

في التمر فترك المشتري لها حتى تتمر وعدمه^(١) سيان ، والله أعلم .

باب بيع الأصول والثمار

ش : « الأصول » جمع أصل ، كفلس وفلوس والمراد هنا الأشجار^(٢) « والثمار » جمع ثمر ، كجبل وجبال ، وواحدة الثمر ثمرة ، وجمع الثمار ثمر ، ككتاب وكتب ، وجمع الثمر أثمار كعنتق وأعناق ، والله أعلم .

قال : ومن باع نخلا مؤبداً - وهو ما قد تشقق طلعه - فالثمرة للبايع متروكة في رؤوس النخل إلى الجذاذ ، إلا أن يشترطها المتبايع^(٣) .

ش : من باع نخلا مؤبداً فإن ثمرته تكون للبايع ، إلا أن يشترطها المتبايع .

(١) في (خ) : في الثمن فترك المشتري لها وعدمه .

(٢) هذا التعريف ذكره في المطلع ٢٤٢ ، وزاد : والأرضون . وسقط من غير (خ) .

(٣) في المتن والمعنى و (ع د) : متروكة في النخل . وفي المعنى : إلى الجزاء . وفي هامش (خ) : يلحق بالبيع كل عقد معاوضة ، كالإصداق ، وعوض الخلع ، والإجارة والصلح ، وظاهر كلام الخرقى أنه لا فرق بين طلع الفحال ، وطلع الإناث في ذلك ، وهو كذلك ، وفيه احتمال أنه يكون للبايع قبل ظهوره ، لأنه يؤكل حينئذ ، والجذاذ يفتح الجيم وكسرها ، وبإهمال الدال وإعجامها ، يقال : جد النخلة وغيرها . حكاه بمعناه في المطلع عن ابن سيده ، والأفصح فتح الجيم وإهمال الدال ، والصحيح أن الثمر بالتحريك ليس جمع الثمرة ، وإنما هو جنس ، وإنما جمعها ثمرات ، وكذلك القول في ثمرة وتمر وإنما قلنا : إنه اسم جنس ، لوقوعه على القليل والكثير ، كالمسل واللين . اهـ .

١٨٨٣ - على نص حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع ، إلا أن يشترطها المبتاع » متفق عليه^(١) وتكون للبائع متروكة في النخل إلى الجذاذ ، ولا يلزمه قطعها في الحال ، إذ النقل والتفريغ جار على العرف ، كما لو باع دارا له فيها قماش ونحو ذلك ، فلا يلزم بالنقل ليلا ، ولا جمع دواب البلد لذلك ، بل إنما^(٢) ينقله على المعتاد ، والمعتاد في الثمرة أخذها عند جذاذها ، والمرجع في ذلك إلى العادة ، فإن كان^(٣) نخلا فحين تنتهي حلاوة ثمره ، إلا أن تجري العادة بأخذه بسرا ، أو يكون بسره خيرا من رطبه ، فإنه يجزه حين استحكام حلاوة بسره ، وإن كان فاكهة فأخذه حين [يتناهى] إدراكه ، ويجذ مثله ، وإن قيل : إن بقاءه خير له ، فلو أصابت الثمرة آفة ، بحيث لم يبق في بقائها فائدة ، فهل يجب تفريغ الأشجار منها في الحال ،^(٤) لعدم الفائدة في بقائها إذا ؟ فيه احتمالان ، ولو خيف على الأصول ضرر كثير - كالجفاف ونحوه - فهل يجبر أيضا رب الثمرة على القطع حفظا للأصول ، أو لا ، لأن رب الأصول دخل على ذلك ؟ فيه وجهان أيضا ، وإن احتاجت الثمرة مدة بقائها على الأصول إلى سقي لم يلزم المشتري ، لأن البائع لم يملكها من جهته ، لكنه لا يملك منع البائع منه إن احتاجت إليه الثمرة ،

(١) هو في صحيح البخاري ٢٢٠٣ ، ٢٢٠٤ ومسلم ١٠/١٩٠ وفي (خ) : لما روى عبد الله .
(٢) في (خ) : ولا يكلف قطعها والتفريغ على حسب العادة والعرف ... قماش وعروض ، فإنه لا يكلف النقل ليلا ... وإنما الخ . وفي (س م) : وتكون للبائع في النخل .
(٣) في (م) : في الثمرة نقلها عند فإن كانت . وفي (خ) : عند أوان جذاذها .
(٤) في (خ) : في تبقيتها فائدة ، فهل يجب تفريغ الأشجار في الحال ؟ فيه احتمالان ، وسقط ما بعده إلى قوله : ومفهوم كلام الخري الخ .

وإن أضر بالأصل ، لاقتضاء العقد البقاء ، وكذلك إن احتاجت الأصول إلى سقي ، لم يملك صاحب الثمرة منع ربا ، وإن أضر بثمرته كذلك أيضا .

ومفهوم كلام الخري أن الثمرة إذا لم تؤبر فهي للمشتري بإطلاق العقد ، وهو مفهوم الحديث أيضا .^(١)

والخري رحمه الله إنما حكم على النخل إذا أبر جميعه ، أما إذا أبر بعضه فلم يتعرض له ، والحكم أن النخلة الواحدة ، ما لم يؤبر منها يتبع ما أبر ، فيكون الجميع للبائع ، بلا خلاف نعلمه ، وكذلك الحكم في النوع عند ابن حامد ، حذارا من سوء المشاركة ، واختلاف الأيدي ، والمنصوص أن لكل حكم نفسه^(٢) نظرا لظاهر الحديث ، فعلى الأول هل الجنس كالنوع ، فيتبع النوع الذي لم يؤبر النوع الذي أبر جميعه وبعضه ، ويكون الجميع للبائع إذا بيع جميع الجنس ، أم لكل حكمه ؟ فيه قولان ، أشهرهما الثاني ، أما الحائطان فلا يتبع أحدهما الآخر ، وهذه المسألة التفت إلى مسألة^(٣) بدو الصلاح في البعض ، ويأتي الكلام عليها إن شاء الله تعالى بما هو أتم من هذا .

(١) في (خ) ونظرا لمفهوم الحديث ، والخري . الخ ، وعلق في الهامش : أي وهو كذلك ، وقال أبو حنيفة والأوزاعي : هي للبائع في الحالين ، لأن له حد ، فلم يتبع أصله كالزرع ، وقال ابن أبي ليلى : هي للمشتري في الحالين ، لأنها متصلة بأصلها بأصل الحلقة ، فتبعه في البيع كالأغصان . اهـ .

(٢) في (خ) : إذا أبر بعضه ففي النخلة الواحدة لا نزاع فيما نعلمه أن ما لم يؤبر تبع لما أبر ... للبائع ، لإطلاق العقد ، وطرد ذلك ابن حامد وابن عقيل في الفصول ، في النوع أيضا ، حذارا ... حكم نفسه ، وهو اختيار أبي بكر ، وابن شاقلا نظرا الخ ، وعلق على (حكم نفسه) : أي فلا يتبع المؤبر ما لم يؤبر . اهـ .

(٣) في (م) : ويتبع الفرع الذي . وفي (د) : التفت إلى مسألة . وفي (خ) : الذي أبر يكون الجميع للبائع أم لكل حكم ... أحدهما الآخر ، وهذه المسألة كمسألة . الخ .

(تنبيه) : أصل التأبير التلقيح ، وهو وضع الذكر في الأنثى ، والخرقي رحمه الله فسره بالتشقق ، لأن الحكم عنده منوط به ، وإن لم يلقح ، لصيرورته في حكم عين أخرى ، وعلى هذا فإنما أنيط الحكم - والله أعلم - في الحديث بالتأبير لملازمته للتشقق غالبا ، وهذا الذي قاله الخرقى هو أشهر الروايتين ، وقد بالغ أبو محمد فقال : إنه لا اختلاف فيه بين العلماء .^(١)

(والثانية) : لا بد من التلقيح بعد التشقق وإلا يكون للمشتري ، عملا بظاهر الحديث ، وتمسكا بالمقتضي اللغوي ،^(٢) والله أعلم .

قال : وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر باد .
ش : أي ظاهر كالتين ونحوه ، والحكم في ذلك كالحكم فيما تقدم أنه إن ظهر فهو للبائع ، لأنه قد صار كعين أخرى إلا أن يشترطه المبتاع ، وإن لم يظهر فهو للمشتري ، قياسا على ما تقدم ، لمساواته له في المعنى ، والأصحاب^(٣) قد قسموا الشجر على أضرب ليس هذا موضع بيانها ، والله أعلم .

(١) في (خ) : (تنبيه) التأبير فسره بالتشقيق ... منوط بذلك ، وإن لم يلقح لأنه إذا يصير في حكم عين أخرى ، وهذا أشهر الروايتين ، حتى أن أبا محمد قال : لا خلاف فيه بين العلماء ، لملازمته للتشقق غالبا . الخ ، وفي (م) : لأن الحكم عندنا ... حكم غير أخرى ... بالتأبير ، لملازمته بالتشقق ... لا خلاف فيه . الخ ، والذي في المعنى (٧٤/٤) : بغير اختلاف بين العلماء .
(٢) زاد في (خ) : بعد (اللغوي) : إذ الأصل عدم النقل ، وفي الهامش : أي نقل التأبير إلى سببه ، ولازمه ، وهو التشقق . اهـ .

(٣) في (خ) : باد أي ظاهر كالتين ، والحكم الخ ، وعجاجة (ع س م د) : فيما تقدم سواء ، لتساويهما معنى ، فليظن ثم ، والأصحاب الخ ، وأثرت عبارة (خ) لوضوحها أكثر ، وفي (م) : لتأديهما معنى ، فليظن به الأصحاب ، قد قسم الشجر الخ ، وفي هامش (خ) : الشجر خمسة أضرب (ما له كام) كالنخل والقطن ، والورد والياسمين ، والبنفسج فحكمه ما سبق ، (وما له نور)

قال : وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ولم يبد صلاحها على الترك^(١) لم يجز ، وإن اشترها على القطع جاز .
ش : بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بدون أصلها له^(٢) ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن تباع بشرط التبقية ، فلا يصح إجماعا .

١٨٨٤ - لما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع ، وفي رواية قال « لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه »^(٣) .

١٨٨٥ - وعن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع التمر حتى تزهو ، قلنا لأنس : ما زهوها ؟ قال : حتى تحمر وتصفر . قال « أرايت إن منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه » وفي رواية : قال النبي ﷺ « إن لم يثمرها الله فبم تستحل مال أخيك » متفق عليه^(٤) .

كالنفاخ ، والمشمش ، والأجاص ، فإذا انفتح نوره ، وقيل نثاره فهو للبائع (والثالث) ما له قشر يؤكل معه ، كالرمان والموز ، (والرابع) ماله قشران (والخامس) ما لا قشر له ولا نور ، كالتين والجميز والتوت ، فالأضرب الثلاثة للبائع بنفس ظهورها ، وفي ما له قشران قول للقاضي إنما يكون للبائع إذا انشق قشره على الأرض اهـ ، وهو ملخص من المعنى ٨٠/٤ .

(١) في المعنى : على الترك الجزاز لم تجز . وفي (م) : الثمر دون الأصل قبل أن يبدو .

(٢) في (خ) : بدون أصلها ، قبل بدو صلاحها لا يخلو من الخ .

(٣) رواه البخاري ٢١٩٤ ، ٢١٩٩ ومسلم ١٧٧/١٠ بالروایتين ، وفي رواية لمسلم : « لا تتباعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ، وتذهب عنه الآفة » وفي لفظ : نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة . وفي (خ) : أن يشتريه بشرط ... وقد يشهد لذلك ما .

(٤) هو في صحيح البخاري ٢١٩٥ ، ٢١٩٨ ، ٢١٦/١٠ ومسلم ٢١٦/١٠ والرواية الثانية عندهما بلفظ : « إذا منع الله الثمر » الخ ، وعند مسلم بلفظ « إن لم يثمرها الله » الخ .

١٨٨٦ - وروي نحو ذلك من حديث جابر ، وأبي هريرة ، وابن عباس رضي الله عنهم .^(١)

(والثاني) أن يشتريها بشرط القطع في الحال ، فيجوز في قول العامة ، لأمن المفسدة التي علل بها صاحب الشريعة ، وهو منع الله الثمرة ، واستحلال مال أخيه بغير شيء ،^(٢) وهنا الأخذ في الحال ، فالاستحلال بما أخذ في الحال .

(الثالث) اشتراها وأطلق ، وهذا لم يتعرض الخرق رحمة الله للحكم عليه بنفي ولا إثبات ، وفيه قولان للعلماء ، هما روايتان عن إمامنا ، أشهرهما - وبه جزم الشيخان والأكثر - لا يصح ، لأن الإطلاق يقتضي النقل على ما جرت به العادة ، والعادة في الثمرة كما تقدم قطعها إذا بدا صلاحها ، فصار كأنه مشروط عدم القطع .^(٣)

(والثانية) يصح إن قصد القطع ، ويلزم به في الحال ، نص عليها في رواية عبد الله ، حملا على عرف الشرع والحال

(١) حديث جابر في صحيح البخاري ٢١٩٦ ومسلم ١٨٠/١٠ ولفظ البخاري : نهي أن تباع الثمار حتى تشقق ، وقيل : وما تشقق ؟ قال : تحمار وتصفار ، ويؤكل منها . ورواه مسلم ١٨٠/١٠ عنه قال : نهي رسول الله ﷺ عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ، وحديث أبي هريرة رواه مسلم ١٨١/١٠ عنه قال : قال رسول الله ﷺ لا تباع الثمار حتى يبدو صلاحها ، ورواه أيضا النسائي ٢٦٣/٧ وابن ماجه ٢٢١٥ وحديث ابن عباس رواه البخاري ٢٢٤٦ ومسلم ١٨٠/١٠ عن أبي البختري قال : سألت ابن عباس عن بيع النخل ، فقال : نهي رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يؤكل منه ، وحتى يوزن . فقلت : ما يوزن ؟ فقال رجل عنده : حتى يحزر . ورواه غيرهما بنحوه .

(٢) في (د) : صاحب الشرع . وسقط من (خ) : واستحلال ... شيء .

(٣) انظر كلام الموفق على هذه المسألة في المغني ٩٣/٤ وكلام المجد في المحرر ٣١٦/١ وانظر أيضا المسألة في الفروع ٧٢/٤ والمبدع ١٦٧/٤ والإنصاف ٦٧/٥ ووقع في (خ) : في الثمرة إذا تناهى صلاحها ، فصار كما لو لم يشترط القطع . الخ وفي الهامش : لعله كما لو شرط التبعية .

هذه ، وتصحيحا لكلام المكلف ما أمكن ، والشيرازي يحكي رواية بالصحة من غير اشتراط قصد القطع ، وما حكاه السامري عن ابن عقيل في التذكرة - أنه ذكر في هذه المسألة أربع روايات - ليس بجيد ، إنما حكى ذلك - على ما اقتضاه لفظه - فيما إذا شرط القطع ثم ترك ،^(١) انتهى ، أما بيعها مع أصلها فيجوز إجماعا ، لأنها إذا تتبع الأصل ، فأشبهت الحمل مع أمه ، وأس الحيط ، وأيضا^(٢) قول النبي ﷺ « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع » .^(٣)

وإن بيعت لمالك الأصل - كما إذا باع أصولها بعد أن أبرت ، ولم يشترطها المشتري ، ثم باعها له ، وكذلك لو وصى بنخل مؤبر ثم باع الورثة الثمرة للموصى له - فوجهان^(٤) (أحدهما) يصح ، وهو اختيار السامري ، وصاحب التلخيص فيه ، لأنه اجتمع الأصل والثمرة للمشتري ، فأشبه ما لو^(٥) اشتراها معا (والثاني) - وهو

(١) في (خ) : عرف الشرع في ذلك وتصحيحا ... بالصحة ، ويطلق ، وما حكاه أربع روايات وهم ، وإنما الخ ، وعلق عليه ابن نصر الله بقوله : أما أنه لم يحك الروايات في صورة الإطلاق فصحيح ، وأما أنه حكاهن فيما إذا شرط القطع ثم ترك ... لكن عبارته تقتضي أن ذلك شامل للترك بعد شرط القطع ، وفي حالة الإطلاق إذا ترك حتى بدا الصلاح أيضا ، إذ ظاهر عبارته في التذكرة صحة البيع مع الإطلاق أيضا . اهـ .

(٢) في (خ) : لأنها إذا تبع الأصل ، فأشبهت الحيط ، والولد مع أمه ، لأنه اجتمع الأصل والثمرة للمشتري ، فصح مع عموم قول . الخ .

(٣) تقدم برقم ١٨٨٣ وأنه متفق عليه عن ابن عمر ، وفي هامش (خ) : أي قبل بدو صلاحها ، ويتصور ذلك بأن يوصى له بالثمرة خاصة ، فيبيعها من الوارث قبل بدو صلاحها . اهـ .

(٤) في (م) : وإذا بيعت لصاحب الأصل ثم باعه الثمرة . وفي (خ) : وإن بيعت لمالك الأصل فوجهان . وفي الهامش : أي من غير شرط القطع .

(٥) في (خ) : والثمرة للمشتري فصح كما لو .

ظاهر كلام الخرقى - لا يصح ، لعموم الحديث ، ولأنه لا متبوع ولا تابع ، وعلى هذا لو شرط القطع صح ، قال أبو محمد : ولا يلزم الوفاء بالشرط ، لأن الأصل له ، ومقتضى هذا أن اشتراط القطع حق للأدمي ، وفيه نظر ، بل هو حق لله تعالى كما سيأتي .^(١)

(تبيينان) (أحدهما) الزرع قبل اشتداده كالثمرة قبل بدو صلاحها ، يجري فيها ما تقدم .

١٨٨٧ - ولمسلم وأبي داود ، والترمذي ، في رواية في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري .^(٢)

١٨٨٨ - وعن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد ، رواه أبو داود والترمذي .^(٣)

(الثاني) « الزهو » قد فسره أنس رضي الله عنه ،^(٤)

(١) عبارة المغني ٩٤/٤ : ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط ، لأن الأصل له . الخ وسقط من (خ) : ومقتضى هذا ... كما سيأتي .

(٢) هو في صحيح مسلم ١٧٨/١٠ بهذا اللفظ ، وكذا هو في سنن أبي داود ٣٣٦٨ والترمذي ٤٢١/٤ برقم ١٢٤٤ والنسائي ٢٧٠/٧ ومسند أحمد ٥/٢ ومتقى ابن الجارود ٦٠٥ وفي أكثر النسخ : تزهو . والأفصح أنه بالياء أي النخل .

(٣) هو في سنن أبي داود ٣٣٧١ والترمذي ٤٢٢/٤ برقم ١٢٤٦ ورواه أيضا ابن ماجه ٢٢١٧ وأحمد ٢٢١/٣ وأبو يعلى ٣٧٤٤ والحاكم ١٩/٢ والبيهقي ٣١/٥ والطحاوي في الشرح ٢٤/٤ من طرق عن حماد بن سلمة عن حميد عن أنس ، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي وقال الترمذي : حسن غريب ، لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن سلمة ، وسكت عنه أبو داود ، ونقل المنذري في تهذيب السنن ٣٢٣٢ تحسين الترمذي وأقره .

(٤) تقدم تفسير أنس بقوله : حتى تحمر أو تصفر الخ ، حيث إن البسر يبدو أخضر ، وعند قرب النضج يصير بعضه أحمر ، وبعضه أصفر .

وفيه لغتان : زهى يزهو ، وأزهى يزهي ، حكاهما أبو زيد ، قال الأصمعي : لا يقال النخل يزهو . وإنما يقال : يزهي ، قال الخطابي :^(١) هكذا روي الحديث . يعني « يزهو » ، والصواب في العربية « تزهي » قال ابن الأثير : وهذا القول منه ليس عند كل أحد ، فإن اللغتين قد جاءتا عند بعضهم ، وبعضهم لا يعرف في النخل إلا « أزهى » ، انتهى وابن الأعرابي فسر « زهى يزهو » بمعنى : ظهر . « وأزهى يزهي » إذا احمر أو اصفر ، « والحب » الطعام ، واشتداد^(٢) الحب قوته وصلابته ، والله أعلم .

قال : فإن تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع .
ش : هذا هو المذهب المنصوص ، والخيار من الروايات للأصحاب الخرقى ، وأبي بكر ، وابن أبي موسى ، والقاضي وأصحابه ، وغيرهم ، لعموم نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى تزهو ، خرج منه صورة اشتراط القطع ، وفعله عقب العقد بما هو كالإجماع^(٣) فيبقى فيما عداه على مقتضى النهي ، ولأنه أخر قبضا مستحقا لله تعالى ، فأبطل العقد ، كتأخير [قبض] رأس مال السلم والصرف .

(١) أبو زيد هو سعيد بن أوس ، اللغوي المشهور ، المتوفى سنة ٢١٥ هـ والأصمعي هو عبد الملك ابن قريب ، اللغوي المشهور ، والخطابي هو أبو سليمان ، صاحب معالم السنن وقد مر ذكرهم ، وانظر كلام الخطابي في المعالم ٤١/١ ووقع في (خ) : أبو زيد وغيره ... يزهي ، ونحوه قال الخطابي : قال . الخ .

(٢) في (خ) : أو اصفر واشتداد وصلابته ، والحب الطعام .

(٣) في (خ) : المنصوص من الروايات ، وعليه الجماعة ، الخرقى وأبو بكر . وفي (م) : وابن أبي موسى وأصحابه . وفي (خ) : وفعله عقب العقد فيبقى .

والمعتمد في المسألة سد الذرائع ، فإنه قد يتخذ^(١) اشتراط القطع حيلة ، ليسلم له العقد ، وقصده الترك ، والذرائع معتبرة عندنا في الأصول^(٢) وقد عاقب الله سبحانه وتعالى أصحاب السبت بما عاقبهم به ، لما نصبوا الشباك يوم الجمعة ، حيلة على الصيد بها يوم السبت ، وعاقب أصحاب الجنة بما عاقبهم ، لما قصدوا حرمان الفقراء ، والتحيل على إسقاط حق الله سبحانه ،^(٣) ونهى سبحانه عن سب الآلهة التي تدعى من دون الله ، لئلا يكون ذلك ذريعة إلى سب الله جل وعلا ، بقوله ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله ، فیسبوا الله عدوا بغير علم ﴾^(٤) .

١٨٨٩ - وامتنع النبي ﷺ من قتل المنافقين ، حذارا من أن يقال : إن محمدا يقتل أصحابه .^(٥)

(١) الذرائع الوسائل إلى الشيء ، والمعنى أن المشتري يتخذ إبقاءه إلى الصلاح حيلة لأخذ مال البائع بدون حق ، أو يتخذ اشتراط القطع حيلة ووسيلة لتمام البيع ، ثم يتركها حتى تصلح ، فحكم ببطان البيع ، سدا لهذه الذرائع ، وانظر المسألة في مسائل أبي داود عن أحمد ص ٢٠١ قال : سمعت أحمد سئل عن رجل اشترى قصيلا ، ثم مرض أو تروأى فيه حتى صار شعيرا ، قال : إن لم يرد به حيلة ، إن أراد به حيلة فسد البيع وانتقض . اهـ .
(٢) سقطت لفظة : في الأصول . من غير (خ) .

(٣) أصحاب السبت جماعة من بني إسرائيل ، لما حرم الله عليهم الصيد في يوم السبت ، وصارت الحيتان تخرج ذلك اليوم بكثرة ، فاحتالوا بنصب الشباك يوم الجمعة ، ليقع الصيد فيها يوم السبت ، فعاقبهم الله كما قال تعالى ﴿ ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت فقلنا لهم كونوا قردة خاسئين ﴾ أما أصحاب الجنة فهم المذكورون في سورة القلم في قوله تعالى ﴿ إنا بلوناهم كما بلونا أصحاب الجنة ﴾ الآيات ، فعاقبهم الله باحتراق بستانهم ، فأصبح كالصريم ، لما تخافتوا بينهم فقالوا ﴿ أن لا يدخلنها اليوم عليكم مسكين ﴾ وأرادوا منع حق الله الواجب فيها .

