

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الباب الثالث

في فساد العقد من جهة نهي الشرع عنه

وعندنا أن مطلق النهي عن العقد يدل على فساده، إلا أن يقوم دليل. هكذا حكى القاضي أبو محمد عن أهل المذهب.

بيع اللحم باللحم

فمن العقود المنهي عنها: بيع الحيوان باللحم، ومحمله عندنا عن الجنس الواحد من مأكول اللحم^(١).

قال ابن القاسم: ولم أر عند مالك تفسير حديث النبي ﷺ في الحيوان باللحم إلا من صنف واحد لموضع الفضل والمزابة، وهو عام في كل حي. وخصه الشيخ أبو بكر والقاضيان أبو الحسن وأبو محمد في الحي الذي لا يراد إلا للذبح.

واختلف فيما لا تطول حياته ولا يدخر لمنفعة فيه إلا باللحم هل هو كالذي يقتنى لمنفعة التفاتاً إلى وجود الحياة وتعلقاً بظاهر الحديث أو كاللحم؟ والأول قول أشهب، والثاني قول ابن القاسم، وهو يأخذ بالأحوط، فيجعله مع الحي كاللحم، ومع اللحم يلتفت إلى حياته، وهو نظر إلى تقدير المنع على تفصيل الأوجه، وهو الأصل في تقدير التهم، فمتى أمكن توجيهها بها حكم بها.

قال بعض المتأخرين: والقولان مرويان.

وإذا فرغنا على قول ابن القاسم، فكان الحيوان مما لا منفعة فيه إلا اللحم إلا أنه تطول حياته، فهل يلحق بها لا تطول حياته مما لا منفعة فيه إلا اللحم؟ قولان. وأما ما تطول حياته من الوحشي فهو كالإنسي في ذلك.

(١) إذا بيع اللحم باللحم نيئاً أو مطبوخاً بالوزن أو بالتحري فهل يباع بعظمه على ما هو عليه، ويعد العظم كأنه لحم، وهو المشهور واحتجوا له ببيع التمر بالتمر من غير اعتبار نواه، والقول الثاني لابن شعبان أنه يتحرى ما فيه من اللحم فيسقط العظم والأول مذهب المدونة قال فيها على اختصار سند قلت فهل يصلح الرأس بالرأس؟ قال لا يصلح في قول مالك إلا وزناً بوزن أو على التحري قلت فإن دخل رأس في وزن رأسين أو دخل ذلك في التحري قال: لا بأس به؟ قال: نعم لا بأس به عند مالك. مواهب الجليل ٢٠٦/٦.

وقال ابن حبيب: هو كالذي لا تطول حياته، وإن كانت المنفعة المستفادة من الحيوان سيرة كالصوف في الكبش الحصى، فقال ابن القاسم مرة: هو كالخصي، وجعله مرة كاللحم. وروى في العتبية في التيس الحصى إن كان لا منفعة فيه ناجزة ولا منتظرة، فهو مثل ما ذكرناه. يريد في المنع.

قال: وأرى أن يجوز؛ لأن العرب ترغب فيه لشعره، وغيرهم..... ويتنزل على الخلاف فيما لا تطول حياته الخلاف في بيعه بغير جنسه أو بالطعام نسيئة.

فروع: اختلف في اللحم المطبوخ هل هو مخالف في الحكم للنهي لدخول الصنعة فيه، فصار كجنس آخر، أو هو جار مجراه في المنع، على قولين لابن القاسم وأشهب.

[بيع الطعام قبل قبضه]

ومن العقود المنهي عنها بيع الطعام قبل قبضه، وسيأتي حكمه مفصلاً إن شاء الله.

[بيع الكالي بالكالي]

ومنها: بيع الكالي بالكالي، وهو الدين بالدين، وهذا لا خلاف في فساد.

[بيع الغرر]

ومنها بيع الغرر^(١). قال القاضي أبو الوليد: معناه ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر.

قال: فهذا الذي لا خلاف في المنع منه، وأما سير الغرر فإنه لا يؤثر في فساد عقده لأنه لا يكاد يخلو عقد منه، وإنما يختلف العلماء في فساد أعيان العقود لاختلافهم فيما فيه من الغرر، هل هو في حيز الكثير الذي يمنع الصحة، أو في حيز القليل الذي لا يمنعها؟.

وعبر الإمام أبو عبد الله عن هذا المقصود بأن ما كان من الغرر نزراً يسيراً غير

(١) اختلف في تفسيره فـ (هل هو) أي بيع الحصاة الذي نهى عنه رسول الله ﷺ (بيع متهم) بضم الميم وفتح الهاء أي ما بين ما ينتهي إليه رمي (ها) من الأرض وبين محل وقوف راميها، سواء رماها البائع أو المشتري أو غيرها للغرر بالقرب والبعد باختلاف قوة الرامي وصفة رميه والفساد إن بيع بالزام، فإن كان بخيار صح (أو) هو بيع شيء بمكايسة بين العاقلين مشروط فيه أنه (يلزم) هما أو أحدهما (ب) مجرد (وقوعها) أي الحصاة من يد أحدهما أو غيرها. ابن عسكر أي متى سقطت لزم البيع لأنه بيع لأجل مجهول. المازري إن كان معناه إذا سقطت باختياره فهو جائز إذا وقع موجلاً إلا أن يكون ثمنه مجهولاً، أو مضافاً إليه شيء يفسده مثل أن يقول: متى نزلت حصاة ولو بعد عام وجب البيع (أو) هو بيع شيء غير معين من أشياء مختلفة (على) شرط أن المبيع (ما) أي الشيء الذي (تقع) الحصاة (عليه) من تلك الأشياء (بلا قصد) ممن هي معه ومفهومه أنه إن كان بقصده جاز إن كان المشتري أو البائع وشرط الخيار للمشتري، فإن اتفقت الأشياء جاز كان وقوعها بقصد أو لا. منح الجليل ١٢٨/٥.

مقصود، وتدعو الضرورة إلى العفو عنه فلا يؤثر في فساد البيع، ورأى أن هذا هو المتفق عليه، وأن الخلاف بين العلماء في المسائل المشتعلة على الغرر راجع إلى هذا الأصل، فمن أجاز قدر أن الغرر فيما يسأل عنه غير مقصود، ومن منع قدر أن الغرر مقصود.

إذا تقرر هذا فقد ورد النهي عن بيعات بسبب اشتهاها على الغرر، فمن ذلك: بيع المضامين والملاقيح وحبل حبل.

وفي «الموطأ» أن المضامين ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح ما في ظهور الجمال. وقال ابن حبيب: المضامين ما في ظهور الفحول، والملاقيح ما في بطون الإناث، ولا يضر اختلاف التفسيرين، فإن البيعين فاسدان.

وأما حبل حبل، ففي الموطأ أنه كان يباعا يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يتناع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج الذي في بطنها.

وقال ابن حبيب: حبل حبل بيع نتاج الناقة، ورواه عن مالك. فالتفسير الأول يرجع إلى جهالة الأجل، والثاني يرجع إلى أن المبيع ليس بمملوك ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه، وكذلك المضامين والملاقيح إلا أن وصف المملوكية لا ينهني عما في البطن إذ ملكه تابع لملك أمه.

ومنه: بيع الملامسة، وهو أن يلمس الثوب، فيلزمه البيع بلمسه من غير أن يتبينه. ومنه: بيع المنابذة، وهو أن ينبذ أحدهما ثوبه إلى الآخر، وينبذ الآخر ثوبه إليه، فيجب البيع بذلك.

ومنه: بيع الحصاة، وصفته أن تكون بيده حصاة فيقول: إذا سقطت من يدي فقد وجب البيع.

وقيل: تكون ثياب عدة، فعلى أيها سقطت الحصاة فقد تعين.

قال الإمام أبو عبد الله: لو كان المراد إسقاط الحصاة باختياره لكان البيع بيع خيار إذا قدر في ذلك أجلا يجوز إليه الخيار.

قال: وكذلك إذا أراد إن سقطت الحصاة على ثوب بعينه، فقد عينت ذلك للبيع، وكانت الثياب متساوية، فإن هذا أيضًا كبيع ثوب من ثوبين بخيار البائع، فيكون محل النهي على غير الصور التي ذكرناها.

ومنه بيع عصب الفحل.

ومحل النهي فيه على استئجار الفحل على عقود الأثني، وهو فاسد لأنه غير مقدور على تسليمه.

فأما إن استأجره على أن يحمله عليها دفعات معلومة فذلك جائز، إذ هو أمر معلوم في

نفسه ومقدور على تسليمه.

ومنه بيعتان في بيعة، كقوله: بعثك هذا الثوب بعشرة نقداً أو خمسة عشر إلى أجل، على أنه قد وجب بأحد الثمنين.

[اجتماع البيع والشرط]

ومما نهي عنه في العقود: بيع وشرط. ومحل النهي فيه على شرط يناقض مقصود العقد أو يعود بغرر في الثمن.

فالأول: كشرط أن لا يبيع ولا يهب، ونحو ذلك من منع التصرف، ويستثنى من هذا شرط تنجيز العتق للسنة الواردة به.

والثاني: كشرط السلف من أحد المتبايعين، سمح مشروطه في اقتضائه ولم يسمح بإسقاطه، فأما إن نزل وسقط فالمشهور أنه يمضي. وقيل: يفسخ.

قال سحنون: ويمضي إلا أن يقبض السلف ويغيب عليه، فيرد وينقض البيع ويرد السلعة إذا تم الربا.

وسبب الخلاف في القولين الأولين: هل يعد الممنوع من منفعة السلف موهوباً، فإذا سمح مشروطه بإسقاطه تبين أن ما توهم من ذلك غير صحيح أو يعد معلوماً، فيكونان قد دخلا على الفساد، فيفسخ على كل حال.

فرع: الأول: لو رد السلف بعد القبض، فهل يصح البيع برده؟. على القول بأن إسقاطه قبل القبض يصح به البيع أم لا؟ قولان.

وسبب الخلاف ما تقدم من عد المانع موهوماً، فإذا رد السلف بطل الموهوم، أو عد المانع معلوماً لا سيما أن القبض قد حقق ما كان موهوماً على النظر الآخر.

الفرع الثاني: إذا فاتت السلعة في الصورة الأولى، وهي ما إذا أسقط السلف قبل القبض، فما الذي يكون فيها؟ هل القيمة مطلقاً أو ينظر، فإن كان البائع هو المسلف كان فيه الأقل من القيمة أو الثمن، وإن كان المشتري هو المسلف كان فيها الأكثر منها.

والتفصيل هو المشهور، فنظر في الشاذ إلى قياس البيع الفاسد، ونظر في المشهور إلى ما وقع التراضي به مع الالتفات إلى أن البيع ليس بفاسد إذا رضي مشروط السلف بإسقاطه.

الفرع الثالث، وهو مرتب:

إذا قلنا بالتفصيل على المشهور، فكان المسلف هو المشتري، قيل: يكون له الأكثر من القيمة أو الثمن مطلقاً أو يشترط أن لا تزيد القيمة على الثمن وجملة السلف. قولان.

والإطلاق هو المشهور، والاشتراط شاذ.

الفرع الرابع: إذا فاتت السلعة في الصورة الثانية، وهي ما إذا رد السلف قبل قبضه،

فعلى القول الشاذ، فلا خفاء بوجود القيمة مطلقاً.

وأما على القول المشهور فقولان:

أحدهما كالشاذ، وهو بناء على أن الفساد قد يلحق بالقبض.

والثاني: وجوبها على التفصيل المتقدم، وهو بناء على القول بأن إسقاط السلف في هذه الصورة يقتضي تمام البيع، هذا محل النهي.

فأما شرط لا يناقض مقصود العقد ومقتضاه بل هو من مصلحته كشرط الرهن والكفيل والأجل المعلوم والخيار الصحيح، فكل ذلك خارج عن محل النهي، ويصح البيع مع اشتراطه.

[بيع العربان]

ومنها بيع العربان^(١)، وصفته: أن يشتري سلعة بثمن معلوم ويعربن شيئاً على أنه إن رضي كان ذلك العربون من الثمن، وإن كره لم يعد إليه، وهو من أكل المال بالباطل.

[بيع الكلب]

ومنها بيع الكلب.

ولا شك في دخول المنهي عن اتخاذه تحت النهي والمنع من بيعه وعدم صحته.

فأما المأذون في الانتفاع به فالنص على كراهة بيعه. واختلف الأصحاب في تنزيله على التحريم أو حمله على ظاهره.

وقال القاضي أبو الحسن: يكره بيعه، فإن بيع لم يفسخ.

وقال القاضي أبو بكر: الصحيح عندي جواز بيعه.

[فصل الصغير عن أمه]

ومنها أفراد الأم بالبيع عن ولدها الصغير أو أفرادها عنها.

واختلف في حد الصغر المانع من التفرقة.

فالمشهور عن مالك وابن القاسم أنه ما لم يستغن عن أمه، والعلم على ذلك الإثغار ما

لم يعجل.

(١) بضم العين وسكون الراء وتبدل العين همزة، وعربون وأربون أولهما فتحة مع فتح ثانية.

في القاموس والعربان والعربون بضمهما، والعربون محركة وتبدل عينهن همزة من البائع على المشتري بأن يبيعه شيئاً بثمن معلوم على أن (يعطيه) أي المشتري البائع (شيئاً) من الثمن مقدماً (على أنه) أي المشتري (إن كره) المشتري (البيع) ورده لباعته (لم يعد) بفتح التحتية وضم العين ما أعطاه المشتري للبائع (إليه) أي المشتري وإن أحبه حاسب به البائع من الثمن أو تركه له مجاناً لأنه من أكل أموال الناس بالباطل، فإن وقع فقال عيسى يفسخ، فإن فات مضى بالقيمة. منح الجليل ١٦٢/٥.

قال مالك في تفسير الاستغناء، هو أن يستغني عن أمه في طعامه وشرابه وقيامه ومنامه. وقال ابن حبيب: إذا بلغ سبع سنين.

وفي كتاب محمد إلى العشر؛ لأنه علقه بوقت الأدب على الصلاة.

وروى ابن غانم: لا يفرق بينهما إلى البلوغ؛ لأن التفرقة عنده إذا بلغ الاحتلام.

ونقل عن محمد بن عبد الحكم أنه ذهب إلى أنه لا يفرق بين الأم وولدها طول ما عاشا.

فرعان: الأول: إذا وقع البيع على التفرقة المنهي عنها، فحكى ابن حبيب أن البيع يفسخ ويعاقبان، حكى ذلك مطلقاً من غير تقييد.

وإليه ذهب القاضي أبو محمد، فقال: إنه باطل كبيع الخمر والخنزير، ويفسخ ولورضي بالجمع بينهما.

واختار محمد إمضاء البيع على كل حال وإزالة سبب النهي بالبيع عليهما، إذا لم يتراضيا بالجمع طوعاً منها.

وقال ابن القاسم: إن تراضيا بالجمع لم يفسخ، وإن لم يتراضيا ففسخ.

وسبب الخلاف بينهما: هل النهي من حق الله تعالى فيحرم على القول الأول، أو لحق الأم في توليها، أو الولد في فقد رفق أمه على القولين فيهما، فيخرج على ذلك القولان الآخران.

ثم سبب الخلاف بينهما تصور زوال سبب النهي من غير أن يتراضيا بالبيع عليهما، وعدم تصوره شرعاً، إذ يثول إلى الوقوع في المنهي عنه أيضاً، وهو جمع السلعتين للمالكين في عقد واحد.

الفرع الثاني: إذا كانت الأم بيد مالك وولدها بيد غيره، وعلم أن ذلك عن بيع أو جهل كونه عن بيع أو هبة، فإن الحكم أن يجمع بينهما في ملك واحد، فإن كانا في أيديهما من غير عوض كهبة أو صدقة، أو كان أحدهما بعوض والآخر بغير عوض، فقال مالك: إن جمعهما في حوز جاز.

وقال في كتاب محمد: يجمعان في ملك أو يباعان.

وقال مطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: إذا كان شملهما واحداً ومسكنهما واحداً كالوالد والولد والزوجة والإخوة يكون شملهم واحداً ودارهم واحدة فإن الجمع في حوز يكفي. فإن لم يكن شملهما واحداً فلا بد من جمع الأم وولدها في ملك واحد.

[البيع على بيع الأخ]

ومنها بيع الإنسان على بيع أخيه.

وعمل النهي فيه إذا ركن البائع إلى المتاع وقرب اتفاقهما.

[بيع النجش]

ومنها بيع النجش^(١) وهو أن يزيد في السلعة، وهو غير راغب فيها ليغر المشتري بالترغيب.

فرع: أحدها: إذا وقع البيع على وجه النجش ففي المدونة من رواية عيسى عن ابن القاسم: إذا علم بذلك المتاع فله أن يرد ما لم يفت، فإن فاتت فله أن يأخذها بقيمتها ما لم تكن أكثر مما ابتاعها به فلا يزداد عليه.

وقال الإمام أبو عبد الله: المشهور من المذهب أنه ليس بمفسوخ، كبيع المصراة.

قال: وحكى القزويني عن مالك: أن البيع مفسوخ للنهي الوارد عن النجش، والنهي يدل على فساد المنهي عنه.

قال: وهكذا قال ابن الجهم.

فالأول اعتبار لكون النهي لمعنى خارج عن معنى البيع كالنكاح في العدة والإحرام.

