير مقيد بمدة، فكان اشتراط الخيار له ثلاثة أيام فقط مخالفاً للنص، لأنه لا فائدة فيه بل فيه ضرر بقصر المدة فلذا لم يتوقف على الإجازة بل بطل لضعف عقد الفضولي، وإن كان الشرط الفاسد يقتضي الفساد لا البطلان هذا ما ظهر لي، والله سبحانه أعلم. قوله: (المكلف) قيد به لأن المالك إذا كان صيباً أو مجنوناً

(١) في ط (قوله أو شرط الخيار للمالك) كذا بخطه. والذي في نسخ الشارح «أو شرط الخيار فيه للمالك والمالك

أو باع عرضاً من غاصب عرض آخر للمالك به فالبيع باطل .

والحاصل أن بيعه موقوف إلا في هذه الخمسة فباطل، قيد بالبيع لأنه لو اشترى لغيره نفذ عليه، إلا إذا كان المشتري صبيّاً أو محجوراً عليه فيوقف، هذا إذا لم يصفه الفضولي إلى غيره؛ فلو أضافه بأن قال بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته

فالبيع باطل وإن لم يشترط الخيار له فيه اهـ ح . وهذا بناء على ما مر عن الحاوي وعلمت ما فيه . قوله: (أو باع عرضاً الفخ) بيانه: لرجل عبد وأمة فغصب زيد العبد وعمرو الأمة ثم باع زيد العبد من عمرو بالأمة فأجاز المالك البيع لم يجز . قال في البحر: لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف، وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه إجازة، ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالكان جاز، ولو غصبا النقيدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز، لأن النقود لا تتعين في المعاوضات، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب، كذا في الفتح من آخر الباب اهـ . قوله: (للمالك) أي مالك العرض الأول، وهو متعلق بمحذوف نعت العرض آخر، فيكون كل من العرضين للمالك واحد كما مثلنا . قوله: (به) متعلق بقوله: «باع» والضمير عائد على العرض الآخر . قوله: (إلا في هذه الخمسة) أي الأربعة المذكورة هنا، ومسألة الحاوي هي الخامسة، وقد علمت أن الخامسة ليست كذلك، وكذلك مسألة بيعه على أنه لنفسه، فبقي المسئتي ثلاثة فقط وهي الآتية عن الأشباه .

قلت: ويزاد ما في جامع الفصولين: باع ملك غيره فشراه من مالكة وسلم إلى المشتري لم يجز والبيع باطل لا فاسد، وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه، حتى أن الغاصب لو باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه، أما لو شره الغاصب من مالكة أو وهبه له أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبله، ولو غصب شيئاً وباعه فإن ضمنه المالك قيمته يوم الغصب جاز بيعه، لا لو ضمنه قيمته يوم البيع اهـ . فهاتان مسألتان، فرجعت المسائل المستثناة خمساً لكن في الأخيرة كلام سيأتي . قوله: (نفذ عليه) أي على المشتري، ولو أشهد أنه يشتره لفلان وقال فلان رضيت فالعقد للمشتري، لأنه إذا لم يكن وكيلاً بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالإجازة بعد ذلك، لأنها إنما تلحق الموقوف لا النافذ، فإن دفع المشتري إليه العبد وأخذ الثمن كان بيعاً بالتعاطي بينهما، وإن ادعى فلان أن الشراء كان بأمره وأنكر المشتري فالقول لفلان لأن الشراء بإقراره وقع له . بحر عن البزازية . قوله: (فيوقف) أي على إجازة من شرى له، فإن أجاز جاز وعهدته على المجيز لا على العاقد، وهذا لأن الشراء إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذاً ولا ينفذ هنا على العاقد . أفاده في جامع الفصولين . قوله: (هذا) أي نفاذ الشراء على الفضولي الغير المجور . قوله: (فقال البائع بعته لفلان) أي وقال الفضولي اشتريت لفلان كما في البزازية وغيرها، لأن قوله: «بع»

لفلان يتوقف . بزازية وغيرها (و) وقف

أمر لا يصلح إيجاباً. وفي الفتح قال: اشتريته لأجل فلان فقال بعث أو قال المالك ابتداء بعته منك لأجل فلان فقال اشتريت لم يتوقف، لأنه وجد نفاذاً على المشتري لأنه أضيف إليه ظاهراً؛ وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل شفاعته أو رضاه اهـ. وذكر في البزازية كذلك، ثم قال: والصحيح أنه إذا أضيف العقد في أحد الكلامين إلى فلان يتوقف على إجازته، وأقره في البحر. لكن في البزازية أيضاً: لو قال اشتريت لفلان وقال البائع بعث منك الأصح عدم التوقف اهـ. وظاهره أنه ينفذ على المشتري، لكن نقل في البحر هذه الأخيرة عن فروق الكرابيسي وقال: بطل العقد في أصح الروايتين لأنه خاطب المشتري فرده لغيره فلا يكون جواباً فكان شرط العقد، بخلاف قوله بعته لفلان فقال اشتريت له أو قبلت ولم يقل له، وقوله: بعث من فلان فقال اشتريت لأجله أو قبلت فإنه يتوقف لإضافته إلى فلان في الكلامين. قال في النهر: وعلى هذا فالإكتفاء بالإضافة في أحد الكلامين بأن لا يضاف إلى الآخر اهـ.

وحاصله أن ما مر عن البزازية من تصحيح التوقف بالإضافة إلى فلان في أحد الكلامين محمول على ما إذا لم يضيف العقد في أحد الكلامين إلى المشتري فلا ينافي ما صححه في الفروق، وعليه فلو أضيف في أحدهما إلى المشتري وفي الآخر إلى فلان بطل العقد كقوله بعث منك فقال اشتريت لفلان أو بالعكس، لأن الكلام الثاني لا يصلح قبولاً للإيجاب؛ لكن لا يخفى أن صريح تصحيح البزازية أنه إذا أضيف إلى فلان في أحد الكلامين يتوقف، والمفهوم من تصحيح الفروق أنه لا يتوقف إلا إذا أضيف إليه في الكلامين، وهو المفهوم من كلام الفتح السابق، فصار الحاصل أنه إذا أضيف إلى فلان في الكلامين توقف على إجازته، وإلا نفذ عن المشتري ما لم يضيف إلى الآخر صريحاً فينطل، ووقع في بعض الكتب هنا اضطراب وعدول عن الصواب كما يعلم من مراجعة نور العين، وهذا ما تحصل لي بعد التأمل، والله سبحانه أعلم. قوله: (بزازية وغيرها) يوجد هنا في بعض النسخ زيادة نقلت من نسخة الشارح ونصها: قيد ببيعه للمالكة لأن يبيعه لنفسه باطل كما في البحر والأشباه عن البدائع كأنه لأنه غاصب، وكذا من نفسه لأن الواحد لا يتولى طرفي البيع إلا الأب كما مر.