(٤) سورة الأنعام ، الآية ١٠٨ .

(٥) كما روى البخاري ٣٥١٨ ، ٤٩٠٥ ومسلم ١٦/١٣٨ عن جابر في قصة عبد الله بن أبي لهيفة قال ﴿ لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعز منها الأذل ﴾ قال عمر : دعني أضرب عنق هذا المنافق . فقال « دعه لا يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه » وروى نحوه عن غير جابر .

١٨٩٠ - ومنع عليه السلام سائق الهدى أن يأكل منه هو أو أحد من رفقته
إذا عطب دون محله ، حذارا من أن يقصر في علفه ويفرط
فيه .^(١)

١٨٩١ - ومنع القاتل من الإرث ، لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى تعجيل
الميراث .^(٢)

١٨٩٢ - وأمر عمر بقتل الجماعة بالواحد ، سدا للذريعة أيضا ،^(٣)
وأدلة هذا الأصل كثيرة ، وقد عمل إمامنا على ذلك في كثير
من المسائل .^(٤) (والرواية الثانية) لا يبطل البيع ، نظرا إلى
أن المبيع بحاله ، وغاية الأمر أنه انضاف إليه غيره ، وذلك
لا يقتضي البطلان ، بدليل ما لو اشترى حنطة فاختلطت
بأخرى ولم تتميز ،^(٥) (والثالثة) نقلها أبو طالب - إن
قصد الحيلة فسد البيع ، لمقارنة النهي للعقد إذا ، وإن لم يقصد

(١) كما في حديث ابن عباس عند مسلم ٧٥/٩ وأحمد ٢٧٩/١ وأبي داود ١٧٦٣ ورواه ابن ماجه
عن ابن عباس عن ذؤيب والد قيصة ، ورواه أحمد ٢٢٥/٤ عن ذؤيب ، وقد تقدم لفظه في الحج
برقم ١٨٠٤ ووقع في (خ) : لكيلا يكون ذلك ذريعة إلى تقصيره في علفه ، وحاملا على التفريط
فيه .

(٢) رواه مالك ٧٠/٣ عن عمرو بن شعيب : أن رجلا قتل ابنه ، فأخبر عمر فأخذ الدية ، ثم
قال : أين أخ المقتول ؟ قال : ها أنا ذا . قال : خذها فإن رسول الله عليه السلام قال « ليس لقاتل شيء »
ورواه عبد الرزاق ١٧٧٧٦ - ١٧٨٠٢ من طرق عن جماعة من الصحابة وغيرهم مرفوعا وموقوفا ،
ورواه الدارمي ٣٨٤/٢ عن علي وابن عباس وغيرهما موقوفا . ورواه الترمذي ٢٩٠/٦ برقم ٢٢٠٣
وابن ماجه ٢٦٤٥ عن أبي هريرة مرفوعا بإسناد ضعيف ، وانظر شواهد في التلخيص الجدير للحافظ
برقم ١٣٥٨ - ١٣٦٠ ومحل ذكرها في كتاب الفرائض .

(٣) رواه مالك في الموطأ ٧٣/٣ عن يحيى بن سعيد ، عن سعيد بن المسيب ، أن عمر بن الخطاب
قتل نفرا خمسة أو سبعة برجل واحد ، قتلوه قتل غيلة ، وقال عمر : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم
جميعا . ورواه عبد الرزاق ١٨٠٦٩ - ١٨٠٧٩ من طرق متعددة عن عمر بقصة طويلة ، ووقع
في (خ) : سدا لذلك أيضا .

(٤) في (خ) : على ذلك إمامنا في كثير من المسائل ، مضى بعضها ، وتأتي جملة منها إن شاء الله تعالى .

(٥) في (خ) : الثانية عن أحمد لا يصح وغايته ... أشبه ما ... فانتالت عليها أخرى ولم تتميزا .

الحيلة لم يفسد ، لخلو العقد عن النهي ظاهرا وباطنا،^(١) وقد اختلف الأصحاب في هذه الرواية والتي قبلها ، فأثبتها ابن عقيل وغيره ، وتأول الثالثة شيخه فقال : معناها ما إذا لم يقصد الحيلة وهو أسهل ، يعني أنه لا يأثم ، وإن قصد الحيلة أثم ، قال : وإلا فهما يتفقان في حكم الصحة والبطلان ، إذ ما يبطل العقد لا فرق فيه بين القصد وعدمه،^(٢) قال : فمحصول المذهب فيه روايتان ، وأبو محمد تأول الثانية على ما إذا لم يقصد الحيلة ، ومع القصد يبطل البيع عنده رواية واحدة ، ومحل الخلاف عنده مع عدم القصد ، وطريقته أخص الطرق ، كما أن أعم الطرق طريقة ابن عقيل.^(٣) (وحيث قيل) بالفساد فإن المبيع بزيادته للبائع ، نص عليه أحمد ، ويرد الثمن ، لأنه قد تبين عدم الشرط المصحح للعقد ، فبطل^(٤) من أصله . (وحيث قيل) بالصحة فهل يشترك البائع والمشتري في الزيادة ، لحدوثها عن ملكيهما ، أو يتصدقان بها استحسانا للاختلاف ؟ فيه روايتان منصوصتان ، وحمل القاضي^(٥) في

(١) في (خ) : والثالثة إن أراد الحيلة فسد البيع ، وإلا لم يفسد ، نقلها أبو طالب لمقارنة النهي للعقد مع الحيلة ما إذا لم يقصد الحيلة ، فإن العقد خلا عن النهي .

(٢) في (خ) : الرواية فأثبتها ... وتأولها ... معناها أنه إذا ... فهو ... وإذا قصد الحيلة أثم وإلا . وفي (م) : أثم وإلا فهما متفقان .

(٣) انظر المسألة في المغني ٩٧/٤ وفي (خ) : وأبو محمد يؤول رواية الصحة على ... فمع القصد ... وهو أخص الطرق ، كما أنه أعمها طريقة . وفي (م) : مغرم الفصل وطريقه .

(٤) في (خ) : وحيث قيل بالفساد - وهو المذهب - فإن البيع بزيادته للبائع ... ويرد الثمن ، لأنه قد ثبت عدم الشرط الخ ، وفي (د) : وحيث قلنا بالفساد . وفي (م) : فإن المبيع بزيادته نص عليه ... فيبطل من أصله .

(٥) في (خ) : أما إن قيل بالصحة فهل يشترك البائع والمشتري ... أو يتصدقان بها استحبابا للاختلاف فيها ؟ فيه روايتان نص عليهما . وفي (ع) : لحدوثها عن ملكيهما . وفي (م) : أو يتصدقان

روايته وفي تعليقه كلا النصين على الاستحباب ، وجعل الزيادة للمشتري ، هذا هو التحقيق في النقل ، وفاقا لنصوص الإمام وللقاضي في التعليق ، وأبي البركات ، وحكى ابن الزاغوني وأبو محمد وغيرهما رواية أن البائع يتصدق بالزيادة على القول بالبطلان ، وكأنهم تبعوا القاضي في روايته ، فإنه زعم أن حنبلا روى ذلك عن الإمام ،^(١) وفيه نظر ، فإنه صرح في التعليق بأن حنبلا وابن سعيد اتفقا على الصحة ، إلا أن ابن سعيد [قال] : يشتركان ، وحنبلا قال : يتصدقان ، وفي الكافي رواية بالشركة على القول بالبطلان أيضا ، وكأنه أخذها من قول ابن أبي موسى : وقيل عنه . ويتلخص من ذلك أن على القول بالبطلان ثلاثة أقوال ، كما ذلك^(٢) على القول بالصحة .

ومعنى التصديق بالزيادة أو الاشتراك فيها أن ينظر كم قيمتها وقت العقد ، وكم قيمتها بعد الزيادة ، فما بينهما محل التردد ،

بها للاختلاف ... وجعل القاضي . وعلق في (خ) : على قوله (استحبابا) : وقيل وجوبا . اهـ وعلى قوله (فيه روايتان) : لا ينبغي أن تكون هاتان روايتين ، بل رواية واحدة ، وهي أن الزيادة منهما ، ويستحب لهما التصديق بها ، والرواية بالتصدق فرع الرواية بالإشتراك لا مخالفتها ، ولا منافية لها . اهـ .

(١) انظر كلام أبي الخطاب وأبي محمد وأبي البركات في الهداية ١٤١/١ والمغني ٩٧/٤ والمحرر ٣١٦/١ وفي (خ) : والقاضي في التعليق .. وحكى ابن الزاغوني وأبو محمد وغيرهما عن أحمد أنا إذا قلنا بالبطلان تصدق البائع بالزيادة ، وكذلك القاضي في روايته ، زاعما أن حنبلا روى ذلك عن أحمد ، وحكى ذلك ، وفيه نظر الخ . وعلق على (الاستحباب) : كيف يتصور حمل رواية الشركة على الاستحباب ، وكان وجه ذلك أنها للمشتري ، ويستحب له أن يشرك فيها البائع اهـ .

(٢) في (خ) : على القول بالبطلان ، وكأنه أخذها ويتلخص أن على القول بالبطلان ثلاثة أقوال ، وكذلك . وعلق على قوله (ثلاثة أقوال) : أقوال البطلان أنها للبائع ، أو يتصدق بها ، أو يشتركان فيها ، فأين الثالث ؟ اهـ وانظر المسألة في الكافي ٧٨/٢ كما ذكر عنه .

فإذا قيل - مثلا - قيمتها وقت العقد مائة ، ثم صارت قيمتها بعد الزيادة مائتين ، فالصدقة أو الشركة له بالمال الزائد .^(١) ثم من المباشر للصدقة فيها ؟ قد تقدم أن على رواية البطلان يتصدق بها البائع ، أما على رواية الصحة فظاهر نص الإمام كما سيأتي أنهما يتصدقان بها ، وقال ابن الزاغوني : لا تدخل في ملك واحد منهما ، ويتصدق بها المشتري .^(٢)

(تنبيه) : ترجم الخرقى رحمه الله المسألة إذا ترك حتى بدا الصلاح ،^(٣) وكذا القاضي وجماعة ، وكذا وقعت نصوص أحمد الذي حكم فيها بالبطلان ، أما نصاه للذنان حكم فيهما بالصحة ، فقال فيهما :^(٤) إذا كبرت وزادت ، قال في رواية ابن سعيد : لا يشتري الرطبة إلا جزءة ، فإن تركها حتى تطول وتكبر كان البائع شريكا للمبتاع في الثمن ، إلا أن يكون يسيرا ، قدر يوم أو يومين ، وكذلك النخل . ومن ثم استثنى ابن عقيل من كون البائع يشارك المشتري الزمن اليسير ، تبعا لنص الإمام انتهى ،^(٥) وقال في

(١) في (م) : يوم العقد وقت الزيادة . وفي (خ) : قيمتها مثلا ووقت الزيادة مائتان .
(٢) في (م) : من المباشرة بالصدقة . وفي (خ) : رواية الصحة . فقال ابن الزاغوني على القول بالتصدق لا يدخل .

(٣) في (خ) : تنبيهان أحدهما ترك الزرع حكم ترك الثمرة حتى يبدو صلاحها على ما تقدم ، الثاني : ترجم الخرقى ... إذا تركها حتى يبدو صلاحها . الخ ولعل الصواب أحدهما حكم ترك الزرع . الخ .

(٤) في (خ) : أما نصاه الذي حكم فيهما بالصحة ، ففرض المسألة فيما إذا الخ .
(٥) قدم في (خ) : قوله : ومن ثم . الخ على التنبيه ، ونصه : واستثنى الإمام وابن عقيل المشتري في الزيادة ، على القول بالصحة ، في الزمن اليسير كالיום واليومين . الخ ، وابن سعيد المذكور لعله على بن سعيد بن جرير النسوي ، أبو الحسن ، الحافظ ، نزيرل نيسابور . فقد روى عن أحمد مسائل ، كما في طبقات الخنابلة برقم ٣١٢ وذكره في الخلاصة وقال : بقي إلى بعد الخمسين ومائتين ، وقد ذكره أبو محمد في المغني ٦٧/٤ وسماه أحمد ولعله أبو العباس اللحيانى كما في الطبقات

رواية حنبل : إذا باعه زرعا على أن يجزه ، أو نخلا على أن يصرمه ، فتركه حتى زاد ، فالزيادة لا يستحقها واحد منهما ، ويتصدقان بها ، فقد يقال بتقرير نصوصه ، فالبطلان إذا بدا الصلاح ، والصحة إذا لم يبد ،^(١) والله أعلم .

قال : وإن اشتراها بعد أن يبدو صلاحها على الترك إلى الجذاذ جاز .

ش : الأصل في ذلك ما تقدم من نهي صلى الله عليه عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، وعن بيعها حتى تزهو ،^(٢) ونحو ذلك .

١٨٩٣ - وعن عمرة أن رسول الله صلى الله عليه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة ، رواه مالك في الموطأ .^(٣)

ودلالة هذه الأحاديث من أوجه (أحدها) أنه صلى الله عليه غيا النهي بغاية ، فبوجودها يزول النهي ، ويبقى على أصل الإذن في جواز البيع (الثاني) أن ما بعد الغاية والحال هذه يعطى

برقم ٢٦ وقال : نقل عن إمامنا أشياء الخ ويمكن أنه أبو جعفر الدارمي كما في الطبقات برقم ٢٨ وذكر عنه مسائل نقلها عن أحمد .

(١) في (خ) : فقد يقال : إن نصه بالبطلان فيما إذا بدا الصلاح ، ونصه بالصحة فيما إذا لم يبد ، ويرتفع الخلاف .

(٢) في المغني : فإن اشتراها بعد أن بدا . وفي (خ) : ش : لما تقدم من ... صلاحها ، وعن بيعها حتى تزهو ، وعن عمرة . الخ .

(٣) عمرة هي بنت عبد الرحمن بن سعد بن زرارة ، الأنصارية المدنية الفقيهة ، سيدة نساء التابعين ، وثقها ابن المديني وفخم أمرها ، توفيت قبل المائة كما في الخلاصة ، وهذا الحديث رواه مالك ١٢٥/٢ عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة ، عن أمه عمرة به مرسلا ، ولم أجده موصولا ، إلا عند ابن عدي في الكامل ١٥٩٥ عن عبد الرحمن بن أبي الرجال عن أبيه عن أمه به وذكر السيوطي في تنوير الحوالك أن ابن عبد البر وصله من طريق خارجة بن عبد الله بن سليمان بن زيد بن ثابت ، عن أبي الرجال ، عن عمرة عن عائشة ، وهو في التمهيد ١٣٤/١٤ بهذا الإسناد وأسنده أيضا عن ابن عمر بنحوه وعلقه عن أبي سعيد الخدري .

عكس حكم ما قبلها ، وإلا فذكر الغاية إذاً وعدمها سيان ، وما قبلها^(١) لا يجوز إلا بشرط القطع ، فما بعدها يجوز وإن شرط الترك ، (الثالث) أنه صلى الله عليه وسلم علل المنع بعلته ، وهي الخوف من تلفها ، ووقوع العاهة بها ، والحكم يدور مع علته وجودا وعدمها ، وإذا بدا الصلاح زالت العلة غالبا ، فيزول المنع^(٢) انتهى ، والخرق رحمه الله نص على ما إذا اشتراها بشرط القطع ، ليصرح بمخالفة الخصم ، ويفهم منه بطريق التنبية صورة الوفاق ، وهي ما إذا أطلق^(٣).

(تنبيهان) « أحدهما » بدو الصلاح في شجرة صلاح لجميعها ، بلا خلاف أعلمه بين الأصحاب ، وكثير منهم يقول : رواية واحدة ، واختلف في صلاح بعض النوع ، هل يكون صلاحا [لسائر ذلك النوع الذي في القراح ؟^(٤)] فيه روايتان ، أشهرهما عن الإمام : لا يكون صلاحا له كما لا يكون صلاحا [لقراح آخر ، وهذا اختيار أبي بكر في الشافعي ، وابن شاقلا في تعاليقه ، واستدل له ابن شاقلا بقوله صلى الله عليه وسلم « حتى يبدو صلاحه » وقال : وهو يقتضي^(٥) الكل

(١) في (خ) : وهو يدل من ثلاثة أوجه ... أصل الإباحة ... الغاية يعطى ما قبلها وما بعدها .

(٢) في (خ) : علل بعلته تلفها ، وحصول فيزول الحكم .

(٣) في (خ) : وقول الخرق : على الترك . تبه به على مذهب النعمان رحمه ، فإنه يمنع من ذلك ، ويفهم منه بطريق الأولى الجواز مع الإطلاق ، وهو اتفاق . الخ ، وعلق على قوله (من ذلك) : أي من يبعه حيثئذ على التيقية ، لما فيه من شرط انتفاعه بملك غيره مع البيع . اهـ .

(٤) القراح البستان والحديقة ، والأرض المخلصة لزرع أو غرس ، كما في لسان العرب . وفي (خ) : تنبيه بدو الصلاح رواية واحدة ، وهل يكون صلاحا لسائر النوع الذي في ذلك القراح .

(٥) في (م) : عن الإمام لا يكون صلاحا لقراح ، وهذا اختيار أبي بكر والشافعي ، وابن شاقلا وقال يقتضي . وفي (خ) : لإحدهما - وهي أشهرهما عن الإمام واختيار ... تعاليقه - : لا يكون صلاحا لقراح آخر . قال ابن إسحاق : ولأن قوله صلى الله عليه وسلم « حتى يبدو صلاحه » يقتضي . الخ ،

بدلالة قوله تعالى ﴿ كما بدأكم تعودون ﴾^(١) فإنه يقتضي الكل لا البعض (والثانية) - وهي اختيار الأكثرين ، ابن أبي موسى ، وابن حامد ، والقاضي وأصحابه وغيرهم - يكون صلاحا كما في النخلة الواحدة [إذ سوء المشاركة والاختلاط موجود في النوع ، كما في النخلة الواحدة] ، وخرج بذلك قراح آخر ، واختلف القائلون بهذه الرواية في النوع - كالبرني مثلا - هل يكون صلاحا لسائر الجنس الذي في القراح ؟ فقال القاضي ، وابن عقيل ، وأبو محمد والأكثر : لا يكون صلاحا ، وقال أبو الخطاب^(٢) : لا يكون صلاحا ، وهو ظاهر النص الآتي .

ولا نزاع أن المذهب أن صلاح الجنس لا يكون صلاحا لجنس آخر ، وكذلك صلاح نوع من بستان ، لا يكون صلاحا لنوع آخر من بستان آخر ، وعنه أن بدو الصلاح في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه .^(٣)

وابن إسحاق الذي ذكر لا مناسبة له هنا ، ولعل الصواب أبو إسحاق ، وهو ابن شاقلا ، بسكون القاف ، إبراهيم بن أحمد ، العالم المشهور ، المتوفى سنة ٣٩٩ وقد تكرر فيما سبق .
(١) سورة الأعراف ، الآية ٢٩ .

(٢) في (خ) : وهي اختيار ابن أبي موسى ... وأصحابه من بعدهم ... الواحدة إذ الإختلاط ... كما في الشجرة الواحدة ... آخر ، ثم منصوص أحمد في الرواية الأولى ... فيكون صلاحا رواية واحدة ، ولا أعلم له مخالفا في هذا ، ومنصوصه في الثانية ... فمن القائلين بهذه الرواية من قصر ... وأبي البركات ومنهم ... وغير واحد . اهـ واختلف الفريقان في البرني ، كالبرني من الرطب ، هل يكون صلاحا لسائر أنواع الرطب ؟ فقال القاضي ... والأكثر : لا . وقال أبو الخطاب : نعم . الخ ، وانظر المسألة في المعنى ٩٩/٤ والهداية ١٤٠/١ وغيرهما .

(٣) في هامش (خ) : كصلاح الرطب ، لا يكون صلاحا للعنب ، قياسا على الزكاة في ضم أنواع الجنس لإكمال النصاب . اهـ وفي (خ) : ولما قاربه ، وهذا النص يشهد لمن سوى بين القليل والكثير ، كابن أبي موسى ومن وافقه كما تقدم .

(الثاني) نص أحمد في الرواية الأولى : إذا احمر بعضه
وبعضه أخضر ، يباع الذي بلغ ، وهذا يشمل النخلة
والنخلات ، لكن القاضي قال : يجب أن يحمل هذا على أنه
لا يكون صلاحا لنخلة أخرى ، أما النخلة فيكون صلاحا
لها رواية واحدة ، ونصه في الثانية ، في بستان بعضه بالغ ،
وبعضه غير بالغ : يبيع إذا كان الأغلب عليه البلوغ ، فمن
القائلين بالرواية الثانية ، من قصر الحكم على الغلبة ،
كالقاضي في تعليقه ، وأبي حكيم النهرواني ،^(١) وأبي
البركات ، تبعوا لهذا النص ، ومنهم من سوى بين القليل
والكثير ، كابن أبي موسى مصرحا به ، وأبي الخطاب وغير
واحد ، تبعوا - والله أعلم - للنص المحكي أخيرا ، ويتلخص
في المسألة ثلاث روايات ، (الثالثة) الفرق بين الغلبة
وغيرها ، ثم كلا النصين اللذين حكم فيهما الإمام بالصلاح
يشملان النوع ، والجنسين ، كما يقوله أبو الخطاب ، عكس
المشهور .^(٢)

واعلم أن معنى : ما لم يبد صلاحه في حكم ما بدا
صلاحه ، في جواز بيعه مع ما بدا صلاحه تبعاله ، فلو أفرد
بالبيع فوجهان ، وحكماهما القاضي في المجرد ، فيما لم يؤبر
من النوع ، إذا أفرد بالبيع أن ثمرته تكون للبائع ، إن قيل :
إن ما لم يؤبر تبع لما أير ، وخالفه ابن عقيل فقال : إن الثمرة

(١) هو أبو حكيم إبراهيم بن دينار بن أحمد بن الحسين الرزاز ، الفقيه الحنبلية الفرضي ، الزاهد
التوفي سنة ٥٥٦ هـ كما في الشذرات ١٧٦/٤ وذيل الطبقات برقم ١٢٧ ووقع في (م) : على أنه
يكون الأغلب عليه ، فمن القائلين بالرواية الثانية من نص الحكم على العلة .

(٢) سقط من (خ) : الثالثة المشهور . وفي (م) : فرق بين الغلبة وغيرهما ، ثم حكى النصين
اللذين حكم فيهما بالصلاح .

- والحال هذه - تكون للمشتري قولاً واحداً،^(١) والله أعلم .

قال : فإن كانت ثمرة نخل فبدو صلاحها^(٢) أن تظهر فيها الحمرة أو الصفرة ، وإن كانت ثمرة كرم فصلاحتها أن تنموه ، وصلاح ما سوى النخل والكرم أن يبدو فيه النضج .

ش : لما أناط الخرقى رحمه الله جواز البيع يبدو الصلاح فسرره وبينه ، بأنه ظهور الحمرة أو الصفرة في ثمرة النخل ، وذلك لما^(٣) تقدم عن أنس رضي الله عنه : حتى تحمر وتصفر .

١٨٩٤ - وعن جابر رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ نهى أن تباع الثمرة حتى تشقق ، قيل : وما تشقق ؟ قال « حتى تحمار وتصفر ويؤكل منها » .^(٤)

١٨٩٥ - وسأل سعيد بن فيروز ابن عباس عن بيع النخل ، فقال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل ، وحتى يوزن ، قال فقلت : وما يوزن ؟ فقال رجل عنده :

(١) في (خ) : ومعنى أن ما لم يبد صلاحه ... فوجهان . وسقط منها ما بعده ، وفي (س م) : ما لم يبد صلاحه حكم ما بدا .

(٢) في (س م) : وإن كانت . وفي المتن : فإن كان ثمرة نخل فسد صلاحها . الخ ، وهو تصحيف .