الفرع الثاني:

قال الإمام أبو عبد الله: ولو كان التغيرير بالزيادة من جهة البائع لكان للمشتري مقال في رد المبيع، مثل أن يقول البائع للمشتري هذه السلعة بمائة، فاغتر المشتري بقوله ثم ثبت بالبيئة أو الإقرار أن البائع إنما اشتراها بتسعين.

الفرع الثالث: ما سئل عنه مالك من ثلاثة أشراك في سلعة أرادوا التفاضل فيها، فقال أحدهم لآخر منهم: أخرج منها إذا تقاومنا ليقندي بك الثالث فيكون بيني وبينك نصفين، فنهى مالك عن هذا، ورأى ذلك تغريرا وخدعة وتدليسا على الثالث وصار في معنى النجش.

قال ابن حبيب: لم يأخذ بها أصبغ، ولم يره من النجش، وبه أقول؛ لأن صاحبه لم يرد أن يقتدي بزيادته، إنما أمسك على الزيادة، فیرخصه على نفسه، وعلى صاحبه، فلا بأس بذلك.

[بيع الحاضر للبادي]

(١) بيع النجش وهو أن يزيد ليغر فإن وقع بدسه أو بعلمه وقيل أو بسببه كابنه وعبد ونحوهما فقال ابن القاسم وهو المشهور له أن يرد فإن فاتت فالقيمة ما لم تزد وقال مالك يفسخ كالنكاح في العدة. جامع الأمهات ١/ ٣٥٠.

ومنها بيع الحاضر للبادي^(١).

ويلحق به شراؤه على إحدى الروايتين.

فرع: الأول: هل يتخصص النهي بالبيع للأعراب أهل العمود الذين يجهلون الأسعار أو يجري في كل وارد على مكان، ولو كان من أهل مدينة، روايتان: الأولى: مذهب الموطأ.

والثانية: رواية محمد، إذ قال: لا يبيع مدني لمصري، ولا حضري لبدوي. وحمل الإمام أبو عبد الله هذه الرواية في حق المدني على ما إذا ورد على مدينة وهو جاهل بأسعار المدينة يمكن غبنه، ويتنفع أهل المدينة بوروده عليهم مع كونه في الغالب ربح فيما أتى به، فلم يمنع استرخاؤه. الفرع الثاني، وهو مرتب:

إذا قلنا برواية محمد، فلو أرسل قريب أو صديق بضاعة من بلد آخر إلى قريبه أو صديقه ليبيعه له ببلده فلا يفعل.

الفرع الثالث: إذا قدم البدوي المدينة فاستشار الحضري في البيع، فإن مالكا قال: لا يشار على البادي فأجرى مشورته عليه مجرى بيعه له؛ لأنها تقوم مقام السمسرة له والنيابة عنه في البيع، وكره أيضًا أن يخبره عن السعر فرأى أن إخباره عن السعر كالمشورة، والمشورة كالبيع.

قال محمد: هذا فيما أتوا به للبيع.

ومنها: البيع يوم الجمعة بعد النداء الموجب لسعي ممن يلزمها أو أحدهما الجمعة.

فرع: أحدها: إذا وقع البيع على الوجه المنهي عنه فإنه يفسخ على المشهور.

وفي المجموعة: لا يفسخ.

وفي ثمانية أبي زيد عن ابن الماجشون قال: يفسخ في حق من اعتاد ذلك وتكرر منه، ولا يفسخ في حق غيره.

الفرع الثاني: إذا فات البيع، فقال ابن عبدوس: يمضي بالثمن، فإنه لا فساد فيه.

وقال ابن القاسم: يمضي بالقيمة لثلا يتم ما دخلا عليه.

(١) قال الأبي في شرح مسلم في باب تحريم نكاح المحرم من كتاب النكاح ليس من بيع الحاضر للبادي بيع الدلال إنما هو لاشتهار السلعة فقط والعقد عليها إنما هو لربها وبيع الحاضر إنما هو أن يتولى الحاضر العقد أو يقف مع رب السلعة ليزهده في البيع ويعلمه أن السلعة لم تبلغ ثمنها ونحو ذلك والدلال على العكس؛ لأن له رغبة في البيع وكذلك ليس من بيع الحاضر أن يبعث البدوي سلعة ليبيعه له الحاضر. مواهب الجليل ٦/ ٢٥٠.

الفرع الثالث: إذا قلت: يمضي بالقيمة، فهل يقوم بعد انقضاء الصلاة إذ لا قيمة في ذلك الوقت شرعاً، أو يقدر خلو الوقت عن النهي، ثم يقوم؟ فيه قولان: لأشهب وابن القاسم، ثمرتهما: تعين إحدى الذمتين عند اختلاف الأسواق بين هذين الوقتين.

[تلقى السلع]

ومنها تلقى السلع قبل أن توردها الأسواق: فلا يجوز التلقي. فإن وقع البيع بالتلقي فروى ابن القاسم: ينهى، فإن عاد أدب، ولا ينتزع منه شيء، وهو اختيار أشهب.

وروى ابن وهب: ينتزع منه ما ابتاع، ويبيع لأهل السوق، فما ربح فهو بينهم والوضعية على المتلقي.

قال ابن القاسم: أرى أن يشترك فيها التجار وغيرهم ممن يطلب ذلك، ويكون كأحدهم. وقاله ابن عبد الحكم بالحصص بالثمن الأول.

وقال أصبغ بقول مالك الأول، وإن عاد أدب ونفي من السوق. واختار محمد أن يرد شراؤه وترد السلعة على بائعها، وبه قال ابن حبيب. وروى أيضاً يؤدب المتلقي.

قال ابن القاسم: إلا أن يعذر بجهل، وكذلك في الحاضر يبيع للبادي. وقال ابن وهب: يزرع ولم يبلغ به الأدب.

فرع: اختلفت الروايات في حد التلقي، فروى: الميل، وروى: الفرسخان. وفي الواضحة: لا تتلقى السلع، وإن كانت على مسيرة يوم أو يومين.

خاتمة لهذا الباب

بذكر ما يترتب على العقد الفاسد، وما يتصل به من قبض أو فوات. والمقصود النظر في نقل الضمان، وفي نقل الملك.

النظر الأول في نقل الضمان:

ولا يحصل بمجرد العقد الفاسد، فإن مكن البائع المتاع من قبض البيع فتركه اختياراً، أو نقد المتاع الثمن للبائع، فقال أشهب: ينتقل الضمان لكل واحد منهما. وقال ابن القاسم: لا ينتقل إلا بالقبض.

ويتخرج خلافهما على أن تبدل النية مع بقاء البدل هل يؤثر في حكم الضمان أم لا؟ فإن اتصل بالعقد الفاسد القبض انتقل الضمان انتقالاً تقتضيه شبهة الملك لا حقيقة.

وقال سحنون: إن كان البيع مجعاً على فساد لم ينتقل الملك ولا شبهته ولا يضمته المتاع إلا ضمان الرهان.

ثم حيث أوجبنا عليه القيمة عند التلف تحت يده، فالمتعين قيمته يوم القبض لا يوم العقد.

فرع: لو عثر على العقد قبل الفوت ففسخ بعد أن استغل أو استعمل لم يلزمه عوض عن ذلك إذ الخراج بالضمان.

النظر الثاني: في نقل الملك في البيع الفاسد.

ولا ينتقل بمجرد العقد، ولا باتصال القبض به على المعروف من المذهب.

وذكر محمد بن مسلمة أن الفسخ بعد القبض استحسان.

وذا القول منه يشير إلى أن القياس منع الفسخ بمجرد القبض.

ومقتضى هذا أن العقد الفاسد إذا اتصل به القبض نقل الملك. فأما إن تعقب القبض الفوات فإن الملك ينتقل، ويجب المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا مثل له.

ثم النظر في الفوات يتعلق بحكمه وأسبابه.

أما حكمه فنقل الملك كما بينا، وإيجاب المثل أو القيمة، لكن اختلفت الرواية في تعميم هذا الحكم في جميع البيعات الفاسدة ما اتفق على فساده منها، وما اختلف فيه، أو تخصيصه بما كان من الحرام البين من الربا وغيره. فأما ما كره إذا فات فيمضي بالثمن.

والتعميم رواية ابن نافع، والتخصيص رواية ابن القاسم.

قال القاضي أبو محمد: والأول أقيس.

وأما أسباب الفوات فأربعة: تغير الذات، وتغير السوق، والخروج عن اليد بالبيع، وتعلق حق آخر بها.

فأما السبب الأول وهو تغير الذات، فهو عامل في جميع أنواع المبيعات الأربعة: العقار، والعروض، والحيوان، وذوات الأمثال: المكيلات والموزونات والمعدودات.

فيفوت العقار بذهاب عينه واندراسه الذي يقوم مقام ذهاب عينه، إذ يستحيل رد العين بعد تلفها.

وتفوت الدور منه بالهدم والبناء، والأرض بالغرس فيها، وقلعه منها، وحفر الآبار، وشق العيون، وما في معنى ذلك، لكون هذه الأحوال يتحول معها الغرض المقصود من العقار. وإذا تبدل الغرض المقصود من العين صارت كأنها غير موجودة.

وتفوت العروض أيضًا بذهاب عينها وتغيرها في ذاتها، وكذلك الحيوان وذوات الأمثال.

وأما السبب الثاني فهو تغير السوق، فيختص عمله في المشهور بالنوعين المتوسطين: العروض والحيوان.

وأعمله ابن وهب في الأنواع الأربعة.

قال الإمام أبو عبد الله: ومقتضى كونه مفتيا في المكيل والموزون أن تؤخذ منه القيمة إذا وقع الفسخ، وإنما كان تغير السوق مفتيا للمعادلة بين المتبايعين لنفي الضرر عنهما، إذ لو قضينا بالرد بعد تغير السوق لخصصنا أحدهما بالضرر، مع اشتراكهما في سبب الفسخ ودخولهما فيه دخولا واحدا، وبهذا يفارق الرد بالعيب.

وأما السبب الثالث، وهو خروج المبيع عن اليد بالبيع، فهو عامل في أنواع المبيعات بأسرها، فمن اشترى شيئا منها شراء فاسدا فقبضه ثم باعه ييعا صحيحا، فإن بيعه له ينفذ، ويكون فوتا يمنع من الرد لكون البائع سلم المبيع للمبتاع، وقد أذن له في التصرف فيه، ومن التصرف فيه بيعه. ولو قدر أن الملك لم ينتقل ولا شبهته لكان ينبغي أن ينفذ هذا العقد الثاني لكون البيع أذن فيه وسلط عليه.

قال الإمام أبو عبد الله: ومقتضى ما تقدم لسحنون في البيع المتفق على فساد منه أنه يضمن ضمان الرهان، لا لشبهة الملك يقتضي أن ينقض هذا البيع الثاني؛ لأنه عنده كبيع المرتن، فأما البيع المختلف في فساد لا اختلاف طرق الاجتهاد فيه فلا يخالف فيه. هذا حكم البيع بعد القبض.

فأما لو باع ما اشتراه شراء فاسدا قبل قبضه، فقد رأى المتأخرون أن المذهب في نفوذ بيعه له وهو في يد بائعه منه، وكونه فوتا على قولين.

وقالوا: وكذلك عكسه، وهو أن يبيع البائع ما باعه ييعا فاسدا بعد قبض من اشتراه الشراء الفاسد له، وجعلوا سبب الخلاف كون البيع الفاسد نقل شبهة ملك أم لا؟.

وأما السبب الرابع، وهو تعلق حق غير البائع والمبتاع بهذا البيع ييعا فاسدا، وذلك كرهن السلعة وإجارتها، وإخدامها إن كانت حيوانا ووقت الخدمة إلى أجل محدود، حتى تجري مجرى الإجارة في حكم الفوت، فهو عامل أيضًا في الأنواع الأربعة.

هذه الأسباب العامة للفوت، وقد وقع للأصحاب النص على أسباب أخرى، بعضها يرجع إلى هذه الأربعة، وبعضها يؤخذ من تعليلها ويقرب منها، فذكرناها لتكمل الفائدة بذكرها.

منها: مجرد طول الزمان يمر على الحيوان ولم يتغير في ذاته ولا سوقه، فاختلف فيه هل يكون فوتا أم لا؟.

ورأى الإمام أبو عبد الله أن المعتبر تغير البدن أو السوق، وإنما اعتبر طول الزمان لأنه لا يخلو عنه في العادة وصار الاختلاف في حد الزمان الدال بالعادة على ذلك.

ومنها نقل العروض والمكيلات والموزونات من بلد إلى بلد لا يتأتى رده منه إليه في

غالب العادة إلا بتكلف سفر وإجارة على حملها.

وهذا السبب يقرب من تغيير الأسواق بها يلحق من الغرامة في نقله وفي إعادته، فيقع الضرر على أحدهما لا محالة، ويختص به كما أشير إليه في تغيير الأسواق.

ومنها: مجرد وطء الأمة، ففي كتاب محمد أنه فوت، وهو قريب مما قبله، إذ يقتقر إلى إيقالها للاستبراء، ويمنع السيد من التصرف فيها بالوطء والبيع، وغيره من وجوه نقل الملك خوف الحمل، فيلحق السيد - أعني البائع الأول - الضرر لا محالة.

ومبنى هذا الباب على خمسة، كما تقدم.

فرع: إذا تحقق السبب المفيت للبيع الفاسد، وحكم بموجبه لم يرتفع الحكم بارتفاع السبب ولو حصل السبب فلم ينظر فيه حتى زال، فهل يرتفع حكم الفوت بارتفاع سببه؟.

اتفق ابن القاسم وأشهب على أن الفوت إذا كان بحوالة السوق لم يرتفع حكمه بعود السوق الأول.

واختلف إذا كان الفوت بالبيع. فرآه أشهب كحوالة السوق.

ورأى ابن القاسم أن حكم الفوت يرتفع برجوعه إلى يد بائعه.

قال الإمام أبو عبد الله: وبقيّة هذا الباب تجري على هذا الخلاف كالعتق والتدبير يردّه الغريم، والعيب يزول بعد حدوثه.

قال: وكذلك لو أجره أو رهنه، ثم افتكه بالقرب، فإن هذا كله يجري على القولين.

الباب الرابع

في الفساد من جهة تفريق الصفقة

وإذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، وكان الحرام مما لا يقبل البيع كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو حر ونحو ذلك فالصفقة كلها باطلة.

وقيل: يصح البيع فيما عدا المحرم بقسطه من الثمن، فأما لو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة لصح البيع فيهما على المشهور كما تقدم، ولزمه في ملكه، ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته ورده. ثم إن كان ملك الغير وجه الصفقة كأحد العبدین أو الثوبين، وشبه ذلك، ثبت الخيار للمبتاع في أخذ الباقي بقسطه من الثمن أو فسخ البيع فيه، وقد تقدم حكم الجمع بين عقدين مختلفين في صفقة واحدة، وأن المشهور فساد الصفقة وتعدد الصفقة بتعدد البائع، وفي تعددها بتعدد المبتاع أو بتعدد المعقود عليه خلاف.

وحيث جرى العقد بالوكالة فالاعتماد على الموكل في تعدده واتحاده، والله أعلم.

الباب الخامس

في الفساد من جهة تطرق التهمة إلى المتعاضين

في الفساد من جهة تطرق التهمة إلى المتعاضين بأنها قصدا إظهار فعل ما يجوز ليتوصل به إلى ما لا يجوز وتدرعا بشيء جائز في الظاهر إلى باطن ممنوع في الشريعة، حسبا للذريعة وحماية لها.

وقد أجمعت الأمة على جواز كل واحد من البيع والسلف بانفراده، وعلى المنع من جمعهما ولا سبب إلا الحماية. وذلك أن الأغراض لو صحت لأفرد كل واحد منهما، فلما جمعا اتهم المتبايعان أن يقصدا الزيادة في سلف، فإذا كان البائع هو المسلف فكأنه أخذ الثمن في مقابلة السلعة والانتفع بالسلف، وإذا كان المبتاع هو المسلف فكأنه أخذ السلعة بما دفعه من الثمن وبالاتفاق بالسلف، وهذا إنما اعتبر اتهامهما لا تحقيقا، فإذا منع الجمع بين جائزين محاذرة من الوقوع في الممنوع أو التطرق إليه، فلذلك تحمى الذرائع مما نذكره بعد محاذرة من الوقوع في الممنوع أو التطرق إليه.

إذا ثبت هذا فلا يختلف المذهب في مراعاة ذلك وفسخ العقد إذا كان مما يكثر القصد إليه وتظهر التهمة عليه كبيع وسلف أو سلف جر منفعة، فإن بعدت التهمة بعض البعد وأمكن القصد إليها كشيء تختلف العوائد في القصد إليه، كدفع الأكثر مما فيه الضمان وأخذ الأقل منه إلى أجل، فهذا فيه قولان مشهوران.

فأما مع ظهور ما يبرئ من التهمة جملة لكن فيه صورة المتهم عليه وهو من جنسه، كما

لو تصور العين بالعين غير يدا بيد، لكن تظهر البراءة من التهمة بتعجيل الأكثر وتأجيل ما هو دونه، فذلك جائز لأن المعول على التهمة وقد فقدت.

وقيل: لا يجوز نظرا إلى حماية الباب جملة.