وعبارة الأشباه: وبيع الفضولي موقوف إلا في ثلاث فباطل: إذا باع لنفسه بدائع. وإذا شرط الخيار فيه للمالك تليقح. وإذا باع عرضاً من غاصب عرض آخر للمالك به. فتح. لكن ضعف المصنف الأولى لمخالفتها لفروع المذهب، لتصريحهم بأن بيع الغاصب موقوف، وبأن المبيع إذا استحق فللمستحق إجازته على الظاهر مع أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذي هو المستحق مع أنه توقف على الإجازة. وأما الثانية ففي النهر: وينبغي إلغاء الشرط فقط.

(بيع العبد والصبي المحجوزين) على إجازة المولى والولي وكذا المعتوه، وفي العمادية وغيرها: لا تنعقد أقارير العبد ولا عقود، وستحققه في الحجر (و) وقف (بيع ماله من فاسد عقل غير رشيد) على إجازة القاضي (و) وقف (بيع المرهون والمستأجر والأرض في مزارعة الغير) على إجازة مرتين ومستأجر

قلت: وحاصله كما قاله شيخنا إن يبيعه موقوف ولو لنفسه على الصحيح اهـ. لكن في حاشية الأشباه لابن المصنف. وردت مسألتين من الحاوي: وهما بيع الفضولي مال صغير، ومجنون لا ينعقد أصلاً، هذا آخر ما وجدته من الزيادة، ولا يخفى ما فيها من التكرار، وكان الشارح قصد أن يعدل إليها عما كتبه أولاً من قوله: «أما لو باعه» إلى قوله: «قيد بالبيع». قوله: (المحجوزين) أخرج المأذونين فلا يتوقف بيعهما ط. قوله: (وكذا المعتوه) أي حكمه في البيع كحكم الصبي والعبد المحجوزين ط. قوله: (وستحققه في الحجر) حيث قال: وصح طلاق عبد وإقراره في حق نفسه فقط لا سيده، فلو أقر بمال آخر إلى عتقه لو لغير مولاه ولو له هدر ويحدّ وقود أقيم في الحال لبقائه على أصل الحرية في حقهما، ومن عقد عقداً يدور بين نفع وضرر من هؤلاء المحجوزين وهو يعقله أجاز وليه أو رد، وإن لم يعقله فباطل، وإن أتلّفوا شيئاً ضمنوا، لكن ضمان العبد بعد العتق اهـ. وبه ظهر أن قول العمادية لا تنعقد الخ ليس على إطلاقه، وأن مراده بلا تنعقد لا تنفذ، فيشمل ما ينعقد موقوفاً وما لا ينعقد أصلاً فلا يخالف ما في المتن. قوله: (ووقف بيع ماله من فاسد عقل الخ) كذا في الدرر. وفي أول البيع الفاسد من البحر عن الخلاصة: وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي اهـ. وهذا أولى لأن لكلام في توقف المبيع. أما على ما في المتن فالموقوف شراء فاسد العقل. أما البيع الصادر من الرشيد فغير موقوف، ولذا قال في الشرنبلالية: هذا التركيب فيه نظر. والمسألة من الخانية: الصبي المحجور إذا بلغ سفيهاً يتوقف بيعه وشراؤه على إجازة الوصي أو القاضي. وفي الخلاصة: إذا باع ماله وهو غير رشيد يتوقف على إجازة القاضي اهـ.

قلت: وهذا على قولهما: أما على قول الإمام فتصرفه صحيح كما سيأتي في بابه.

مَطْلَبٌ فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ وَالْمُسْتَأْجِرِ

قوله: (ووقف بيع المرهون والمستأجر الخ) أي فإن أجازته المرتين والمستأجر نفذ، وهل يملك الفسخ؟ قيل لا وهو الصحيح، وقيل يملكه المرتين دون المستأجر لأن حقه في المنفعة، ولذا لو هلك العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط، وتامه في البحر. وجزم في الخانية بالثاني، لكن في حاشية الفصولين للرملي عن الزيلعي: لا يملك المرتين الفسخ في أصح الروايتين اهـ. وليس للراهن والمؤجر الفسخ. وأما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالإجارة والرهن عند أبي يوسف، وعندهما: له ذلك وإن علم، وعزى كل منهما

ومزارع (و) وقف (بيع شيء برقمه) أي بالمكتوب عليه، فإن علمه المشتري في مجلس البيع نفذ، وإلا بطل.

قلت: وفي مرابحة البحر أنه فاسد له عرضية الصحة لا بالعكس هو الصحيح، وعليه فتحرم مباشرته، على الضعيف لا، وترك المصنف قول الدرر وبيع المبيع من غير مشترية

إلى ظاهر الرواية كما في الفتح، لكن في حاشية الفصولين للرملي عن الولوجية أن قولهما هو الصحيح، وعليه الفتوى. بقي لو لم يميز المستأجر حتى انفسخت الإجارة نفذ البيع السابق، وكذا المرتن إذا قضى دينه كما في جامع الفصولين. وفيه أيضاً عن الذخيرة: البيع بلا إذن المستأجر نفذ في حق البائع والمشتري لا في حق المستأجر، فلو سقط حق المستأجر عمل ذلك البيع ولا حاجة إلى التجديد وهو الصحيح، ولو أجازته المستأجر نفذ في حق الكل، ولا ينزع من يده ليصل إليه ماله، إذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده. وعن بعضنا: أنه لو باع وسلم وأجازهما المستأجر بطل حتى حسبه، ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حتى حسبه اهـ.