(٣) في (خ) : ش : إذا كانت الثمرة ثمرة نخل ، فصلاحتها أن تصفر أو تحمر لما تقدم .

(٤) هو في صحيح البخاري ٢١٩٦ ومسلم ١٠/١٩٥ بهذا اللفظ . وفي (خ) : عن أنس رضي الله عنه وعن جابر ويؤكل منها . متفق عليه . وكذلك كل ما كان من الثمر يغير لونه عند صلاحه كالأجاص ، والعب الأسود ونحوهما ، لما تقدم من حديث أنس أيضاً ، الخ وعلق على (حتى تشقق) : قال الجوهري : أشقق النخل أزهى ، وكذلك التشقيق ، ونهى عن بيعه قبل أن يشقق . اهـ .

حتى يحزر . متفق عليهما،^(١) وصلاح ثمرة الكرم أن تنموه ، أي يجري فيها الماء الحلو وتلين ، وكذلك ما سوى ثمرة النخيل والكرم ، صلاحه أن يبدو فيه النضج لصلاحيته،^(٢) وكذلك الذي قبله للأكل ، وإذا يدخل في معنى الأحاديث السابقة ، وعلى هذا أيضا ينبغي أن يحمل كلام الخرق في ثمرة النخل ، أنه لا بد مع احمرارها واصفرارها من صلاحيتها للأكل ، وفاقا لحديث جابر وابن عباس ، وكذلك جعل أبو البركات الضابط في جميع الثمار أن يطيب أكلها،^(٣) ويظهر فيها النضج ، وأبو محمد جعل ما يتغير لونه عند صلاحه ، كالأجاص ، والعنب الأسود ، صلاحه تغير لونه كثمرة النخل ، والضابط الذي ذكره أبو البركات أجود .

(تنبيهان) « أحدهما »^(٤) اختلف الأصحاب فيما يؤكل صغاراً وكباراً ، كالقثاء والخيار ، ونحوهما ، فقال القاضي وابن عقيل : صلاحه تناهي عظمه ، وقال أبو محمد : أكله

(١) سعيد بن فيروز هو أبو البخثري ، بن أبي عمران ، الطائي مولاهم ، الكوفي ، تابعي جليل ، وثقه أبو زرعة وابن معين ، قتل في فتنه ابن الأشعث سنة ٨٣ كما في الخلاصة ، والحديث رواه البخاري ٢٢٤٦ ومسلم ١٨٠/١٠ عن أبي البخثري قال : سألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم في النخل الخ ، وقد أشار إليه الزركشي كما سبق برقم ١٨٨٦ ، وليس في (س م) : فقال : نهي ... عن بيع النخل . ووقع في البخاري في رواية : حتى يحزر . وفي هامش (خ) : وصلاح البطيخ أن يبدو فيه النضج .

(٢) في (خ) : وإن كانت ثمرة كرم أبيض فصلاحتها أن ... وتلين ويصفر لونها ، وما هو سوى ذلك صلاحه أن يبدو فيه النضج ، وإذا يصلح للأكل ، وقد سأل سعيد بن فيروز ... متفق عليه ، وسقط منها بقية الكلام إلى التنبيه .

(٣) ضابط أبي البركات ذكره في المحرر ٣١٦/١ وضابط أبي محمد قاله في المغني ١٠٢/٤ في شرح هذه الجملة .

(٤) سقط التنبيهان من (خ) : وفيها آخر شرح الجملة : واختلف ... قبل ذلك .

عادة . وتوسط صاحب التلخيص فقال : صلاحه التقاطه^(١)
عرفا ، وإن طاب أكله قبل ذلك .

(الثاني) « تشقح » بضم التاء وإسكان الشين ،
وتخفيف القاف ، مضارع « أشقح » وقد فسره جابر ،
و « تحزر » بتقديم الزاي على الراء ، أي تحرص ، وفي بعض
الأصول بتقديم الراء ، قيل : إنه تصحيف ، والله أعلم .

قال : ولا يجوز بيع القناء والخيار ، والبادنجان ، وما
أشبهها^(٢) إلا لقطعة لقطعة .

ش : لا يجوز بيع الخيار ، والبادنجان ، وما أشبه ذلك -
كالقناء والبطيخ - إلا لقطعة لقطعة ، لأن الزائد على ذلك غير
معلوم ، فلم يجز بيعه ، لعدم العلم به .

واعلم أن هذه الأشياء عند جمهور الأصحاب أصولها
كالشجر النابت ، وثمرتها كثمرته ، فتباع أصولها مطلقا ،
وثمرتها قبل بدو صلاحها [معها] ، أو لمالكها على وجه ،
أو بشرط القطع ، أو مطلقا بشرطه على رواية ، وبعد بدو
الصلاح يباع الموجود منها^(٣) واختار صاحب التلخيص المنع

(١) انظر كلام أبي محمد المذكور في المعنى ١٠٢/٤ بمعناه ، وفي (س م ع) : والخيار ونحوها .
وفي (د) : ونحو ذلك .

(٢) في المعنى : وما أشبهه . وسقطت لفظة (القناء) من (خ) .
(٣) في (خ) : الزائد على ذلك ثمر لم يخلق ، أشبه ما لو لم يظهر شيء منه ، واعلم أن هذه الأشياء
أصولها ... كثمرتها عند جمهور الأصحاب ، فأصولها تباع مطلقا ، وثمرتها قبل بدو الصلاح إن
بيعت بشرط القطع جاز ، وبشرط الترك لا يجوز ، وفي الإطلاق الخلاف إلا إذا بيعت مع الأصل ،
أو لمالكه على وجه ، وبعد بدو الصلاح ... مع الأرض أو لمالكها ، أو بشرط القطع . وعلق في
الهامش : خلافا لمالك ، فإنه أجاز بيع المعدوم مع الموجود ، لأنه تابع له ويشق تميزه ، وهو قول
الحسن . اهـ وعلى قوله (الموجود منها) : أي مطلقا وبشرط القطع ، وعلى التبقية كثرة الشجر
بعد بدو الصلاح كما في المعنى . اهـ .

من بيع ثمارها قبل بدو صلاحها إلا بشرط القطع ، وإن بيعت مع أصولها ، لتعرضها للآفة مع الأصول إلا إن بيعت مع الأرض ، أو لمالكها ، وقياس قوله أن أصولها لا تباع صغرة^(١) إلا إذا أمنت العاهة ، إلا أن تباع مع الأرض أو لمالكها ، أو بشرط القطع ، والله أعلم .

قال : وكذلك الرطبة كل جزء .^(٢)

ش : حكم الرطبة وما ثبت أصوله في الأرض ويؤخذ دفعة بعد دفعة - كالننوع ، والهندباء ، ونحو ذلك - حكم الخيار ، والباذنجان ، لا يباع إلا الموجود منه جزء جزء ، بشرط القطع في الحال ، إذ ما لم يظهر معدوم ، والموجود متى ترك ولم يقطع اختلط بغيره ، وإذا يفضي إلى مشاجرة ونزاع ، وذلك مما لا يرضاه الشارع .^(٣)

(تنبيه) حكم بيع الخيار ونحوه ، والرطبة ونحوها - إذا بيع بشرط القطع ، ثم ترك حتى طالت الجزة ، أو حدثت ثمرة أخرى ولم يتميزا - حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، إذا بيعت بشرط القطع ، ثم تركت حتى بدا صلاحها على ما تقدم ،^(٤) قال غير واحد : ونص أحمد وقع في رواية ابن

(١) كذا وقعت الكلمة وهي محتملة أن تكون بالغين أو بالفاء ولعل الصواب : منفردة . أو نحوها .

(٢) في المتن : كل جزء . وفي هامش (خ) : الجزة بكسرة الجيم ، وهي ما نبتاً لأن يجزأه .

(٣) في (خ) : ش : ما نبت أصوله في الأرض ، ويؤخذ كالرطبة والننوع والهندباء ونحو ذلك ،

لا يباع إلا جزء جزء ، أي الموجود منه بشرط ... معدوم ، فلا يجوز بيعه ، والموجود ... بغيره .

(تنبيه) : بيع الخيار الخ . وليس في (ع) : ويؤخذ دفعة . والننوع لغة في الننوع .

(٤) في (خ) : ثم ترك القطع حتى ... ولم يتميز ، حكم الثمر إذا اشتراه قبل بدو صلاحه ، ثم

تركه حتى بدا صلاحه ، على ما تقدم عند الأكثرين ، منهم أبو الخطاب والسامري ، وأبو محمد

وغيرهم ، وقطع ابن عقيل في الفصول بعدم البطلان الخ . وانظر البحث في الهداية ١٤١/١ والمغني

سعيد في الرطبة إذا تركها حتى طالت بالصحة ، وأظن أن ذلك وقع لابن عقيل أيضا .

أما إن اشترت ثمرة بعد بدو صلاحها ، فحدثت ثمرة أخرى للبائع ، فإن تميزتا فلا كلام ، وإن لم تتميزا اشتركا بقدر ما لكل منهما ، فإن لم يعلم القدر وقف الأمر حتى يصطلحا ، هذا رأي ابن عقيل ، وأبي محمد وهو الصواب ، بخلاف الثمرة قبل بدو صلاحها ونحوها ، لارتكاب النهي ثم ، وسدا للذريعة ، لئلا يتخذ ذلك حيلة لما هو ممنوع منه شرعا ، وأجرى أبو الخطاب في ذلك الروايتين اللتين في الثمرة قبل بدو صلاحها ، وقال القاضي : إن كانت الثمرة للبائع ، فحدثت أخرى ، قيل لكل منهما : اسمح بنصيبك .^(١) فإن فعل أجبر الآخر على القبول ، وإن امتنعا فسخ العقد ، وإن اشترى ثمرة فحدثت أخرى لم يقل للمشتري اسمح ، إذ الثمرة كل المبيع ، ويقال للبائع ذلك ، فإن سمح أجبر المشتري على القبول ، وإلا فسخ العقد ، قال ابن عقيل : ولعل هذا القول لبعض أصحابنا ، فإني^(٢) لم أجده معزيا^(٣) إلى أحمد ، والله أعلم .

(١) انظر المسألة في الهداية ١٤١/١ والمغني ٩٨/٤ والفروع ٧٤/٤ والمبدع ١٦٩/٤ والإنصاف ٦٩/٥ .

(٢) في (خ) : وحكى نص أحمد على ذلك في الرطبة ، وفرق بين ذلك وبين الرطبة بأنه ارتكب النهي ثم ، وهنا لم يرتكب ، قال : وإذا لم يبطل البيع فقد قال أحمد : يشتركان في الزيادة ، وعنه : الشركة في القيمة ، وقيل : إنه يقال لكل منهما : اسمح لصاحبك ، فإن لم يسمع واحد منهما فسخنا العقد ، ولعل هذا قول لبعض أصحابنا لأن الخ . وعلق على قوله (وفرق بين ذلك) : أي بين الثمر إذا اشتراه قبل بدو صلاحه . اهـ وعلى قوله (وهنا لم يرتكب) أي في الرطبة لم يرتكب نيبا ، لعدم ورود نص فيه اهـ .

(٣) كذا وقع في النسخ بالياء ، والأفصح معزوا ، أي منسوبا كما في كتب اللغة .

قال : والحصاد على المشتري .

ش : الحصاد قطع الزرع ، والخرقى رحمه الله كأنه استعمله في جميع ما تقدم ، لأن الجميع قطع ، وإنما كان ذلك على المشتري لأنه لتفريغ ملكه من ملك البائع ، وأنه عليه كنقل الطعام ونحوه ، وفارق الكيل والوزن والذرع والعدد ، فإنهن من^(١) تمام التسليم ، وذلك على البائع ، والتسليم هنا حصل بالتخلية ، والله أعلم .

قال : فإن شرطه على البائع بطل البيع .^(٢)

ش : اختلف الأصحاب أولاً في جواز هذا الشرط ، فذهب جماعة منهم - كأبي بكر ، وابن حامد ، والقاضي وجماعة من أصحابه وغيرهم - إلى جوازه ، لما سيأتي إن شاء الله تعالى من أن البيع لا يبطله شرط واحد ، ولأن قصاره أنه بيع وإجارة ، وإنهما جائزان منفردين ، فجازا مجتمعين ، وذهب الخرقى إلى منعه ، وهو الذي أورده ابن أبي موسى مذهباً ، لأنه اشترط العمل^(٣) في المبيع قبل ملكه ، أشبه ما

(١) في (خ) : ش : الحصاد هو قطع الزرع ، والخرقى رحمه الله استعمله فيما تقدم ، لأن الجميع قطع ، وبالجملة ذلك على المشتري الخ ، وعلق على قوله (فيما تقدم) : أي من لقط الخضر وجز الرطبة . اهـ .

(٢) في المتن و (م) : بطل العقد .

(٣) في (م) : وأن قصاره أنه بيع وإجارة ، وإنما كان جائزين متفرقين الخ ، وفي (خ) : وكل منهما يجوز منفرداً ، فجازا مجتمعين ، وذهب الخرقى وابن أبي موسى - لأنه أورده مذهباً - إلى عدم الجواز ، لأنه الخ ، وعلق على قوله (لا يبطله شرط واحد) : إذا اشترى الحب بعد اشتداده ، وشرط حصاده على البائع كان في البيع شرط واحد ، وأما الرطبة إذا باعها بشرط القطع فإنه لا يكون بيعها إلا كذلك ، فإذا شرط فيه الحصاد على البائع صار في العقد شرطان ، هذا أحسن ما يحمل عليه كلام الخرقى ، فإن قيل : شرط القطع لا يصح البيع إلا به ، فيكون من مقتضى العقد ، وما كان من مقتضى العقد لا يبطله بغير خلاف ؟ قاله في المغني ؟ قيل : كلام الخرقى في مطلق الشرطين ، نعم ما كان من مقتضى العقد لا يبطله ، ولعل الخرقى يرى ذلك ، لعموم الحديث ،

لو استأجره ليخيط له ثوب زيد إذا ملكه ، وأجيب بأن في مسألتنا حصلت الإجارة والملك معا ، ومثل ذلك لا يمنع ، على المنصوص في جواز رهن المبيع على الثمن ، بخلاف ما تقدم ، وعلى هذا القول هل يبطل البيع لبطلان^(١) الشرط ؟ فيه روايتان حكاهما ابن أبي موسى .

وأنة لا فرق في إبطال الشرطين البيع بين كونهما من المتعاقدين أو أحدهما أولا ، من مقتضى العقد أولا . اهـ .

(١) في (خ) : بأن هذا حصلت الإجارة والملك معا ، ومثل ذلك لا يمنع على المنصوص في جواز رهن المبيع على الثمن ، ثم إن أبا الخطاب ومن تبعه خرجوا من قول الخرقى عدم صحة اشتراط منفعة البائع في المبيع مطلقا ، وأبو البركات وصاحب التلخيص خصا ذلك به ، ويحتمل أن مستندهما ذلك ، أو اطلعا على نص ، وتردد أبو محمد في التخريج والأرجح عنده عدمه ، وكلام الخرقى مقصور عنده على هذه المسألة وشبهها ، مما يفضي إلى النزاع ، فإن البائع يريد القطع من أعلى ، لتبقى له منها بقية ، والمشتري يريد الاستقصاء ليزيد له ما يأخذه ، فيفضي إلى التنازع ، وفيه نظر ، فإن القطع على ما جرت به العادة ، كما لو لم يشترط عليه ، ورجح أبو محمد قوله بشئيين (أحدهما) موافقة المذهب في صحة اشتراط منفعة البائع ، ولهذا قال القاضي : لم أجد بما قال الخرقى رواية في المذهب (والثاني) قول الخرقى بعد : والبيع لا يبطله شرط واحد . ويعترض عليه بأن المذهب أيضا عند القاضي وغيره صحة هذا الشرط ، وقول الخرقى لا بد من تخصيصه بهذا الشرط أو بشرط منفعة المبيع ، ويجب بأنه أقل مخالفة للأصل . اهـ ويتلخص أن في صحة اشتراط منفعة البائع في المبيع ثلاثة أقوال ، الصحة مطلقا ، وهو المختار عند الأكثرين ، والمنصوص عنه ، معتمدا على أن محمد بن مسلمة الخ ؛ وعلق في الهامش على قوله (ليخيط له ثوب زيد) : يؤخذ من هذا أنه إذا استأجره ليعمل له عملا في عين لا يملكها أنه لا تصح الإجارة ، وهي مسألة عزيزة . اهـ وعلى قوله (خصا ذلك) : أي عدم اشتراط منفعة البائع في المبيع بالحصاة اهـ وعلى قوله (أن مستندهما ذلك) : يسأل عن المشار إليه بذلك ما هو ؟ اهـ ، وعلق على قوله (ويعترض عليه) : أي على أبي محمد . اهـ وعلى قوله (أو بشرط منفعة المبيع) : كذا في النسخ ولعله منفعة البائع في المبيع . اهـ وعلى قوله (لا بد من تخصيصه) : أي وقول الخرقى : والبيع لا يبطله شرط واحد . لا بد من تخصيصه بهذا الشرط ، أي شرط الحصاد على البائع ، أو بشرط منفعة البائع مطلقا ، وهناك خلاف في مقتضى كلامه ، هل يشمل جميع شروط البائع ، أو يختص بالحصاد خاصة . اهـ وعلى قوله (ويجاب بأنه أقل) : أي بأن حمله على الحصاد بخصوصه أقل مخالفة ، لقوله : والبيع لا يبطله شرط واحد . وقد يقال : إنه لا فرق بين هذا وبين قوله : والبيع لا يبطله شرط واحد . معارضة ، لأنه إنما أبطل البيع هنا لوجود شرطين فيه ، وهما شرط الحصاد على البائع ، وشرط القطع في المبيع ، فإن الرطبة لا تباع كل جزة منها إلا بشرط القطع ، ويكون ذلك خاصا بها دون القضاء ونحوه ،

والخرقي قطع بالبطلان ، فيحتمل أن مذهبه بطلان البيع بالشرط الفاسد ، وهو إحدى الروايتين ، واختيار القاضي وابن عقيل ، ويحتمل أن يخص البطلان هذا الشرط ، وهو المرجح عند أبي محمد .^(١)

(تنبيه) خرج أبو الخطاب وجماعة من أتباعه من قول الخرقي عدم صحة اشتراط منفعة البائع في المبيع مطلقا ، وأبو البركات وصاحب التلخيص ذكرا ذلك رواية ، فيحتمل أن مستندهما ذلك ، ويحتمل أنهما اطلعا على نص ، وتردد أبو محمد في التخريج ، والأرجح^(٢) عنده عدمه ، وقصر كلام الخرقي على هذه المسألة وشبهها مما يفضي إلى التنازع ، فإن البائع^(٣) يريد القطع من أسفل ، ليبقى له بقية ، والمشتري يريد الإستقصاء ليزيد له ما يأخذه ، وإنما ترجح ذلك عنده لما تقدم من إفضاء ذلك إلى التنازع ، وليوافق المذهب [في صحة اشتراط منفعة البائع في المبيع ، إذ القاضي قد قال : إنه لم يجد بما قال الخرقي رواية في المذهب] لأن الخرقي قال بعد : والبيع لا يبطله شرط واحد .

لأن القضاء يجوز بيعه بعد بدو صلاحه بشرط التبقية مطلقا ، وبشرط القطع ، وأما الرطبة فلا تباع إلا بشرط القطع ، صرح به العلماء ، فيكون مراده بالحصاد قطعها . اهـ وعلق على قوله (بطلان البيع بالشرط الفاسد) : إذا جعلت علة إبطاله البيع ههنا اجتماع شرطين فيه كما قلناه زال هذا الإحتيال ، والله أعلم اهـ .

(١) انظر كلام أبي محمد في المغني ١٠٧/٤ مفصلا ، ووقع في (م) : المبيع بالشرط وهو أحد ... ويحتمل أن يختص .

(٢) انظر الهداية ١٣٥/١ لأبي الخطاب والمحرر ٣١٤/١ لأبي البركات ، وفي (م) : من قول الخرقي ، صحة اشتراط ... ويرد أبو محمد في الترجيح والأصح .

(٣) في (م) : لأن البائع . وفي (د) : مما يقتضي التنازع .

وجميع ذلك معترض ، أما الإفضاء إلى التنازع فممنوع ،
إذ القطع على ما جرت به العادة ، كما لو لم يشترطه^(١)
عليه ، وأما موافقة المذهب فإن المذهب أيضا عند الأكثرين
صحة هذا الشرط ، والقاضي إنما كلامه فيه ، وأما قول
الخرقي فلا بد من تخصيصه بهذا الشرط ، أو بشرط منفعة
البائع في المبيع .

وبالجملته يتلخص^(٢) في صحة اشتراط منفعة البائع في
المبيع ثلاثة أقوال ، (الصحة) مطلقا ، وهو المختار
للأكثرين ، والمنصوص عن الإمام .

١٨٩٦ - محتجا بأن محمد بن مسلمة رضي الله عنه اشترى من نبطي
جزرة حطب ، وشارطه على حملها ،^(٣) (والمنع) مطلقا ،
(والمنع) في جز الرطبة وما في معناها ، والصحة فيما عدا
ذلك ، ثم محل الخلاف إذا كانت المنفعة معلومة ، أما إن
جهلت لهما أو لأحدهما فإنه لا يصح^(٤) اشتراطها بلا نزاع
نعلمه ، والله أعلم .

(١) في (م) : لو اشترط .

(٢) في (ع) : وفي الجملة . وفي (م) : فخلص .

(٣) محمد بن مسلمة هو ابن سلمة بن خالد ، الأنصاري الأوسي ، صحابي مشهور ، شهد بدرا
وما بعدها ، واعتزل في الفتنة ، ومات سنة ٤٦ ذكره في الإصابة برقم ٧٨٠٦ وهذا الأثر لم أقف
عليه مسندا ، وقد ذكره أبو محمد في المغني ٢١٠/٤ والكافي ٣٨/٢ بدون عزو ، وقال في الروض
المربع ٦٢/٢ : واحتج أحمد بما روى الخ ، فجزمه به يدل على ثبوته عنده ، و (الأباط) جبل من
الناس في العراق والشام ، وقيل : هم الحراث الذين يستنبطون الماء أي يخرجونه . (والجزرة) الحزمة
من القث ونحوه كما في اللسان ، ووقع في الهداية ١٣٥/١ (حوزة حطب) وهو تصحيف .

(٤) في (خ) : والصحة فيما عدا ذلك ، ومحل الخلاف إذا كانت المنفعة معلومة ، أما إن جهلت
لهما ، أو لأحدهما لم يصح اشتراطهما ، بلا نزاع نعلمه ، وحيث قيل بالمنع فهل يبطل البيع لبطلان
الشرط ؟ فيه روايتان ، حكاهما ابن أبي موسى ، والخرقي قطع بالبطلان ، فيحتمل بأن مذهبه بطلان

قال : وإذا باع حائطا واستثنى منه صاعا لم يجز ،^(١)
 فإن استثنى نخلة أو شجرة بعينها جاز .
 ش : لا نزاع فيما نعلمه في جواز الثنيا إذا كانت معلومة ،
 ولم تعد على المستثنى بجهالة ، كما إذا باع حائطا واستثنى منه
 نخلة بعينها^(٢) أو نخلات كذلك ، ونحو ذلك .

١٨٩٧ - لما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن
 المحاقلة والمزابنة ، والثنيا إلا أن تعلم ، رواه النسائي ،
 والترمذي وصححه ،^(٣) وهذه الثنيا معلومة ، فصحت
 بمقتضى الحديث ، ولأن مثال ذلك إذا كان في الحائط مائة
 نخلة مثلا ، واستثنى نخلة منه فقال : بعثك تسعا
 وتسعين .^(٤)

البيع بالشرط الفاسد ، وهو إحدى الروايتين ، ويحتمل أن يخص البطلان هذا الشرط ، وهو المرجح
 عند أبي محمد ، لما تقدم له .