وأصل هذا الباب - وهو المعروف عند أهل المذهب ببيع الآجال - اعتبار ما خرج من اليد وما رجع إليها، فإن جاز التعامل عليه مضى وإلا بطل.

فإذا كان المبيع ثوبا مثلا أو غيره فاجعله ملغى كأنه لم يقع فيه عقد أولا ولا آخر ولا تبدل فيه الملك، واعتبر ما خرج من اليد خروجا مستقرا انتقل الملك به، وما عاد إليها وقابل أحدهما بالآخر، فإن وجدت في ذلك وجها محرما أو أقرا بأنها عقدا عليه لفسخت عقدهما، فامتنع من هذا البيع لما تقدم من وجوب حماية الذرائع. وإن لم تجد أجزت البياعات، ثم تنهم مع إظهار القصد إلى المباح وتمنع إن ظهر القصد إليه حماية أو توسلا أو غيرهما إلى الحرام.

وعقد الباب: أن من باع سلعة تعرف بعينها إلى أجل، ثم اشتراها فلا يخلو أن يكون الثمنان من جنس واحد أو من جنسين مختلفين، ولا يخلو أن يكون عينا أو طعاما أو عرضا.

فإن كانا من جنس واحد وهما عين، فلا يخلو أن يتفق النوعان كما إذا كانا ذهبا أو فضة، أو يختلفا كذهب وفضة. فإن تساويا في النوع فلا يخلو أيضًا من أن يتساويا في الصفة أو يختلفا. وقد حصل من هذا أقسام.

القسم الأول: أن يتفقا في العين والصفة، ويتصور في هذا القسم اثنتا عشرة صورة، وذلك أن الثمن الثاني لا يخلو أن يكون مساويا للثمن الأول أو أقل أو أكثر. ولا يخلو من أن يكون البيع الثاني نقدا أو إلى أجل، والأجل إما مساويا للأجل الأول، وإما أقل منه أو أكثر، لكن ثلاث صور منها تدخل في مثلها لتساوي الأحكام، وهي أن يكون البيع إلى أقرب من الأجل، فإنها بمنزلة النقد. ويمنع من هذا القسم صورتان، وتجاوز سبع، إحدى الصورتين أن يشتري السلعة نقدا بأقل من الثمن، والثانية أن يشتريها إلى أبعد من الأجل بأكثر من الثمن.

والمحاذرة في الصورتين من سلف جر منفعة بتقدير السلعة لغوا، إلا أن يشترط المقاصة فتجاوز الصور التسع لارتفاع التهمة. هذا هو أصل المذهب.

وقال أبو القاسم بن محرز: إذا اشتراها بمثل الثمن أو أقل منه إلى أبعد من الأجل وقد أقامت عند مشتريها ينتفع بها، فقد كان القياس أن لا يجوز ذلك أيضًا لأنه إن اشتراها بمثل الثمن إلى أبعد من الأجل فقد أسلف المشتري مائة في مائة، وازداد ما انتفع به من ركوب

السلعة أو استخدامها أو لباسها، وإن اشتراها بأقل من الثمن إلى أبعد من الأجل كان يبيعا وسلفا، كان قدر ما يرجع إلى المشتري سلف، وما زاد على ذلك يكون ثمنًا للإجارة فيما انتفع بالسلعة فصار يبيعا وسلفا.

وكذلك إن اشتراها بأقل من الثمن إلى أقرب من الأجل لأنه يكون إجارة وسلفا. قال ابن القاسم: ولم أر أحدا يذهب إلى هذا، وإنما يعتبرون بصورة الحال عند العقد الثاني، إلا أن أبا الفرج ذكر في كتابه عن عبد الملك بن الماجشون أنه قال: لا يجوز أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل، ثم يشتريها بذلك الثمن أو بأكثر منه إلى أبعد من الأجل. قال أبو القاسم: ولا أعلم له وجهًا إلا ما ذكرت من الانتفاع بالسلعة.

القسم الثاني: أن يختلف نوعا الثمن كذهب وفضة.

فإن كان البيع الثاني مؤجلا منع مطلقا؛ لأنه تعاقد على صرف بتأخير، وإن كان نقدا فإن كان المنقود أقل من صرف المتأخر منع قولًا واحدًا، وإن كان مثله فأكثر فقولان منصوصان: المنع مطلقا، قاله أشهب؛ لأنه صرف مستأخر. والمنع إن كان المنقود مثل صرف المتأخر أو مقارباله، والجواز إن كثر المنقود جدا حتى يسلم من التهمة، وهو مذهب الكتاب.

ومثاله: من باع سلعة بأربعين درهما إلى شهر، ثم اشتراها بدينارين، وصرف الدينارين أربعين درهما، إنه لا يجوز. فإن اشتراها بعشرين دينارا جاز؛ لأنها سلما من التهمة. واستقرأ أبو الحسن اللخمي قولًا ثالثًا، أنه يجوز وإن كان الشراء بدينارين، قال: وهو أحسن؛ لأنه يخسر الصبر، ولا يعود إلى يده أكثر مما خرج منها.

القسم الثالث: أن يتساوى نوع الثمن وقدره في العقدتين وتختلف عينه بالجودة والدناءة، فإن تعجل الأفضل وتأجل الأدنى جاز على مقتضى المعروف من المذهب لبعده التهمة، وإن كان بالعكس منع لأن محصول أمرهما دفع أقل ليأخذ أكثر مع ما يدخله من المبادلة بالتأخير.

وكذلك إن تساوى الأجلان فالمذهب أيضًا المنع؛ لأن المقاصة ههنا لا تمكن، وتصير الذمتان مشغولتين بذهين مختلفين، فهو تعاقد على مبادلة ذهب بخلافه إلى أجل. وكذلك إن كان أجل الثمن الثاني أبعد من أجل الثمن الأول فأحرى بالمنع؛ لأنه تعاقد على مبادلة بتأخير.

القسم الرابع: أن يكون الثمنان طعاما، ولا يخلو أيضًا أن يكونا من نوع واحد أو من نوعين. فإن كانا من نوع واحد تصورت فيها الصور التسع. ومنع منها صورتان وهما: أن يكون البيع الثاني نقدا بأقل من الثمن الأول، أو إلى أبعد من الأجل بأكثر منه. وتجوز خمس

صور بلا خلاف: ثلاث منها أن يكون البيع إلى الأجل الأول بمثل الثمن أو أكثر أو أقل، واثنان: أن يكون البيع بمثل الثمن نقداً أو إلى أبعد من الأجل، ويختلف في الاثنتين الباقيتين، وهما أن يكون البيع بأكثر من الثمن نقداً أو بأقل منه في أبعد من الأجل. وإنما سبب الخلاف في هاتين: المحاذرة من الضمان بالجعل هل يقصد في الغالب أم لا؟.

وإن كان الطعامان من نوعين مختلفين فحكمهما حكم العينين المختلفين.
القسم الخامس:

أن يكون الثمنان عروضاً، ولا يخلو أيضاً من أن يكونا من جنس واحد أو من جنسين مختلفين. فإن كانا من جنس واحد فإذا تصورت الصور التسع منع منها اثنان قولاً واحداً وجازت خمس كذلك، واختلف في اثنتين كما تقدم لأن العروض كالطعام في الضمان. وإن كان الثمنان من جنسين فلا خلاف ههنا في الجواز، إذ لا ربا في العروض.
فرع: الأول: أن يشترط المقاصة بين الثمينين فلا يبقى للمنع وجه إذ لا يخرج أحد شيئاً يرجع إليه أكثر منه.

الثاني: أن يشترطاً في العين عدم المقاصة، فإن كان الثمنان من جنس واحد منع مطلقاً إذا كان البيع الثاني إلى الأجل نفسه؛ لأنه يقتضي إخراج كل واحد منهما ما في ذمته من الذهب فيكون اشتراط التبادل بذهب غير يد بيد، فيدخله التأخير إن كانا متساويين، فإن كانا مختلفين دخله التأخير والربا.

الثالث: في تصور اشتراط السلف من كل واحد من المتبايعين، وهو الذي يعبر عنه أهل المذهب بأسلفني وأسلفك. ومثاله أن تكون البيعة الأولى بمائة مثلاً إلى شهر، والثانية بخمسين نقداً وخمسين إلى شهرين.

فالمشهور جواز هذا إن استوى الثمنان في النوع والصفة، إذ لا يخرج أحدهما شيئاً فيرجع إليه أكثر منه.

وقال بالمنع عبد الملك بن الماجشون، وعد مخرج الخمسين مسلفاً لها، يأخذ عنها عند الشهر خمسين بشرط أن يسلفه الآخر خمسين يأخذ عوضها عند تمام الشهر الثاني.

وهذا على مراعاة التهم البعيدة، وربما عبر عنه بحماية الذريعة أيضاً.
هذا مع استواء الثمينين، فأما مع اختلافهما فيمنع عندهما جميعاً.

فإن كانت البيعة الثانية بخمسين نقداً وأربعين إلى الشهر بعينه لمنعا عندهما جميعاً، وعد معجل الخمسين مسلفاً لها يأخذ عنها ستين، وتكون أربعين بأربعين، وهذا سلف جر منفعة.

ولو اشتراها بخمسين نقدا وستين إلى أجل لجاز عندهما لإخراجه الأكثر وإبقائه الأقل.

ولو اشتراها بخمسين نقدا وستين إلى شهرين لمنع باتفاقهما؛ لأن مخرج المائة عند الشهر دفع خمسين عن خمسين، وأعطى خمسين يأخذ عنها بعد شهر ستين.

وكذلك لو اشتراها بخمسين نقدا وأربعين إلى شهرين لمنع عندهما أيضًا؛ لأن مخرج الخمسين يأخذ عنها ستين عند الشهر، ويدفع أربعين يأخذ عنها عند الشهر مثلها.

الرابع: لو كان المبيع طعاما أو شبهه مما يكال أو يوزن، ثم استرد بعينه أو مثله صفة ومقدارا، جاز بشرط مراعاة الثمن على ما تقدم. وإن استرد بخلافه فهذا بيع حادث، ولو استرد من صنفه لكنهما اختلفا في الصفة فالجودة مثل كثرة الكيل، والدناءة مثل قلته، وإن كان من غير صنفه كالشعير أو السلت مع القمح أو المحمولة مع السمراء فحكى أبو محمد عبد الحق عن أشياخه القرويين جوازه مطلقا، لاختلاف ما بينهما. وإن اتفقا في الصفة واختلفا في المقدار، فإذا تصورت فيها الصور التسع جعلت الزيادة في المردود أو النقص منه بمنزلة الزيادة والنقص في الثمن يمنع منه ما تقدم.

وبيانه: أن البيعة الثانية إن كانت بأقل من الثمن نقدا فيمنع أن يكون المردود أقل كيلا؛ لأنه يكون رد إليه بعض الطعام، وأخذ بعضه ببعض الثمن، وأخذ المنقود سلفا، فيصير بيعا وسلفا.

فأما إن رد إليه أقل من المكيلة بمثل الثمن، فإن كان إلى أقرب من الأجل أو نقدا فلا تهمة، وإن كان إلى الأجل، فقال في الكتاب: من باع طعاما بثمن إلى أجل فلما حل أخذ منه أقل من كيله بجميع الثمن، لا يعجبني ذلك.

وروى عيسى عن ابن القاسم: لا بأس به.

وقال عبد الحق: إنها يعتبر وجهان، أن يشتري بأقل من الثمن، يريد نقدا، فلا يجوز البتة، كان الذي اشترى مثل ما باع أو أقل أو أكثر، أو يشتري أكثر من كيل الطعام فلا يجوز، كان شراؤه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر.

قال: وما عدا هذين الوجهين فهو جائز.

قال الشيخ أبو الطاهر: وهذا إنما تكلم به على الشراء نقدا، وأما إذا اشترى إلى أبعد من الأجل فإراعى فيه كثرة الثمن أو كثرة الطعام، فلا يجوز لأن أقل من الثمن نقدا بمنزلة أكثر إلى أبعد من الأجل.

الفرع الخامس: لو كان المبيع عروضاً فردها بعينها، فقد تقدم حكمها.

ولو كان إنما استرد من المشتري منه خلافا فلا شك في الجواز مطلقا، ويعد كل واحد

من البيعين مستقلا بنفسه.

وإن كان المردود مثلها فرآها ابن القاسم بمنزلة المختلفة لكون العروض تختلف الأغراض فيها.

ورآها ابن المواز بمنزلة العين.

واختلف إذا استرد السلعة بعينها بعد أن تغيرت تغيرا كثيرا، هل هي كسلعة أخرى فيجوز ذلك فيها مطلقا؟ أو هي كالعين فيجري على ما تقدم.

ولو باع عبيدين بمائة إلى سنة، ثم اشترى منه أحدهما بدينار لم يجوز؛ لأنه باعه دينارا وعبدا بمائة إلى سنة، وكذلك لو اشترى أحدهما بتسعة وتسعين نقدا ما جاز، ولو كان ما يشتري به على شرط المقاصة لجاز.

ولو باع ثوبا بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه منه بخمسة وثوب من نوعه أو غير نوعه لم يجوز؛ لأن البائع يخرج الآن خمسة عوضا عن عشرة، يأخذها إذا حل الأجل بخمسة من هذه العشرة التي يأخذها إذا حل الأجل قضاء عن الخمسة التي كانت مع الثوب، والثوب الذي مع الخمسة مبيع بالخمسة الباقية من العشرة.

الفرع السادس: أن يشتري البائع الأول السلعة بوكالة لغيره بأقل من الثمن نقدا، وفيه قولان: قال ابن القاسم: لا يعجبني.

وقال أشهب: يكره ولا يفسخ إذا نزل، وكان على الصحة.

وكذلك قال لو اشتراها لولد له صغير.

وكذلك القولان لو اشتراها عبد البائع، وكان يتجر لنفسه، المشهور جوازه.

وكرهه أشهب. وإن كان يتجر لسيدته لم يجوز.

الفرع السابع: إذا وقعت بیاعات الأجال على الصفة المنهي عنها، كما إذا اشترى السلعة بأقل من الثمن نقدا أو بأكثر إلى أبعد من الأجل، فإن أدركت السلعة قائمة بيد المشتري الثاني فسخ البيع الثاني قولاً واحداً، ثم يقتصر على فسخه خاصة عند ابن القاسم وسحنون.

وقال ابن الماجشون: تفسخ البيعتان كانت السلعة قائمة أو فائتة، إلا أن يصح أنها لا يتعاملان على العينة، إنما وجدها تباع فابتاعها بأقل من الثمن. فهذا تفسخ فيه البيعة الثانية، وتصح الأولى.

وسبب الخلاف: النظر إلى صحة البيع الأول، وأن الفساد إنما دخل من الثاني، فإذا أبطلناه بقي الأول على الصحة، أو النظر إلى أننا نجعل العقد كالعقد الواحد، كأنها إنما دخلا من الأول على الفساد، ويلتفت هذا إلى مراعاة التهم البعيدة.

وأما إن فاتت السلعة فالمشهور أنها يفسخان جميعا.
وقال محمد بن مسلمة: يفسخ البيع الآخر إن كان قائما، فإن فات مضي بالثمن.
قال الشيخ أبو الطاهر: ولعل هذا مراعاة للخلاف.
وذكر ابن أبي زمنين تفصيلا، فقال: إن تضمن اختصاص الفسخ بالبيعة الثانية حصول الربا، وهو دفع قليل في كثير سرى الفسخ إلى الأولى، وإن لم يتضمن ذلك اختص بالثانية.

قال القاضي أبو الوليد: يعني أنها فاتت بعد أن قبضها المبتاع الثاني، وأما لو هلك بيد المبتاع الأول، فعندي أن الثاني يبطل خاصة ويثبت الأول، قال: ولم أر فيه نصا.
وفصل إذا فاتت بيد المبتاع الثاني، فقال: لا يخلو أن يكون الثمنان قبضا أو لم يقبضا أو قبض أحدهما، فإن قبضا وفاتت فعلى قول محمد وابن عبدوس يلزم البائع الأول أن يرد الزيادة. وإن لم يقبضا تاركا. وإن قبض الأول، فقال محمد: يرد المبتاع الأول على البائع الأول الذي قبض منه.

ونحوه ذكر ابن عبدوس.

قال القاضي أبو الوليد: ولم يذكر معجلا ولا مؤجلا قال: ونحو ذلك ذكر ابن عبدوس في المجموعة.

قال: والذي عندي أنه يكون معجلا أو إلى أقرب من أجل الثمن الآخر.
وحكى عن شيوخه الأندلسيين ما ذكره ابن أبي زمنين من التفصيل، وهو أنه إذا باعه ثوبا بعشرة مؤجلة، ثم اشتراه منه بخمسة معجلة، فقبض المبتاع الخمسة، وفات الثوب عند المبتاع الأول فإننا ننظر إلى قيمة الثوب، فإن كانت عشرة فصاعدا غرم البائع الأول للمبتاع الأول تمام القيمة يقاومه منها بالخمسة التي قبض. وإن كانت قيمته أقل من عشرة ففسخ البيع الأول والثاني، ورد المبتاع الأول على البائع الأول الخمسة التي قبض منه.
قال الشيخ أبو الطاهر: فنظر ابن المواز وابن عبدوس إلى أن موجب الفساد هو العقد الثاني! فإذا نقض زال الموجب.