تنبيه: لو بيع المستأجر من مستأجره لا يتوقف كما علم مما ذكرناه، وبه صرح في الفصولين وغيره. وفيه: باع المستأجر ورضي المشتري أن لا يفسخ الشراء إلى مضي مدة الإجارة ثم يقبضه من البائع، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيتها، ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم. قوله: (ومزارع) صورته كما في ح عن الفتاوي الهندية: إذا دفع أرضه مزارعة مدة معلومة على أن يكون البذر من قبل العامل فزرعها العامل أو لم يزرع فباع صاحب الأرض يتوقف على إجازة المزارع اهـ. أي لأنه في حكم المستأجر للأرض. وأمالو كان البذر من المالك فينفذ لو لم يزرع، لأن المزارع أجير له، ولو زرع لا تعلق حق المزارع. وتماه في جامع الفصولين. قوله: (نفذ) حقه أن يقول توقف، لأنه إذا علم في المجلس توقف على إجازته فيخير بين أخذه وتركه، لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية كما ذكره في البحر من المرابحة. قوله: (وإلا بطل) المناسب لما بعده وإلا فسد. قوله: (قلت الخ) استدراك على المصنف، فإن مفاد كلامه أن المتوقف صحته: أي أنه صحيح له عرضية الفساد فهو مبني على الضعيف، ويمكن حمل كلام المصنف على ما بعد العلم في المجلس. قوله: (وبيع المبيع من غير مشترية) قال في الدرر: صورته باع شيئاً من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثاني، حتى لو تفاسخا الأول لا ينعقد الثاني، لكن يتوقف على إجازة المشتري إن كان بعد القبض، وإن كان قبله في المنقول لا، وفي العقار على الخلاف اهـ. وقوله أولاً: لا ينعقد الثاني، معناه: لا ينفذ بقريئة الاستدراك عليه بقوله لكن يتوقف الخ، وأراد

لدخوله في بيع مال الغير .

(وبيع المرتد والبيع بما باع فلان والبائع يعلم والمشتري لا يعلم والبيع بمثل ما يبيع الناس به أو بمثل ما أخذ به فلان) إن علم في المجلس صح، وإلا بطل .

(وبيع الشيء بقيمته) فإن بين في المجلس صح، وإلا بطل وأنى (وبيع فيه خيار المجلس) كما مر (و) وقف (بيع الغاصب)

بالخلاف ما سيأتي في فصل التصرف من أن بيع العقار قبل قبضه صحيح عندهما لا عند محمد، فهو عنده كبيع المنقول. واعترضه في الشرنبلالية بما حاصله أن الخلاف الآتي إنما هو فيما إذا اشترى عقاراً فباعه قبل قبض، والكلام هنا في بيع البائع.

قلت: لا يخفى أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، فالبيع في الحقيقة من المشتري، ولذا قال في جامع الفصولين: شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فأجازته المشتري لم يجز، لأنه بيع ما لم يقبضه. فاعتبره بيعاً من جانب المشتري قبل قبضه، فافهم. وظاهره أنه يبقى على ملك المشتري الأول، ويأتي تمامه في فصل التصرف في المبيع. قوله: (لدخوله في بيع مال الغير) لا يخفى أن في هذه الصورة تفصيلاً وفرقاً بين الإجازة قبل القبض أو بعده وهو محتاج للتنبيه عليه، بخلاف غيرها من بيع مال الغير، فالأولى ذكرها كما فعل في الدرر. قوله: (وبيع المرتد) فإنه موقوف عند الإمام على الإسلام، ولا يتوقف عندهما ط. قوله: (إن علم في المجلس صح) أي وله الخيار. شرنبلالية عند قوله: «والبيع بما باع فلان» والظاهر أن المسائل بعده كذلك. قوله: (وإلا بطل) غير مسلم لأنه فاسد يملك بالقبض شرنبلالية. قوله: (وبيع فيه خيار المجلس كما مر) الذي مر أول البيوع أنه إذا أوجب أحدهما فلآخر القبول في المجلس، لأن خيار القبول مقيد به، فإذا قبل فيه لزم البيع بلا خيار إلا لعيب أو رؤية خلافاً للشافعي، فإن كان المراد خيار القبول ففيه كما قال الوائي إن البيع الموقوف إنما يكون بعد الإيجاب والقبول، وإن كان المراد خيار الشرط، ففي الشرنبلالية أنه ليس من الموقوف، والخيار المشروط المقدر بالمجلس صحيح، وله الخيار ما دام فيه. وإذا شرط الخيار ولم يقدر له أجل كان له الخيار بذلك المجلس فقط كما في الفتح اه. وبيانه أن الموقوف مقابل للنافذ، وما فيه خيار مقابل للزوم، فما فيه خيار غير لازم لا موقوف، لكن قد يقال: إن لزومه موقوف على إسقاط الخيار فيصح وصفه بالموقوف، لكن على هذا لا حاجة للتقييد بالمجلس، بل كان عليه أن يقول: وبيع فيه خيار الشرط ليشمل ما كان مقيداً بالمجلس وغيره، ولثلاثاً يتوهم منه خيار القبول. ثم إن ما نقله الشرنبلالي عن الفتح مخالف لما قدمه الشارح من أن خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل وأنه يفسد عند إطلاق أو تأييد، وقدمنا

على إجازة المالك: يعني إذا باعه لملكه لا لنفسه على ما مر عن البدائع. ووقف أيضاً بيع المالك المغصوب على البيعة، أو إقرار الغاصب، وبيع ما في تسليمه ضرر على تسليمه في المجلس، بيع المريض لوارثه على إجازة الباقي، وبيع الورثة التركة المستغرقة على إجازة الغرماء، وبيع أحد الوكيلين أو الوصيين أو الناظرين إذا باع بحضرة الآخر توقف على إجازته أو بغيبته فباطل؛ وأوصله في النهر إلى نيف وثلاثين (وحكمه) أي بيع الفضولي لو له مجيز حال وقوعه كما مر

هناك أنه إذا أطلق عن التقييد بثلاثة أيام إنما يفسد إذا أطلق وقت العقد. أما لو باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار، فله الخيار ما دام في المجلس كما في البحر عن الرلوالجية وغيرها، وحمل عليه في البحر كلام الفتح. قوله: (على إجازة المالك) فلو تداولته الأيدي فأجاز عقداً من العقود جاز ذلك العقد خاصة كما سيأتي تحريره. في جامع الفصولين: لو باعه الغاصب ثم ضمنه مالكة جاز البيع، ولو شره غاصبه من مالكة أو وهبه منه أو ورثه لم ينفذ بيعه قبل ذلك. قوله: (يعني إذ باعه لملكه الخ) تبع في ذلك المصنف، مع أن المصنف ذكر فيما مر أن هذا مخالف لفروع المذهب، فلا فرق بين بيعه لملكه أو لنفسه، وقد علمت الكلام على ما في البدائع. قوله: (على البيعة) أي إن أنكر الغاصب ط. قوله: (وبيع ما في تسليمه ضرر) كبيع جذع من السقف سواء كان معيناً أو لا على ما في النهر عن الفتح، وقد علم أن المراد تعدد الموقوف. ولو صدر فاسداً فإن البيع في هذه الصورة فاسد موقوف ط. قوله: (وبيع المريض لوارثه) أي ولو بمثل القيمة وهذا عنده، وعندهما: يجوز ويخير المشتري بين فسخ وإتمام لو فيه غبن أو محاباة قلت أو كثرت؛ وكذا وصى الميت لو باعه من الوارث فهو على هذا الخلاف؛ وكذا وارث صحيح بايع من مورثه المريض فهو على هذا الخلاف عنده لم يجز ولو بقيمته، وعندهما: يجوز جامع الفصولين. قوله: (على إجازة الباقي) أو على صحة المريض، فإن صح من مرضه نفذ، وإن مات منه ولم تجز الورثة بطل. فتح. قوله: (على إجازة الغرماء) عزاه في البحر إلى الزيلعي، ومثله في جامع الفصولين. قوله: (وبيع أحد الوكيلين) عزاه في البحر إلى وكالة الزيلعي، ثم ذكر أحد الوصيين أو الناظرين وقال: توقف على إجازة الآخر أخذاً من الوكيلين ولم أرهما الآن صريحاً اهـ.