(١) في (ع د) : لم يصح . وفي هامش (خ) : لفظ الحائط اسم للبستان مع غراسه ، والأصل
 فيه أنه اسم الفاعل من حاط يحوط ، واستعمل استعمال اسم الفاعل الذي لم يشتق من الأفعال ،
 ومثله من جنسه : والد وصاحب اهـ .

(٢) في (م) : ولم تعد على المشتري . وفي (خ) : نخلة معينة .

(٣) هو في سنن النسائي ٢٩٦/٧ والترمذي ٥١١/٤ برقم ١٣٠٨ وقال : هذا حديث حسن
 صحيح ، غريب من هذا الوجه ، من حديث يونس بن عبيد ، عن عطاء عن جابر ، ورواه أيضا
 الدارقطني ٤٨/٣ عن يونس به ، وروى ابن حبان كما في الموارد ١١١٤ عن يونس عن عطاء عن
 جابر : نهى رسول الله ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم . وقد رواه مسلم ١٩٥/١٠ عن أبي الزبير
 وسعيد بن ميناء ، عن جابر : نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة ، والمعاومة ، والمخابرة ،
 وعن الثنيا ، ورخص في العرايا . وكذا رواه أحمد ٣١٣/٣ ، ٣٥٦ وأبو داود ٣٤٠٤ وله طرق عن جابر عند
 الطيالسي كما في المنحة ١٣٢٠ والحميدي ١٢٥٥ وأبي يعلى ١٨٠٦ ، ١٨٤٥ وغيرهم . ووقع في حديث
 ابن عمر عند مسلم ١٨٨/١٠ تفسير المزابنة بأنها بيع ثمر النخل بالتمر كيلا ، وبيع العنب بالزبيب كيلا ،
 وفسر المحاقلة ببيع الزرع القائم بالحلب كيلا .

(٤) في (م) : ولأن ذلك إذا كان في الحائط عشر نخلات مثلا ، فقال : بعثك هذه تسعة . فلا
 ريب في جواز مثل ذلك .

ولا إشكال أيضا في منع الثنيا إذا كانت مجهولة ، كما لو قال - والحال ما تقدم - : إلا نخلة ، أو إلا جزءا من الثمرة ، ونحو ذلك ، للحدِيث أيضا ، ولأن جهالة المستثنى تفضي إلى جهالة المستثنى منه ، ومن شرط المبيع كونه معلوما .^(١)

١٨٩٨ - بدليل نهيهِ ﷺ عن بيع الغرر ، ونحو ذلك .^(٢)

واختلف فيما إذا باع حائطا واستثنى منه صاعا ، أو صبرة لا يعلمان قفزاتها واستثنى منها قفيزا ، ونحو ذلك ، أو باع حائطا واستثنى ثلث ثمرته أو ربعها ، أو صبرة واستثنى سبعاها أو ثمنها ونحو ذلك ، على ثلاثة روايات ، (إحداهما) الصحة في الجميع ، اعتمادا على الحديث ،^(٣) إذ الثنيا والحال هذه

(١) في (خ) : كما لو قال : إلا نخلة ، أو جزءا من الثمرة ، ونحو ذلك ، عملا بمقتضى الحديث ، ولأن جهالة المستثنى يلزم منه جهالة المستثنى منه ، ومن شرط المبيع كونه معلوما ، واختلف الخ .
(٢) النهي عن بيع الغرر رواه مسلم ١٥٦/١٠ وأبو داود ٣٣٧٦ والترمذي ٤٢٥/٤ برقم ١٢٤٨ والنسائي ٢٦٢/٧ وابن ماجه ٢١٩٤ وأحمد ٢٥٠/٢ والمروزي في السنة ٥٩ وغيرهم عن أبي هريرة ، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحفاصة ، وعن بيع الغرر ، ورواه أيضا أحمد ٣٢/١ وابن ماجه ٢١٩٥ والمروزي في السنة ٥٩ من طريق أيوب بن عتبة وهو ضعيف ، عن يحيى بن أبي كثير ، عن عطاء عن ابن عباس ، قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ، وزاد أحمد : قال أيوب : وفسر يحيى بيع الغرر قال : إن من الغرر ضربة العائض ، وبيع العبد الأبق ، والبعير الشارد ، وبيع ما في بطون الأنعام . إلخ ، وروى أحمد ١٤٤/٢ والمروزي في السنة ٥٩ وابن حبان كما في الموارد ١١١٥ عن ابن عمر قال : نهى رسول الله عن بيع الغرر ، زاد أحمد والمروزي : وقال : إن أهل الجاهلية كانوا يتبايعون ذلك البيع ، يتنازع الرجل بالشارف حبل الحيلة ، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك ، وروى أحمد ٣٨٨/١ عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال « لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر » وفي الباب أحاديث أشار إليها الحافظ في التلخيص ١١٢٩ وقوله : ونحو ذلك . يدخل فيه بيع الملامسة والمناذة ، وقد ورد النهي عنهما في الصحيحين ، وهما من صور الغرر .

(٣) في (س م) : لا يعلم قفزاتها . وفي (ع س) : إحداهن الصحة . وفي (خ) : إحداهما يصح مطلقا ، اعتمادا على الحديث السابق . وعلق في الهامش : سيأتي أنه إذا باع نخلة واستثنى منها صاعا أن القاضي جزم بالصحة ، معللا بأن الجهالة يسيرة ، وإذا كانت يسيرة في استثناء الصاع من النخلة ، فكذا استثناء صاع من حائط . اهـ .

معلومة ، وقد قيل : إنه إجماع أهل المدينة ، (والثانية) -
وهي اختيار أبي بكر ، وابن أبي موسى - عدم الصحة في
الجميع ، لأن الثنيا والحال هذه تفضي إلى جهالة المبيع ،
وبيانه أن المبيع والحالة هذه إنما علم بالمشاهدة ، وبعد إخراج
المستثنى تحتل المشاهدة ،^(١) وإذا يدعى تخصيص الحديث
لذلك (والثالثة) يصح في : إلا ثلثها ، إلا سبعا ، ونحو
ذلك ، إذ معناه : بعثك ثلثها ، بعثك ستة أسباعها ، وهو
معلوم ، ولا يصح في : إلا صاعا ، إلا قفيزا ، ونحو ذلك ،
لما تقدم من أن المصحح للبيع - والحال هذه - الرؤية ،
وبإخراج الصاع ونحوه تحتل ، وهذه الرواية اختيار القاضي
وجماعة من أصحابه ، وأبي محمد وغيرهم .^(٢)

واختلف الأصحاب فيما إذا باع نخلة واستثنى منها صاعا
ونحو ذلك ، فأجرى أبو محمد فيه الخلاف ، وقطع
القاضي^(٣) في شرحه ، وفي جامعه الصغير بالصحة ، معللا
بأن الجهالة هنا يسيرة فتغتر ، بخلاف ثم ، وكذا وقع نص
أحمد في رواية حنبل بالصحة ، وتردد القاضي في التعليق

(١) في (خ) : وابن أبي موسى : يصح مطلقا ، نظرا إلى أن الثنيا وإن كانت معلومة لكن المبيع
غير معلوم ، لأنه علم بالمشاهدة ، وبعد إخراج المستثنى تحتل المشاهدة ، والثالثة الخ وفي (م) :
وبيانه والحال هذه .

(٢) انظر كلام أبي محمد على هذه المسألة في المعني ١١٤/٤ موسعا . ووقع في (خ) : لأن معناه :
بعثك ثلثها ، بعثك ستة أسباعها ، وهو معلوم ، ولا يصح في : إلا صاعا ، أو إلا قفيزا ، ونحو
ذلك ، وهذه الرواية ظاهر كلام الخرق واختيار القاضي . الخ .

(٣) في (خ) : فأجرى أبو محمد فيه الروايتين المتقدمتين ، وجزم القاضي . الخ ، وفي (م) : فأجمل
أبو محمد .

فيه ،^(١) هل يجرى على ظاهره ، لما تقدم من قلة الجهالة ،
أو يحمل على الرواية التي قال فيها ثم بالصحة .

واختلفوا أيضا فيما إذا قال : بعثك هذا الحيوان إلا ثلثه ،
أو إلا ربه ، ونحو ذلك ، فأجازه أبو محمد ، وابن عقيل ،
كما لو قال في الصبرة : إلا ثلثها ، ومنع ذلك القاضي في
المجرد ، قال : على قياس قول الإمام في الشحم ، ورد بأن
الشحم مجهول ، ولا جهالة هنا ، وحمل ابن عقيل كلام
شيخه على أنه استثنى ربع لحم الشاة ، لا ربعها مشاعا ، ثم
اختار الصحة في ذلك أيضا ،^(٢) والله أعلم .

قال : وإذا اشترى الثمرة دون الأصل فلحققتها^(٣) جائحة
من السماء رجع بها على البائع .

ش : لا نزاع عندنا فيما نعلمه في وضع الجوائح في الجملة .

١٨٩٩ - لما روى جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « إن
بعث من أخيك ثمرا فأصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ
منه شيئا ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ » وفي رواية :
أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح . رواه مسلم ، وأبو داود ،
والنسائي ، وللنسائي في رواية أخرى « من باع ثمرا فأصابته

(١) في (م) : في رواية حبل في الصحة . وفي (خ) : وتردد القاضي في التعليق في النص هل يجرى
على ظاهره لما تقدم من أن الجهالة قليلة ، أو يحمل على الرواية التي قال فيها ثم بالصحة ، ...
فأجازه أبو محمد ، وابن عقيل كما لو الخ ، والتعليق أحد مؤلفات القاضي المشهورة ، ووقع في أكثر
النسخ : في التكليف . وهو خطأ .

(٢) في (خ) : على قياس قول أحمد في الشحم ، ورد بأن الشحم مجهول ثم اختار الصحة
في ذلك أيضا (تنبيه) : المزابنة قد تقدم تفسيرها ، والمحاولة يأتي تفسيرها إن شاء الله ، والثنيا هي
الإستثناء .

(٣) في المعني : فلفت بجائحة . وفي (س ع) : فلحقها . وليس في المتن : دون الأصل .

جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئا ، علام يأكل أحدكم مال أخيه المسلم»^(١) ولأن الثمار على رؤوس الأشجار تجري مجرى الإجارة ، لأنها تؤخذ شيئا فشيئا كالمنافع ، ثم المنافع إذا تلفت قبل مضي المدة كانت من ضمان المؤجر ، كذلك الثمار ، لا يقال : المنافع قبل مضي المدة غير مقبوضة ، بخلاف الثمار فإنها مقبوضة ، لأننا نقول : كلاهما في حكم المقبوض من وجه ، ولهذا جاز التصرف في كل منهما على المذهب ، ثم لا نسلم أن الثمرة مقبوضة القبض التام ، بدليل أنها لو تلفت بعطش كانت من ضمان البائع ، فلا ترد صحة التصرف فيها ، فإننا نمنعه على رواية اختارها أبو بكر ، فيما حكاه عنه ابن شاقلا .

١٩٠٠ - وقال : إنه قول زيد بن ثابت ، وإن سلمناه فالإجارة ، يجوز التصرف فيها ، وإذا تلفت كانت من ضمان المؤجر .^(٢)

(١) هو في صحيح مسلم ٢١٦/١٠ وسنن أبي داود ٣٤٧٠ والنسائي ٢٦٤/٧ من رواية ابن جريج ، عن أبي الزبير ، عن جابر ، ورواه أيضا أحمد ٣/٣٠٩ وابن ماجه ٢٢١٩ والحميدي ١٢٧٩ والدارمي ٢٥٢/٢ والدارقطني ٣/٣٠٣ وابن عدي ٢٩٣ ، ٨٧٨ وغيرهم بنحوه ، وفي (م) : فلفته جائحة . وفي (خ) : فلا يأخذ منه شيئا .

(٢) يعني أنه روي عن زيد بن ثابت منع المشتري من التصرف في الثمرة ، ولو اشتراها بعد صلاحها ، ولم أقف على النقل عن زيد مسندا ، ولا ذكره أبو محمد في المغني ٤/١١٩ ولا ابن مفلح في الفروع ٤/٧٨ ولا المبدع ٤/١٧١ وقد روى ابن أبي شيبة ٦/٣٢٥ برقم ١٢٢٦ عن سليمان بن يسار ، أن زيد بن ثابت والزبير بن العوام لم يريا بأسا أن يشتري الرجل ما في رؤوس النخل إذا أتى ثم يبيعه في رؤوس النخل قبل أن يصرمه ، وكذا رواه عبد الرزاق ١٤٢٢١ عن سليمان يلفظ : إذا ابتاع الرجل الثمرة على رؤوس النخل ، فلا بأس أن يبيعه قبل أن يصرمها ، وروى ابن أبي شيبة ٦/٣٢٥ وعبد الرزاق ١٤٢٢٠ عن ابن عباس أنه كره إذا ابتاع الرجل الثمرة على رؤوس النخل أن يبيعه قبل أن يصرمه ، وروى ابن أبي شيبة ٦/٣٢٦ عن عكرمة في الرجل يشتري ثمرة النخل قال : لا يبيعه حتى يصرمه . وروى عبد الرزاق ١٤٢١٩ عن أبي سلمة بن عبد الرحمن في الرجل يبتاع الثمرة في رؤوس النخل قال : لا يبيعه حتى يصرمه . ولم يذكر أبو محمد الرواية التي اختارها أبو بكر ، ووقع في (ع م س د) : على المذهب ، لا من كل الوجوه ،

١٩٠١ - وقد اعترض على هذا بالحديث الصحيح^(١) أن رجلا أصيب على عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله ﷺ « تصدقوا عليه » قال : فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال رسول الله ﷺ « خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك »^(٢) ولو كان الضمان على البائع لكانت المصيبة عليه ، وأجيب بأن هذا واقعة عين ، فيحتمل أنه أصيب بعد حرزها وقبضها القبض التام^(٣).

١٩٠٢ - واعترض أيضا بحديث عمرة بنت عبد الرحمن ، قالت : ابتاع رجل ثمرة حائط في زمان رسول الله ﷺ ، فعالجه وقام فيه ، حتى تبين له النقصان ، فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيه ، فحلف أن لا يفعل ، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ ، فذكرت ذلك له ، فقال رسول الله ﷺ « تألى فلان أن لا يفعل خيرا » رواه أحمد ومالك في الموطأ^(٤).

بدليل ما لو تلفت المنافع قبل مضي المدة ، أو تلفت الثمار بعطش ، وقد اعترض ، الخ وآثرت عبارة (خ) لوضوحها أكثر .

(١) في (م) : وقد اغتر بهذا الحديث . وفي (س) : على هذا الحديث بالحديث . وفي (خ) : بالحديث المشهور .

(٢) رواه مسلم ٢١٨/١٠ وأحمد ٣٦/٣ وأبو داود ٣٤٦٩ والترمذي ٣١٩/٣ برقم ٦٥٠ والنسائي ٢٦٥/٧ ، وابن ماجه ٢٣٥٦ وغيرهم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه به ، وسقط من غير (خ) قوله « تصدقوا عليه - إلى قوله « خذوا » وهو موجود في كتب الحديث .

(٣) في (خ) : ولو كان الضمان على البائع لم يكثر الدين ، وأجيب بأن هذه واقعة عين ، فيحتمل أنه أصيب بعد حرزها وقبضها القبض التام ، ويحتمل أنه أصيب بفعل آدمي ، وغير ذلك .

(٤) هو في الموطأ عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة ، عن أمه عمرة ، به مرسلا ، ورواه أحمد ٦٩/٦ عن عائشة وفي سننه عبد الرحمن بن أبي الرجال ، وقد وثقه أحمد وابن معين وغيرهم ، وقد رواه البخاري ٢٧٠٥ ومسلم ٢١٩/١٠ عن أبي الرجال ، أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن قالت : سمعت عائشة تقول : سمع رسول الله ﷺ صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما ، وإذا أحدهما يسترضع الآخر ويسترفقه في شيء ، وهو يقول : والله لا أفعل . فخرج رسول الله ﷺ عليهما فقال « أين المتألى على الله لا يفعل المعروف ؟ » قال : أنا يارسول الله ، فله أي ذلك أحب .

وظاهره أن الوضع غير واجب على البائع ، وإلا لطلب رسول الله ﷺ البائع ، وأمره بذلك ، وأنكر عليه حلفه ، وامتناعه من الواجب ، وقد أوجب بأن الجائحة هنا يحتمل أن تكون بفعل آدمي والضمان عليه ، ويحتمل أنه ﷺ علم أنه ينزجر بقوله ، ويخرج من الحق ، فلم يحتج إلى طلبه .^(١)

١٩٠٣ - ويشهد لذلك ما في المسند أن الرجل بلغه ، فأقى النبي ﷺ فقال : يارسول الله إن شئت الثمن كله ، وإن شئت ما وضعوا ، فوضع عنهم ما وضعوا .^(٢)

١٩٠٤ - وفي الموطأ فسمع بذلك رب الخائط ، فأقى رسول الله ﷺ فقال : يارسول الله هو له^(٣) ويحتمل أنه كان قبل الأمر بوضع الجوائح ، على أنه ليس في الحديث أن الثمرة أصابتها^(٤) جائحة ، مع أن الحديث مرسل ، ثم يضعفه اختلاف ألفاظه^(٥) ، وما في المغني من أن المرأة قالت : فأذهبها الجائحة ، وأنه متفق عليه [الظاهر] أنه وهم .^(٦)

(١) في (خ) : وظاهر هذا أن الوضع غير واجب على البائع ، وإلا لطلبه وأنكر عليه ، وأوجب بأن الجائحة الخ ، وفي (ع س م) : وقد أوجب بأنه ﷺ يحتمل أنه علم الخ ، وفي (خ) : علم أن الرجل ينزجر بهذا القول ، فلا حاجة إلى طلبه .

(٢) هو آخر الحديث المذكور آنفاً ، وقد رواه أحمد ١٠٥/٦ وذكره الحافظ في الفتح ٣٠٨/٤ وعزاه لابن حبان في صحيحه بنحوه ، ولم أجده في الموارد .

(٣) كذا وقع في الموطأ ١٢٦/٢ في تمام الحديث المذكور عن عمرة بنت عبد الرحمن .

(٤) في (خ) : وفي كلا الجوابين نظر ، والأجود أن يقال : ليس في القصة أن الثمار حصلت لها جائحة ، وإذا لا دليل فيه أصلاً ، وليس في الحديث الخ .

(٥) سقط من (خ) : مع أن ... ألفاظه .

(٦) ذكر أبو محمد في المغني ١١٨/٤ هذا الحديث ، وفيه أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت : إن ابني اشترى ثمرة من فلان ، فأذهبها الجائحة الخ ، وذكر أنه متفق عليه ، ولعله يريد أصل الحديث ، وقد ذكرنا آنفاً القدر المتفق عليه منه ، وزاد في (خ) : ثم لو سلم أن ذلك بجائحة ، فيحتمل أن هذا قبل الأمر الخ ، وعلق في الهامش على قوله (فالظاهر) : ينظر فيه ويتأمل .

واعترض أيضا بالأحاديث الصحيحة من نهيه ﷺ عن بيع الثمرة حتى تزهو ، وقوله « رأيت إن لم يثمرها الله بم تستحل مال أخيك ؟ » ولو كان الضمان على البائع لما استحل مال أخيه ، وهذا أقوى ما اعترض به .^(١)

وقد أجاب عنه القاضي بأن معناه : بم تستحل جواز الأخذ ، فهو إنكار على البائع في أخذ الثمن ، نظيره قوله تعالى ﴿ وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ﴾^(٢) ولا يخفى أن ظاهر اللفظ خلاف هذا .

والذي يظهر لي عدم القول بوضع الجوائح ، وأن ذلك كان أولا ، حين كانوا يتبايعون الثمار قبل بدو الصلاح .

١٩٠٥ - بدليل ما قال^(٣) زيد بن ثابت رضي الله عنه : كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيتهم ، قال المبتاع : إنه أصاب الثمر الدمان ، أصابه مرض ، أصابه قشام . عاهات يحتاجون بها ، فقال رسول الله ﷺ - لما كثرت عنده الخصومة - « إما لا فلا يتابعوا حتى يبدو صلاح الثمر » كالمشورة يشير بها ، لكثرة خصومتهم ، رواه البخاري ، وأبو داود ، وزاد : يتبايعون

(١) تقدمت الأحاديث في النهي عن بيع الثمرة حتى تزهو ، عن جماعة من الصحابة ، وفي (خ) : واعترض أيضا بأن النبي ﷺ نهي عن ... وقال : رأيت مال أخيك . ولو كان الضمان مال أخيه ، وأجاب القاضي أن قوله : بم تأخذ ؟ أي بم تستحل .

(٢) سورة النساء ، الآية ٢١ .

(٣) في (خ) : وهذا الجواب غير قانع ، والذي يظهر لي أن وضع الجوائح كان أولا حين كانوا يتبايعون قبل بدو الصلاح ، قال زيد الخ ، وعلق على قوله (غير قانع) : كذا ولعله : مفتح .

الثار قبل بدو صلاحها،^(١) وهذا بين في أنهم كانوا يتبايعون الثار [قبل بدو صلاحها ، وأن الجوائح ما كانت توضع ، وإلا لم يكن في الخصومة فائدة ، وأن رسول الله ﷺ قطع ذلك ، بأن منع البيع] قبل بدو الصلاح .^(٢)

ولا تفريع على هذا ، أما على المذهب ، فهل توضع الجوائح مطلقا ، عملا بعموم الحديث ، وهو اختيار جمهور الأصحاب ، إلا القدر اليسير الذي لا بد من تلفه غالبا ، قال أحمد :^(٣) لا أقول في عشر تمرات ، ولا عشرين تمرة ، وما أدري ما الثلث ؟ أو لا يوضع إلا إن أتلفت الثلث فصاعدا ، وهو اختيار الخلال ، لأن اليسير مغتفر إذا لا بد من تلف ما غالبا ، وما دون^(٤) الثلث يسير .

(١) هو في البخاري ٢١٩٣ معلقا بصيغة الجزم بقوله : وقال الليث عن أبي الزناد : كان عروة ابن الزبير يحدث عن سهل بن أبي حثمة ، عن زيد بن ثابت . فذكره ووصله أبو داود ٣٣٧٢ وأحمد ١٩٠/٥ والطبراني في الكبير ٤٧٨٨ والطحاوي في الشرح ٢٨/٣ والدارقطني ١٣/٣ والبيهقي ٣١/٥ وعزه الحافظ في الفتح ٣٩٤/٤ لسعيد بن منصور، وفي هامش (خ) : « الدمان » بضم الدال خلافا للجوهري فإنه ضبطه بالفتح ، قال الأصمعي : هو أن تنسغ النخلة عن عفن وسواد ، وإذا انتفض قبل أن يصير بلحا قيل : أصابه القشام . اهـ ، وعلق أيضا : قال الجوهري : والمشورة الشورى . اهـ وعلق على الحديث ما نصه : هذا الحديث يقتضي أن وضع الجوائح كان مشروعا ، ولهذا كان المشتري يدعي تلك الجوائح ، والأصل بقاء ذلك ، وليس في النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحها ما يقتضي نسخ ذلك الحكم ، لأن وضع الجوائح إنما يؤمر به في البيع الصحيح ، والبيع قبل بدو الصلاح غير صحيح ، فلا يحتاج إلى الأمر بوضعها فيه . اهـ .

(٢) في (م) : وهذا بين . وفي (خ) : بأن المنع الثمرة قبل بدو صلاحها الخ ، وعلق في الهامش : هذا عجب من الشارح ، فإن وضع الجوائح إنما يكون فيها إذا بيعت بعد الصلاح ، وأما إذا بيعت قبله فإنها تقطع في الحال ، فلا تكون محلا للجائحة إلا نادرا اهـ .

(٣) في (خ) : عملا بالحديث ، وهو اختيار عامة الأصحاب ، نعم يستثنى من ذلك ما جرت العادة بتلفه كالشيء اليسير ، فإنه لا توضع بلا ريب قال أحمد الخ .