ونظر الأندلسيون إلى أن القيمة متى كانت مثل الثمن الأول فأكثر ضعفت التهمة في أنها عملا على ذلك فلم يفسخ إلا العقد الثاني.
وإن كانت القيمة أقل من الثمن ففسخ البيع الأول أيضا؛ لأنه الأصل، فيكون العقدان كالعقد الواحد فيفسخان.

الفرع الثامن: في بيان أحكام بيعات قد عرفت بأصل بأهل العينة.
فمنها أن يقول الرجل لأحدهم: اشتر لي هذه السلعة وأربحك فيها، فإن سمي الثمن

وأوجب البيع إلى أجل منع منه؛ لأنه يثول إلى سلف جر منفعة، وإن كان على النقد، فهل يجوز ويكون له جعل المثل أو يمنع؟ فيه قولان. وإن لم يسم الثمن ولم يوجب البيع كره ولا يفسخ إن نزل، ويكون له جعل المثل.

ومنها أن يشتري من أحدهم سلعة بعشرة نقداً وبعشرة إلى أجل، فيمنع منهم خاصة، ويقدر كأنه اشتراها ليبيع منها بعشرة يدفعها نقداً ويبقى له باقي السلعة يبيعه ليتنفع بثمنه معجلاً، ثم يدفع عنه عشرة مؤجلة، والغالب أن السلعة لا تساوي العشرين فيثول إلى ذهب في أكثر منها.

ومنها أن يكون الإنسان متها يشتري ليبيع، لا ليأكل، فيبيع من إنسان طعاماً مثلاً بعشرة إلى أجل، فيقول له المشتري: بعته بثمانية، فحط عني من الربح قدر الدينارين، فيمنع إذا كان المقصود البيع، وكانا أو أحدهما من أهل العينة.

قال: لأن أهل العينة يتراضون على ربح العشرة اثني عشر أو غيره، فإذا باعها فنقض ذلك عن تقديرهما حطه حتى يرجع إلى ما تراضوا عليه. وقد كرهه ابن هرمز.

وبالجملة: فهؤلاء قوم علموا فساد سلف جر منفعة، وما ينخرط في سلكه من الغرر والربا، فتحيلوا على جوازه بأن جعلوا سلعا حتى يظهر فيها صورة الحل، ومقاصدهم التوصل إلى الحرام، وقد قدمنا أن أصلنا حماية الذرائع وسحب أذيال التهم على سائر المتعاملين متى بدت مغايلها، أو خفيت وأمكن القصد إليها من المتعاملين.

قال الأصحاب: إذا كانت البيعتان أو الأولى منهما إلى أجل، اتهم في ذلك جميع الناس، فإن خرج ذلك إلى شيء من المكروه فلا تجزه.

وإن كانتا نقداً فلا يتهم في الثانية إلا أهل العينة فقط، وكذلك إذا كانت الثانية هي المؤجلة. وقيل: بل يتهم في هذه جميع الناس.

قال أصبغ: وإذا كان أحدهما من أهل العينة فاعمل على أنها جميعاً من أهلها. والله أعلم سبحانه.

القسم الثاني من الكتاب

في لزوم العقد وجوازه

والأصل في البيع اللزوم، والخيار عارض.

ثم هو منوع إلى خيار التروي وإلى خيار النقيصة.

[خيار التروي]

النوع الأول: خيار التروي^(١).

وهو ما لا يقف على فوات وصف، وسببه الشرط دون المجلس، بل لا يثبت خيار المجلس بالعقد ولا بالشرط.

وحكى القاضي أبو الوليد عن ابن حبيب إثباته تمسكا بظاهر الحديث الذي رواه مالك في موطئه، وقد قال بعقب روايته: وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه. قال القاضي أبو بكر: يريد أن فرقتها ليس لها وقت معلوم.

قال: وهذه جهالة يقف البيع عليها، فيكون كبيع الملامسة والمنازمة أو كبيع على خيار إلى أجل مجهول، وما كان كذلك فهو فاسد قطعاً. ولا يعارض هذا الأصل بظاهر لم يتحصل منه المراد مفهومه، إذ تفسير ابن عمر ليس بحجة، ولهذا عدل عن ظاهره الفقهاء السبعة وغيرهم من السلف، وأولوه على أنه قد روي في بعض طرقه: ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله. رواه الليث، عن ابن عجلان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمر، وقال: قال رسول الله ﷺ، فذكره.

وظاهر هذه الزيادة مخالف لظاهر أول الحديث، فإن تأول من أخذ بظاهر لفظ الاستقالة باختيار الفسخ، تأولنا لفظ الخيار باختيار الاستقالة، وإذا تقابل التأويل وقف الحديث والقياس في جانبنا.

ثم النظر في خيار الشرط في مدته، وفي حكم الطوارئ فيها.
النظر الأول: في مدته.

وهي محدودة الأول بزمان العقد، وليست محدودة الآخر بزمان واحد، وإن كان لا بد من تحديده في الجملة، بل تختلف الحال فيها باختلاف السلع المبيعة بحسب ما يشبه من الحاجة إلى التروي، وتطول وتقصّر بحسب الحاجة إلى زيادة التروي ونقصه والاختيار للمبيع والسؤال عنه مع سرعة استحالته وإبطاء ذلك فيه.
هذا عند التأصيل، ولنسرد الروايات في تفصيله:

(١) الخيار المشروط هو خيار التروي للاختبار والمشورة وفيه خمس مسائل (المسألة الأولى) في حكمه ويجوز أن يشترطه البائع أو المشتري أو كلاهما ثم لمن اشترطه أن يعفي البيع أو يردّه ما لم تنقض مدة الخيار أو يظهر منه ما يدل على الرضى إذا اشترطه معاً فإن اجتماعاً على إمضائه أو رده وقع ما اجتماعاً عليه من ذلك وإن اختلفا في الرد والإمضاء فالقول قول من أراد الرد ويجوز البيع أيضاً على خيار غيرهما أو رضاه أو مشورته ولا يتوقف الفسخ بالخيار على حضور الخصم ولا قضاء القاضي واشترط أبو حنيفة حضور الخصم. القوانين الفقهية ص/ ١٨٠.

ففي الكتاب: هو في الدار الشهر ونحوه.
وفي الواضحة عن ابن الماجشون: الشهر والشهران.
ووجهه أنه يحتاج للنظر إلى حيطانها وأساسها ومرافقها واختبار جيرانها ومكانها، مع كونها مأمونة لا تسرع إليها الاستحالة.
وفي الكتاب: في الرقيق الخمسة الأيام والجمعة وما أشبه ذلك.
وقال محمد: الأربعة الأيام والخمسة، ولا أفسخه في عشرة أيام، وأفسخه في الشهر.
وأجاز ابن القاسم في العبد عشرة أيام.
وروى ابن وهب: إجازته في الشهر، وأبى ذلك ابن القاسم وأشهب.
ووجه رواية ابن وهب أن الرقيق ذو مين، وربما ستر ما فيه من الأخلاق والعيوب التي تزهد فيه، وتستعمل ما يرغب فيه مدة فيفسح في مدة خياره ما لا يكاد أن يستر فيه أمره غالباً، وإن أراد ستره.
وأما الدابة، ففي الكتاب. تركب اليوم وما أشبهه.
ولا بأس أن يشترط المسير عليها البريد والبريدين ما لم يتباعد ذلك.
والفرق بينها وبين الرقيق أنها لا تميز فتكتم أحوالها، وفي هذه المدة يختبر حسن سيرها وخلقها.
قال القاضي أبو الوليد: ويحتمل أن يريد بركوب اليوم في المدونة: على حسب ما يركب الناس في تصرفاتهم، وسير البريد والبريدين إن خرج عن المدينة ليختبر بذلك بقاء سيرها وصبرها في حالها.
قال: ويحتمل عندي أن يضاف إلى ذلك الليلة ليختبر أكلها وحالها في وقوفها ووضع آلتها عليها، ولا يشترط من ذلك أكثر مما يحتاج إليه فإنها يسرع التغيير إليها.
وقال أبو محمد عبد الحق: يشترط في الدابة اليومين والثلاثة، كالثوب من غير ركوب، وإنها اشترط في المدونة اليوم في الركوب.
وأما الثوب، ففي الواضحة: يشترط فيه اليومين والثلاثة.
ولا يشترط لباس الثوب، وإن شرط استخدام الرقيق وركوب الدابة؛ لأن استخبارهما إنما يحصل باستعمالهما بخلاف الثوب.
وأما الفاكهة كالبطيخ والتفاح والقثاء والرمان والخوخ فقد قال ابن القاسم في الكتاب: إن كان الناس يستشيرون في مثل هذا ففيه الخيار بقدر الحاجة.
ولا يغيب المتاع على شيء مما لا يعرف بعينه من الفواكه غيرها. وقاله ابن القاسم وأشهب لأنه يصير تارة تسلفاً إن رده، وتارة بيعاً إن أبى رده.

ولا يجوز في شيء من السلع أن تكون مدة الخيار فيه مجهولة، فإن عقدا على ذلك كقولهما: إلى قدوم زيد، ولا أمانة عندهم على قدومه، أو إلى أن يولد لفلان، ولا حمل عنده، أو إلى أن تتفق سوق السلعة، ولا أوان يغلب على الظن عرفا أنها تتفق فيه، إلى غير ذلك مما يرجع إلى الجهل بالمدة، فالبائع فاسد. لكن إن وقع العقد على أنه بالخيار ولم يعين مدة مجهولة ولا معلومة فالعقد صحيح، ويحمل على خيار مثل السلعة كما تقدم بيانه. ولو زاد في مدة الخيار على ما هو أمر خيارها في العادة فسد العقد.

قال القاضي أبو محمد: ولا يصح العقد بإسقاط مشروطه له، بخلاف مشروط السلف يسقطه إذ إسقاطه تمسك بالسلعة، وهو مقتضى الشرط الفاسد؛ لأنه إنما اشترط أن يكون بالخيار بين الإمساك والرد طول هذا الأمد فإذا اختار الإمضاء فقد عمل بمقتضى الشرط الفاسد.

قال الإمام أبو عبد الله: وعندي أنه قد يختلف فيه تخريجا من مسألة: من أسلم في تمر سلما فاسدا، فلما فسخ عليه وقضي له برأس ماله أراد أن يأخذ تمرا مثل الذي منع منه، فقيل: ذلك لا يجوز؛ لأنه تنمة للفساد الذي منع منه، فكأن الفسخ لم يفد. وقيل: له ذلك.

وإذا اشترط الخيار على الوجه المانع فلا يتوقف الفسخ به على حضور الخصم وقضاء القاضي.

ويجوز البيع على خيار غيره أو رضاه أو مشورته، وكذلك الشراء. فروع: قال في الكتاب: وإذا اشترى على مشورة فلان أو باع على ذلك فلمشترط الخيار أن يأخذ أو يرد وإن لم يشاور.

وقال في مشروط الرضى: إن كان بائعا فله الاستبداد بالرد والإمضاء دون رضى من اشترط رضاه، وإن كان مشتريا وقف فعله على رضى من اشترط له ذلك.

واختلف المتأخرون في إبقاء التفرقة على ظاهرهما، وهو الأكثر، أو المساواة بينهما. وحل افتراق الجواب على افتراق السؤال، وهو رأي الشيخ أبي محمد.

وقال بعض المتأخرين: إنها ينبغي أن ينظر، فإن كان اشترط الرضى منهما جميعا، ولهما في ذلك غرض، فهو كالوكيل لهما، ليس لأحدهما أن يمضي أو يرد دونه، وإن كان اشترط الرضا لأحدهما فله أن يسقط رضاه إذا كان له الخيار.

قال غيره منهم: وهذا الذي قاله هو الأصل، لكن إن لم يظهر أحد القصدين فظاهر الكتاب أن له إسقاط الرضا. وقال ابن حبيب: له ذلك.

وقال بعض المتأخرين: وهذا إنما ينبغي أن يكون في حق المشتري، وأما البائع فالأصل

بقاء ملكه، فلا ينتقل عنه إلا بدليل يدل على أنه أوقف الأمر على رضى الآخر. وهذا المعنى هو سبب التفرقة بين البائع والمشتري كما وقع في الكتاب.

ولا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار بوجه لثلا يكون تارة بيعا وتارة سلفا فإن نقد بغير شرط جاز.

فرع: لو عقد على البت ثم جعل أحدهما الخيار لصاحبه، فقد أجازة في الكتاب. وقال المتأخرون: إنها يجوز إذا انتقد، لثلا يعطى فيها عليه من الثمن سلعة بالخيار، ولا يثبت خيار الشرط في الصرف. فأما السلم فيجوز فيه خيار اليومين والثلاثة، وعلل بأنه يحتاج إلى السؤال والمشورة مع أن المعقود عليه لا يلحقه بذلك تغير، وإنما يمنع بعيد الأجل منه لما في ذلك من مشابهة الكالئ بالكالئ، وذلك مما عفي عن سيره دون كثيره. والملك في زمان الخيار للبائع حتى ينتقل بالإمضاء، والخيار موضوع لتام البيع واستقراره لا للفسخ.

وقيل: بل هو للمشتري حتى يرد بالفسخ، فموضوع الخيار على هذا للفسخ لا للإمضاء.

النظر الثاني: في حكم الطوارئ في المدة

وحدوث الغلة في أيام الخيار للبائع، كما أن عليه ضمان المبيع.

فأما لو اشترى كبشا وعليه صوف فأمضى البيع لكان الصوف للمبتاع؛ لأنه مشتري. ولو ولدت الأمة في مدة الخيار، فإن فسخ البيع رجع الولد مع أمه إلى البائع، وإن أمضى البيع فهل يتبع أمه كالجزة من المبيع أو يبقى للبائع كالغلة واللبن؟ قولان لابن القاسم وأشهب.

التفريع: إن بنينا على قول ابن القاسم أن الولد للمشتري فلا تفريع، وإن قلنا: إنه للبائع كقول أشهب، فهو بيع حصلت فيه تفرقة، فهل يفسخ أو يجبران على الجمع بينهما؟ قولان سببها هل ما أوجبه الأحكام الدخول عليه أم لا؟ ثم إذا قلنا: إنها يجمعان بينهما، فهل يكفي الجمع في حوز أم لا بد منه في الملك؟ قولان أيضًا.

قال الشيخ أبو الطاهر: والأصل أن يجمعان في ملك واحد.

قال: وقد اعترض فضل بن سلمة هذه المسألة وقال: إنها أجاز ابن القاسم وأشهب البيع هنا، وإن كانت أشرفت على الولادة؛ لأن البائع لم يخبر المشتري بذلك، ولو أخبره لكان البيع فاسدا.

وحكى الفساد إذا جاوزت ستة أشهر عن ابن الماجشون.

قال أبو القاسم بن محرز: وهذا الذي قاله غير صحيح؛ لأن المشهور أن علم أحد المتبايعين بالفساد يوجب فساد البيع، قال: وإنما المسألة مبنية على أن البيع صحيح؛ لأن المريض والحامل وإن بلغا إلى حد الخوف عليهما لا يمنع بيعهما، إلا أن يكونا في السياق. قال الشيخ أبو الطاهر: وقد أنتج قوله وقول فضل أن الأصلين مختلف فيهما، وهما: علم أحد المتبايعين بالفساد، والخلاف فيه معروف في المذهب، والثاني أن المريض إذا بلغ حد الخوف ولم يبلغ السياق مختلف فيه هل يجوز بيعه أم لا؟.

قال: ويمكن بناء المسألة على كل واحد من الأصلين. وإذا وهب للعبد مال في أيام الخيار، فقال في الكتاب: هو للبائع. قال أبو بكر بن عبد الرحمن: إلا أن يكون المشتري قد استثنى ماله، فالمال الذي وهب له للمشتري، بخلاف ما وهب للعبد الرهن، فإنه لا يدخل في الرهن. قال: والفرق أن المشتري ملك العبد وماله والمرتهن ليس حقه، إلا فيما جعل رهنا خاصة.

هذا حكم التغيير بزيادة. فأما النقص فلا يخلو أن يكون جناية أو غيرها. فإن كان جناية فلا يخلو أن تكون من البائع، أو من المبتاع، أو من أجنبي. فإن كانت من البائع، فإما أن يكون الخيار له أو للمشتري، فإن كان له وكان عمدا فقولا، أحدهما: أن جنايته رد للبيع، وهو أصل ابن القاسم، والثاني: أنها ليست برد له، وهو مذهب أشهب.

التفريع: إن قلنا: إنها رد، فإن كانت مثله في الرقيق عتق عليه. وإن قلنا: إنها ليست برد، فيكون المشتري بالخيار أيضًا في القبول بذلك العيب أو الرد. وإن كانت الجناية خطأ فلا شك أنها ليست برضى، ونجيز المشتري كما قلناه.

وإن كان الخيار للمشتري فجنى البائع عمدا، فإن أ تلف المبيع ضمن للمشتري الأكثر من الثمن أو القيمة؛ لأن له أن يأخذه بحكم التعدي، وإن لم ي تلف المبيع كان للمشتري أن يغرّم البائع قيمة الجناية، ويأخذه معيبا ويدفع الثمن أو يرده. وإن كانت الجناية خطأ فإن أتت على النفس انفسخ البيع، وإن كانت دونها خير المشتري بين أخذه ناقصا ولا شيء له، أو رده.