مَطْلَبٌ: الْبَيْعُ الْمَوْقُوفُ نَيْفٌ وَثَلَاثُونَ

قوله: (وأوصله) أي البيع الموقوف. قوله: (إلى نيف وثلاثين) أي ثمان وثلاثين، ذكر المصنف والشارح منها ثلاثة وعشرين صورة^(١). وذكر في النهر بيع غير الرشيد فإنه

(١) في (قوله ثلاثة وعشرين صورة) هكذا بخطه ولعل الأولى «ثلاثاً» بتجريد من التاء كما لا يخفى.

(قبول الإجازة) من المالك (إذا كان البائع والمشتري والمبيع قائماً) بأن لا يتغير المبيع بحيث يعد شيئاً آخر، لأن إجازته كالبيع حكماً (وكذا) يشترط قيام (الثمن) أيضاً (لو) كان عرضاً (معيناً) لأنه مبيع من وجه فيكون ملكاً للفضولي، وعليه مثل المبيع

موقوف على إجازة القاضي. والذي ذكره المصنف هنا البيع منه وبيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري فإنه يتوقف على إجازة المشتري، وما شرط فيه الخيار أكثر من ثلاث، فإن الأصح أنه موقوف، وشراء الوكيل نصف عبد وكل في شراء كله فإنه موقوف إن اشترى الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل وبيع نصيبه من مشترك بالخلط أو الاختلاط فإنه موقوف على إجازة شريكه، وتقدم ذلك أول كتاب الشركة، وبيع المولى عبده المأذون فإنه موقوف على إجازة الغرماء، وكذا يبعه أكسابه وبيع وكيل الوكيل بلا إذن فإنه موقوف على إجازة الوكيل الأول، وبيع الصبي بشرط الخيار إذا بلغ الصبي في المدة، والبيع بما حل به أو بما يريد أو بما يجب أو برأس ماله أو بما اشتراه اهـ: أي فإنه يتوقف على بيانه في المجلس كما تقدم نظيره ط. قوله: (قبول الإجازة) أي ولو تداولته الأيدي كما قدمناه آنفاً. قوله: (من المالك) أفاد أنه لا تجوز إجازة وارثه كما يذكره قريباً ويغني عن هذا تصريح المصنف بأن من شروط الإجازة قيام صاحب المتاع. قوله: (بأن لا يتغير المبيع) علم منه حكم هلاكه بالأولى، فإن لم يعلم حاله جاز البيع في قول أبي يوسف أو لا وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يصلح حتى يعلم قيامه عند الإجازة، لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك. فتح ونهر، ولو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للبائع أنه هلك بعد الإجازة لا للمشتري أنه هلك قبلها كما في جامع الفصولين. قوله: (بمحيط يعد شيئاً آخر) بيان للمنفى وهو التغيير، فلو صبغه المشتري فأجاز المالك البيع جاز، ولو قطعه وخاطه ثم أجاز لا يجوز لأنه صار شيئاً آخر. منح ودرر، ومثله في التارخانية عن فتاوى أبي الليث، ويخالفه ما في البحر والبرازية أنه لو أجازته بعد الصبغ لا يجوز. تأمل. وفي جامع الفصولين: باع داراً فانهدم بناؤها ثم أجاز يصح لبقاء الدار ببقاء العرصه. قوله: (لأن إجازته كالبيع حكماً) أي ولا بد في البيع من قيام هذه الثلاثة. قوله: (لو كان عرضاً معيناً) بأن كان بيع مقابضه. فتح. وقيد بالتعيين لأن الاحتراز عن الدين إنما يحصل به فإن العرض قد يكون ديناً على ماستقف عليه. ابن كمال: أي كالسلم. قوله: (فيكون ملكاً للفضولي) أي فإذا هلك يهلك عليه ط. وإنما توقف على الإجازة لأن إجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد، بمعنى أن المالك أجاز للبائع أن ينقد ما باعه ثمناً لما ملكه بالعقد لا إجازة عقد، لأن العقد لازم على الفضولي كما في العناية. قال في البحر: لأنه لما كان العوض متعيناً كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر إن وجد نفاذاً فيكون ملكاً له

لو مثلياً وإلا فقيمته، وغير العرض ملك للمجيز أمانة في يد الفضولي. ملتقى (و) كذا يشترط قيام (صاحب المتاع أيضاً) فلا تجوز إجازة وارثه لبطلانه بموته (و) حكمه أيضاً (أخذ) المالك (الثمن أو طلبه) من المشتري ويكون إجازة. عمادية. وهل للمشتري الرجوع على الفضولي بمثله لو هلك في يده قبل الإجازة، الأصح نعم إن لم يعلم أنه فضولي وقت الأداء، لا إن علم. قنية. واعتمده ابن الشحنة

وبإجازة المالك لا ينتقل إليه، بل تأثير إجازته في النقد لا العقد، ثم يجب على الفضولي مثل المبيع إن كان مثلياً، وإلا فقيمته لأنه لما صار البدل له صار مشترياً لنفسه بمال الغير مستقرضاً له في ضمن الشراء فيجب عليه رده، كما لو قضى دينه بمال الغير. واستقراض غير المثلي جائز ضمناً وإن لم يميز قصداً؛ ألا ترى أن الرجل إذا تزوج امرأة على عبد الغير صح ويجب عليه قيمته. قوله: (أمانة في يد الفضولي) فلو هلك لا يضمنه كالوكيل، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة من حيث إنه صار بها تصرفه نافذاً، وإن لم يكن من كل وجه فإن المشتري من المشتري من الفضولي إذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل، بخلاف الوكيل، وتمامه في الفتح، وأطلقه فشمّل ما إذا هلك قبل تحقق الإجازة أو بعده كما يأتي بيانه.