(٤) في (م) : وهو لأن اليسير . وفي (خ) : مغتفر دفعا للحرج ، وما دون الخ .

١٩٠٦ - بدليل قول النبي ﷺ « الثلث والثلث كثير »^(١) ؟ على روايتين ، وقيدهما ابن عقيل وصاحب التلخيص بما بعد التخلية ، وظاهره أن قبل التخلية الكل على البائع ،^(٢) ثم على الثانية : هل يعتبر الثلث بالقدر أو بالقيمة ؟ فيه قولان . ومعنى وضع الجوائح أن الثمرة إذا تلفت أو بعضها قبل الجذاذ كان ذلك من ضمان البائع على المذهب ، فيرجع المشتري عليه بالثمن أو ببعضه حسب التالف .^(٣) وعلى الرواية الأخرى إن أتلفت دون الثلث فمن ضمان المشتري ، وإن أتلفت الثلث فصاعداً فمن ضمان البائع ، وإن تعيبت الثمرة ولم تتلف خير المشتري بين الإمضاء والأرض ، وبين الرد وأخذ الثمن كاملاً .^(٤)

(١) هذا بعض من حديث سعد بن أبي وقاص الذي رواه البخاري ٥٦ ، ٢٧٤٢ ومسلم ١١/٧٦ وذلك لما أراد أن يتصدق بثلثي ماله ، فمنعه النبي ﷺ قال : فالشطر ؟ قال : لا . قال : فالثلث قال « الثلث والثلث كثير » الخ .

(٢) في (خ) : على روايتين ، ومحلها - وفاقا لابن عقيل ، وصاحب التلخيص - فيما بعد التخلية ، أما قبلها فينبغي أن حكم ذلك حكم صير المكيل والموزون ، يكون الضمان كله على المشتري ، على هذه الرواية ، وعلى الثانية الخ ، وفي الهامش : إنما يتوجه كون الضمان على المشتري قبل التخلية إذا تلف ذلك بغير جائحة من السماء ، أما إذا تلف بها فضمانه على البائع أيضا بطريق الأولى ، وهو إذا تلف بغير جائحة بعد التخلية كان ضمانه على المشتري أيضا ، فمتى كان من البائع قبل التخلية ، ومتى كان التلف بغير الجائحة من المشتري قبل التخلية وبعدها . اهـ ، وعلق أيضا : كيف يتجه كونه بعد التخلية من ضمان البائع ، وقبلها من ضمان المشتري ؟ هذا خلاف ما تقتضيه قواعد الفقه ، وقوله : على هذه الرواية . لم يظهر ، أي رواية يعني ؟ وكأنه يريد بها وضع الجوائح مطلقا ، سواء كانت الثلث أو أقل منه . اهـ .

(٣) في (خ) : كانت من ضمان البائع على المذهب ، فيرجع المشتري عليه بالثمن أو ببعضه ، وعلى اختيار الخ ، وعلق على قوله (أو ببعضه) : ليس في كلام الحرقي تصريح بأن المشتري يرجع بالثمن ، ولا أن العقد يفسخ في التالف ، إنما قال : يرجع بها . فيحتمل أنه أراد رجوع بثمنها ، وسيأتي في تلف المبيع قبل قبضه أن كلام الحرقي أيضا لا يقتضي انفساخ البيع بالتلف ، ولو كان بأفة سماوية ، نعم حديث جائحة الثمرة يقتضي انفساخ العقد بها ، لقوله « لا يحل أن تأخذ منه شيئا » . اهـ .

(٤) في (خ) : وعلى اختيار الحرقي إن أتلفت دون الثلث ... فإن تعيبت الثمرة ولم تتلف خير المشتري بين الإمضاء والأرض ، وبين الرد وأخذ الثمن ، والجائحة . الخ .

ثم الجائحة التي هذا حكمها ما لم يكن بفعل آدمي ، كالريج ، والمطر ، والجراد ، والبرد ، ونحو ذلك ، أما ما كان بفعل آدمي كالحاصلة من قطاع الطريق ، ونهب الجيوش ، ونحو ذلك ، فإن المشتري مخير بين فسخ العقد ، ومطالبة البائع بالثمن ، وبين إمضائه ومطالبة المتلف بالبدل ، قاله القاضي وغير واحد ، واختار أبو الخطاب^(١) في الإنتصار أن الضمان - والحال هذه - يستقر على المشتري ، فيلزم العقد في حقه ، ثم يرجع هو على المتلف ، وفي التلخيص وغيره أن في إحراق اللصوص ، ونهب الحرامية والجيوش وجهان ، يعني هل هو من الجائحة أم لا ؟ وكأن مرادهم خلاف أبي الخطاب وشيخه انتهى^(٢).

وقول الخرقى : اشترى الثمرة . الألف واللام للعهد ، أي الجائز يبيعها ، وذلك بعد بدو صلاحها مطلقا ، وقبله بشرط القطع^(٣) (وقوله) : دون الأصل . يخرج به ما إذا اشتراها

(١) في (خ) : والجراد والبرد والفرق ، ونحو ذلك ، أما ما كان من فعل آدمي كالحاصلة من قطاع الطريق ، أو اللصوص ونحوهم على المشهور ، فإن المشتري مخير بين فسخ العقد ... قاله القاضي وجماعة ، واختار أبي الخطاب الخ ، وسقط من غير (خ) : ومطالبة البائع ... إمضائه .

(٢) في (خ) : أن الضمان يستقر على المشتري ، فيلزم العقد في حقه ، ويرجع هو على المتلف ، وفي التلخيص وغيره : إحراق اللصوص ، ونهب الحرامية والجيوش وجهان ، والذي يتلخص لي من ذلك أن آدمي إن أمكن إحالة الحكم عليه فكما تقدم ، وإن لم يمكن غالبا كأمثلة التلخيص فهل هو كالأول ، أو كالثاني ؟ على وجهين ، وقول الخرقى . الخ ، وعلق على قوله (كالأول أو كالثاني) : المراد بالأول ما لم يكن بفعل آدمي ، كالريج والمطر ، والثاني فعل آدمي الذي يمكن إحالة الحكم عليه . اهـ .

(٣) في (خ) : وإذا اشترى الثمرة : الألف واللام للعهد ... بشرط القطع ، وقوله : فلحقها جائحة من السماء . يخرج به الجائحة من آدمي ، وظاهره كقول أبي الخطاب ، وقوله : رجع بها على البائع . هذا فيما قبل نهايتها ، أما إن حصل بنهايتها ، - لأن التفريط إذاً من المشتري - فلا ، وكذلك إن تمكن من قطعها فيما إذا بيعت قبل الصلاح ، على اختيار أبي البركات ، والقاضي فيما حكاه

مع الأصل ، فإن ضمانها يستقر عليه ، لحصولها تابعة لما ضمانه عليه ، وهو الأرض .^(١) (وقوله) : ولحقتها جائحة من السماء . يخرج به الجائحة من آدمي ، وكذا قال أبو البركات ، وظاهره كقول أبي الخطاب .^(٢) (وقوله) : رجع بها على البائع . هذا فيما قبل تناهي الثمرة ، أما إن جذت فلا نزاع في استقرار العقد ، ولزوم الضمان للمشتري ، وكذلك إن حصل تناهيها ، لأن التفريط إذاً من المشتري ، وكذلك إن تمكن من قطعها ولم يقطعها ، فيما إذا بيعت قبل الصلاح بشرط القطع ، قاله أبو البركات ، والقاضي فيما حكاه عنه أبو محمد ، وهو احتمال له في التعليق ، لما تقدم ، وزعم فيه أن ظاهر كلام الإمام^(٣) الوضع أيضا ، اعتمادا على إطلاقه ، ونظرا إلى أن القبض لم يحصل .

عنه أبو محمد ، وهو احتمال له في تعليقه ، نظرا لتفريط المشتري أيضا ، وزعم في تعليقه أن ظاهر كلام الإمام الوضع أيضا ، اعتمادا على إطلاقه ، ونظرا إلى أن القبض لم يحصل ، وفي بعض النسخ : اشترى الثمرة دون الأصل ، فيخرج ما إذا اشترها مع الأصل ، فإن الضمان يستقر عليه ، لأنها حصلت تابعة لما ضمانه عليه وهو الأصول . الخ ، وعلق في الهامش على قوله (وإذا اشترى) : وحكم غير الشراء من العقود حكم الشراء ، قال في الرعاية : وكل عقد ناقل للملك بلحق بالشراء ، مثل عوض خلع ، أو أجرة أو هبة الخ .

(١) في (م) : تابعة لا ضمانه .

(٢) انظر كلام أبي الخطاب في الهداية ١٤١/١ وكلام أبي البركات في المحرر ٣١٧/١ .

(٣) عبارة المجد في المحرر هنا : إلا إذا تجاوز وقت أخذه ، أو اشترى مع أصله . اهـ وقول القاضي ذكره أبو محمد في المغني ١٢٠/٤ وقوله : أما إن حدث الخ ، أي إن حدث البيع والتلف بعد تناهي نضج الثمرة ، فقد استقر العقد ، وهو بمعنى قوله : وكذلك إن حصل تناهي الخ ، وفي بعض النسخ : أما إن جذت أي صرمت . وهي أصح ، وقد عرفت أن الموجود في (خ) : أما إن حصل بنهايتها ، لأن التفريط إذاً من المشتري فلا الخ ، ولا يخلو الكلام من سقط أو تحريف ، ولم أجد هذه المسألة في المغني ولا الإنصاف ولا المبدع .

ثم قول الخرقي : اشترى الثمرة . يشمل ثمرة النخل وغيرها ، وأحمد قال - فيما حكاه عنه ابن عقيل - : إنما الجوائح في النخل ، فظاهره إخراج ثمرة الشجرة ، لكن قال القاضي : إنما أراد إخراج [الزرع] ، والخضراوات إذ لا فرق يظهر بين الشجر ، والنخل .^(١)

ويخرج من قول الخرقي وأحمد ما عدا الثار ، من الزرع ، والخضراوات ، فلا وضعية في ذلك ، بل ضمانه على المشتري ، وهذا أحد احتمالي القاضي : وقال : إنه الأشبه ، بعد أن قال : إنه لا يعرف الرواية في ذلك ، وفرق بأن الزرع لا يباع من غير شرط القطع إلا بعد تكامل صلاحه ، فإذا تركه بعد فقد فرط ، والثمرة تباع بعد بدو الصلاح ، وقبل تكاملها على الترك ، فلا تفريط . (والثاني) : وبه قطع أبو البركات حكم ذلك حكم الثمرة بالقياس عليها .^(٢)

(تبيين) « أحدهما » ليس من الجائحة إذا استأجر أرضاً للزراعة فزرعها ثم تلف الزرع بفرق أو نحوه ، نص عليه

(١) هذا مؤخر في (خ) وبعده التبيه ، ونصه : وشمل كلام الخرقي كل الثار ، وهو المعروف ، وأحمد قال فيما حكاه عنه ابن عقيل : إنما الجوائح في النخل ، لكن قال القاضي : إنما أراد إخراج الزرع والخضراوات ، إذ لا فرق يظهر بين النخل والشجر الخ ، وفي الهامش : قد تقدم أن الخضراوات كالشجر ، أصولها كأصولها وثمرتها ، فينبغي إلحاقها بها في الجائحة . اهـ .

(٢) في (خ) : والخرقي خص الحكم بالثار ، فيخرج منه الزرع ونحوه ، وقد قال القاضي : إنه لا يعرف الرواية في ذلك ، ثم حكى احتمالين أحدهما أن الزرع كالثمرة ، بالقياس عليها ، والثاني - وقال : إنه الأشبه ، وهو ظاهر كلام أحمد - أن الزرع ضمانه على المشتري ، بخلاف الثمرة ، وهو الذي قطع به أبو البركات ، إذ الزرع لا يباع من غير شرط القطع إلا بعد ما تكامل صلاحه ، فإذا تركه بعد فقد فرط ، والثمرة تباع بعد بدو الصلاح وقبل تكاملها على الترك ، فلا تفريط الخ ، وعلق على قوله (فيخرج الزرع) : خروج الزرع بمفهوم اللقب اهـ ، وعلق على قوله (بعد ما تكامل صلاحه) : أكثر ما يقال في ذلك أنه كالثمرة قبل بدو صلاحها ، يجب قطعها في الحال ، وقد تقدم في الثمرة قبل بدو صلاحها أنها مضمونة على البائع أيضا ، ما لم يفرط المشتري . اهـ .

أحمد ، وقاله الأصحاب ، قال أبو محمد : ولا نعلم فيه خلافا ، لأن المعقود عليه منفعة الأرض ، وقد استوفيت بالزراعة ، والتلف حصل لمال المستأجر ، فهو كما لو استأجر بهيمة لحمل متاع ، فحملته فتلف^(١) أو سرق .

(الثاني) « الجائحة » في اللغة واحدة الجوائح ، وهي الآفات التي تصيب الثمار فتتلفها ، يقال : جاحهم الدهر يجوحهم ، واجتاحهم ، إذا أصابهم مكروه عظيم ،^(٢) « وتألّى » حلف ، و « الدمان » بفتح الدال ، [وتخفيف الميم] ،^(٣) عفن يصيب النخل فيسوده و « المراض » داء يقع في الثمرة فتهلك ، يقال : أمرض الرجل . إذا وقع في ماله العاهة ، و « القشام »^(٤) هو أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحا و « إما لا »^(٥) أصله ، إن ما لا . فأدغمت

(١) في (خ) : (تبيه) ليس من الجائحة إذا اشترى أرضا فزرعها ثم غرقته ، أو تلف الزرع ، نص عليه أحمد ، وقاله الأصحاب ، وقال أبو محمد : لا نعلم فيه خلافا ، لأن المعقود عليه منفعة الأرض ، وقد استوفى بالزراعة ، والتلف حصل لمال المستأجر ، أشبه ما لو استأجر بهيمة لحمل متاع فحملته ثم تلف الخ ، وانظر كلام أبي محمد في المعنى ١٢١/٤ وعلق في (خ) : على قوله (إذا اشترى أرضا) : كذا في النسخ وصوابه : إذا استأجر .

(٢) في (خ) : خلف ، والجائحة في اللغة ... التي تصيب الثمار فتهلكها ... إذا أصابهم مكروه عظيم ، ووضعها إسقاطها .

(٣) بهامش (خ) : الذي قيده أهل الحديث ضم الدال ، والفتح هو الذي قيده الجوهري ، ولم يذكر غيره ، والضم أشبه كيفية العاهات كالقشام ونحوه ، والميم مخففة بكل حال ، وآخره نون . اهـ .

(٤) في هامش (خ) : المراض بضم الميم وتخفيف الراء ، والقشام بضم القاف وتخفيف الشين .

(٥) وردت هذه الكلمة في حديث زيد بن ثابت ، ففيه أنه ﷺ قال « إما لا فلا تبايعوا » الخ والذي في البخاري « فأمالا » قال الحافظ في الفتح ٣٩٥/٤ : أصلها (إن) الشرطية و (ما) زائدة ، فأدغمت ، قال ابن الأنباري : هي مثل قوله « فأبما ترين من البشر أحدا » فاكسفى بلفظه عن الفعل .

النون في الميم ، والمعنى : إن لم يفعل فليكن هذا . وتمال
إمالة^(١) خفيفة ، والله سبحانه أعلم .

قال : وإذا وقع البيع على مكيل ، أو موزون ، أو
معدود ، فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع ، وما عداه فلا
يحتاج فيه إلى قبض ، فإذا تلف فهو من مال المشتري .^(٢)
ش : المبيع على ضربين ،^(٣) متميز ، وغير متميز ، فغير

(١) الإمالة النطق بألف المد قريبة من الياء ، ولا يظهر إلا في اللفظ .

(٢) في المعنى : أو على موزون . وفي (ع) : يحتاج إلى ... من ضمان المشتري . وعلق في (خ) :
على قوله (وإذا وقع البيع) : لا يختص هذا بالبيع ، بل يلحق بالبيع ما في معناه من العقود التي
تنفسخ بتلف عوضها ، كالصلح على عين ، والعوض في الصرف والإجارة ، وأما ما لا ينفسخ
بتلف عوضه كعوض النكاح والخلع ، والصلح عن دم عمد ، وأرش الجنابة فصرح في المعنى
(١٢٨/٤) بجواز التصرف فيه قبل قبضه ، لانتفاء ضمانه ، وجعله المجد (في المحرر ١/٣٢٣)
كالأول ، لعدم دخوله في ضمانه ، ونبه عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن ، ولا فسح
لعقد ذلك مطلقا ، وما ملك بإرث أو وصية أو غنيمة جاز التصرف فيه قبل قبضه ، بالبيع وغيره ،
لأنه غير مضمون بعقد ، أشبه المبيع المقبوض في الملك . اهـ وكتب أيضا : ينبغي أن يلحق بهذا
الفصل - وهو ما يتوقف ضمانه على قبضه - المنافع المعقود عليها في الإجارة ، فإنها من ضمان
المؤجر قبل قبضها ، أو مضي زمن قبضها ، ولم أجد من أحقها بهذا الفصل ، وهي منه قطعاً ،
وإنما سكنوا عنها لأنهم في كتاب البيع إنما يتكلمون على بيع الأعيان ، ولهذا أفردوا بيع المنافع بباب
الإجارة . اهـ .

(٣) أول الشرح في (خ) : اختلف عن أحمد رحمه الله فيما يحتاج إلى القبض ، فيكون قبله من
ضمان البائع ، وما لا يحتاج إلى قبض ، فيكون من ضمان المشتري ، على روايات (إحداهن) -
وهي أشهرهن وأصهن ، واختيار القاضي وعامة أصحابه - أن ما يحتاج إلى قبض هو ما تعلق
به حق توفية ، بكيل أو وزن أو عدد أو ذرع كرطل وقفيز وهذا القطيع كل شاة بدرهم ،
وهذا الثوب على أنه عشرة أذرع ، على المذهب فيهما ، ولنا وجه أن المتميز - كالقطيع والثوب
ونحوهما كالعبد ونحوه - لا يفتقر إلى قبض السلعة . والمشهور أن المتميز الذي يتعلق به حق توفية
كالرطل من زبرة ، والمشاع المعلوم بالنسبة ، كنصف العبد ، وربع الصبرة ، كمهم تعلق به حق
توفية ، وافترقاها أنه لو تلفت الزبرة إلا قفيزاً منه تعين أنه المبيع ، وما لا يتعلق به حق توفية
كالعبد والدار ، وهذه الصبرة ، وهذا القطيع ، وثالث هذه الدار ونحو ذلك لا يحتاج إلى قبض ،
لما روي عن ابن عمر .. مال المتاع . وقول الصحابي : مضت وهو بمنطوقه يدل على أن
المتعين من مال المشتري ، وبمفهومه على أن غير المتعين بالبائع ، وقد ذكره البخاري أحمد ،
وعن عائشة أن وأبو داود وابن ماجه ، وهو يدل على أن المبيع ... جعل الخراج له ، فدل

التميز قسمان (أحدهما) مبهم تعلق^(١) به حق توفية ،
كقفيز من هذه الصبرة ، ورطل من هذه الزبرة ، ونحو
ذلك ، فهذا يفتقر إلى القبض ، على المذهب المعروف ،
المقطوع به عند عامة الأصحاب ، حتى أن بعضهم يقول :
رواية واحدة .

١٩٠٧ - لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : مضت السنة
أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعاً فهو من مال المتباع . ذكره
البخاري من قول ابن عمر رضي الله عنهما تعليقا ،^(٢)

على أن الضمان عليه ، إذ الخراج تسبب عن الضمان ، ومحال حصول المسبب بلا سبب الخ ،
والرطل مكيال معروف ، قدره اثنا عشر أوقية ، والأوقية ٤٠ درهما ، والقفيز مكيال مشهور
بالعراق ، وهو ٨ مكايك ، والمكوك صاع ونصف ، والصبرة الكومة من الطعام ، والزبرة كومة
الحديد ، وعلق في (خ) على قوله (على المذهب) : أي في القطيع والثوب . اهـ وعلى قوله (أن
التميز) : أي الذي يتعلق به حق توفية . اهـ وعلى قوله (كالرطل من زبرة) : هذا الكلام فيه
اضطراب ، فإن الرطل من زبرة لا يصلح مثالا للتميز ، إنما هو مثال لغير التميز ، وهو المبهم
الذي تعلق به حق توفية . اهـ وعلى قوله (وافتراقهما) : أي افتراق التميز الذي تعلق به حق توفية
والمشاع . اهـ وعلى قوله (تعيين أنه المبيع) : أي بخلاف المشاع ، فإنه إذا تلف منه شيء كان المبيع
منه ومن غيره . اهـ وعلى قوله (وثلت هذه الدار ونحو ذلك) : كتلت العبد ، وقد تقدم التمثيل
بنصف العبد للمشاع المعلوم بالنسبة . اهـ وعلق على حديث « الغلة بالضمان » : الحديث إنما يدل
على أن المبيع المتعين من ضمان المشتري بعد القبض لا قبله ، لأن هذا الغلام كان المشتري قد قبضه ،
والتزاع إنما هو في الضمان قبل القبض لا بعده . اهـ وعلق أيضا : الاستدلال بهذا الحديث يقتضي
أن ما كان مضمونا على البائع كان خراجه له ، فتكون غلته ونماؤه للبائع ، وليس كذلك بل هو
للمشتري بلا خلاف ، لأنه نماء ملكه . اهـ .

(١) في (س) : القسم الأول . وفي (م) : مبهم متعلق .

(٢) ذكره البخاري كما في فتح الباري ٣٥١/٤ ولفظه : وقال ابن عمر رضي الله عنهما : ما أدركت
الصفقة حيا مجموعاً فهو من المتباع . وقد وصله الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٦/٤ والدارقطني
٥٣/٣ من طرق عن الأوزاعي ، عن الزهري ، عن حمزة بن عبد الله بن عمر ، عن أبيه به ،
وذكره ابن أبي حاتم في العلل برقم ١١٨٢ من رواية حاتم بن إسماعيل ، عن الأوزاعي ، عن
الزهري ، عن سالم عن أبيه عن النبي ﷺ به ، ونقل عن أبيه قال : هذا خطأ ، إنما هو الزهري ،
عن حمزة بن عبد الله عن أبيه . اهـ وليس عند أحد ممن رواه جملة : مضت السنة . ولعل الشارح
تبع في ذكرها غيره من الفقهاء ، فقد أورده أبو محمد في المغني ١٢٢/٤ عن الأوزاعي عن الزهري

واحتج به أحمد ، وقول الصحابي : مضت السنة . ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ ، وهو يدل بمفهومه على أن المبيع من مال البائع ، وفي كلام أبي محمد ما يقتضي حكاية رواية بعدم افتقار ذلك إلى القبض ،^(١) ولا يتابع عليها .

(القسم الثاني) مبهم لم يتعلق به حق توفية ، كنصف العبد ، وربيع الإناء ، وسدس القرية ، ونحو ذلك ، فاختلف كلام صاحب التلخيص فيه ، ففي البلغة أنه كالذي قبله ، قال : وإنما يفرقان في أنه لو تلفت الصبرة إلا قفيزا منها تعين أنه المبيع ، بخلاف الجزء المشاع . وفي التلخيص في البيع وفي الرهن جعله من المتميزات ، فيه الخلاف الآتي . والتميز قسمان أيضا (أحدهما) ما تعلق به حق توفية ، كبعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم ، وهذا الثوب على أنه عشرة أذرع . فالمشهور عند الأصحاب – وبه قطع أبو البركات^(٢) وغيره – أنه كالبيهم الذي تعلق به حق توفية ، إناطة بها ، قال في التلخيص : وخرج بعض الأصحاب فيه وجها أنه كالعبد والثوب ، بناء على أن العلة ثم اختلاط المبيع بغيره . قلت :

عن حمزة بن عبد الله ، أنه سمع عبد الله بن عمر يقول : مضت السنة ... رواه البخاري عن ابن عمر من قوله تعليقا ، وقول الصحابي : مضت السنة . يقتضي سنة النبي ﷺ . اهـ وهكذا تناقله الفقهاء كما في المبدع ١١٩/٤ وكشاف القناع ١٩٩/٣ والروض المربع ١٠١/٢ وغيرها .