وإن كانت الجناية من المشتري والخيار للبائع، فسواء كانت عمدا أو خطأ، البائع غير بين أخذه بحكم الغرامة أو إمضاء البيع، وإن كان الخيار للمشتري فإن جنى عمدا فقد تقدم الخلاف هل يعد ذلك رضى بالبيع أم لا. ولو كان المبيع من الرقيق لنظرت هل ما

فعله مثله فيعتق عليه أو ليس بمثله فلا يعتق؟ وإن كانت جناية خطأ، فقال في الكتاب: يرده إن شاء وما نقص، وإن كان مفسدا ضمن الثمن كله.

وقال سحنون: إنما يضمن القيمة.

وأجرى أبو القاسم بن محرز هذا الخلاف فيمن استهلك سلعة وقفت على ثمن، هل يضمن ثمنها أو إنما يضمن قيمتها؟.

وإن كانت الجناية من أجنبي استوى الخطأ والعمد في الغرامة، وخير من له الخيار، فإن اختار إمضاء البيع فالأرش للبائع.

وقال ابن حبيب: هو للمشتري.

قال الشيخ أبو الطاهر: هو على الخلاف في المترقات متى يعد حصولها أيوم ترقبت أو يوم تحققت؟ فإن قيل: بماذا ينقطع الخيار؟ قلنا: بأن ينطبق وينص على أحد الوجهين، أو يكون منه ما يدل على ذلك وهو على وجهين: ترك وفعل، فأما الترك فمثل إمساكه عن القول والفعل الدالين على تعيين أحد الوجهين إلى أن تمضي مدة الخيار، ولا يكون ممن له الخيار نطق ولا إحداث فعل، فإنه يستدل بتركه على قصده، فإن كان الخيار لبائع والسلعة في يده كان ذلك دليلا على أنه اختار الفسخ، وإن كانت في يد المبتاع كان ترك ارتجاعها واستدعاء البائع لردها دليلا على اختياره الإمضاء، كما أن تركه لما في يد بائعها دليل اختياره الفسخ، فتبقى السلعة في يد من هي بيده.

وأما الفعل، فإن أحدث المشتري للخيار فعلا في المبيع لم يخل من أحد أمرين: إما أن يدل في العادة على الإمضاء أو الرد. وإما أن يكون محتملا ليس بظاهر الدلالة، فإن كان دالا عمل بمقتضاه، وإن كان محتملا بقي من له الاختيار على حقه منه، ولم يسقط بالاحتمال إذ الأصل بقاءه حتى يتحقق إسقاطه، فإن اتهم على أنه قصد الإسقاط استظهر عليه باليمين.

وقد قسم بعض المتأخرين الأفعال في ذلك على ثلاثة أقسام:

الأول: متفق على أنه يعد رضى كالعنق والكتابة والاستيلاد، وتزويج الأمة وأمثالها، فهذه من المشتري تدل على الإمضاء، ومن البائع تدل على الفسخ.

القسم الثاني: لا يعد رضى باتفاق كاختبار الأعمال أو شبهه فوجوده كعدمه.

القسم الثالث: يختلف فيه، وهو كرهن المبيع وإجارته وإسلامه للصانع، وتزويج العبد والسوم بالسلعة، وشبه ذلك من المحتملات.

فمذهب ابن القاسم أن ذلك يقطع الخيار.

ومذهب أشهب أنه ليس بقاطع له.

قال بعض المتأخرين: وهو خلاف في شهادة هل ذلك دال على قطع الخيار فيكون قاطعاً أو محتمل فلا يكون قاطعاً.

والاعتناء في هذا القسم على ما يظهر من قرينة الحال.

قال سحنون: وكل ما يعد من المشتري قبولاً فهو من البائع إذا كان له الخيار فسخ.

قال أبو الحسن اللخمي: ولا يميز ذلك مطلقاً؛ لأن الغلات للبائع، فإذا أجر أو أسلم للصناعة فإنما فعل بملكه ما يملكه.

قال الشيخ أبو الطاهر: وهذا الذي قاله أبو الحسن اللخمي يختلف الأمر فيه، فإن طول الإجازة ومدة التعليم، فيظهر مع هذا أنه قصد الرد.

فرع: لو ابتاع عبداً بأمة بالخيار، ثم أعتقها معاً في مدة الخيار تعين العتق في الأمة؛ لأنها باقية على ملكه، ويلزم من عتقها رد العبد، فلا ينفذ عتقه.

فإن قيل: ما حكم من طرأ عليه في أيام الخيار ما يمنعه من الاختيار بالإمضاء أو الرد؟.

قلنا: قد تقدم أن بانقضاء المدة من غير إحداث ما يقتضي الاختيار يلزم البيع وينتهي الخيار.

وهذا مع سلامة من شرط له الخيار إلى انقضاء أمدته. فأما إن طرأ عليه ما يمنعه من الاختيار فلا يخلو أن يطرأ عليه ما لا يرجى زواله كالموت أو ما يرجى زواله كالجنون والإغماء.

فإن مات في المدة فإن الحق يتقل إلى وارثه، فإن اختلف الوارث فليس لمن أجاز التمسك إلا بالجميع.

فأما إن جن فالسلطان ينظر له في الإجازة والفسخ.

واختلف إذا أغمى على المشتري، فقال ابن القاسم: يوقف حتى يفيق، وليس للسلطان أن يأخذ للمغمى عليه لكون الإغماء مرضاً يرجى زواله عن قرب، فلم يكن له الشراء لرشد حال بينه وبين النظر لنفسه حائل يرجى زواله عن قرب، فإن طال بع الإغماء ففسخ البيع للضرر الذي يلحق الآخر في إيقاف صفقته.

وقال أشهب: له أن يقيم له من يميز أو يرد في مدة الخيار قياساً على من جن، إلا أن تمضي مدة الخيار قبل أن يعثر على ذلك فلا بد من فسخ البيع.

النوع الثاني: خيار النقيصة.

وهو ضربان:

الأول: ما ثبت بفوات أمر مظنون، نشأ الظن فيه من التزام شرطي أو قضاء عرفي أو

تقدير فعلي.

والثاني: ما ثبت عن غبن فاحش.

فأما الضرب الأول فالنظر فيه في الأسباب المثبتة والموانع المبطلّة.

النظر الأول: في الأسباب.

السبب الأول: الالتزام الشرطي، وهو الأصل، وما عداه ملحق به، فمهما شرط وصفا يتعلق بفواته نقصان مالية ككونه تاجرا أو صانعا أو غير ذلك من الصفات المقتضية لزيادة الثمن في العادة، فإذا فقد ثبت الخيار للمشتري.

ولو شرط ما لا غرض فيه ولا مالية ألغى الشرط ولم يثبت له خيار.

وقال الشيخ أبو الطاهر: يمكن تخريج الخلاف فيه من الخلاف في إلزام الوفاء بشرط ما لا يفيد.

وإن شرط ما فيه غرض ولا مالية فيه، فقولان منصوصان في إلزام الوفاء به.

فرع: ولو ظهر المبيع أعلى مما شرط، كعبد شرط فيه جنسا فوجد من جنس أعلى منه، فلا خيار لمشتري بذلك، إلا أن يتعلق له بذلك الجنس غرض يظهر، فيثبت له حيثنذ الخيار.

السبب الثاني: القضاء العرفي.

وهو العيب؛ لأنه دخل على السلامة فيه. والمثبت للخيار منه ما أثر نقصا في المبيع أو الثمن أو في التصرف أو خوفا في العاقبة، ثم يكون ذلك بنقصان وصف وزيادته، وقد يكون بنقصان عين، ثم منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، ومنها ما يخص ومنها ما يعم، على ما يأتي تفصيل ذلك وبيانه في نقل الروايات، وذلك كالعمى والعمور والقطع ونحوه. وكالخصى فإنه عيب، وإن زاد في القيمة؛ لأن النقص محقق ولا يخير بها زاد لأجل غرض آخر، وسقوط ضررين فأكثر عيب، وكذلك الضرر الواحد في العلي دون الوحش، وكالحمل فإنه عيب في النوعين في رواية ابن القاسم.

وروى أشهب تخصيصه بالعلي دون الوحش.

ونزل أبو بكر بن عبد الرحمن رواية أشهب على المجلوبة من العجم، قال: لأن المقيمة بالبلد يكون حملها من زوج أو وزنا وكلاهما عيب.

وأطلق في الكتاب: أن كون الأمة زلاء صغيرة الكفل والردف ليس بعيب، وقيده كثير من المتأخرين بالنقص السير الذي ليس بفاحش ولا خارج عن العادة.

وقد أشار في كتاب محمد إلى هذا التفسير، فقال: إلا أن تكون ناقصة الخلق.

وفيه أيضًا من رواية أشهب أن المشتري إذا اطلع على أن الأمة صغيرة القبل إنه لا رد

له به إلا أن يكون فاحشا.

وهذا يعضد التأويل المتقدم في مسألة الزلاء.

والشيب الكثير في الرائحة عيب، والقليل منه فيها مختلف فيه.

وليس الشيب بعيب في الوحش إذا لم ينقص الثمن.

والاستحاضة عيب في العلي والوحش جميعا، والبول في الفراش عيب في العبيد

والإماء إذا كانوا في سن من يستنكر منه ذلك في العادة.

وفي الكتاب: إن التخث في الرجال والفحولة في النساء عيب، وشرط في الأمة أن

تشتهر بذلك.

وذكر ابن حبيب: أن ذلك إنما يكون عيبا إذا كان الذكر يؤتى، والأنثى فحلة لشرار

النساء، وأما التأنيث من جهة التكسر في المعاطف والنطق فإنه ليس بعيب.

واختلف المتأخرون: هل كلام ابن حبيب هذا خلاف لما في الكتاب أو تفسير له؟ على

قولين:

الأول: للشيخ أبي محمد. والثاني: لغيره.

ورد الشيخ أبو عمران قول ابن حبيب بأنه قد ذكر في الكتاب كون الأمة اشتهرت

بذلك.

قال: فلو كان المراد ما قال، لم يحتج إلى التكرار.

قال: وإنما قيد في الأمة بالاشتهار لكون فحولتها لا تضعف شيئا من أعيالها، لكن

اشتهارها بهذا نقص وعيب، وقد جاء في الحديث أنها ملعونة.

وأما الذكر فإنه يستدل بتخثه في حركاته وألفاظه على ضعف قوته وعمله، وذلك

عيب وإن لم يشتهر.

والثبوت ليس بعيب في الأمة، ولا رد للمبتاع بوجودها ما لم يشترط البكارة، إلا أن

تكون الأمة في سن من لا تفتض في العادة، فتكون البكارة كالمشترطة عادة.

وكذلك نداء المتادي عليها بكر يقوم مقام الاشتراط.

والعسر عيب، والأعسر هو الذي لا يعمل إلا بيساره.

فأما الأصبط، وهو الذي يعمل بكلتا يديه، فليس بعيب إلا أن ينقص عمل اليمين به

عن المعتاد لأجل مشاركة الشمال لها في القوة، فيكون عيبا، ولا يجبر ضعف اليمين بقوة

الشمال.

ومن العيوب العامة في العبيد والإماء الزنا والسرقه وشرب الخمر والبخر في الفم

والفرج.

ومنها الاطلاع على أن لأحدهما قرابة قريبة كالوالدين والأولاد، فإنه عيب؛ لأن قوة الألفة لهم والحنين إليهم يبعث على الإبقاء نحوهم وإيثارهم بها في يده من القوت وغيره، فأما غير هؤلاء من الأقارب كالأعمام والأجداد والإخوة، فلا يرد بالاطلاع عليهم. ومال بعض المتأخرين إلى أن الجدة للأم في الحنين إليها كالأم.

ورأى الإمام أبو عبد الله أن هذا ينبغي أن يرجع فيه إلى العادة.

ومنها: الاطلاع على أن في آباء العبد أو الأمة مجذوما، فإنه عيب لما يتقى من غائلته في النسل، إذ قد يكون فساد في النطف، فيتعدى في النسل.

وكذلك الجنون إذا وجد بأحد الآباء من فساد الطباع، وأما إن كان من مس الجان فلا رده، إذ لا يخشى منه التعدي في النسل.

وأما كون أحدهما ولد الزنا، فإنه عيب في العلي من الذكور والإناث، واختلف في كونه عيبا في الوخش.

ولو اطلع على أن في آباء الأمة أسود لم يكن عيبا في الوخش.

واختلف في كونه عيبا في العلية لما يتوقع من كون الولد أسود.

ولو وجد العبد أغلف والأمة غير مخفوضة لاختلف الحال، فإن كانت مجلوبة من رقيق العجم، ولم تطل إقامتها ببلدنا فلا رد للمشتري به؛ لأنه على ذلك دخل. فإن كانوا ممن طالت إقامتهم عندنا، أو ولدوا عند المسلمين فذلك عيب في العلي منهم، واختلف في كونه عيبا في الوخش.

ولو قالت الأمة: ولدت من الذي باعني، فروى ابن القاسم أنها لا تحرم على المبتاع إلا أنه عيب.

قال ابن القاسم: يريد إذا باعها هذا فليبين، إذ لا يقدم أهل الورع على هذا.

فرع: الأول: إن مقتضى ما تقدم من كون وجود العيب يقتضي ثبوت الخيار للمشتري في الرد يقتضي ثبوته له إذا وجد بحائط الدار صدعا ينقص من ثمنها؛ لكن قال في الكتاب: إن كان يخاف على الدار أن تهدم بسببه كان له الرد به، وإن كان لا يخاف ذلك فلا رد له به. ووقف في الجواب عند هذا ونعمه حمد، فقال: لا يرد به، ولكن يرجع بقيمة العيب إذا كان يسيرا.

قال: وكذلك في كل عيب.

قال الإمام أبو عبد الله: وهذا الذي ذكره حمد هو الظاهر.

والمراد بها أطلقه في الكتاب، فقد قال في كتاب القسم منه: إن أحد الشريكين إذا اطلع فيها صار إليه بالانقسام في الربع على عيب يسير قضي له بقيمته.

قال الإمام أبو عبد الله: وقد أكثر المتأخرون القول في الفرق بين الديار وما سواها من المبيعات. وذكر عنهم فروقا عديدة، وقدح فيها.

ثم قال: والنكته التي يحوم الجميع عليها هي اعتبار الضرر بالعيب وحصوله والنظر في مقداره فيما يخف ويكثر.

قال: وقد ذهب بعض الأندلسيين إلى أن الدور ترد بالعيب اليسير كسائر السلع.

قال: وهذا هو مقتضى القياس والظاهر، وإنما سلك الآخرون ذلك لما تقدم من اختلاف أحوال المبيعات في حكم الضرر بالعيب ومقداره.

فرع مرتب:

إذا اعتبرنا الفرق بين اليسير والكثير، وقلنا: إنها لا ترد باليسير فما هو اليسير؟

اختلف المتأخرون في مقداره، فقال بعضهم: هو ما كان لا يأتي على معظم الثمن.

وقال غيره: اليسير فيه ما نقص عن الثلث.

وأشار غيرهما إلى اعتبار كون العيب شاملا لجميع الدار من جهة التأثير والقصد، كبطلان بترها بطلانا لا ينصلح أو ما جلها أو سقفها أو قناتها، ورأى أن ما كان كذلك يوجب الرد؛ لأنه كعيب استولى على الكل.

الفرع الثاني: في حكم العيوب التي لا يمكن أن يطلع عليها إلا بعد تغير هيئة المبيع كخشبة تشق فيوجد داخلها عفنا أو مسوسا، وكذلك الجوز والتين وشبه ذلك. وكذلك جلود اشترت فلم يمكن الاطلاع على ما فيها من عيب إلا بعد دباغها، فما كان من هذا الجنس فلا يثبت للمشتري خيار الرد به في الرواية المشهورة.

قال فيها: لأنه أمر ثابت، عليه يدخل البائع والمشتري والتابع عليه وقع.

وروي أنه يرد به كغيره من العيوب.

وفرق ابن حبيب فلم يثبت الخيار من ذلك بما كان في أصل الخلقة، وأثبت بما طرأ منها بعد السلامة منه فيها لسبب اقتضاه.

واختلف المتأخرون: هل هذا قول ثالث في المسألة أو هو خارج عن محل الخلاف؟ إذ يمكن الاطلاع على السبب الحادث وعلم البائع به، كوضع الخشبة في موضع ندي، وشبه ذلك.

ووقع في كتاب محمد لأشهب وغيره: أن ما يمكن اختباره من ذلك والإطلاع عليه حال العقد كالجوزة والجوزتين والقثاء والقثاءتين، فللمشتري الرد إذا وجد باطنه ردينا.

وفي كتاب محمد أيضًا: أن الأحمال لا يرد ما وجد منها فاسدا إلا أن يكون الحمل بكماله فاسدا، فإن ذلك لا يكاد يخفى على بائنه.

الفرع الثالث: في اعتبار حالة حدوث العيب.

والضابط فيه أن كل حالة يكون ضمان المبيع فيها باقيا على بائعه لم ينتقل إلى المشتري بعد، فحدوث العيب فيها يقتضي الخيار للمشتري في الرد به. وكل حالة انتقل الضمان فيها إلى المشتري فلا رد له بما يحدث فيها من العيب.

السبب الثالث:

التفريق الفعلي^(١).