فروغ: لو أراد المشتري استرداد الثمن منه بعد دفعه له على رجاء الإجازة لم يملك ذلك. ذكره في المجتبى آخر الوكالة. رملي على الفصولين. قوله: (وحكمه أيضاً الخ) تبع في ذلك المصنف وهو عدول عن ظاهر المتن، فإن الظاهر منه أن قوله: «وأخذ الثمن» مبتدأ، وقوله الآتي: «إجازة» خبره، وهذا أولى كما يفيد قوله الآتي عن العمادية: «ويكون إجازة» أفاده ط. قوله: (أخذ المالك الثمن) الظاهر أن أُل للجنس فيكون أخذ بعضه إجازة أيضاً لدلالته على الرضا، ولتصريحهم في نكاح الفضولي بأن قبض بعض المهر إجازة. أفاده الرملي عن المصنف. قوله: (وهل للمشتري الخ) كان الأولى ذكر هذه الجملة بتمامها عقب ما قدمه عن الملتقى، لأن ذاك فيما إذا وجدت الإجازة، وهذا فيما إذا لم توجد.

وحاصله أنه إذا لم توجد الإجازة يبقى الثمن غير العرض على ملك المشتري، فإذا هلك في يد الفضولي هل يضمنه للمشتري؟ ففي شرح الوهبانية: قال في القنية بعد أن رمز للقاضي عبد الجبار والقاضي البديع: اشترى من فضولي شيئاً ودفع إليه الثمن مع علمه بأنه فضولي ثم هلك الثمن في يده ولم يميز المالك البيع فالثمن مضمون على الفضولي. ثم رمز القاضيخان وقال: رجع على الفضولي بمثل الثمن، ثم رمز لبرهان صاحب المحيط وقال: لا يرجع عليه بشيء ثم رمز لظهير الدين الرغيناني وقال: إن علم أنه فضولي وقت أداء الثمن يهلك أمانة. ذكره في الملتقى. قال البديع: وهو الأصح اه. وعلة تصحيح كونه أميناً أن الدفع إليه مع العلم بكونه فضولياً صيره كالوكيل اه. قوله: (واعتمده ابن الشحنة) كأنه

وأقره المصنف، وجزم الزيلعي وابن ملك بأنه أمانة مطلقاً (وقوله) أسأت. نهر (بشما صنعت أو أحسنت أو أصبت) على المختار. فتح.

أخذ اعتماده له من ذكره علة التصحيح المذكورة. تأمل. قوله: (وأقره المصنف).

قلت: وبه جزم في البرازية وجامع الفصولين، وعزاه في شرح الملتقى إلى القهستاني عن العمادية. قوله: (وجزم الزيلعي وابن ملك الخ) حيث قالوا: وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكاً له أمانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الإجازة أو قبلها، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة اه. وبه علم أن قول الشارح «مطلقاً» معناه: سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها، فافهم.

ثم اعلم أن المتبادر من كلام الزيلعي وابن ملك أن المراد: إذا وجدت الإجازة لا يضمن الفضولي الثمن سواء هلك قبلها أو بعدها، لأن الثمن غير العرض يصير ملكاً للمجيز، لأن الفضولي بالإجازة اللاحقة صار كالوكيل، فيكون الثمن في يده أمانة قبل الهلاك من حين قبضه فيهلك على المجيز وإن كانت الإجازة بعد الهلاك، والمتبادر من كلام القنية أن الإجازة لم توجد أصلاً، لا قبل الهلاك ولا بعده، فلذا اختلف المشايخ في ضمانه وعدمه. وأما ما ذكره الزيلعي وابن ملك فلا وجه للاختلاف فيه، فلا منافاة بين النقلين، هذا ما ظهر لي فتدبره. وبقي ما إذا هلك الثمن العرض في يد الفضولي قبل الإجازة، ففي جامع الفصولين: يبطل العقد ولا تلحقه الإجازة، ويضمن للمشتري مثل عرضه أو قيمته لو قيمياً لأنه قبضه بعقد فاسد اه.

تتمة: لم يذكر حكم هلاك المبيع وذكره في جامع الفصولين. وحاصله أنه لو هلك قبل الإجازة، فإن كان قبل قبض المشتري بطل العقد، وإن بعده لم يجز بالإجازة وللمالك تضمين أيهما شاء وأيهما اختار تضمينه ملكه، ويرأ الآخر فلا يقدر على أن يضمه، ثم إن ضمن المشتري بطل البيع، لأن أخذ القيمة كأخذ العين، وللمشتري أن يرجع على البائع بثمنه لا بما ضمن، وإن ضمن البائع: فإن كان قبض البائع مضموناً عليه: أي بأن قبضه بلا إذن مالكة نفذ بيعه بضمانه وإن كان قبضه أمانة، وإنما صار مضموناً عليه بالتسليم بعد البيع لا ينفذ بيعه بضمانه، لأن سبب ملكه تأخر عن عقده. وذكر محمد في ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمين البائع، وقيل تأويله أنه سلم أولاً حتى صار مضموناً عليه ثم باعه فصار كمغصوب اه. قوله: (بشما صنعت) قال في جامع الفصولين: هو إجازة في نكاح وبيع وطلاق وغيرها، كذا روي عن محمد. وفي ظاهر الرواية: هو رد، وبه يفتى اه. والظاهر أن مثله أسأت. قوله: (على المختار) أي في أحسنت وأصبت، ومقابله ما في الخانية من أنه ليس إجازة لأنه يذكر للاستهزاء. وفي الذخيرة أن فيه روايتين: وفي جامع الفصولين: أحسنت أو وفقت أو كفيتني مؤنة البيع أو أحسنت

(وهبة الثمن من المشتري والتصديق عليه به إجازة) لو المبيع قائماً. عمادية (وقوله لا أجزى رد له) أي للبيع الموقوف، فلو أجازه بعده لم يجز، لأن المفسوخ لا يجاز، بخلاف المستأجر لو قال لا أجزى بيع الآجر ثم أجاز جاز، وأفاد كلامه جواز الإجازة بالفعل وبالقول، وأن للمالك الإجازة والفسخ وللمشتري الفسخ لا الإجازة وكذا للفضولي قبلها في البيع لا النكاح لأنه معبر محض. بزازية. وفي

فجزاك الله خيراً ليس إجازة، لأنه يذكر للاستهزاء؛ إلا أن عمداً قال: إن أحسنت أو أصبت إجازة استحساناً.