(١) انظر كلام أبي محمد في المغني ١٢١/٤ فقد ذكر عن أحمد من رواية أبي الحارث ، في رجل اشترى طعاما ، فطلب من يحملة ، فرجع وقد احترق الطعام فهو من مال المشتري ... وذكر الجوزجاني عنه فيمن اشترى ما في السفينة صبرة ، ولم يسم كيلا ، فلا بأس أن يشرك فيها ويبيع ما شاء . ثم قال : ونقل عن أحمد أن الطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه ، سواء كان مكيلا أو موزونا أو لم يكن ، ثم ذكر أن الترمذي روى عن أحمد أنه أرخص في بيع ما لا يكال ولا يوزن ، مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه .

(٢) انظر كلام أبي البركات في المحرر ٣١٢/١ مجملا .

وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور ، وذكر له قول الثوري : كل شيء ليس فيه كيل ، ولا وزن ، ولا عدد ، فخراجه ، وحمله ، ونقصه على المشتري ، وكل بيع فيه كيل ، أو وزن ، أو عدد ، فلا بد للبائع أن يوفيه . فقال أحمد : أما العدد فلا ، ولكن كل ما يكال ويوزن فلا بد للبائع أن يوفيه ، لأن ملكه قائم فيه .^(١)

(القسم الثاني) متميز لم يتعلق به حق توفية ، كالعبد ، والدار ، والصبيرة ، ونحو ذلك من الجزافيات ، ففيه روايات .

(إحداهن) - وهي الأشهر عن الإمام ، والمختار لجمهور الأصحاب - عدم افتقار ذلك إلى القبض ، لمنطوق ما تقدم عن ابن عمر .^(٢)

١٩٠٨ - وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قضى « أن الخراج بالضمان » رواه الخمسة ،^(٣) أي : حاصل أو ثابت بسبب

(١) الثوري هو سفيان بن سعيد الكوفي ، الإمام المشهور ، المتوفى سنة ١٦١ كما في تهذيب التهذيب وهو من الأئمة أهل المذاهب المشهورة ، وسقط من (ع) : فقال أحمد أن يوفيه .
(٢) أي الأثر المذكور عنه آنفا ، ومنطوقه أن الحمي المجموع المتعين يكون من مال المشتري ، ومفهومه أن غير المتعين من مال البائع .

(٣) هو في مسند أحمد ٤٩/٦ ، ٢٠٨ ، وسنن أبي داود ٣٥٠٨ ، ٣٥١٩ ، والترمذي ٥٠٨/٤ والنسائي ٢٥٤/٧ وابن ماجه ٢٢٤٢ ورواه أيضا ابن أبي شيبة ٣٢٤/٦ وعبد الرزاق ١٤٧٧٧ والطيلاسي كما في المنحة ١٣٤٧ ، وأبو يعلى ٤٥٣٧ وابن عدي ١٧٠٢ ، ٢٤٣٦ ، ٢٤٣٧ ، ٢٦٠٥ وابن حبان كما في الموارد ١٢٥ ، ١٢٦ ، وابن الجارود ٦٢٧ والحاكم ١٥/٢ والطحاوي في الشرح ٢١/٤ والدارقطني ٥٣/٣ والبيهقي ٣٢١/٥ من طرق عن هشام عن أبيه ، عن عائشة ، وعن ابن أبي ذئب ، عن مخلد بن خفاف ، عن عروة ، وقال الترمذي : حديث صحيح غريب من حديث هشام ، واستغرب محمد ابن إسماعيل هذا الحديث من حديث عمر بن علي عن هشام . اهـ وسكت عنه أبو داود ، ونقل المنذري في التهذيب ٣٣٦٥ تحسين الترمذي وأقره ، وفي رواية عن مخلد بن خفاف قال : كان بيني وبين أناس شركة في عبد ، فافتوته وبعضنا غائب ، فأغل علي غلة فخاصمني في نصيبه إلى

الضمان ، وفي رواية : أن رجلا ابتاع غلاما فاستعمله ، ثم وجد به عيبا ، فرده بالعيب ، فقال البائع : غلة عبدي ؟ فقال النبي ﷺ « الغلة بالضمان » رواه أحمد ، وأبو داود^(١) وظاهره أن المبيع المتعين من ضمان المشتري ، لأنه جعل خراجه له ، بسبب أن ضمانه عليه .^(٢)

(والثانية)^(٣) افتقار ذلك إلى القبض ، حكاه جماعة

منهم أبو الخطاب في الانتصار ، وأخذها من قول أحمد في

بعض القضاة ، فأمرني أن أرد الغلة ، فأتيت عروة فحدثه ، فأناه عروة فحدثه عن عائشة الخ قال المنذري في التهذيب ٣٣٦٦ : قال البخاري : هذا حديث منكر ، ولا أعرف لمحمد بن خفاف غير هذا الحديث . اهـ وفي لفظ لابن حبان عن محمد بن خفاف : كان بيني وبين شريك لي عبد ، فاحتوتنا بيننا ، وكان بعض الشركاء غائبا ، فقدم وأنى فخاصمناه ، إلى هشام ، ففضى بالغلام والخراج ، وكان الخراج بلغ ألفا ، فأتيت عروة فأخبرته ، وذكر الحديث .

(١) هو بهذا اللفظ عند أحمد ٨٠/٦ ، ٢٠٨ ، وأبي داود ٣٥١٠ ، ورواه أيضا ابن ماجه ٢٢٤٣ وابن الجارود ٦٢٦ والحاكم ١٥/٢ والطحاوي ٢٢/٤ والبيهقي ٣٢٢/٥ من رواية مسلم بن خالد الزنجي ، عن هشام عن أبيه عن عائشة به ، وقال أبو داود : هذا إسناد ليس بذلك . ونقل المنذري في تهذيب السنن عن البخاري أنه قال : إنما رواه مسلم بن خالد الزنجي ، وهو ذاهب الحديث . اهـ وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي ، وقال الحافظ في بلوغ المرام ٨٣٨ : ضعفه البخاري وأبو داود ، وصححه الترمذي ، وابن خزيمة وابن الجارود ، وابن حبان والحاكم وابن القطان . اهـ .

(٢) في (س م) : من مال المشتري ... خراجه بسبب .

(٣) أخر هذه الرواية في (خ) ونصه (السادسة) أن جميع الأشياء تفتقر إلى قبض ، حكاه أبو الخطاب وأتباعه ، وأخذها في الإنتصار من نصه في رواية الأثرم : أن الصبر لا تباع حتى تنقل . قال : وهي معينة كالعبد والثوب . والأولى أخذها من رواية مهنا ، فيمن تزوج امرأة على غلام بعينه ، ففقت عين الغلام ولم تقبضه ، فهو على الزوج ، وهذه الرواية اختيار ابن عقيل ، وجهها أن ابن عباس قال في حديثه الذي في الصحيحين - وقد تقدم - : أما الذي نهي عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض ، قال : ولا أحسب كل شيء إلا مثله ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : ابتعت زيتا ... رواه أحمد وأبو داود ، والخرقي يحتمل أنه أراد هذه الرواية . الخ ، وعلق في الهامش : ليس في كلامه ما يقتضي أنه يحتمل هذه الرواية أصلا ، فإنه قسم المبيع إلى مكيل وموزون ومعلود ، وإلى غير ذلك ، فجعله قسمين ، قسما يفتقر إلى قبض ، وقسما لا يحتاج إليه ، فكيف يحتمل كلامه أن يكون كله يحتاج إلى قبض ، مع تصريحه بأن منه مالا يحتاج إلى قبض ، هذا خلف . اهـ .

رواية الأثرم : إن الصبر لا تباع حتى تنقل . قال : وهي معينة كالعبد والثوب . وأظهر من هذا أخذها من رواية مهنا ، فيمن تزوج امرأة على غلام بعينه ، ففقت عين الغلام ولم تقبضه فهو على الزوج ، وهذه قال في التلخيص : إنها اختيار ابن عقيل ، والذي في الفصول تصحيح الأولى ، ثم إنه حكى عن أبي بكر ما يقتضي تأويل الثانية ، واختار هو أنها على ظاهرها ، وأن عليها لا يكون الضمان على المشتري ، وهذا ليس منه اختيارا للرواية ، إنما فيه إثباتها ، نعم هو يختار أنه لا يجوز التصرف في ذلك قبل قبضه .

١٩٠٩ - وبالجملة استدل لهذه الرواية بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : ابتعت زيتا في السوق ، فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا ، فأردت أن أضرب على يده ، فأخذ رجل من خلفي بذراعي ، فالتفت فإذا زيد بن ثابت ، فقال : لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك ، فإن رسول الله ﷺ نهي أن تباع السلع حيث تباع ، حتى يجوزها التجار إلى رحالهم . رواه أحمد ، وأبو داود .^(١)

(١) هو في سنن أبي داود ٣٤٩٩ ومسنند أحمد ١٩١/٥ من طريق ابن إسحاق عن أبي الزناد ، عن عبيد بن حنين عن ابن عمر ، ولفظ أحمد : قدم رجل من أهل الشام بزيت ، فساومه فيمن ساومه من التجار ، حتى ابتعته منه ، فقام إلى رجل فربحنى فيه حتى أرضاني ، فأخذت بيده لأضرب عليها ، فأخذ رجل بذراعي من خلفي ، فالتفت فإذا زيد بن ثابت ، فقال : لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك الخ ، وسكت عنه أبو داود ، وقال المنذري في التهذيب ٣٣٥٦ : في إسناده محمد بن إسحاق ، وقد تقدم الكلام عليه . اهـ لكنه صرح بالتحديث عند أحمد ، وقد رواه أيضا الطحاوي في مشكل الآثار ٢٢١/٤ وابن حبان كما في الموارد ١١٢٠ والحاكم ٤٠/٢ من طريق ابن إسحاق به ، وقد تابعه جرير بن حازم عن أبي الزناد . ورواه الطحاوي في المشكل ٢٢١/٤ والطبراني في الكبير ٤٧٨١ والدارقطني ١٢/٣ وقال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . ونقل في التعليق المغني عن صاحب التنقيح أنه قال : سنده جيد .

١٩١٠ - وعن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال : قلت : يا رسول الله إني أبتاع هذه البيوع ، فما يحل لي منها وما يحرم علي ؟ قال « يا ابن أخي إذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه » رواه البيهقي في سننه (١).

(والرواية الثالثة) أن (٢) المفتقر من ذلك إلى القبض هو الطعام ، وإن كان غير مكييل ولا موزون ، على ظاهر ما نقله أحمد بن الحسين الترمذي ، وقد سأله عن بيع الفاكهة قبل القبض ، فقال : في هذا شيء إن خرج مخرج الطعام ، لأن الحديث في الطعام ، وأصرح من هذا رواية الأثرم ، وسأله

(١) هو في سننه الكبرى ٣١٣/٥ من طريق يحيى بن أبي كثير ، عن يوسف بن ماهك ، عن عبد الله بن عصمة ، عن حكيم به ، وقال : لم يسمعه يحيى من يوسف ، إنما سمعه من يعلى بن حكيم ، عن يوسف ، ثم رواه كذلك ، وقال : هذا إسناد حسن متصل اهـ ، ورواه أيضا الطيالسي كما في المنحة ١٣٢٢ وعبد الرزاق ١٤٢١٤ وابن الجارود ٦٠٢ وابن أبي شيبة ٣٦٥/٦ والدارقطني ٨/٣ والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٣٤٢٨ ورواه أحمد ٤٠٢/٣ عن يحيى عن رجل عن يوسف بمعناه ، قال الحافظ في التلخيص ٥/٣ : وزعم عبد الحق أن عبد الله بن عصمة ضعيف جدا ، ولم يتبعه ابن القطان ، بل نقل عن ابن حزم أنه قال : هو مجهول ، وهو جرح مردود ، وقد روى عنه ثلاثة ، واحتج به النسائي . اهـ وسقط هذا الحديث من (خ) ووقع في (م) وعن عكرمة ... إذا ابتعت بيعا .

(٢) في (خ) : والرواية الثانية أن صبر المكييل والموزون كبيعهما كيلا أو وزنا ، لحديث ابن عمر : كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا ، فهنا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه . والمكييل والموزون غالبا لا يخرج عن أن يكون مكيلا أو موزونا ، وإلى هذه ميل أبي محمد في غير المعنى ، والرواية الثالثة : أن الذي يحتاج إلى قبض هو الطعام ، مكيلا كان أو موزونا أو غير ذلك ، وإليها ميل أبي محمد في المعنى ، لما روى ابن عمر ... الخ . وعلق في الهامش على قوله (كبيعهما كيلا) بقوله : أي فلا يضمن إلا بالقبض ، كما لو بيع المكييل والموزون بالكيل والوزن ، وهو ظاهر كلام الخري ، فتكون هذه الرواية أعم من الأولى ، ويكون تفصيلها أن ما يحتاج إلى قبض هو ما تعلق به حق توفية بكيل أو وزن أو عدد أو ذرع ، أو بيع صبرة وهو مكييل أو موزون فقط ، وهذه الرواية أعم من الأولى . اهـ وعل قوله (والمكييل والموزون غالبا) : بقوله : لعل صوابه : والمطعموم غالبا الخ ، كما يقتضيه كلام المعنى .

عن قوله : نهى عن ربح ما لم يضمن (١) قال : هذا في الطعام وما أشبهه ، من مأكول ، أو مشروب ، فلا تبعه حتى تقبضه . ونحوه نقله المروذي ، وهذه الرواية قال ابن عبد البر : إنها الأصح عن إمامنا ، وإليها ميل أبي محمد (٢) بل ظاهر كلامه إناطة الحكم بها ، وعدم النظر إلى كون المبيع مبيها أو مما تعلق به حق توفية ، أو غير ذلك .

١٩١١ - وقد استدلل لها بما روى ابن عمر رضي الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ قال « من اشترى طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه » قال : وكنا نشترى الطعام من الركبان جزافا ، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه .

١٩١٢ - وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى أن يبيع الرجل طعاما حتى يستوفيه . وفي رواية : حتى يكتاله . متفق عليهما (٣)

١٩١٣ - وفي مسلم نحوهما من حديث جابر، وأبي هريرة رضي الله عنه (٤)

(١) في (م) : أحمد بن الحسين وقد سأله وأخرج من هذا .

(٢) قال أبو محمد في المغني ١٢٢/٤ : قال ابن عبد البر : الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام . اهـ وفي (ع) : فلا يبيع حتى يقبضه . وفي (س م) : نقل المروذي . وفي (م) : أنها لا تصح عن .

(٣) حديث ابن عمر في صحيح البخاري ٢١٢٤ ومسلم ١٠/١٦٩ وله عندهما روايات ، وحديث ابن عباس رواه البخاري ٢١٣٢ ، ٢١٣٥ ومسلم ١٠/١٦٨ وعندهما : ولا أحسب كل شيء إلا مثل الطعام . وزاد في (خ) : بعد حديث ابن عمر : وفي رواية : رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ إذا ابتاعوا الطعام جزافا يضرّبون أن يبيعوه في مكانه حتى يؤوه في رحالهم . الخ ، وهذه الرواية في الصحيحين وغيرهما .

(٤) كما في صحيحه ١٠/١٧١ ، ١٧٢ وحديث جابر رواه أيضا أحمد ٣/٣٢٧ ، ٣٩٢ وابن أبي شيبه ٦/٣٦٦ والبيهقي ٥/٣١٢ وحديث أبي هريرة رواه أيضا أحمد ٢/٣٢٩ ، ٣٣٧ والخطيب في الموضع ٢/٤٠٠ ، ووقع في (خ) ذكر نص الحديثين فقال : وعن جابر قال : كان رسول الله ﷺ يقول : إذا

وهذه الأحاديث^(١) شاملة بمنطوقها لكل طعام ، ومفهومها أن غير الطعام ليس كذلك ، وهو في معنى مفهوم الصفة ، لأنه اسم مشتق ، لا اسم جامد كزبد ونحوه (والرابعة) المفتقر^(٢) من ذلك إلى القبض هو المكيل والموزون ، بشرط^(٣) أن يكون مطعوما ، قال في رواية مهنا : كل شيء يباع قبل قبضه ، إلا ما كان يكال أو يوزن ، مما يؤكل أو يشرب (والخامسة) - وهي ظاهر كلام أبي بكر في التنبيه - المفتقر من ذلك إلى القبض هو المكيل أو الموزون ، أخذنا من نصه في رواية الأثرم : أن الصبر لا تباع حتى تنقل .^(٤)

والخزقي رحمه الله أناط الحكم بالمكيل ، والموزون ، والمعدود ، وظاهره خلاف هذه الأقوال ، فيكون قولاً سادساً ، ويحتمل أنه أراد ما تعلق به حق توفية ، وهو أولى^(٥) ، وفاقاً للمذهب المنصوص . والله أعلم .

= ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه » وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله » رواها مسلم .

(١) في (خ) : وهذا يدل بمنطوقه على أن كل طعام لا يجوز بيعه حتى يقبض ، وبمفهومه أن غير الطعام ليس كذلك ، وهو في معنى مفهوم الصفة ، لأنه مشتق لا اسم جامد كزبد ، حتى يقال : إنه مفهوم لقب .

(٢) في (خ) : والرواية الرابعة أن ما تعلق به حق توفية بكيل أو وزن فقط يفتقر إلى القبض ، بخلاف غيرهما ، نص عليه في رواية ابن منصور ، وذكر له ... قائم فيه . الخ وعلق في الهامش : هذه الرواية مقدمة بعد الأولى ، هكذا بخط المصنف .

(٣) في (ع س د) : من ذلك القبض ... يشترط .

(٤) جعل في (خ) الرابعة هنا هي الخامسة ، ونصه : والرواية الخامسة أن الذي يفتقر هو المطعوم بشرط أن يكون مكيلا أو موزونا ، قال في رواية مهنا ... أو يشرب الخ ، والخامسة هنا هي الرابعة في (خ) ودليلها ما ذكر في المتميز الذي تعلق به حق توفية كما سبق .

(٥) في (خ) : حق توفية مما ذكره ، ويحتمل أنه أراد أعم من ذلك ، وهذا الذي فهمه أبو محمد ، فيكون هذا قولاً سابعاً ، لأنه أضاف إلى ذلك المعدود ، وأجود الروايات رواية أن المفتقر إلى قبض هو الطعام ، لغلبة أدلتها وصحتها ، وعمل أكثر أهل العلم عليها ، وما روي عن ابن عمر لا يقاومها ،

واعلم أن أكثر هذه الروايات وأدلتها أخذت من المنع من البيع قبل القبض ، أو هو من كون الضمان على البائع ، وهو مبني على ما يقوله أكثر الأصحاب ، من أن المنع من البيع ، ولزوم الضمان للبائع ، متلازمان كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

بل ولا يقارنها ، وحديث عائشة لا ينافيها ، إذ العبد ليس بطعام ، أو أن جميع الأشياء تفتقر إلى قبض ، لحديث زيد ، وقول ابن عباس ، وأحاديث المنع من بيع الطعام بعض أفرادها ، ثم إن الظاهر أنها خرجت على سبب ، وهو أنهم كانوا يشترون الطعام ، ويقصدون بيعه قبل قبضه ، فورد النبي عن ذلك كما تقدم ، وحديث عائشة قد يقال : إنه واقعة عين ، أو يحتمل أن الرسول ﷺ حكم بذلك لكون العبد مقبوضا ، واعلم أن هذه الطريقة في حكاية الخلاف غير طريقة أبي محمد ، لكنه إنما ذكر أربع روايات ، وطريقة صاحب التلخيص وأبي البركات أن محل الخلاف فيما عدا ما تعلق به حق توفية ، أما ما تعلق به حق توفية فلا يباع قبل قبضه رواية واحدة ، وكذلك السامري الخ ، وعلق في الهامش على قوله (حق توفية مما ذكره) : لعله : بما ذكره . أي من المكيل والموزون والمعدود ، بخلاف المذروع ، وهذا الاعتبار يكون قولاً سابعا ، ويحتمل أن الخرقى أراد بالمعدود ما تعد أجزاءه بذراع ، أو يقاس بالذراع ، فيكون قوله شاملا للمذروع ، ويكون مراده أعم من أن يكون البيع وقع مقدرا بهذه المقادير من الكيل والوزن والعد ، أو وقع على ما هو مكيل أو موزون أو معدود في نفسه ، وإن لم يقدر المبيع بشيء من هذه المقادير ، أو قدر بها فيكون الحكم خاصا ، بما هو مكيل أو موزون أو معدود ، أو مطلقا في بيعه صبرة ، أو مقدرا بشيء من هذه المقادير ، وهو الذي جعله في المعنى ظاهر كلام الخرقى ، وظاهر كلام أحمد ، وقال : إنه روي عن عثمان وجماعة . اهـ وعلق على قوله (ويحتمل أنه أعم من ذلك) : أي سواء كان تعلق به حق توفية كقفيز من صبرة ، أو لم يتعلق به حق توفية كبيع صبرة معينة . اهـ وعلى قوله (غير طريقة أبي محمد) : لعله : عين طريقة . وعلق أيضا : تلخص أن الروايات ست (الأولى) ما تعلق به حق توفية بكيل أو وزن فقط (والثانية) ما تعلق به حق توفية بكيل أو وزن ، أو عدد أو ذرع (الثالثة) ما تعلق به حق توفية بأحد هذه الأربعة ، أو بيع صبرة من مكيل أو غيره ، (الرابعة) الطعام مطلقا (الخامسة) المطعوم بشرط كونه مكيلا أو موزونا (السادسة) كل مبيع ، وأما كلام الخرقى فيحتمل أنه أراد بالمعدود المعدود بأفراده كالجزء والغنم ونحوه ، ويحتمل أنه أراد ذلك وما يعد بالقياس ، فيدخل فيه المذروع والممسوح بالأجرة ونحوها ، وعلى كلا التقديرين فيحتمل أنه أراد بوقوع البيع عليه ، أي على مقدر منه بأحد هذه المقادير ، كقفيز من صبرة ، ورطل من دن ، فلا يدخل فيه بيع ذلك صبرة ، ويحتمل أنه أراد أعم من ذلك ، فيدخل في ذلك ما يبيع صبرة أيضا ، وهو الظاهر ، فيخرج من قوله أربعة أقوال ، ثلاثة منها غير الروايات السابقة ، الأول ما تعلق به حق توفية بكيل أو وزن أو عدد ، أو يبيع جزافا من مكيل أو موزون أو معدود أو مذروع ، وهذا يوافق الرواية الأولى التي قدمها الشارح ، الرابع ما تعلق به حق توفية بأحد المقادير الأربعة ، أو يبيع جزافا من مقدر بواحد منها . اهـ .

والمذهب عند العامة أن الذي يفتقر إلى القبض هو ما تعلق به حق توفية دون غيره .

إذا عرف هذا^(١) فالمفتقر إلى القبض يكون قبله من ضمان البائع ، ولا يجوز لمشتريه التصرف فيه كما سيأتي ، وما لا يفتقر إلى قبض من ضمان مشتريه ، وله التصرف فيه ،^(٢) سواء قدر على القبض أو لم يقدر ، لكن متى منعه البائع منه بعد المطالبة ، واتساع الوقت للتسليم ، ضمن ضمان غصب ، لا ضمان عقد ، وليس اللزوم من أحكام القبض ، على المذهب كما تقدم ، ولا الضمان^(٣) وعدمه مرتبا على اللزوم ، وقول السامري : إذا تم العقد بغير خيار ، أو بخيار وانقضت مدته من غير فسخ ، فإن كان المبيع غير متميز . إلى آخره ، يوهم ترتب^(٤) الضمان على اللزوم وليس بشيء ، وكذلك ليس الملك من أحكام القبض هنا ، بل يحصل الملك بمجرد العقد ، على المذهب كما تقدم ، نص عليه أحمد في رواية محمد بن موسى ، في من اشترى قفيزا من طعام من جملة أقفزة ، فهو من مال البائع ، [فقيل له : أليس قد ملكه المشتري ؟ فقال : بلى ، ولكن هو من ضمان البائع] انتهى ، وإذا ما حصل من ثناء في يد البائع فهو أمانة في يده للمشتري ، إذ الثناء تابع للملك .