وفيه فصلان: الأول في حد السبب، والثاني في حكمه.

الفصل الأول

في حده

وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كما لا يوجد كذلك.

والأصل في اعتبار هذا السبب قوله ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر»^(٢).

ومعنى التصرية: جمع اللبن في الضرع وترك حلابه حتى يعظم، فيظن المشتري لذلك غزارة اللبن، فتزل ذلك منزلة اشتراط الغزارة المظنونة، فوجب الخيار لفقدتها وصار ذلك بمنزلة من اشترط في الشاة أنها تحلب قسطا من اللبن، فوجدتها على خلاف ذلك فإن له الرد.

أما لو ظن غزارة اللبن لكبر الضرع، فكان ذلك لحما، لم يثبت له بذلك خيار.

وكذلك لو اشترى شاة غير مصراة فوجد حلابها قليلا فلا رد له إلا أن يكون البائع يعلم مقدار حلابها، فباعها له في إبان الحلاب، ولم يعلمه ما يعلم منها فله الخيار؛ لأن البائع صار كبائع طعام يعلم كيله، والمشتري لا يعلم، فله رده، ولو كان في غير إبان لبنها فلا رد له وإن علم البائع منها ما لم يعلم المشتري. وقال أشهب: بل يرها.

(١) يعني أن التفريق الفعلي كالشرط وهو أن يفعل بالمبيع فعلا يظن المشتري به كما لا يوجد قاله ابن شاس.

ابن عرفة هذا إذا ثبت أن البائع فعله أو أمر به لاحتمال فعله العبد دون سيده لكرهه بقائه في ملكه ومنه صيغ الثوب القديم ليومهم أنه جديد، ومنه رقم أكثر مما ابتاع به السلعة عليها ويبيعها برقمها ولم يقل قامت علي بكذا شدد مالك رضي الله تعالى عنه كراهته واتقى فيه وجه الخلابة ابن أبي زمنين إن وقع خير فيه مبتاعه، وإن فات رد قيمته وقاله عبد الملك.

الصقلي عن ابن أخي هشام بخير في قيامها وفي فواتها الأقل من قيمتها وثمنها. منح الجليل ٥/٤٠٦.

(٢) أخرجه البخاري (٢/٧٥٥)، رقم (٢٠٤١)، وأحمد (٢/٤٢٠)، رقم (٩٤٣٧).

وإن اشتراها في غير الإبان إذا حبسها حتى جاء الإبان وأقر البائع أنه كان عالماً بحلابها، حلب المشتري أو لم يحلب، إذا كانت شاة لبن.
وقال محمد: إن زيد في ثمنها لمكان اللبن، كان المشتري غنياً؛ لأن على البائع أن يعلمه إذا كان المقصود منها اللبن.
ثم حكم الإبل والبقر حكم الغنم، إذا كان المقصود منها اللبن.
وفي معنى التصرية تلطيخ ثوب العبد بالمداد ليخيل بذلك أنه كاتب، وكذلك كل ما أشبهه من التغيرير بالفعل.

الفصل الثاني

في حكم السبب

وهو الخيار. فإذا علم المشتري أن الشاة مصراة قبل أن يحلبها كان له أن يردّها قبل الحلاب، وأن يمسكها ويحلبها ثم يختبرها، وينظر كيف عادت، ومقدار ما تنقص عن التصرية.
وكذلك لو لم يعلم بالتصرية إلا بعد أن حلب، لكان له الخيار بين أن يردّها أو يمهّل حتى يحلب ثانية ويعلم عادت، فإن احتلبها الثالثة، فقال محمد: ذلك رضى.
وفي الكتاب من رأى ابن القاسم أنه إذا جاء من ذلك ما يعرف أنه كان قد اختبرها قبل ذلك فما حلب بعد ذلك فهو رضى منه بالشاة ولا يكون له ردّها.
وقال مالك في كتاب محمد: له أن يرد ولو حلب الثالثة. وهو مقتضى الحديث.
والظاهر أن الثانية لا توقف على العادة لقربها من زمان التصرية.
ثم حيث كان له الخيار فاختر الرد فليرد معها صاعاً من التمر للحديث وهو بدل عن اللبن الكائن في الضرع لدى العقد لعسر تمييزه، ولرفع الخصومة فيه، فلو أراد أن يرد اللبن بعينه عوضاً عن الصاع المأمور به لم يكن له ذلك؛ لأن الصاع لم يجب لفوات اللبن، بل لما ذكرناه، بدليل أنه لم يضمن بالمثل. قاله ابن القاسم.
ثم قال: ولو وافق البائع المشتري على ذلك لم يصح إذ يدخله بيع الطعام قبل قبضه.
وقال سحنون: إذا رده بعينه فهي إقالة، والإقالة في الطعام جائزة.
ثم قدر الصاع متعين، فلا يزداد عليه لكثرة اللبن وغزارته، ولا ينقص منه لقلته ونزارته، ولا يلتفت إلى غلاته أو رخصه، بل قد قال بعض المتأخرين: إن كانت قيمته تساوي قيمة الشاة أو تزيد عليها، فظاهر المذهب أن عليه الإتيان به.
وأما جنس المخرج، فقال القاضي أبو الوليد: روى ابن القاسم أنه يكون من غالب قوت البلد.

ووجهه: أنه قد ورد في بعض ألفاظ هذا الحديث في رواية ابن سيرين: صاعاً من طعام فيحتمل تعيين صاع التمر في الرواية المشهورة على أنه كان غالب قوت ذلك البلد. فرعان:

الأول: إذا تعددت الماشية المصرة، فقال محمد بن خالد الأندلسي فيما ذكر عنه: يكتفى فيها بصاع واحد لجمعها، كما اتخذ في لبن الناقة، وإن ساوى لبن عدة من الشاء. وقال أبو القاسم بن الكاتب: تتعدد الصبيان بتعدد الماشية. واعتبر ذلك بغرة الجنين، واعتذر من اتخاذ الصاع في لبن الناقة بأن الكثرة في لبنها مقابلة بال جودة في لبن الشاة.

الفرع الثاني: لو رضي بعبء التصرية، ثم رد بعبء آخر غيره، فقال محمد: لا يرد عوض ما حلب، ورأى قصر الحديث على ما ورد فيه.

وذكر عن أشهب أنه يرد الصاع، ومال إليه بعض المتأخرين.

النظر الثاني: في مبطلات الخيار وموانعه. وهي صنفان:

الأول: ما يبطل الرد على الإطلاق، وذلك أربعة أمور.

الأول: شرط البراءة من العيب، والمشهور من المذهب: جوازه والانتفاع به، وروي أنه لا ينتفع بالبراءة مطلقاً.

قال الإمام أبو عبد الله: من المتأخرين من يحكي هذه الرواية عن مالك حكاية مقيدة، فيقول: لم يختلف قوله في جواز البراءة من العيب اليسير، ولا في ثبوت البراءة في بيع السلطان، ولا في سقوط عهدة الثلاث وعهدة العالسة في البيع الثابتة فيه البراءة.

قال: وسبب هذا الخلاف أن النهي ورد عن بيع الغرر واشترط البائع على المشتري ألا يرد عليه بعبء يطلع عليه يتضمن عقد الشراء على مبيع غير معلوم ولا محاط به، وبيع ما لا تعلم حقيقته لا يختلف في منعه كبيع الإنسان ما في يده أو ما في نهره من حيتان، لكون المشتري دخل على أن العبد المشتري إن وجده أعمى أصم أبكم لزمه الشراء بالثمن الذي بذل، وإن وجده على صفة كمال سالماً من العيوب كان ذلك له.

وأما وجه الجواز في الجملة فما أشار إليه ابن حبيب من حكم عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان رضي الله عنهما بامضاء البيع المشترط فيه البراءة، ومن كون الضرورة قد تمس إلى ذلك وتدعو إليه الحاجة والمصلحة، فعفي عنه كما عفي عن عقود تضمنت غرراً للضرورة الداعية إلى العفو عن ذلك.

وإذا فرعنا على المشهور، فهل يعم الانتفاع بشرط البراءة جميع المبيعات أو يتخصص ببعضها دون البعض؟.

ذكر ابن حبيب عن مالك أنه يعم جميع البياعات عرضا كان المبيع أو حيوانا، وحكاه غيره عن ابن كنانة.

وروي تخصيص حكم البراءة ببعض المبيعات. واختلف في تعيينه، فروي تخصيصه بالحيوان خاصة صامتا كان أو ناطقا، وهو مذهب الموطأ.

وروي تخصيصه بالحيوان الناطق خاصة، وهو مذهب الكتاب.

وسبب هذا الاختلاف أن بيع البراءة إنما عفي عنه لاستواء البائع والمبتاع في الجهل بالعيب. ومقتضى ذلك جواز بيع البراءة في العروض وسائر الممتلكات، لكون من قصر ذلك على الحيوان رأى أن الحيوان تتلون أحواله بالصحة والسقم، ولا يكاد يحاط بعيوبه، فيقوى تصديق البائع بأنه جهل بالعيب الذي فيه، حتى يعتقد أنه استوى علمه وعلم المشتري في العيب، بخلاف العروض.

وأما قصر ذلك على الحيوان الناطق فعمل بأمرين متقابلين؛ أحدهما: أن الرقيق يخبر عن نفسه، لكونه ممن ينطق ويعرب عن نفسه، فإذا لم تقع منه شكوى لما أصابه من المرض لم يعلم سيده ما به، فعذر بكونه جاهلا بالعيب وصدق فيما قال.

والأمر الثاني أن الرقيق يكتم عيبه ويستتره عن سيده مخافة أن يزهده فيه فيبيعه، فعذر سيده في جهله بعيبه، وصدق في أنه لم يعلم، بخلاف البهائم التي لا تكتم عيبتها.

فرع الأول: إذا قلنا إن شرط البراءة لا ينفع بيع السلطان وبيع الميراث إذا علم أنه ميراث جار مجرى بيع البراءة وإن لم يشترط.

الفرع الثاني: حيث قلنا: إن البراءة تنفع، فإنما منفعتها في دفع الرد بعيب لم يعلم به البائع دون ما علم به كما تقدم، فلو ادعى على البائع العلم فاعترف رد عليه.

وكذلك إذا طلب باليمين حين توجهت عليه فنكل عنها. وإن حلف فلا رد عليه به.

واختلف إذا باع الإنسان مال نفسه، هل يسوغ له أن يبيعه بالبراءة وإن لم يختبر المبيع وإنما باعه بحدثان ملكه، أو لا يسوغ له ذلك إلا بعد اختبار المبيع؟، فالمشهور أنه لا ينفعه التبري من العيوب إلا بعد اختبار المبيع.

قال في الكتاب، في التجار يقدمون بالرقيق فيبيعونه بالبراءة ولم تطل إقامة الرقيق عندهم: هؤلاء يريدون أن يذهبوا بأموال الناس باطلا، لا تنفعهم البراءة.

وقال عبد الملك وغيره: تنفعهم البراءة في ذلك.

الفرع الثالث: إذا تبرأ البائع من عيب، وذكره في جملة عيوب ليست موجودة في المبيع لم تنفعه البراءة، حتى يفرد بالبراءة منه، ويعين موضعه، ويعلمه جنسه ومقداره ظاهرا وباطنا، فلا يبقى للمبتاع فيه قول، وكذلك لو اقتصر به على مشاهدة لا تقتضي الإحاطة

به، أو تبرأ إليه منه بخبر ولفظ فيه احتمال لم يبره ذلك، كما لو باعه بعيرا وتبرأ إليه من دبرته، وهي منغلة مفسدة فأراه إياها، ولم يذكر ما فيها من نغل وغيره، فلا يبرأ حتى يذكره.

وكذلك لو تبرأ في العبد من إباق أو سرقة، والمبتاع يظن إباق الليلة، أو إلى مثل العوالي من المدينة، أو سرقة الرغيف، فيوجد ينقب، أو قد أبق إلى مثل مصر أو الشام من المدينة، فلا يبرأ حتى يبين أمره.

تقرير: قال أبو القاسم بن الكاتب: لم يختلف قول مالك في أن بيع السلطان على المفلس أو لقضاء ديون من تركه ميت بيع براءة وإن لم يشترطها.

قال: وإنما كان ذلك لأنه حكم منه بالبيع، وبيع البراءة مختلف فيه، فإذا حكم السلطان بأحد أقوال العلماء لم ترد قضيته عند من يرى خلاف رأيه فيما حكم به.

قال الإمام أبو عبد الله: قول أبي القاسم بن الكاتب فيه نظر عندي، فإن السلطان لم يتعرض في البيع إلى خلاف ووافق، ولا قصد إلى حكم به إنفاذ بيع على البراءة، فينفذ حكمه، وإنما فعل في نفسه فعلا أوجبه الشرع عليه. ثم حكى عن بعض أشياخه أنه يرى إثبات الخلاف في بيع البراءة، ولو كان السلطان هو الذي يتولى البيع، وأنه تعلق في ذلك بقول سحنون، وكان قوله القديم أن بيع السلطان وبيع الموارث لا قيام فيه بعيب ولا بعهدة.

قال: فقله: كان قوله القديم، إشارة منه إلى أن له قولاً آخر، ويتعلق أيضاً بقول ابن القاسم: إذا بيع عبد على مفلس، فللمشتري أن يرد بالعيب.

قال: ففي هذا أيضاً إثبات الخلاف في بيع السلطان.

قال الإمام: وأما بيع الورثة لقضاء ديون وتنفيذ وصايا، فإن فيه الخلاف المشهور.

قال: فاقصر مرة على ثبوت البراءة في بيع السلطان خاصة.

وأضاف مرة إلى ذلك بيع أهل الميراث، ومراده من ذلك ما باعوه لقضاء دين أو إنفاذ وصية.

وأما ما باعوه لأنفسهم للانفصال من شركة بعضهم لبعض فلا حق ببيع الرجل مال نفسه بالبراءة. وكذلك من باع للإتفاق على من فيه ولايته.

فرع مرتب: إذا قلنا بأن بيع السلطان بيع براءة، فظن المشتري أن البيع واقع ممن لا تنفذ أحكامه، بل هو بيع رجل مال نفسه، فإنه لا يسقط مقاله في العيب، ويكون بالخيار بين أن يتمسك بالمبيع على البراءة من العيوب أو يرده.

وقيل: لا مقال له في العيوب.

وحمل هذا القول على أن قائله ادعى ما لا يشبه لكون بيع السلطان عما لا يخفى لكونه في غالب العادة إنما يكون في جمع واحتفال، قال وإنما حل بيع الورثة لقضاء دين وإنقاذ وصية على بيع البراءة لكون الديون كالوصايا يجب إنفاذها، ومن حق أهلها أن تعجل لهم حقوقهم إذا طلبوها، والسلطان والورثة والوصي غير عالمين بأحوال المبيع وهم مطالبون باستعجال البيع فحمل بيعهم على البراءة لأجل ذلك، بخلاف بيع الإنسان مال نفسه.

المانع الثاني: فوات المعقود عليه حسا بالتلف، أو حكما بالعق ونحوه من الاستيلاء والكتابة والتدبير. فلو اطلع على عيب بالعبد بعد فواته فلا رد إذ لا مردود. وإذا عجز عن الرد فله الأرض، وهو الرجوع إلى جزء من الثمن يعرف قدره بمعرفة نقصان العيب من قيمة المعيب، فيرجع من الثمن بمثل نسبته.

فرع: فإن كان تعذر رد عين المبيع مع بقاء الملك فيه لتعلق حق به، كالمستأجر والمرهون، فقال ابن القاسم: يردّه متى عاد إلى يده.

وقال أشهب: إذا لم يخلصه من الرهن معجلا ولا من الإجارة، حكم له بقيمة العيب.

واختار ابن حبيب مذهب أشهب إذا بعد زمان تخليصه من الإجارة والرهن.

ومذهب ابن القاسم: إذا قرب ذلك كالشهر ونحوه.

وإذا كان تعذر الرد لعقد انتقل به الملك إلى غيره، فإن كان بغير معاوضة كالعطايا رجع بقيمة العيب، وإن كان بمعاوضة كالبيع وما في معناه، فإن كان من البائع وقد أخذ منه فيه الثمن الأول فلا كلام له، وإن أخذ منه دونه استتم ما بقي منه.

وإن باعه له بأكثر منه فإن كان مدلسا، أعني البائع الأول، فلا رجوع له، وإن كان غير مدلس رد على البائع الثاني، ثم رد عليه ليرجع له ما زاد على الثمن الأول.

وإن كان البيع من غير البائع فروى ابن القاسم بلاغا أنه لا يرجع بشيء.

قال ابن القاسم: لأنه في بيعه على وجهين: إن باع بمثل الثمن فقد عاد إليه ثمنه، وإن باع بأقل فإن النقص لم يكن لأجل العيب.

وقال أشهب: إذا باع ذلك ولم ينقص منه لم يرجع بشيء، وإن نقص منه شيء كان له أن يرجع عليه بالأقل مما نقص أو من قيمة العيب.

وروي أيضًا أنه إن كان لم ينقص من الثمن في العيب لم يرجع بشيء، إذ ماله عند الرد إليه. وإن نقص من الثمن الذي اشترى به كان البائع مخيرا بين أن يكمل له الثمن أو يعطيه قيمة العيب من الثمن الذي قبضه منه.