أقول: ينبغي أن يفصل، فإن قاله جداً فهو إجازة، لا لو قاله استهزاء، ويعرف بالقرائن، ولو لم توجد ينبغي أن يكون إجازة إذ الأصل هو الجد اهـ. وفي حاشيته للرمل عن المصنف أن المختار ما ذكره من التفصيل كما أفصح عنه البزازي. قوله: (لو المبيع قائماً) ذكره لأنه تنمة عبارة العمادية، وإلا فالكلام فيه. قوله: (بيع الآجر) بالجيم المكسورة. قوله: (جاز)؛ لأنه بعدم إجازته لا يفسخ، لما مر من أن المستأجر لا يملك الفسخ. قوله: (بالفعل وبالقول) الأول من قوله أخذ الثمن، والثاني من قوله أو طلبه وما بعده. وفي جامع الفصولين: لو أخذ المالك بثمنه خطأً من المشتري فهو إجازة، لا لو سكت عند بيع الفضولي بحضرته اهـ. وسيذكر الشارح مسألة السكوت آخر الفصل. قوله: (وإن للمالك النخ) استفيد ذلك من قول المصنف وحكمه قبول الإجازة، فإن المراد إجازة المالك كما مر فإنه يفيد أن له الفسخ أيضاً، وأن المشتري والفضولي ليس لهما الإجازة، فافهم. قوله: (وللمشتري الفسخ) أي قبل إجازة المالك تحرزاً عن لزوم العقد. بحر. وهذا عند التوافق، على أن المالك لم يجز البيع ولم يأمر به فلا ينافي قول المصنف الآتي: «باع عبد غيره بغير أمره» النخ.

هذا، وذكر في الفتح وجامع الفصولين في باب الاستحقاق: ولو استحق فأراد المشتري نقض البيع بلا قضاء ولا رضا البائع لا يملكه، لأن احتمال إقامة البيعة على التناج من البائع أو على التلقي من المستحق ثابت، إلا إذا حكم القاضي فيلزم العجز فيفسخ اهـ. وقد مر أول الفصل أن الاستحقاق من صور بيع الفضولي، فينبغي تقييد قوله: «وللمشتري الفسخ» بالرضا أو القضاء. تأمل. قوله: (وكذا للفضولي قبلها) أي قبل إجازة المالك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب، وفي ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته. قوله: (لا النكاح) أي ليس للفضولي في النكاح الفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي. وفي النهاية أن له الفسخ بالفعل، بأن زوج رجلاً امرأة ثم أختها قبل الإجازة فهو فسخ

المجمع: لو أجاز أحد المالكين خير المشتري في حصته وألزمه محمد بها (سمع إن فضولياً باع ملكه فأجاز ولم يعلم مقدار الثمن فلما علم رد البيع فالمعتبر إجازته) لصيرورته بالإجازة كالوكيل حتى يصح حطه من الثمن مطلقاً. بزازية.

(اشترى من غاصب عبداً فأعتقه) المشتري (أو باعه فأجاز المالك) بيع الغاصب (أو أدى الغاصب) الضمان إلى المالك على الأصح. هداية (أو أدى

للأول، وفي الخانية خلافه. بحر ملخصاً. قوله: (خير المشتري في حصته) أي حصة المجيز، لأن المشتري رغب في شراؤه ليسلم له جميع المبيع، فإذا لم يسلم بخير لكونه معيباً بعيب الشركة، وألزمه محمد بها لأنه رضي بتفريق الصفقة عليه لعلمه أنهما قد لا يجتمعان على الإجازة، شرح المجمع. قوله: (فالمعتبر إجازته) ولو بدأ بالرد ثم أجاز فالمعتبر ما بدأ به، رملي على الفصولين. قوله: (مطلقاً) أي علم المالك بالثمن أو لم يعلم. وأجاب صاحب الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة فله الخيار بين الرضا والفسخ. بحر عن البزازية.

فروع: في الفصولين: أمره ببيعه بمائة دينار فباعه بألف درهم فقال المالك قبل العلم أجزت جاز بألف درهم، وكذا النكاح، لا لو قال أجزت ما أمرتك به. برهن المالك على الإجازة ليس له أخذ الثمن من المشتري إلا إذا ادعى أن الفضولي وكله بقبضه.

مات العبد في يد المشتري ثم ادعى المالك الأمر أو الإجازة، فإن قال كنت أمرته به صدق، ولو قال بلغني فأجزته لم يصدق إلا ببينة؛ وكذا لو زوج الكبيرة أبوها ومات زوجها فطلبت الإرث وادعت الأمر أو الإجازة. قوله: (اشترى من غاصب عبداً) لو قال من فضولي لكان أولى، لأنه إذا لم يسلم المبيع لم يكن غاصباً مع أن الحكم كذلك، ولعله إنما ذكره لأجل قوله: «أو باعه» فإن بيع العبد قبل قبضه فاسد. أفاده في البحر. وصورة المسألة: زيد باع عبد رجل بلا إذنه من عمرو فأعتق عمرو العبد أو باعه من بكر فأجاز المالك بيع زيد أو ضمنه أو ضمن عمراً المشتري وهو المعتق نفذ عتق عمر وإن كان أعتقه، وأما إن كان باعه فلا ينفذ البيع. قوله: (فأجاز المالك بيع الغاصب) قيد به، لأنه لو أجاز بيع المشتري منه وهو بيع عمرو لبكر جاز. قال في جامع الفصولين رامزاً للمبسوط: لو باعه المشتري من غاصب ثم وثم حتى تداولته الأيدي فأجاز مالكة عقداً من العقود جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الإجازة، فإذا أجاز عقداً منها جاز ذلك خاصة اهـ. وبه ظهر أن بيع المشتري من الغاصب موقوف. وأما ما في البحر والنهر عن النهاية والمعراج من أنه باطل فهو مخالف لما في جامع الفصولين وغيره من الكتب كما حرره الخير الرملي في حاشية البحر. قوله: (أو أدى الغاصب الضمان إلى المالك على

(المشتري الضمان إليه) على الصحيح. زيلعي (نقد الأول) وهو العتق (لا الثاني) وهو البيع، لأن الإعتاق إنما يفتقر للملك وقت نفاذه لا^(١) وقت ثبوته قيد بعته