(١) في (خ) : إذا تقرر هذا فما لا يحتاج إلى قبض ضمانه على المشتري ، وما احتيج إلى قبض قد قال الحرقي : إنه من مال البائع وأطلق ، وقال القاضي وأصحابه ومن بعدهم : إنه إن تلف بفعل الله تعالى بطل العقد فيه ، وكان من مال البائع كما قال الحرقي ، قال القاضي .. الخ وفي (ع) د س) : ولزم الضمان .

(٢) سقط من (د) : كما سيأتي التصرف فيه .

(٣) في (م) : ضمانه ضمان . وسقط من (س م) : وليس اللزوم ... الضمان .

(٤) في (ع) : مدته من غير . وفي (م) : فإن المبيع .

ومعنى تضمين البائع ما تقدم أنه إن تلف بأمر سماوي بطل العقد فيه ، وكان من مال البائع ، فيلزمه رد الثمن إن كان قد قبضه ، وإلا فلا شيء له ، قال القاضي وغيره : على قياس قوله في الثمرة إذا تلفت قبل أخذها بأفة سماوية ، وإن تلف بفعل من جهة آدمي ، فإن كان المشتري فقد استقر العقد ، وتلف من ماله ، وإن كان البائع أو أجنبيا خير المشتري بين فسخ العقد والرجوع بالثمن إن كان قد دفعه ، وبين إمضائه ومطالبة متلفه بعوضه ، ولأبي محمد في الكافي احتمال بأن تلف البائع يبطل العقد .^(١)

وقد يقال : إن ظاهر إطلاق الخرقى بطلان العقد مطلقا ، ونص أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد ، في رجل باع ثوبا من رجل ، ثم باعه من آخر قبل التفرق ، ولما يسلمه للأول ، واستهلكه البائع ، أخذ بخلاصه ، فإن لم يقدر أن يخلصه فعليه قيمته يوم استهلكه ، فإن كان ذلك مما يكال أو يوزن فعليه المثل ،^(٢) وظاهر هذا أن التلف إذا كان من جهة البائع ضمنه ، ولم يبطل العقد ، ولا يخير المشتري ، ويتلخص من هذا أن في تلف البائع ثلاثة أقوال ، والقاضي قال : يجب أن يحمل هذا^(٣) النص على أنه اختار الإمضاء ، أما إن اختار

(١) عبارة الكافي ٣٠/٢ : فإن أتلفه البائع احتمل أن يبطل العقد الخ ، وعبارة (خ) : قال القاضي : على قياس قول الإمام في الثمرة إذا تلفت قبل أخذها بأفة سماوية ، وإن تلف بفعل من جهة آدمي فإن كان المشتري استقر العقد في حقه ولا كلام ، وإن كان البائع أو أجنبيا ... بأن تلف البائع يبطل العقد ، ونص أحمد في رواية إسماعيل في رجل ... ولما يسلمه إلى الأول واستهلكه ... فعليه قيمته يوم استهلك الخ .

(٢) إسماعيل هو أبو إسحاق الشاذلي ، من أصحاب أحمد ، والرواية عنه كما في الطبقات برقم ١١٣ وفي (م) : ابن سعد . وفي الإنصاف ٤/٦٥ نقلا عن الزركشي هنا : يقتضي بطلان العقد .

(٣) في (خ) : وهذا يقتضي أن التلف إذا كان من جهة البائع لزمه ضمانه ، ولا يبطل ولا تخيير ، وقال القاضي : يجب الخ . وفي (م) : أن تحمل هذه .

الفسخ فله ذلك ، كما إذا ظهر على عيب بعد القبض ، فإنه يخيّر بين الإمضاء وبين الفسخ .^(١) (قلت) : وليس هذا نظير المسألة ، إنما نظيرها أن يظهر على عيب بعد التلف ، وإذا لا تخيير على المعروف ، انتهى .

والعوض مثله إن كان مثليا ، أو قيمته إن لم يكن مثليا ، كما نص عليه أحمد ، وقاله جماعة ، ووقع لأبي البركات وجماعة أن الواجب القيمة ، فقيل : مرادهم كما تقدم ، وأرادوا بالقيمة البدل الشرعي .^(٢) وكان شيخنا - رحمه الله - ورضي عنه - القاضي موفق الدين^(٣) ينصر أن المراد القيمة على ظاهرها ، انتصارا للمجد ، إذ هو في كلامه أظهر منه في كلام غيره ، ونظرا إلى تحقيقه ، ويعلله بما ملخصه : أن الملك هنا استقر على المالية ، فلذلك وجبت القيمة ، والمثلية

(١) في (خ) أن يحمل هذا على أنه جعل له البدل إذا اختار الإمضاء ، أما إن اختار الفسخ والرجوع بالقيمة فله ذلك الخ . وفي (م) : النصوص على ... الفسخ وبين الإمضاء .

(٢) في (خ) : وليس هذا نظيره ، إنما نظيره أن يظهر على عيب بعد التلف ، وإذا لا يخيّر فلا تخيير ثم ، والعوض هو مثله إن كان ... وقاله جماعات ، ووقع لأبي البركات وجماعة أن الواجب القيمة ، فقيل : مرادهم كالأول ، وأرادوا بالقيمة البدل الشرعي ، وقيل : مرادهم القيمة على ظاهرها ، وكان الخ . وعلق على قوله (فلا تخيير ثم) : أي في الرد بالعيب ، بل يتعين الأرش ، فكذلك لا تخيير ثم ، أي فيما إذا أتلّف البائع المبيع قبل قبض المشتري له ، يتعين أحد الأمرين لا التخيير ، وإنما كان المتعين هو الإمضاء وأخذ البدل الشرعي لثبوت ملك المشتري فيه حال إتلافه ، والأصل عدم انفساخ العقد ، وهذا هو ظاهر كلام الخرقى ، وصريح نص أحمد . اهـ ونص كلام أبي البركات في المحرر ٣٢٢/١ : وله الإمضاء وأخذ القيمة من متلفه . اهـ .

(٣) هو الشيخ عبد الله بن محمد بن عبد الملك بن عبد الباقي الربيعي الحجاوي ، ولد سنة ٦٩١هـ . وفي القضاء بالديار المصرية سنة ٧٣٨هـ واستمر إلى أن مات سنة ٧٦٩هـ ولقب قاضي القضاة ، وفي زمنه انتشر مذهب الحنابلة في الديار المصرية ، كما في الدرر الكامنة برقم ٢٢٢٣ وشذرات الذهب ٢١٥/٦ .

لم يستقر الملك عليها ، فلذلك^(١) لم تجب ، ونص ابن سعيد
يقطع النزاع . والله أعلم .

(تنبيهان) « أحدهما »^(٢) إذا اختلط ما تقدم بغيره ولم
يتميز ، فإنه يبنى على أن الخلط هل هو بمنزلة الإلتلاف أم
لا ؟ فيه وجهان ، ومحل ذلك كتاب الغصب ، ولو تلف
بعض المبيع بأفة سماوية انفسخ في قدره ، وفي الباقي قولاً
تفريق الصفقة ، قال في التلخيص : والذي قطع به الشيخان
عدم الفسخ في الباقي ، لكن يخير المشتري ، لتفريق الصفقة
عليه ، ثم ظاهر كلام أبي محمد أنه يخير بين قبول كل المبيع
ناقصاً ولا شيء له ، وبين الفسخ والرجوع بكل الثمن ،
وظاهر كلام غيره أن التخيير في الباقي ، وأن التالف يسقط
ما قبله من الثمن ، وإن كان تلف البعض بفعل المشتري كان
ذلك بمنزلة قبضه له ، وإن كان بفعل البائع أو أجنبي ، خير
المشتري بين الفسخ والرجوع بكل الثمن ، وبين الإمضاء
والرجوع على المتلف بعوض ما أتلف ، أما إن تعيب ولم
يتلف ، فإن كان بفعل البائع أو أجنبي ، فالمشتري بالخيار
بين الفسخ والرجوع بالثمن ، وبين الإمضاء ومطالبة المتلف
بالأرش ، وإن كان بغير فعل آدمي ، خير بين أخذه ناقصاً ،
ولا شيء له ، وبين الفسخ والرجوع بالثمن ، قاله أبو محمد ،
وصاحب التلخيص ، فلو كان المبيع داراً فتلف سقفها قبل

(١) علق في هامش (خ) : على هذا الاختيار ما نصه : هذا مجرد دعوى لا دليل عليها ، ولا نظير
لها ولا تعويل عليها ، والصواب هو الأول ، أن تحمل القيمة على البدل الشرعي ، أو أنه من باب
الاكفاء أي بالقيمة ، أو بالمثل فاكفى بأحدهما عن الآخر للعلم به ، نحو قوله تعالى ﴿ وسراويل
تفكيكم الحر ﴾ أي والبرد ، فاكفى بالمعطوف عليه عن ذكر المعطوف للعلم به . اهـ .

(٢) سقط هذان التنبيهان من (خ) .

القبض ، وقلنا : إنها من ضمان البائع . على الرواية الضعيفة ، فهل ذلك بمنزلة العيب ، كما لو تلفت يد العبد ،^(١) أو بمنزلة تلف البعض كأحد العبدین ؟ فيه وجهان .

(الثاني) في معنى ما يتعلق به حق توفية - وإن لم يكن هو -^(٢) المبيع برؤية أو صفة متقدمة ، فإنه من ضمان بائعه حتى يقبضه المتبائع ، ذكره ابن أبي موسى وغيره ، والله أعلم .

قال : ومن اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه .^(٣)

ش : قد تقدم أن جمهور الأصحاب جعلوا المنع من البيع والضمان متلازمين ، وأن الافتقار إلى القبض علم عليهما ، فكل ما افتقر إلى القبض فضمانه على بائعه ، ومشتريه ممنوع من بيعه قبل قبضه ، وما لا فلا .^(٤)

(١) انظر كلام أبي محمد على هذه المسائل في المغني ١٢٣/٤ وفي (ع) : أما إن بيعت ولم تلف . وفي (س م) : كما لو تلف في يد العبد .

(٢) قوله (وإن لم يكن هو) : جملة معترضة ، والمعنى أن المبيع برؤية أو صفة متقدمة يعطى حكم ما يتعلق به حق توفية وإن لم يكن هو ، وفي (س) : التبيه الثاني . وفي (م) : معنى يتعلق .

(٣) في المتن و (ع د خ) : حتى يقبض . وفي هامش (خ) : أي وأنواع التصرفات في المبيع ، مثل منع بيعه حتى من بائعه وهو المذهب ، وعنه : يجوز من بائعه ، وفي رهته وهبته بلا عوض بعد قبض ثمنه وجهان ، ويصح العتق قولاً واحداً ، وذكره ابن تيمية إجماعاً . اهـ من الفروع ١٣٥/٤ .

(٤) في (خ) : ش : الأصحاب فيما علمت عندهم أن المنع من البيع والضمان متلازمان مفرعان على الافتقار إلى القبض ، فعلى هذا ما افتقر إلى القبض فضمانه على البائع ، ولا يصح من المشتري تصرفه فيه قبل قبضه ، والدليل على ذلك أن النبي ﷺ نهي عن ربح ما لم يضمّن ، ومنع من بيع أشياء حتى يقبض ، فالظاهر أن منعه من بيعها لانقضاء الضمان عنه ، وجعل الغاية في المنع من البيع القبض ، فدل على أن المانع من البيع عدم القبض ، والجواز له هو القبض . اهـ وسقط ما بعده ، وعلق في الهامش على قوله (متلازمان) : صرح ابن عقيل في المفردات بأنه لا تلازم بين

١٩١٤ - لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن،^(١) ومنع من بيع أشياء حتى قبض،^(٢) والظاهر أن منعه من ذلك حذارا من أن يربح فيما لم يضمن، وإذا إنما يقيى النظر في الممنوع من بيعه قبل قبضه، هل هو كل شيء، كما في حديثي زيد بن ثابت وحكيم بن حزام،^(٣) وأحاديث المنع من بيع الطعام بعض أفراد ذلك، أو الممنوع من بيعه قبل قبضه هو الطعام دون غيره، إذ لا ريب أن أحاديثه أثبت، ورواته أكثر، أو الممنوع من بيعه قبل قبضه ما تعلق به حق توفية، فقط ما دل عليه قول ابن عمر تضمنه^(٤) أن المنع من البيع،

الضمان والتصرفات، ويشهد لذلك جواز بيع الثمر على الشجر، مع أنه مضمون على البائع، ومنع التصرف في صيرة الطعام، مع أنها مضمونة على المشتري على المذهب، وصحة إجارة المستأجر بعد قبض العين، مع أن المنافع مضمونة على المؤجر، وعدم التلازم قول الأكثرين. اهـ وعلق على قوله (والدليل على ذلك): استدلل في المغني لذلك بأنه من ضمان بائعه فلم يجز بيعه كالمسلم، قال: ولم أعلم فيه خلافا إلا عن الشعبي، قال: لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه. قال ابن عبد البر: وهو مردود بالسنة والحجة المجمع على الطعام، وأظنه لم يبلغه الحديث. اهـ.

(١) هذه جملة من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص الذي رواه أحمد ١٧٤/٢ وأبو داود ٣٥٠٤ والترمذي ١٣١/٤ برقم ١٢٥٢ والنسائي ١٩٥/٧ وابن ماجه ٢١٨٨ والطيالسي كما في المنحة ١٣١٨ وعبد الزقاق ١٤٢١٥ والدارمي ٢٥٣/٢ وابن أبي شيبة ٥٧٢/٦ وابن الجارود ٦٠١ والطبراني في الأوسط ١٥٢١ وابن عدي ١٧٦٧ وابن حبان كما في الموارد ١١٠٨ والحاكم ١٧/٢ وغيرهم من طرق عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن عبد الله بن عمرو، قال: نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، وفي رواية: عن بيعتين في بيعة، وفي لفظ: لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، إنح، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصحح إسناده أحمد شاكر في المسند ٦٦٢٨، ٦٩١٨ وسكت عنه أبو داود، ونقل المنذري ٣٣٦١ تصحيح الترمذي وأقره.

(٢) تقدم جملة من الأحاديث في المنع من بيع الطعام حتى يقبض ونحوه.

(٣) حديث زيد بن ثابت هو الذي رواه ابن عمر عنه، وقد سبق قريبا، وحديث حكيم تقدم أيضا بلفظ «إذا اشترت شيئا فلا تبعه حتى قبضه».

(٤) كذا وقع في النسخ الأربع، وفيه اختلاف، ولعل الصواب: كما دل عليه قول ابن عمر، لتضمنه أن المنع إنح، ويعني بأثر ابن عمر قوله «ما أدركت الصفقة حيا» إنح وقد تقدم.

وتضمنين البائع متلازمان ، ويحتمله حديث عائشة في المتعين ؟ انتهى .

وظاهر كلام ابن عقيل في الفصول أن المنع من البيع غير ملازم للضمان ، لأنه حكى أن ما تعلق به حق توفية من ضمان البائع ، وفي غيره من المتعينات^(١) - كالعبد والصبرة ونحوهما - روايتان ، ثم قال : إذا ثبت أن المبيع المتعين من ضمان مشتريه ، فهل يصح بيعه قبل قبضه ؟ نقل الأثرم : لا يجوز بيع الصبرة قبل قبضها . ونقل ابن القاسم ما يدل على الجواز ، ثم حكى الخلاف أيضا في المكيل والموزون إذا لم يكن مطعوما ، وفي المطعوم إذا لم يكن مكيلا ، وهذا أيضا ظاهر ما حكى السامري عن القاضي ، فإنه حكى^(٢) عنه في الصبرة هل هي من ضمان البائع أو من ضمان المشتري ؟ على روايتين [وأنه هل يجوز للمشتري التصرف فيها قبل القبض ؟ على روايتين]^(٣) قال : الأقيس جواز التصرف ، لأنه لم يتعلق به حق توفية ، ولو تلف قبل القبض كان من مال المشتري ، فهو كالعبد ، وظاهر كلاميهما أن الخلاف في جواز التصرف على القول بالضمان^(٤) ، والذي يظهر لي من جهة الدليل عدم التلازم ، وأن المتعينات من ضمان المبتاع لظاهر حديث عائشة رضي الله عنها وقول ابن عمر ، وغيرها

(١) في (م) : فظاهر كلام . وفي (س م) : غيره من المبيعات .

(٢) في (م) : إن لم يكن . وفي (ع) : فإن حكى .

(٣) السقط من (ع) .

(٤) في (ع د) : حق ضمان التوفية . وفي (د) : من ضمان المشتري . وفي (ع) التصرف فيها قبل القبض على روايتين على القول . وفي (م) : التصرف على الضمان .

من ضمان البائع ، لمفهوم قول ابن عمر ، وأن جميع^(١) الأشياء يمنع من بيعها قبل قبضها ، لحديث زيد بن ثابت ، وحكيم بن حزام ، إذ الذي منع من بيعه قبل قبضه هو الطعام دون غيره انتهى .

(تنبيهات) « أحدها » عموم كلام الخرقى المنع للبائع ولغيره ، وهو كذلك انتهى ، (الثاني) حيث جوزنا البيع قبل القبض فباع قبل أن يقبض فالمشتري الثاني مخير بين أن يطالب به الأول ، وبين أن يطالب به الثاني ، والثاني يطالب الأول (الثالث) بيان القبض يأتي إن شاء الله تعالى للخرقي في الرهن ، فلتكلم عليه ثم ، والله أعلم .

قال : والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع .^(٢)

ش : الشركة في المبيع يبيع بعضه بقسطه من الثمن ، بأن يقول : أشركتك في نصفه بنصف الثمن ، أو في سدسه بسدس الثمن ، ونحو ذلك ، والتولية فيه يبيع جميعه بكل الثمن ، وهما نوعان من أنواع البيع ، فما ثبت في البيع ثبت فيهما ، وقد ثبت^(٣) المنع من البيع قبل القبض فيما تقدم ، فكذلك فيهما ، ومثلهما يبيع المراجعة ، نحو : رأس مالي فيه

(١) المراد بقول ابن عمر ما سبق آنفا من قوله : ما أدركت الصفقة . الخ ، وحديث عائشة هو حديث « الخراج بالضمان » وتقدم ، وفي (س) : عدم الإلتزام وأن المبيعات . وفي (ع) : بظاهر حديث . وفي (س م) : وقول ابن عمر وغيره .

(٢) في المتن : والشركة والتولية . وفي (م د) : والحوالة كالبيع .

(٣) في (خ) : ش : الشركة يبيع بعض المبيع بقسطه من الثمن ، كأن يقول : أشركتك في نصفه بنصف الثمن ، أو في ثلثه بثلث الثمن ، والتولية يبيع جميعه بكل الثمن ، وهما نوعان من أنواع البيع ، فما ثبت في البيع ثبت فيهما ، فإن كان المبيع مما يفتقر إلى القبض لم يصح ذلك فيه وإلا صح ، أما الحوالة الخ ، وفي (س م) : والتولية في جميعه .

مائة ، بعثك بها وربح عشرة ، والمواضعة ، كأن يقول
والحال هذه : ووضيعة عشرة . والصلح بمعنى البيع ، كأن
يقر له بمائة فيعطيه عنها عرضا ، ونحو ذلك ، والهبة بثواب ،
لأن المقلب فيها حكم البيع ، على المذهب ، والإجارة ، لأنها
بيع في الحقيقة ، ويتصور ذلك في الأواني الموزونة ، وفي المبهم
في الموزون ، كرطل من صنجة حديد ، وفي المعين على رواية
اعتبار القبض فيه ، وعليها التزويج كالإجارة ،^(١) قاله في
التلخيص ، والقسمة حيث قيل إنها بيع ، والخرقى رحمه الله
ذكر الشركة والتولية على سبيل التمثيل ، أما الحوالة فقد منع
الخرقي منها فيحتمل لأنها عنده بيع ، ويحتمل وإن قيل : إنها
عقد مستقل . لأنه تصرف في المبيع المفتقر^(٢) إلى القبض
قبل قبضه ، فلم يجز كالبيع ، ويكون الخرقى قد نبه بهذه
الصورة على بقية التصرفات ، وهذا أوفق لعبارة القاضي ،

(١) في (س) : وقد ثبت المنع من المبيع لرطل أو كرطل من صنجة . وفي (م) : والحال هذه
ووضع والصلح ... وفي المبهم الموزون لرطل أو كرطل .

(٢) في (خ) : أما الحوالة فقد اختلف فيها هل هي بيع أو عقد مستقل بنفسه ، وإنما كان لا يجوز
في ما افتقر إلى القبض ، لأننا إن قلنا بيع فظاهر ، وإن قلنا عقد مستقل فهو تصرف في المبيع المفتقر
إلى القبض قبل قبضه ، فلا يصح كالبيع ، ولعل الخرقى نبه بهذه الصورة على ذلك ، ولهذا يعبر
القاضي وأبو الخطاب وأبو البركات وغيرهم بأنه يجوز التصرف في المبيع المتعين قبل قبضه ، ولا
يجوز فيما لم يتعين إلا بعد قبضه ، ووقع للقاضي وأبي الخطاب في أثناء كلامهما استثناء العتق ،
وصرح به صاحب التلخيص وغيره ، وإنما يتصور ذلك على قولنا أن رهن ما افتقر إلى القبض يصح
واختلف في الرهن بعد قبض الثمن هل يجوز ؟ على وجهين ، وعلل الجواز بأن القبض قد صار
مستحقا ، وفيه نظر ، لأن هذا التعليل يجري في كل تصرف وقع بعد قبض ثمن المبيع ، قال في
التلخيص : إن كانت بثواب فكالبيع ، وإلا فكالرهن . وعلق في الهامش على قوله (بهذه الصورة) :
أي بصورة الحوالة ، على أن التصرف فيه كالبيع . اهـ وعلى قوله (استثناء العتق) : استثناء التصرف
بالعتق مما لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، وصححه في الفروع (١٣٤/٤) قولنا واحدا ، وذكر
أن شيخه حكاه إجماعا اهـ وعلق على قوله (وإنما يتصور) : قد يقال : بل يتصور على المذهب ،
بأن يبيعه جماعة من العبيد كل عبد بدينار مثلا ، فهو نظير بيع قطع من الغنم كل شاة بدرهم . اهـ .

وأبي الخطاب وغيرهما ، لقولهم : يجوز التصرف في المبيع المتعين قبل قبضه ، ولا يجوز فيما لم يتعين قبل قبضه ، إلا أن القاضي وأبا الخطاب وقع في أثناء كلامهما استثناء العتق يريدان على القول بأن جميع الأشياء تفتقر إلى القبض ، وقد صرح باستثناء العتق أيضا صاحب التلخيص وغيره ، وحكى صاحب التلخيص عن القاضي وابن عقيل أنهما ذكرا في موضع أن رهن ما افتقر إلى القبض يصح بعد قبض الثمن ، لأن قبضه قد صار مستحقا من غير خلاف ، وخرج هو على ذلك الهبة بغير ثواب ، وفي هذا التعليل نظر ، لأن مقتضاه جواز كل التصرفات^(١) في المفتقر إلى القبض بعد قبض ثمنه ، لاستحقاق قبضه ، والله أعلم .

قال : وليس كذلك الإقالة ، لأنها فسخ ، وعن أبي عبد الله رحمه الله : الإقالة بيع .^(٢)

ش : أي ليست الإقالة كالتولية والشركة ونحوهما ، لما علل به من أنها فسخ ، والممنوع منه إنما هو البيع وما في معناه ، (والرواية الثانية) الإقالة بيع ، أي في معناه ، فتلحق بالتولية والشركة ونحوهما ، وقد فهم من كلام الخري وتعليله إناطة الحكم بالبيع وما في معناه ، وإذا ظاهره مخالف^(٣) لما تقدم من قول القاضي وغيره .