وكانه في هذه الرواية قدر المبيع فائتا في حق البائع خاصة، فخيره إن شاء جعله قائما وأكمل له ما نقص من الثمن إذ بين له سواء، وإن شاء جعله فائتا فأعطاه قيمة العيب.

وما قاله في هذه الرواية هو مذهب أشهب، وهو اختيار ابن حبيب.
وقال مالك في المختصر: يقضى للمشتري بقيمة العيب، وهو تقدير للفوت في حقهما
جميعاً، كالحكم في الموت وهو اختيار محمد ابن عبد الحكم، وأضاف ذلك إلى الموطأ، فقال:
قد قال مالك رضي الله عنه في موطئه: إذا فات المبيع بشيء من وجوه الفوت كان فيه قيمة
العيب.

قال: والبيع أحد وجوه الفوت.

وهذا المذهب اختيار القاضي أبي محمد.

فرع: فإن عاد المبيع إلى البائع المتاع، فإن كان بالرد من المتاع الثاني لأجل العيب فله
الرد على البائع الأول؛ لأن العائد هو المالك الأول.

وإن عاد إليه بملك مستأنف فله رده على الأول أيضاً.

وقال أشهب: هو بالخيار، إن شاء رده على من اشتراه منه، وإن شاء رده على البائع
الأول. فإن رده على المشتري كان المشتري بالخيار بين أن يتماسك به أو يرده عليه، فيرده هو
على البائع الأول إن شاء.

وسبب الخلاف أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟.

المانع الثالث:

ظهور ما يدل على الرضى بالعيب من قول أو سكوت أو فعل. أما القول فظاهر، وأما
السكوت فهو التقصير عند الاطلاع على العيب، فإذا تمكن من رد العيب فسكت عنه من
غير عذر بطل خياره، ولم تبق له مطالبة بالأرض لتقصيره. وترك التقصير أن يرد مع
التمكن وعدم العذر إن كان البائع حاضراً، فإن كان غائباً استشهد شاهدين بالرد، فإن
عجز حضر عند القاضي فأعلمه، ثم القاضي يكتب إلى البائع إن قربت الغيبة، وإن كانت
غيبة بعيدة تلوم له إن رجا قدومه، فإذا لم يرج قدومه قضى عليه إن أثبت المشتري أنه
اشترى على بيع الإسلام وعهده.

وأما الفعل فهو أن يتصرف في المبيع أو يستعمله بعد علمه بالعيب تصرفاً أو استعمالاً
لا يقع في العادة إلا رضى من المشتري بالتمسك بالمبيع، وما كان من التصرف مشكلاً لا
يقض عليه بكونه علماً على الرضى.

هذا هو الأصل المعتبر في أمثال هذا.

فأما اختلاف الرواية في تصرف المضطر فإن ابن القاسم روى أن المسافر إذا اطلع على
عيب في الدابة فركبها إلى أن قدم بها على صاحبها فإن ذلك لا يسقط حقه في الرد.

قال: وليس عليه أن يقودها، ويكري غيرها.

وروى أشهب: أن ذلك رضى منه.

وسبب الخلاف: هل يعد كالمكره أم لا؟.

فرع: الاستعمال المأمور بتركه هو الاستعمال المنقص، كاستعمال الثوب بلبسه، فأما ما لا ينقصه الاستعمال كالدار وشبهها، فلا يلزمه إخلاؤها، بل يبقى على استعمالها، وهو يخاصم لأن ذلك غلة وخراج، والخراج بالضمان، وضمانها منه. وأما الحيوان فإن كان جارية فيترك وطأها؛ لأن الوطء إنما يباح فيما يستقر ملكه فليس له وطؤها وهو يريد نقض البيع فيها.

وأما الحيوان غير الجارية من عبد أو دابة فالمشهور أنه يترك استعمالها.

وذهب ابن حبيب إلى أنه لا يمنع من استخدام العبد وركوب الدابة قياسا على العقار، ولأن الخراج له والنفقة عليه، فلا يمنع من الانتفاع بالمبيع.

وإذا فرعنا على المشهور فليترك عن الدابة إن كان راكبا، إلا أن يتعذر عليه القود، فيعذر في الركوب إلى مصادقة الخصم أو القاضي، على الخلاف المتقدم.

المانع الرابع: زوال العيب قبل القيام به، فيسقط به حق الخيار.

أما إذا بقيت علة كطلاق الزوج الأمة قبل علم المشتري به، فإن ذلك لا يسقط حقه من الرد إذ تبقى علاقة الزوج بها وتعلق قلبها به.

وكذلك كما تبقى له علة أو لا يؤمن من عودته، فإن أمنت عودته ولم تبقى له علة، فلا خيار للمبتاع في الرد به.

الصنف الثاني: ما يمنع من الرد على وجه دون وجه.

وهو تغير ما يحدث في المبيع، وليس كل تغير يمنع.

فلنفصل ضروب التغير، وهو ثلاثة أضرب:

الأول: ما يؤثر في المبيع تأثيرا يغير المقصود منه حتى يصيره كأنه ليس بالعين المبيعة.

وهذا يلحق بالعيوب المهيئة للرد على الإطلاق إذ ذلك في معنى تلف العين لأن المقصود من الأعيان المنافع.

الضرب الثاني: ما لا يؤثر تأثيرا له بال فيسقط حكمه ويكون وجوده كعدمه.

الضرب الثالث: ما يؤثر تأثيرا له بال إلا أنه لا يغير المقصود من العين، وهذا هو

المقصود بالكلام عليه الآن فيكون المبتاع فيه بالخيار بين أن يتهاكسك بالمبيع ويأخذ أرش العيب القديم، أو يرده مع أرش العيب الحادث عنده، إلا أن يقبل البائع المبيع بالعيب الحادث بغير أرش فلا يلزمه دفع الأرش إن تمسك المبتاع بالمعيب وطلب الأرش.

وحكى ابن مزين عن عيسى بن دينار أنه لا يسمع من البائع ذلك بل يبقى المبتاع على

خياره.

واعلم أن هذا هو الأصل المعتبر في هذا الباب وما وقع في المذهب من الخلاف في آحاد العيوب فراجع إلى الاختلاف في دخولها تحت أي ضرب من هذه الضروب الثلاثة. ولنذكر أمثلة لما وقع فيه الخلاف من ذلك وما نقل فيه من الروايات، فنقول:

قد ذكر في الكتاب من أمثلة الضرب الثاني الرمد والحمى والوعك. ورأى أشهب أن الحمى والوعك من الضرب الثالث، وذكر من أمثلة الضرب الثالث العمى والشلل.

ورآهما ابن مسلمة من الضرب الأول، وكذلك رأى قطع ذنب البغلة المركوبة والفرس المركوب.

واختلف في عصف الدابة وهرم العبد أو الأمة، فالمشهور أن ذلك من الضرب الثالث، ورآه ابن مسلمة من الضرب الأول.

وقيل في سمن الأمة الهزيلة: أنه من الضرب الثالث. وقيل: من الثاني.

وذكر في الكتاب في كبر الصغير أنه من الضرب الأول.

وذكر أيضًا أنه من الضرب الثالث.

والوطء في الثيب من الضرب الثاني على المشهور، ولو كان في البكر افتضاض لكان من الضرب الثالث، يردها وما نقصها الافتضاض.

وذكر ابن حبيب عن ابن نافع وابن وهب وأصعب أنهم يرون الوطء في الثيبات من الضرب الأول. وتزويج الأمة من الضرب الثالث في المشهور.

وقيل: من الضرب الثاني. وزاد ابن مسلمة: من الأول.

فإذا قلنا: إنه من الضرب الثالث تفريعا على المشهور فولدت من الزوج، يجبر نقص النكاح بزيادة الولد، وقيل: لا يجبر.

فرع: ما مضى من لزوم أرش العيب الحادث عند المبتاع إذا اختار الرد، وهو في حق غير المدلس. أما إذا كان البائع مدلسا بالعيب فإن المبتاع يرد المبيع من غير أرش للعيب الحادث عنده، إلا أن يفوت فواتا يمنع من الرد، كهلاكه أو فوات أكثر منافعه، فيتعين أخذ أرش العيب القديم. وكذلك لو تصرف المبتاع في السلعة غير التصرف المعتاد بأن أتلفها أو أتلف أكثر منافعها، كمن قطع ثوبا نفيسا قلانس أو خرقا صغارا أو شبه ذلك.

فأما لو تصرف فيها التصرف المعتاد، كما إذا فصلها أقمصة ونحوها مما جرت به عادة مثله في مثله، فله الرد بغير أرش لما صنع فيها، إذ هو سلطه على هذا الفعل فيها.

ولو كان الهلاك بسبب العيب المدلس فيه لرجع المبتاع بجميع الثمن كمن دلس في عبد

بالسرقة فسرق عند المبتاع فقطعت يده، فله رده بغير أرش للقطع.

وكذلك من دلس بالإباق، فأبق العبد عند المبتاع، فكان إباقه سبب هلاكه، مثل أن ينحس أن يدركه الطلب فيتردى من جبل فيهلك، أو يتوارى في غار، فيكون ذلك سبب هلاكه فإنه يرجع بجميع الثمن.

ولو باعه المبتاع فأبق عند المبتاع الثاني، فهلك بسبب إباقه، لرجع الثالث على الأول بجميع الثمن، إلا أن يزيد على ما دفع الثالث للثاني، فيكون له أو ينقص عنه، فيكملة الثاني. قاله ابن القاسم، وكأنه قدر أن الثالث، وإن لم يدلس عليه من باشر البيع له، فإن المدلس على من باع منه يقدر مدلسا عليه؛ لأنه يقول: لو أعلمت الأوسط بالإباق لأعلمني به فلم اشتريه منه، أو كان مدلسا علي، فأنت سبب إتلاف الثمن علي.

وقال أصبغ: يؤخذ الثمن من الأول، فيدفع للثالث منه قيمة العيب الذي يستحقها على الثاني لو انفرد به، ويسلم بقيته للأوسط.

وقال محمد: لا تأثير لتدليس الأول على الثاني إذا لم يضره، وليس له عليه شيء إلا أن يرجع عليه الثالث بالأرش، فيكون للأول على الأوسط الأقل مما غرم للثالث، أو إكمال الثمن الذي دفعه أو قيمة العيب من الثمن الذي دفعه أيضًا.

وكذلك يجب أن يكون للثالث أن يرجع ههنا على الأول المدلس بها كان يرجع به على الثاني، إذا طالبه الثالث بالواجب عن الأرش. ويتم الغرض من هذا القسم بذكر فروع.

الأول: إذا ابتاع حليا بخلاف جنسه نقدا فوجد به عيبا فما دفع البائع للمشتري في الأرض من جنس المبيع أو من سكة الثمن جاز عند ابن القاسم وأشهب. وإن دفع ما يخرج عن جنس المبيع وسكة الثمن لم يجوز عند ابن القاسم، وأجازته أشهب.

وقال سحنون: لا يجوز أن يأخذ منه شيئا من جنس المبيع، وهي مسألة سوء لا يجوز الصلح فيها بوجه.

وسبب الخلاف أن ابن القاسم رأى أن المبيع ما حصل في يد المبتاع من الحلي، وما أخذ منه من جنسه، وأن البيع إنما وقع بما بقي من الثمن. وعد ما أخذ كالمقبوض حالة العقد ما لم يدخل على التأخير.

وجرى أشهب على أصله في أن الصلح إنما وقع على أن لا يرد الحلي بالعيب.

وأما سحنون فرأى أنه كصرف تأخر؛ لأنه دفع حليا بالأمس مثلا ودفع اليوم شيئا من جنسه وأخذ عنهما جميعا بالأمس خلاف جنسهما، وتأخر بعض الصرف لا يجوز.

الفرع الثاني: إذا كانت الزيادة الحادثة صبغا في الثوب، ثم اطلع على العيب، فله حبس المبيع وأخذ قيمة العيب أو رده ويكون شريكا بما زادت الصبغة لا بقيمة الصبغة ولا بما ودى فيها، وسواء دلس في هذا أم لا.

ولو كان الصبغ منقصا لكان له ردها بغير مغرم، إن كان البائع مدلسا أو الحبس وأخذ الأرض. فإن كان غير مدلس كان كعيب حدث، وقد تقدم حكمه.

الفرع الثالث: حيث تعين الأرض للمبتاع أو اختاره إذا ثبت له الخيار، واقتطنا في ذلك إلى معرفة القيمة، فإنها إنما تعتبر يوم دخول المبيع في ضمان المبتاع وإن كان البيع صحيحا.

وكذلك لو أراد المبتاع الرد مع أرض العيب الحادث لكان التقويم يوم العقد فيما يضمن بالعقد.

وقال أحمد بن المنذل: إنها يضمن ههنا بالقيمة يوم الرد، بخلاف المسألة الأولى.

الفرع الرابع: في تبعض العقد من ناحية تعدد من باع أو من اشترى. وتعدد البائع لا يمنع من رد المشتري على أحد البائعين ما يخصه من المبيع والتمسك بحصة غيره، فتعدد الصفقة بتعدد البائع، وأما تعدد المشتري فاختلقت الروايات:

فقال مالك في رواية: إن أحد المشتريين يتمكن من رد نصيبه على البائع، وإن للبائع لمقالا. وقال في رواية أشهب: إنه لا يمكن من ذلك.

وسبب الخلاف: النظر إلى أن هذه الصفقة هل تكون في حكم الصفقتين وتتعدد بتعدد المشتري، كما تتعدد بتعدد البائع أم لا؟.

فأما تعدد المبيع، فإن كان مما لا يفترق في العادة كالخفين والمصراعين وشبه ذلك فليس له تخصيص أحدهما بالرد وإن اختص بالعيب، بل إما ردهما جميعا وإما أمسكهما جميعا.

وأما ما ليس بأخ لصاحبه من العروض والحيوان والسلع وغير ذلك، فله رد المعيب منها بحصته من الثمن، وليس له رد السالم ولا هو عليه، إلا أن يكون المعيب وجه الصفقة فليس له إلا الرضى بالعيب بجميع الثمن أو رد جميع الصفقة.

والمراد بوجه الصفقة ههنا: ما زاد ثمنه على النصف من جملة الثمن.

الفرع الخامس: في النزاع في العيب، وهو في صورتين:

الأولى: في وجوده، ولا تقبل دعوى المبتاع أن بالسلعة عيبا دون أن يثبت بالمشاهدة إن كان مشاهدا أو بالبينة إن كان غير مشاهد.

الصورة الثانية: النزاع في قدمه وحدوثه. ولا يخلو إما أن يكون مما لا يحدث عند المشتري أو أن يكون مما يعلم أنه لم يكن عند البائع.

والقول في الموضعين قول من قوي سببه منهما مع يمينه.

أو يكون محتتملاً، فيثبت به المتابع بالبينه إن وجدت.

ثم حيث كان العيب أو قدمه وحدوثه مما ينفرد أهل المعرفة بعلمه، فإن كان العدول من أهل المعرفة فهو أتم، وإن لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل قبل فيه غيرهم ولو كانوا على غير دين الإسلام. حكاه القاضي أبو الوليد وقال: لأن طريق هذا الخبر عما ينفردون بعلمه.

فإن لم توجد البينة فالقول قول البائع مع يمينه، إذ الأصل لزوم العقد فيحلف إنني لبعته. ويزيد فيما فيه حق توفية: وأقبضته وما به عيب. وهل يحلف على البت في الظاهر وعلى العلم في الخفي أو على العلم فيهما؟ في ذلك قولان لابن القاسم وأشهب، فإن نكل البائع حلف المشتري.

الفرع السادس: إنه إذا رد وقد كان انتفع به أو استغل، فلا شيء عليه لأجل الغلة والانتفاع. وكذلك ثمرة النخل إذا كان حدوثها عنده، أو اشترى النخل وهي غير مأبورة. وفي المأبور منها خلاف، وكذلك في صوف الغنم، وأما الأولاد والتاج فيرد ذلك مع الأمهات.

الفرع السابع: حيث كان له أن يرد، فصرح بالرد، ثم هلك المبيع قبل وصوله إلى يد البائع فهل يكون ضمانه من البائع أو من المتابع؟ ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث فيجعله على البائع إن حكم به حاكم، وإلا فمن المتابع.

قال الشيخ أبو الطاهر: والخلاف في هذا على ما يقوله المتقدمون على الخلاف: هل الرد بالعيب نقض بيع فيكون الضمان من البائع على كل حال أو هو ابتداء بيع فيختلف فيه على الخلاف في اشتراط مضي قدر التسليم.

قال وعلى ما يقوله المتأخرون: هل هو نقض للبيع من أصله، فيكون الضمان من البائع، أو نقض له الآن، فلا يتحقق النقض إلا بوصوله إلى يد بائعه؟.

قال: ولعل الخلاف مع وجود الحكم نظراً إلى صفته، فإن كان الحاكم حكم بتخيير المشتري فالضمان منه، وإن حكم بالرد فهو من البائع.

الفرع الثامن: إن العهدة في الرد على البائع، إلا أن يكون وكيلاً مصرحاً بالوكالة في العقد، فتكون العهدة في الرد على الموكل لا عليه. وفي معنى الوكيل المصرح بالوكالة في العقد الطوافون في المزايدة والنخاسون، ومن يعلم أنه يبيع للناس فلا عهدة عليهم.

الضرب الثاني: من خيار النقيضة.