الأصح. هداية) وتبعه في البناية، خلافاً لما في الزيلعي من أنه لا ينفذ بأداء الضمان من الغاصب وينفذ بأدائه من المشتري. أفاده في البحر. قوله: (نقد الأول) هذا عندهما. وقال محمد: لا يجوز عتقه أيضاً لأنه لم يملكه. قوله: (وهو البيع) أي بيع المشتري من الغاصب، أما بيع الغاصب فإنه ينفذ بإجازة المالك، وكذا بالتضمنين. وفي جامع الفصولين: وإنما يجوز لو تقدم سبب ملكه على بيعه، حتى أن غاصبه لو باعه ثم ضمنه ماله جاز بيعه، ولو شراه غاصبه من ماله أو وهبه منه أو ورثه لم ينفذ بيعه قبل ذلك، إذا الغصب سبب الملك عند الضمان، وليس بسبب البيع أو الهبة أو الإرث، فبقي السبب وهو البيع والهبة والإرث متأخراً عن البيع، ويجوز بيعه لو ضمنه قيمته يوم غصبه لا يوم بيعه اهـ. ثم ذكر أنه لم يفصل بين قيمة وقيمة في عامة الروايات. قوله: (لأن الإعتاق الخ) علة لنفاذ الإعتاق، وأما عدم نفاذ البيع فلبطلانه بالإجازة لأنه يثبت بها الملك للمشتري باتاً.

مَطْلَبٌ: إِذَا طَرَأَ مِلْكُ بَاتٍ عَلَى مَوْقُوفٍ أُبْطِلَ

والمالك البات إذا ورد على الموقوف أبطله، وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورته فهذا كله يبطل الملك الموقوف.

وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بأداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك المشتري الموقوف. وأجيب بأن ملك الغاصب ضروري ضرورة أداء الضمان فلم يظهر في إبطال ملك المشتري. بحر. وأجاب في حواشي مسكين بأن هذا غير وارد، لأن الأصل المذكور ليس على إطلاقه، لما في البزازية عن القاعدي ونصه: الأصل أن من باشر عقداً في ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب باع المصوب ثم ملكه، وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ، وطرق البات إنما يبطل الموقوف إذا حدث لغير من باشر الموقوف، كما إذا باع المالك ما باعه الفضولي من غير الفضولي ولو ممن اشترى من الفضولي. أما إن باعه من الفضولي فلا اهـ.

(١) في ط (قول الشارح: لأن الإعتاق إنما يفتقر إلى الملك وقت نفاذه لا وقت ثبوته) أي بخلاف البيع، فإنه يحتاج إلى الملك وقت ثبوته. قال في النهر: والقياس أن لا يجوز، وهو قول محمد، والخلاف مبني على أن بيع الفضولي لا ينفذ عند محمد في حق الحكم وهو الملك لاتعدام الولاية فكان الإعتاق لا في الملك فيبطل. وعندهما يوجب الملك موقوفاً، لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه. ولا نسلم أن الإعتاق يحتاج إلى الملك وقت ثبوته بل وقت نفاذه والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم «لا عتق لابن آدم فيما لا يملك» العتق النافذ في الحال، وغاية ما يفيد لزوم الملك للمعتق وهو ثابت هنا فإنه لم نوقمه قبل الملك. وأما عدم نفوذ البيع فلما ذكره المحشي.

المشتري، لأن عتق الغاصب لا ينفذ بأداء الضمان لثبوت ملكه به^(١). زيلعي (ولو قطعت يده) مثلاً (عند مشتره فأجيز) البيع (فأرشه) أي القطع (له) وكذا كل ما يحدث من المبيع (كالكسب والولد والعقر) ولو (قبل الإجازة) يكون للمشتري، لأن الملك تم له من وقت الشراء، بخلاف الغاصب لما مر (وتصدق بما زاد على نصف الثمن وجوباً) لعدم دخوله في ضمانه. فتح.

(باع عبد غيره بغير أمره) قيد اتفاقي (فبرهن المشتري) مثلاً (على إقرار البائع)

قلت: وعليه ففي مسألة بيع المشتري من الغاصب لو أجاز بيع الغاصب نفذ وبطل بيع المشتري، لأن الملك البات للغاصب طراً على ملك موقوف باشره هو، وأما بالنسبة إلى المشتري فقد طراً على ملك موقوف لغير من باشره، لأن المباشر للبيع الثاني الموقوف هو المشتري؛ نعم لو أجاز عقد المشتري يكون طرّاً البات لمن باشر الموقوف. قوله: (لثبوت ملكه به) أي بالضمان لا بالغصب، لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك اهـ. قوله: (ولو قطعت يده) أي يد ما باعه الغاصب. وقوله: «مثلاً» أشار به إلى أن المراد أرش أي جراحة كانت، واحترز بالقطع من القتل أو الموت عند المشتري، فإن البيع لا يجوز بالإجازة لفوات العقود عليه، وشرط صحة الإجازة قيامه كما مر، وتماه في الفتح. قوله: (عند مشتره) احتراز عن الغاصب كما يأتي. قوله: (له) أي للمشتري. قوله: (يكون للمشتري) تصريح بما أفاده التشبيه في قوله: «وكذا الخ». قوله: (لأن الملك تم له من وقت الشراء) أي فتبين أن القطع ورد على ملكه ط عن المنح. قوله: (بخلاف الغاصب) أي لو قطعت اليد عنده ثم ضمن قيمته لا يكون الأرش له لما مر قريباً من أن ثبوت ملكه بالضمان: أي لا بالغصب، لأن الغصب غير موضوع للملك فلا يملك الأرش وإن ملك العبد لعدم حصوله في ملكه. قوله: (بما زاد) أي من الأرش على نصف الثمن إن كان نصف القيمة أكثر من نصف الثمن. نهر. قوله: (وجوباً) قال في البحر: هو ظاهر ما في الفتح. قوله: (لعدم دخوله في ضمانه) لأن الملك غير موجود حقيقة وقت القطع، وأرش اليد الواحدة في الحر نصف الدية، وفي العبد نصف القيمة، والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن، ففيما زاد في نصف الثمن شبهة عدم الملك. وتماه في البحر. قوله: (قيد اتفاقي) فإنه وإن وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسألة. فتح: أي لأن ذكره يفيد توافق المتعاقدين عليه مع أنه محل المنازعة بينهما. قوله: (مثلاً) راجع لقوله: «فبرهن» لما في النهر وغيره من أنه لو لم تكن بينة كان القول المدعي الأمر، إذ غيره

(١) في ط (قول الشارح: لثبوت ملكه به) أي فقد وقع عتقه في غير ملكه أصلاً فلا ينفذ بخلاف ما إذا أدى

المشتري الضمان فإن الملك يستند إلى عقد المايعة.