(١) في (م) : وقع في آخر كلامهما ... رهن ما يفتقر جميع التصرفات .

(٢) في (م) : رواية أخرى الإقالة بيع .

(٣) في (خ) : والشركة لأنها فسخ ، فيجوز فيما تقدم قبل قبضه ، إذ الممنوع منه هو البيع وما في معناه من تصرف يحتاج إلى قبض ، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنها بيع ، فحكمها حكم الشركة والتولية ونحوهما .

(تنبيه) المشهور من الروایتين - وهو اختيار جمهور الأصحاب ، القاضي ، وعامة أصحابه ، وأبي الحسين ، وأبي محمد ، وحكاه عن أبي بكر - الذي قدمه الحرقي ،^(١) لأن الإقالة هي الرفع والإزالة ، يقال : أقالك الله عثرتك . أي أزالها .

١٩١٥ - قال عليه السلام « من أقال نادما أقاله الله عثرته » رواه أبو داود ،^(٢)

(١) يعني أن الذي قدمه الحرقي وهو كونها فسحا هو المشهور ، وانظر كلام أبي محمد على الإقالة في المغني ١٣٥/٤ والكافي ١٠١/٢ وفي (خ) : والمشهور من الروایتين عن الإمام ، وهو اختيار جمهور الأصحاب ، القاضي وأبي الحسين ، وغير واحد من أصحاب القاضي ، وأبي محمد وحكاه عن أبي بكر الذي قدمه الحرقي رواه أبو داود والفسخ غير البيع ، بدليل أن البيع لا يتعقد بلفظه ، ولأنها تجوز في المسلم فيه ، مع الاتفاق على أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه ، والثانية - وهي اختيار أبي بكر في التنبيه ، على ما حكاه أبو الحسين - لأن الملك انتقل بعوض على وجه التراضي ، فكان يباع كالأول ، وللخلاف فوائد غير ما قاله المصنف ، منها أن على الأول يجوز قبل القبض ... بأنها فسخ ولا يجوز إلا بمثل الثمن ، ولا تستحق بها شفعة ، ولا يحث بفعلها إذا حلف لا يبيع فأقال ، ويكون التمام للبائع كذا قال القاضي في الجامع الصغير ، وعلى الرواية الثانية تنعكس هذه الأحكام إلا بمثل الثمن في أحد الوجهين . اهد وسقط ما بعده ، وعلق على قوله (من تصرف يحتاج إلى قبض) : وعن أبي بكر يبيعه على الروایتين بدون كيل ، لأنها تجدد منه ، ويتوجه منعها مطلقا ، لأنها نوع تصرف ، قال أكثر الأصحاب : أطلقوا منع التصرف ، ولم يخصوه بتصرف يحتاج إلى قبض . اهد وهذه هي المسألة التاسعة والثلاثون مما خالف فيها أبو بكر لمختصر الحرقي ، قال أبو الحسين في الطبقات ٩٢/٢ قال الحرقي : والإقالة فسخ ، وعن أبي عبد الله رواية أخرى : الإقالة بيع . اختارها أبو بكر في التنبيه ، وجه الأولى وهي الصحيحة ، وبها قال الشافعي ، أن الإقالة في اللغة موضوعة لرفع الشيء ، يقال : أقال الله عثرتك . يعني رفعها ، وإذا كان كذلك وجب أن يكون رفعا للعقد وفسحا له ، ووجه الثانية - وهي مذهب مالك - أن الفسخ في العقود ما كان عن غلبة ، دون ما وقع عن اختيار وتراض ، دليله سائر العقود اهد .

(٢) هو في سننه ٣٤٦٠ عن أبي هريرة بلفظ « من أقال مسلما » وسكت عنه ، وكذا المنذري في تهذيبه ٣٣/٥ ورواه أيضا ابن ماجه ٢١٩٩ وابن حبان كما في الموارد ١١٠٤ والحاكم ٤٥/٢ وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي ، وابن عدي ١٣٣ ، ٧٧٧ ، ١٤٩٥ ، ١٤٩٧ وصححه أيضا ابن حزم في المحلى ٦٠٥/٩ وعند ابن ماجه وغيره « أقال الله عثرته يوم القيامة » ووقع في المغني ١٣٥/٤ والكافي ١٠١/٢ ، وغيرهما من كتب الفقه « من أقال مسلما يبعته » إلخ وعزاه في الكافي لأبي داود ، ولم أجده بهذا اللفظ مسندا إلا عند ابن عدي ٢٣٥ واستغربه ،

والرفع والإزالة غير البيع ، إذ هو عقد ،^(١) وهي رفع له ،
فهما ضدان ، ومن ثم لا يحصل أحدهما بلفظ الآخر ،
وجازت الإقالة في المسلم فيه ، مع الاتفاق^(٢) على أنه لا
يجوز بيعه قبل قبضه ، (والثانية) وهي اختيار أبي بكر في
التنبيه ، وعللها بأنها إزالة ملك إلى مالك ، ويريد فيه بعوض
على وجه التراضي ، وإذا هي في معنى البيع ، فتلحق به^(٣).

وللخلاف فوائد ، (منها) أن على الأول يجوز قبل القبض
فيما يعتبر له القبض ، ولا يحتاج إلى كيل ثان ، وحكى أبو
محمد عن أبي بكر أنه لا بد فيها من كيل ثان^(٤) إقامة للفسخ
مقام البيع ، والذي في التنبيه إيجاب الكيل على القول بأنها
بيع ، لا على القول بأنها فسخ ، (ولا تجوز) إلا بمثل
الثلث ، (ولا تستحق) بها شفعة ، (ولا يحنث) بفعلها
فيما إذا حلف لا يبيع فأقال ، (ويكون الثناء) للبائع ، قاله
القاضي^(٥) في الجامع الصغير ، وعلى الثانية تنعكس هذه
الأحكام إلا بمثل الثلث في أحد الوجهين ، أما وجوب
الاستبراء على البائع إذا عادت إليه بإقالة فالذي قطع به أبو
بكر في التنبيه وجوبه على القول بأن الإقالة بيع ، وكذلك
الشيرازي قطع بالوجوب وقاله وبني المسألة^(٦) على أن

وقد روى الطبراني في الأوسط ٨٩٣ عن أبي شريح مرفوعاً « من أقال أخاه بيعاً » إلخ وقال : لم يروه عن
عبد الملك بن أبي بشر عن أبي شريح إلا شريك .

(١) في (م) : والرفع الإزالة عن البيع .

(٢) في (م) : مع الإنعقاد .

(٣) في (م) : على وجه التراخي ... وإذا هي .

(٤) ذكره أبو محمد في المغني ١٣٦/٤ وليس في (ع س) : عن أبي بكر .

(٥) سقط من (س) : ولا تستحق بها ويكون الثناء .

(٦) في (م) : في الجامع الكبير فالذي قطع به أبو البركات ... وقاله ، وبناء المسألة .

الإقالة بيع ، ومقتضى كلاميهما عدم الوجوب إن لم يقل إنها بيع ، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن القاسم وابن بختان وجوب الاستبراء مطلقا ، ولو قبل القبض ، وهو مختار القاضي وجماعة من أصحابه ، إناطة بالملك ، واحتياطا للأبضاع ، ونص في رواية أخرى أن الإقالة إن كانت بعد القبض والتصرف وجب الاستبراء ، وإلا لم يجب ، وكذلك حكى الرواية القاضي ، وأبو محمد في الكافي ، والمغني ، وكان أحمد رحمه الله لم ينظر في هذه إلى انتقال الملك ، إنما نظر إلى الاحتياط .^(١)

والعجب من أبي البركات ، حيث لم يذكر : قبل التفرق ، مع جودته وتصريح الإمام به ، لكنه قيد المسألة بقيد لا بأس به ، وهو بناؤها على القول بانتقال الملك ، أما لو كانت الإقالة في بيع خيار وقلنا : لم ينتقل الملك . فظاهر كلامه أن الاستبراء لا يجب ، وإن وجد القبض ، ولم يعتبر أبو البركات أيضا القبض فيما إذا كان المشتري لها امرأة ، بل حكى فيها الروايتين^(٢) وأطلق ، وخالف أبا محمد في تصريحه بأن المرأة بعد التفرق كالرجل ، ونص أحمد الذي فرق فيه بين التفرق وعدمه وقع في الرجل ، والله أعلم .

(١) كلام أبي محمد ذكره في باب الإستبراء ، كما في الكافي ٩٥٦/٢ والمغني ٥١٢/٧ ووقع في (م) : إن لم نقل إنها بيع ... إناطة بالملك . وفي (ع س) : إنما نظر للإحتياط .

(٢) نقل المرداوي هذا الكلام في الإنصاف ٤٧٩/٤ من قوله : والمنصوص عن أحمد . إلى آخر المقال ، ووقع فيه : وجماعة من الأصحاب ... وكان الإمام أحمد لم ينظر إلى انتقال الملك ، إنما نظر للاحتياط ، والعجب من المجد حيث لم يذكر قيد التفرق مع وجوده . الخ ، وفي (ع) : قبل التفرق القبض فما إذا كان . وفي (م) : وتصريح الإمام ثم ... أن الإستبراء لم ... إذا كان لها امرأة . وفي (س) : بل حكى فيها . وانظر كلام أبي البركات في المخرر ١١٠/٢ .

قال : وإذا اشترى^(١) صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها .
ش : وذلك لما تقدم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما
وغيره أن رسول الله ﷺ قال « من اشترى طعاما فلا يبعه
حتى يستوفيه » وقال ابن عمر : كنا نشترى الطعام من
الركبان جزافا ، فهانا رسول الله ﷺ أن يبيعه حتى ننقله
من مكانه .^(٢) وهذا يقال : إنه استفيد مما تقدم ،^(٣) بناء
على أن مراد الخرقى بالكيل ما تعلق به حق توفية وغيره ،
وهو ظاهر ما شرح عليه أبو محمد وغيره ، وقد يقال بالمنع
هنا وإن قيل : إنه من ضمان المشتري . اتباعا لإطلاق
النص .^(٤)

(تنبيه) « الصبرة » قال الأزهرى : هي الكومة المجموعة
من الطعام . قال : وسميت صبرة لإفراغ بعضها على بعض .
والله أعلم .

قال : ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة .
ش : هذا منصوص أحمد رحمه الله ، وعليه الأصحاب ،

(١) في المتن والمعنى : ومن اشترى . وعلق في (خ) : وفي ذلك رواية اختارها القاضي ، وهي
قول مالك : يجوز بيعها قبل نقلها ، لأنه مبيع متعين ، لا يفتقر إلى توفية ، أشبه الثوب الحاضر .
(٢) لفظ الحديث ساقط من (خ) وقد سبق تخريجه بروايته في هذا الباب .
(٣) أي من قول الخرقى : وإذا وقع البيع على مكيل ... لم يجز يبعه حتى يقبض ، كما سبق .
(٤) في (خ) : وهذا يقال : إنه استفيد مما تقدم ، بناء على أن مراد الخرقى بالمكيل الصبرة وغيرها ،
وقد يقال : المنع هنا بنص حديث ابن عمر ، وإن قلنا إنه من ضمان المشتري ، وقد فهم من كلام
الخرقى صحة بيع الصبرة مع جهل البائع والمشتري بقدرها ، ويشهد له حديث ابن عمر أيضا ،
ولا يشترط رؤية باطن الصبرة ، دفعا للهرج والمشقة ، ولتسفيوي أجزائها غالبا ، بخلاف الثوب
ونحوه ، ولا فرق بين الأثمان والثمنات ، وعلق في الهامش : أي في صحة بيعها جزافا ، خلافا
لمالك . اهـ وبالهامش أيضا : بل هذا بناء على أن قبض الصبرة بنقلها ، كما صرح به في غير موضع ،
فأراد الخرقى بيان القبض في الصبرة ، وذلك مفهوم أيضا من كلامه في باب الرهن ، حيث جعل
قبض ما ينقل بنقله اهـ .

حذارا من تغرير المشتري وغشه ، إذ البائع لا يفعل ذلك غالبا
- والحال هذه - إلا لذلك ، والغش حرام .

١٩١٦ - قال صلى الله عليه وسلم « من غشنا فليس منا » .^(١)

١٩١٧ - وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من عرف مبلغ شيء فلا يبعه
جزافا حتى يبينه »^(٢) وهذا نص في المسألة ، وعن مالك

(١) هو حديث مشهور رواه مسلم ١٠٨/٢ وأبو داود ٣٤٥٢ والترمذي ٥٤٤/٤ وابن ماجه ٢٢٢٤ وأحمد ٢٤٢/٢ وابن عدي ٧٧٨ وغيرهم عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام، فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللا، فقال « ما هذا يا صاحب الطعام؟ » قال: أصابته السماء يا رسول الله . قال « أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس » ثم قال « من غش فليس منا » . قال الترمذي : وفي الباب عن ابن عمر ، وأبي الحمراء ، وابن عباس ، وبريدة ، وأبي بردة ابن نيار ، وحذيفة بن اليمان الخ ، وحديث ابن عمر رواه أحمد ٥٠/٢ من طريق أبي معشر ، عن نافع ، عن ابن عمر ، قال : مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بطعام وقد حسنه صاحبه ، فأدخل يده فيه فإذا طعام رديء ، فقال « بع هذا على حدة ، وهذا على حدة ، فمن غشنا فليس منا » وضعف إسناده أحمد شاكر في المسند ٥١١٣ لضعف أبي معشر ، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٧٨/٤ وقال : رواه أحمد والبخاري في الأوسط ، وفيه أبو معشر ، وهو صدوق وقد ضعفه جماعة . اهـ وهو في كشف الأستار ١٢٥٥ من هذا الوجه، وقد رواه الدارمي ٢٤٨/٢ وابن عدي ٢٦٦٤ عن يحيى بن المتوكل، عن القاسم بن عبيد الله، عن سالم عن أبيه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بطعام بسوق المدينة، فأعجبه حسنه، فأدخل يده في جوفه، فأخرج شيئا ليس بالظهار، فأنف لصاحب الطعام ثم قال « لا غش بين المسلمين ، من غشنا فليس منا » لكن يحيى ضعفه أحمد ، وابن معين كما في الخلاصة ، وقد رواه البزار كما في الكشف ١٢٥٦ عن عائشة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من غشنا فليس منا » قال البزار : لا نعلمه عن عائشة إلا بهذا الإسناد ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٧٨/٤ : ورجاله ثقات . ورواه الطبراني في الكبير ٨١٥٤ عن ضميرة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم بلفظ « وليس منا من غشنا » وهو ضعيف ، ورواه أيضا في الكبير ١٠٢٣٤ والصغير ٢٦١/١ عن عاصم عن زر عن عبد الله بن عمرو وقال : لم يروه عن عاصم إلا الهيثم ولا عنه إلا ابنه عثمان . وقد رواه أحمد ٤٦٦/٣ ، ٤٥/٤ عن أبي بردة ابن نيار قال : انطلقنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى بقيع المصل ، فأدخل يده في طعام ثم أخرجها فإذا هو مغشوش أو مختلف ، فقال « ليس منا من غشنا » وعزاه في مجمع الزوائد أيضا للطبراني والبزار ، وانظر بقية الأحاديث في مجمع الزوائد ٧٨/٤ .

(٢) ذكره بصيغة التمرض لشكه في ثبوته ، وقد رواه عبد الرزاق ١٤٦٠٢ عن الأوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل للرجل أن يبيع طعاما جزافا قد علم كيله ، حتى يعلم صاحبه » وذكره أبو محمد في المغني ١٣٩/٤ عن الأوزاعي ، باللفظ الذي عندنا ، والأوزاعي من تابعي التابعين ، فرواياته معضلة ، وقد روى ابن ماجه ٢٢٤٧ والطبراني في الكبير ٥٤/٢٢ ، ٦٥ ، ٩١ برقم ١٢٩ ،

رحمه الله أنه قال : لم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك .^(١)
وعن أحمد رحمه الله ما يدل على كراهة ذلك وإساءة
فاعله ، من غير تحريم ، إذ المشتري يحتاط لنفسه ، فلا يشتري
ما يجمله ، وإذا اشترى مع الجهل فالتفريط منسوب إليه ،
وعلى هذه الرواية البيع صحيح لازم ، نص عليه ، أما على
الأولى فهل يفسد البيع لأجل النهي ، وبه قطع أبو بكر في
التنبيه ، وطائفة من الأصحاب ، أو لا يفسد ، وهو قول
القاضي ، وكثير من أصحابه ، إذ قصاره أنه تدليس ، وهو
غير مفسد ، بدليل حديث المصرة ؟ فيه وجهان ، ثم على
القول بالصحة إن علم المشتري بعلم البائع فلا خيار له ،
لدخوله على بصيرة ، وإن لم يعلم فله الخيار كالتدليس ،^(٢)
ولو انفرد المشتري بالعلم دون البائع فحكمه حكم انفرد
البائع بذلك ، في أنه ينهى عن الشراء ، وإذا اشترى ففي
صحة شرائه الخلاف السابق ، أما مع علمهما فعموم كلام
الحرقى يقتضي المنع من ذلك أيضا ، وقد غالى أبو بكر فجزم

١٥٧ ، ٢١٧ عن واثلة بن الأسقع ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « من باع عيبا لم يبينه لم يزل في
مقت الله ، ولم تزل الملائكة تلعه » قال البوصيري في الزوائد : في إسناده بقية بن الوليد وهو مدلس ،
وشيوخه يعني معاوية بن يحيى ضعيف . وقد رواه البيهقي ٣٢٠/٥ عن يزيد بن أبي مالك ، أخبرنا : أبو
سبيح قال : اشترت ناقة من دار واثلة بن الأسقع ، فلما خرجت أدركتنا واثلة وهو يجر رداءه ، قال :
هل بين لك ما فيها ؟ فإن بخفها نقبا ، فقال صاحبها : أصلحك الله ما تريد إلى هذا تفسد علي .
قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « من باع شيئا فلا يحل له حتى يبين ما فيه » إلخ وروى الطبراني في
الأوسط ٢٢٢ عن عقبة بن عامر مرفوعا « إذا باع أحدكم سلعة فلا يكتم عيبا إن كان بها » .

(١) كلام مالك نقله أبو محمد في المغني ١٣٩/٤ ولم أعره عليه في الموطأ .
(٢) في (خ) : ما يدل على الكراهة من غير تحريم ، إذ المشتري يحتاط ، فلا يشتري ما يجمله ،
وعلى هذا البيع صحيح لازم ، وعلى الأول قيل : يفسد البيع للنهي ، وقيل - وهو المشهور عن
القاضي وأصحابه - إنه بمنزلة التدليس ، إن علم بذلك المشتري حال العقد فلا خيار له ، كما لو
اشترى مصراة يعلم تصريتها ، وإن لم يعلم فله الخيار بين الفسخ والإمضاء الخ .

بالبطلان فيه ، وهو أحد الوجهين على القول بالبطلان مع علم أحدهما ، حكاهما في التلخيص ، وأما مع جهلهما فيصح البيع بلا تردد ، كما فهم ذلك من كلام الخرقى ، وقد دل عليه حديث ابن عمر وغيره . ولا فرق عندنا بين عين الأثمان^(١) والمثمنات .

ولا يشترط معرفة باطن الصبرة ، دفعا للحرص والمشقة ، اعتمادا على تساوي أجزائها غالبا ، بخلاف الثوب ونحوه ، وشرط أبو بكر في التنبيه لجواز بيع الصبرة تساوي موضعها ، فإن لم يتساو لم يجز ، إلا أن يكون يسيرا يتغابن بمثله ، وعمامة الأصحاب لا يشترطون ذلك ، وعندهم أنه إن ظهر تحتها ربوة أو فيها حجر ونحو ذلك^(٢) مما يتغابن بمثله في مثلها ، ولم يعلم به المشتري ، فله الخيار بين الرد والإمسك ، كما لو وجد باطنها رديئا ، نص عليه أحمد ، ولا بن عقيل احتمال أنه يرجع بمثل ما فات ، إذا أمكن تحقيق ذلك أو حزره ، وإن بان تحتها حفرة تأخذ العين المذكورة^(٣) أو بان باطنها خيرا من ظاهرها ، فلا خيار للمشتري ، وللبائع الخيار إن لم يعلم ، ولأبي محمد احتمال أنه لا خيار له ، إذ الظاهر علمه بذلك ، ولا بن عقيل احتمال أنه يأخذ منها ما حصل في الإنخفاض ، حتى يتساوى وجه الأرض ، واختار صاحب

(١) في (م) : أما على القول ... أحدهما حكاه ... بلا نزاع كما . وفي (ع س د) : بين غير الأثمان .
وفي (خ) : بين الأثمان .

(٢) جملة (ولا فرق عندنا ... بخلاف الثوب ونحوه) وردت في (خ) : في آخر الفقرة قبلها ، وفيها : والمشقة لتساوي أجزائها . وفي (ع) : لجواز بيع تساوي . وفي (م) : أن يكون يسيرا لم يتغابن .

(٣) لم أعر على هذه العبارة في كتب الفقه ، والمراد بالعين القدر الذي يساوي الربوة أو الحجر . وانظر البحث في المغني ١٣٩/٤ وفي (ع د) : يأخذ العين المذكور .

التلخيص أن حكم الأولى حكم ما لو باعه أرضا على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة ، وحكم الثانية حكم ما لو باعه أرضا على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر ، والله أعلم .

قال : وإذا اشترى صبرة على أن كل مكيلة^(١) منها بشيء معلوم جاز .

ش : لأن المبيع معلوم بالمشاهدة ، وقدر ما يقابل كل جزء من المبيع من الثمن معلوم ، فصح للعلم بالعرض .

١٩١٨ - وعن علي رضي الله عنه أنه أجر نفسه كل دلو بتمرة ، وجاء إلى النبي ﷺ بالتمر فأكل ،^(٢) والله أعلم .

(١) في هامش (خ) : لكن يبقى الجهل بجملة المكاييل ، وبجملة أثمانها ، وذلك يفتقر لأثر على الآتي ، ولأن ماله إلى العلم يقوم مقام علمه ، كما لو باعه ثلث الصبرة أو نصفها على المراهمة ، لكل عشرة درهم ونحوه .

(٢) رواه أحمد ١٣٥/١ والبيهقي ١١٩/٦ عن مجاهد قال : قال علي : جعت مرة بالمدينة جوعا شديدا ، فخرجت أطلب العمل في عوالي المدينة ، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدرا - أي طينا - فظننتها تريد بله ، فأتيتها فقاطعتها كل ذنوب على تمرة ، فمددت ستة عشر ذنوبا ، ثم أتيت الماء فأصبت منه ، ثم أتيتها فقلت بكفي هكذا بين يديها ، فعدت لي ست عشرة تمرة ، فأتيت النبي ﷺ فأخبرته ، فأكل معي منها ، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٩٧/٤ وقال : رجاله رجال الصحيح ، إلا أن مجاهدا لم يسمع من علي . اهـ وكذا ذكره الحافظ في التلخيص ٦١/٣ وقال : رواه أحمد من طريق علي بسند جيد . اهـ وقد رواه ابن ماجه ٢٤٢٦ والبيهقي ١١٩/٦ عن ابن عباس قال : أصاب نبي الله ﷺ خصاصة ، فبلغ ذلك عليا ، فخرج يلتمس عملا ، فأتى بستانا لرجل من اليهود فاستقى له سبعة عشر دلو ، كل دلو بتمرة ، فجاء بها إلى النبي ﷺ . قال في الزوائد : في إسناده حش ، ضعفه أحمد وغيره ، وروى ابن ماجه أيضا ٢٤٤٧ عن علي قال : كنت أدلو الدلو بتمرة ، واشترط أنها جلدة . وذكر في الزوائد أن رجاله ثقات .