الفضولي (أو على إقرار (رب العبد أنه لم يأمره بالبيع) للعبد (وأراد) المشتري (رد البيع ردت) بينته ولم يقبل قوله للتناقض (كما لو أقام) البائع (البينة أنه باع بلا أمر أو برهن على إقرار المشتري بذلك) وأصله أن من سعى نقض ما تم من جهته لا تقبل إلا في مسألتين (وإن أقرّ البائع) المذكور ولو عند غير القاضي. بحر (بأن رب العبد لم يأمره بالبيع ووافقه عليه) أي على عدم الأمر (المشتري انتقض) البيع، لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة، فإن توافقا بطل (في حقهما لا في حق المالك) للعبد (إن كذبهما) وادعى أنه كان بأمره فيطالب البائع بالثمن لأنه وكيل لا المشتري، خلافاً للثاني.

(بإع دار غيره بغير أمره) وأقبضها المشتري. نهر. وأما إدخالها في بناء

متناقض فلا تصح دعواه، ولذا لم يكن له استحلافه اهـ. وليس راجعاً لقوله: «المشتري» على معنى أن البائع كذلك لأنه يتكرر مع قوله المصنف، كما لو أقام البائع البينة، أفاده ط. قوله: (الفضولي) لا محل لذكره بعد تصريحه بأن قوله: «بغير أمره قيد اتفاقي». قوله: (ردت بينته) أي إن برهن، وقوله: «ولم يقبل قوله» أي إن لم يبرهن. قوله: (للتناقض) إذ الإقدام على الشراء والبيع دليل على دعوى الصحة، وأنه يملك البيع ودعوى الإقرار بعدم الأمر تناقضه، وقبول البينة مبني على صحة الدعوى. نهر وغيره.

واعترض بأن التوفيق ممكن لجواز أن لا يعلم إلا بعد الشراء بإخبار عدول له بأنا سمعنا إقرار البائع بذلك قبل البيع. وأجاب في البحر بأنه وإن أمكن التوفيق بذلك لكنه ساع في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه فقولهم إمكان التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن ساعياً في نقض ما تم من جهته. قوله: (إلا في مسألتين) ذكرهما في البحر هنا، لكن الشارح قدم في الوقف عند قوله: «بإع داراً ثم ادعى أي كنت وقفها» أن المستثنى سبع، وقدمنا هناك عن قضاء الأشباه أنها تسع، ومر الكلام عليها فراجع. قوله: (ولو عند غير القاضي) أفاد أن قول الكنز عند القاضي قيد اتفاقي. قوله: (لأن التناقض) أي من البائع لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة في إقراره على نفسه، فللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فيطلب البيع في حقهما. قوله: (خلافاً للثاني) فعنده لرب العبد مطالبة المشتري، فإذا أدى رجع على البائع. نهر. وفيه: ولو أنكر المالك التوكيل وتصادقا عليه، فإن برهن الوكيل فيها وإلا استحلف المالك، فإن نكل لزمه لا إن حلف. وتمامه فيه وفي البحر. قوله: (بغير أمره) لا حاجة إليه لأنه محل النزاع ط. ولذا لم يذكره في الكنز. قوله: (نهر) نقله عن البناء ولم يتكلم على مفهومه، ولعله لأنه أولوي فإنه إذا لم يضمن إذا قبضها لا يضمن إذا لم يقبض بالأولى ط. قوله:

المشتري فقيده اتفاقاً. درر (ثم اعترف البائع الفضولي (بالغصب وأنكر المشتري لم يضمن البائع قيمة الدار) لعدم سراية إقراره على المشتري (فإن برهن المالك أخذها) لأنه نور دعواه بها.

فروع: باعه فضولي وآجره آخر أو وزجه أو رهنه فأجيزاً معاً ثبت الأقوى فتصير مملوكة لا زوجة. فتح.

سكوت المالك عند العقد ليس بإجازة. خانية من آخر فصل الإقالة.

بَابُ الْإِقَالَةِ

(فقيد اتفاقاً) أي وقع في الكنز وغيره اتفاقاً مقصوداً للاحتراز، لأنه إذا لم يدخلها يكون بالأولى. قوله: (لعدم سراية إقراره على المشتري) هذا لا يصلح علة لما قبله، وإنما هو علة لعدم نزع الدار من يد المشتري، وأما علة عدم ضمان البائع قيمة الدار مع إقراره بغصبها فهي عدم صحة غصب العقار، وهو قولهما. وقال محمد: يضمن قيمة الدار، وهو قول أبي يوسف أولاً لصحة غصبه عنده ط. ولذا قال في الفتح: وهي مسألة غصب العقار هل يتحقق أو لا؟ فعند أبي حنيفة لا فلا يضمن: وعند محمد نعم فيضمن اه. قوله: (فإن برهن الخ) وإن لم يبرهن كان التلف مضافاً إلى عجزه عنه لا إلى عقد البائع. قال السائحاني: والظاهر أن الثمن يوضع في بيت المال حتى يتبين الحال. قوله: (لأنه نور دعواه بها) أي جعل لها نوراً بالبينة: أي أوضحها وأظهرها. قوله: (بأهه) أي الشيء. قوله: (فتصير مملوكة لا زوجة) إنما نص على أنها لا تصير زوجة مع أن البيع يقدم على الإجارة والرهن أيضاً لأنه يفهم من نفي الزوجية نفي الأدنى منها بالأولى.

قال في الفتح: وثبتت الهبة لو وهبه فضولي وآجره آخر، وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لأنها لازمة، والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة والبيع أحق من الهبة لبطلانها بالشيوع، فما لا يبطل بالشيوع كهبة فضولي عبد أو بيع آخر إياه يستويان، لأن الهبة مع القبض تساوي البيع في إفادة الملك. وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة، فيأخذ كل نصفه، ولو زوجها كل من رجل فأجيزاً بطلا، ولو باعها تنتصف بين المشتريين ويخبر كل منهما اه. والله سبحانه أعلم.

بَابُ الْإِقَالَةِ^(١)

مناسبتها للفضولي أنه عقد يرفع عند عدم الإجازة والإقالة رفع ط. وذكرها في الهداية والكنز عقب البيع الفاسد والمكروه لوجوب رفع كل منهما على المتعاقدين كما مر،

(١) والإقالة قيل: مأخوذة من القول فهمزتها حيث دلل للسلب أي أزال القول السابق، وقيل: مأخوذ من القيل، وعلى هذا فعينها ياه لا وار، ويدل قولهم: قُلْتُ البيع بكسر القاف، وقال البيع قَيْلاً =