ما ثبت بمغابنة في البيع خارجة عما يتغابن بمثله.

وقد قال القاضي أبو محمد: اختلف أصحابنا في ذلك، فمنهم من يرى أن يثبت الخيار للمغبون منها، ومنهم من قال: لا خيار إذا كان من أهل الرشاد والبصر بتلك السلعة، وإن كانا أو المغبون منها بخلاف ذلك، فللمغبون الخيار.

وقال الإمام أبو عبد الله: ليس الخلاف في الغبن على الإطلاق، وإنما هو مقيد بأن يكون المغبون لم يستسلم لمن بايعه، ويكون أيضاً من أهل المعرفة بقيمة ما اشتراه، وإنما وقع في الغبن غلطاً يعتقد أنه غير غلط، فأما إذا علم القيمة فزاد عليها فهو كالواهب، أو فعل ذلك لغرض له فلا مقال له.

وكذلك إن استسلم لبائعته وأخبره أنه غير عالم بالقيمة، فذكر له البائع ما غره به، مثل أن يقول: أعطيت فيها كذا، أو قيمتها كذا، ويسمي له بائعها منه.

قال الإمام: فهذا ممنوع باتفاق، وغير المستسلم لا يجوز، فإن وقع كان للمغبون مقال، كما يكون له في النجش.

ثم ذكر الإمام تعلق المثبت للخيار بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [سورة البقرة آية ١٨٨] وعد الاستثناء منقطعاً، وبنيته ﷺ عن إضاعة المال^(١)، وإضاعته إتلافه بغير عوض صحيح يقتضيه العقل.

قال: فأما ما اقتضاه رأي لغرض صحيح أخطأ فيه أو أصاب فغير مراد بهذا الحديث. وأشار إلى غير ذلك، ثم نبه على سبب الخلاف بأن قال: قد تقرر أن المستسلم وإن لم يشترط ألا غبن، فإن استسلامه لمن باع منه كالشرط عليه ألا يغبنه، فاتفق على أن للمغبون مقالا، كما أن من علم القيم فزاد عليها لا مقال له لأنه كالواهب. والمغبون غلطاً على نفسه، هل يقدر كأنه مشترط في رضاه أن لا يكون غبن، فيكون له الرد أو لا يقدر اشتراطه بل يكون راضياً بما عقد عليه كيف فيلزمه ذلك.

فرع: إذا قلنا بإثبات الخيار بالغبن الفاحش، فقد اختلف الأصحاب في تقديره، فمنهم من حده بالثلث فأكثر، ومنهم من قال: لا حد له وإنما المعتبر فيه العوائد بين التجار فما علم أنه من التغابن الذي يكثر وقوعه بينهم ويختلفون فيه فلا مقال فيه للمغبون باتفاق، وما خرج عن المعتاد فللمغبون فيه الخيار.

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٣٤٠)، وابن ماجه في سننه (٤١٠٠)، وابن حبان في صحيحه (٥٧١٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (ج: ٦، ص: ٦٣)، وأبو يعلى في مسنده (٦٥٩١)، والطبراني في المعجم الأوسط (٧٩٥٤).

خاتمة للنظر في خيار النقيصة

تشتمل على ذكر العهدين، وهما صغرى في الزمان كبرى في الضمان، وكبرى في الزمان صغرى في الضمان.

فالأولى هي عهدة الثلاث من جميع الأدواء، مما يطرأ على الرقيق من نقص في بدن أو فوات عين في مدة ثلاثة أيام، وكأن هذه المدة مضافة إلى ملك البائع ولذلك تكون النفقة والكسوة عليه غير أن الغلة ليست له.

ورأى بعض المتأخرين أنها له؛ لأن الخراج بالضمان.

والعهدة الثانية الكبرى في الزمان الصغرى في الضمان هي عهدة السنة من الأدواء الثلاثة: الجنون، والجزام، والبرص.

وإنما قال بهما مالك رضي الله عنه لجريان العمل بهما في بلد الرسول ﷺ، وتناقل الخلف عن السلف لهما قولاً وفعلًا إلى زمانه، كما نقل في كتابه.

وروى فيه عن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل أنها كانا يذكران في خطبهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة من حين يشتري العبد أو الوليدة، وعهدة السنة.

والأمراء إنما يذكرون ذلك في المدينة على رءوس الناس ولا ينكره أحد لكونه متقررًا في الشرع مشهورًا عندهم.

ثم تختص عهدة الثلاث بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: عهدة الرقيق ثلاث ليال. وروي أيضًا عن سمرة بن جندب أن رسول الله ﷺ قال: «عهدة الرقيق ثلاث»^(١). وبأن الرقيق يكتم عييه، فيستظهر عليه بثلاثة أيام حتى يتبين للمشتري ما كتم عنه. وبأنه مختص بذكر عييه، بخلاف غيره، فيمكن أن يكون ذكر ذلك لسيدة، فبإدراجه خوفًا أن يتبين مرضه، فجعل الثلاث أمداً لبيان ارتفاع تدليس، كما جعلت في التصرية التي دلس بها البائع؛ ولأن هذه المدة هي أمد حمى الربع.

وتختص عهدة السنة بأن هذه الأدواء تتقدم أسبابها ويظهر ما يظهر منها في فصل من فصول السنة دون فصل بحسب ما أجرى الله تعالى العادة باختصاص تأثير ذلك السبب بذلك الفصل، فانتظر بذلك الفصول الأربعة، وهي السنة كلها، حتى يؤمن من هذا العيب، ومن التدليس به.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٦)، وابن ماجه في سننه (٢٢٤٤) والدارمي في سننه (٢٥٥١)، وأحمد في مسنده (١٦٩٠٦) والحاكم في المستدرک (ج ٢: ص ٢١)، والبيهقي في السنن الكبرى (ج ٥: ص ٣٢٣)، والطياييسي في مسنده (٩٥٠)، والرويانى في مسنده (١٩١)، وابن أبى شيبه في المصنف (٣٧٣٢٢)، والطبراني في المعجم الكبير (٦٨٧٤).

فروع في أحكام العهدة^(١)

نذكرها متتالية، والله أعلم، فنقول:

اختلف في محلها من الأماكن.

فروى المصريون أنه لا يقضى بها حيث لم تجر بها عادة حتى يحملهم السلطان عليها. وروى أنها يقضى بها بكل بلد، وإن لم يعرفوها ولا جرت فيهم، ويحملهم السلطان على ذلك ويحكم بها على من عرفها أو جهلها قبل التقدم بها التقدم بها أو بعده.

واختلف أيضًا في تداخل العهدين:

فقليل عهدة الثلاث تدخل في عهدة السنة، وقيل: بل يتبدئ من حين اقتضاها. واختلف أيضًا في ابتداء عهدة الثلاث.

فمذهب ابن القاسم: أن الابتداء أول النهار التالي لزمن العقد، ليلا كان أو نهارا. وقال القاضي أبو الوليد: مقتضى مذهب سحنون الاحتساب من حين العقد من ليل أو نهار فتنتضي العهدة بالانتهاء إلى مثله بعد انقضاء الثلاث أو السنة.

هذا حكم بيع البت، فأما بيع الخيار فينزل انقضاء الخيار منزلة العقد في البت. وإذا طرأ على المبيع أمر، فأشكل وقت حدوثه، ولم يدر أفي العهدة أو بعدها، فهل يكون ضمانه من المبتاع أو من البائع؟ مذهبان لتقابل أصلي السلامة والضمان: فقال ابن القاسم في العبد يأبى في العهدة، وقد تبرأ بئنه من الإباق، فلم تعلم صحته ولا هلاكه: إن ذلك من المبتاع، حتى يعلم أنه أصابه في العهدة.

وروى ابن نافع أن ذلك من البائع حتى يعلم أنه سلم في العهدة. وللمبتاع أن يسقط العهدة بعد ثبوت العقد، ويسقط عن البائع الضمان والنفقة، ويبرم العقد.

(١) (كبيع بعهدة) أي ضمان من عيب قديم ومفعول بيع (ما) أي رقيقا (اشترى) أي البائع الرقيق بشرط (براءة) من عيب لا يعلمه البائع به مع طول إقامته عنده سواء كانت البراءة صراحة أو حكما كموهوب وموروث ومشتري من ميراث ولم يبين عند البيع أنه هبة أو ميراث فلمشتريه رده، لقوله لو علمت أنك ابتعت ببراءة أو ملكته هبة أو اشتريته من إرث لم أشرته منك بعهدة، إذ قد أصيب به عيبا وأنت مفلس أو عديم فلا أرجع على بائعك أو واهبك، ولا يصح تفسير العهدة بضمان المبيع من استحقاق لأنها تثبت ولو اشترط سقوطها، فإن شرط سقوطها في الشراء ثم باع بشرط ثبوتها فلا يرد عليه، إذ لو استحق من المشتري ولم يتمكن من رجوعه بشئنه على بائعه رجع به على البائع الأول لإلغاء شرطه سقوطها ولا بعهدة الثلاث أو السنة لأن ما يحدث فيها من المشتري الأول والقديم من البائع الأول، وعكس كلام المصنف ببيع ببراءة ما اشترى بعهدة قيل: يرد به لأنه دأب للتدليس. منح للجليل ٣٨٩/٥.

ولو لم يسقط العهدة، ولكنه أحدث في العبد ما يمنع رده أو يقتضي الرضى به كالعتق، ثم حدث بالعبد عيب في عهدة الثلاث: ففي كتاب محمد: تسقط بقية العهدة. وقال أصبغ وسحنون: العهدة ثابتة، وينفذ العتق ويرجع بقيمة العيب. وروى ابن حبيب عن ابن القاسم في عهدة السنة مثل هذين القولين، وقولا ثالثا، وهو رد العتق.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا في عهدة الثلاث أولى.

القسم الثالث من الكتاب

في حكم العقد قبل القبض وبعده

ولا بد من بيان حكم القبض وصورته ووجوبه. أما الحكم فهو انتقال الضمان إلى المشتري فيما لا يضمن بمجرد العقد، إما مطلقا وإما بشرطة مضي زمان يتسع للقبض على الخلاف فيها. وذلك ما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد، وما كان غائبا عن مرأى المتعاقدين حالة العقد عليه، على التفصيل المتقدم. وما بيع من الثمار على رؤوس النخل قبل كمال الطيب. وبالجملة، فكل ما لا يضمن قبل القبض فإنه يضمن بالقبض. ويستثنى عن ذلك ما بيع من الرقيق، حتى يخرج من عهدة الثلاث، وما بيع من الإماء فيه المواضعة حتى يخرج منها. وما سوى الرقيق من الحيوان والعقار والعروض المقصود أعيانها فالعقد عليه كاف في نقل الضمان فيه إذا كان متعينا متميزا.

وقال الإمام أبو عبد الله: هكذا يورد أصحابنا نقل المذهب إيرادا مطلقا. والذي تحقق من مذهبنا أن البائع إذا أمكن المشتري من قبض المبيع فتركه اختيارا سقط الضمان عن البائع، ويقدر بقاء المبيع في يده بعد التمكين، كقبض المشتري له ورده إليه على جهة الوديعة.

قال: ومن المتأخرين من يحكي عن المذهب الاختلاف في الضمان مطلقا، ولو كان البائع لم يمنع المشتري من القبض.

فإن قيل: هل يشترط القبض في التسلط على التصرف بالمبيع وغيره؟ قلنا: أما سائر وجوه التصرفات سوى البيع فلا يقف على القبض، وأما البيع فيختلف حكمه باختلاف الأعيان المباعة وهي ضربان: طعام وغير طعام، فغير الطعام والشراب من سائر المبيعات

من العروض والعبيد والحيوان والعقار، وما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول فبيعه جائز قبل قبضه في الجملة ما لم يعرض فيه ما يمنع منه.

وأما الطعام فقد ورد النهي عن بيعه قبل قبضه، فلا يجوز فيما تعلق منه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد أن يباع قبل قبضه أو يعاوض عليه، إلا أن يكون على غير وجه المعاوضة كالهبة والصدقة، أو على وجه المعروف كالقرض والبدل فيجوز، ثم لا يجوز لمن صار إليه ذلك أن يعاوض عليه قبل قبضه.

وما ابتاع منه جزافاً أو مصبراً فبيعه جائز قبل نقله إذا خلى البائع بينه وبينه. والمشهور من المذهب: أن المنع من بيع الطعام قبل قبضه خاص بجنس الطعام وعام فيه، فلا يعدوه إلى غيره ولا يقتصر على بعضه.

ورأى ابن حبيب أنه يتعدى إلى كل ما فيه حق توفية. وأشار ابن وهب في روايته إلى تخصيصه بما فيه الربا من الأطعمة خاصة. ثم حيث اشترط القبض، فليس لأحد أن يقبض من نفسه لنفسه، إلا من يتولى طرفي العقد كالأب في ولده والوصي في يتيمة.

فرع:

إذا تقرر هذا، فقد أرخص في الشركة والتولية والإقالة، وينزل المشترك والمولى منزله المشتري سواء.

ولا يجوز أن يكون بين العقدین افتراق في مقدار الأجل ولا غيره. وذكر القاضي أبو الفرج رواية بأن الشركة في الطعام قبل القبض لا تصح، والدين الثابت في الذمة كالعين الحاضر في جواز الاستبدال عنه في الجملة، لكن حيث أجزأه اشترطنا قبض البدل عنه في المجلس.

ويشترط في جواز بيعه من غير من هو عليه أن يكون من هو عليه حاضراً مقراً.

فرع: في حكم ضمان المبيع.

وحيث قلنا: إن الضمان من البائع فتلف المبيع انفسخ العقد. وإتلاف المشتري قبض منه، وإتلاف البائع والأجنبي لا يفسخ العقد، بل يوجب القيمة.

وإذا تعيب المبيع بأفة سمانية، وكان ضمانه من البائع فللمبتاع الخيار، فإن أجاز فبكل الثمن ولا أرش له.

ولو كان التعيب بجناية جان، لكان له مطالبته بالأرش، كان البائع أو أجنبياً.

ولو كان التعيب والضمان من المبتاع لم يفسخ العقد أصلاً.

وتلف بعض الطعام يوجب الانفساخ في ذلك القدر فقط، وسقوط قسطه من الثمن، إلا أن يكون التالف جل الصفقة، فيكون للمشتري الخيار في فسخها بكاملها. وإن استوى التالف والباقي، ففي ثبوت الخيار له في الباقي قولان. هذا الحكم عقد البت.

أما عقد الخيار فالضمان فيه من البائع، إلا أن يكون المبيع في يد المبتاع، ويدعي هلاكه من غير بينة تصدقه، والمبيع مما يغاب عليه، فضمانه منه. قال ابن نافع: إلا أن يكون الخيار للبائع خاصة، فيكون الضمان منه لاختصاص المنفعة به.

ثم إذا قلنا بالضمان، فهل يضمن بالثمن أو بالقيمة؟ أما إن كان الخيار للبائع، فعند ابن القاسم: أنه يضمن الثمن إلا أن تكون القيمة أكثر، فيطلب بها ما لم يحلف، فلا يضمن إلا الثمن. وعند أشهب: يضمن الأكثر من الثمن أو القيمة. وأما إن كان الخيار للمشتري، فقال ابن القاسم: يضمن الثمن. وقال أشهب: يضمن الأقل من الثمن أو القيمة، إلا أنه يحلف إذا كانت القيمة أقل وأراد أن يغرمها: لقد ضاع، وإن نكل غرم الثمن.

وسبب الخلاف: تغليب حكم البيع، أو تغليب حكم التعدي. فرع: من أخذ ثوبين على أن المشتري منهما واحد، فضاعا أو ضاع أحدهما: فإما أن يكون مخيرا في العقد والتعيين بأن يكون بالخيار فيها جميعا، يأخذ أيها شاء، أو يردهما. وإما أن يكون مخيرا في تعيين ما لزمه العقد فيه دون التخيير في العقد، بأن يكون أحدهما لازما للمبتاع على كل حال ولكنه يرد الآخر. وإما أن يكون مخيرا في أحدهما في العقد والتعيين، وفي الآخر في التعيين خاصة دون العقد، بأن يكون قد لزمه أحد الثوبين، وهو بالخيار في أخذ الآخر. فهذه ثلاث صور.

أما الصورة الأولى فإن ادعى ضياعهما جميعا، فهنا ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يضمن واحدا خاصة، وهو في الآخر أمين. قاله ابن القاسم، نظرا إلى المالك، وهو كون أحدهما مردودا بلا بد، وهو أمانة. القول الثاني: أنه يضمنهما جميعا، قاله أشهب، نظرا إلى الحال دون المالك، إذ وقع العقد على أن له التنقل من أحدهما إلى الآخر بحكم مقتضى الخيار، والمبيع بالخيار مضمون، فكان كل واحد منهما عقد عليه بانفراده على خيار.

والقول الثالث: وهو أيضًا لابن القاسم: التفرقة، فإن كان البائع متطوعا بدفع الآخر ابتداء منه لم يضمن المشتري إلا أحدهما، وإن سأله المبتاع في تسليمهما ليختار منهما ضمنهما.

وأشار محمد إلى أنه لا فرق بين أن يقبضه المبتاع بسؤال منه، أو بتطوع من البائع لكونه إنما دفعه حرصا على البيع.

ومعتمد ابن القاسم في التفرقة اعتبار حصول المنفعة لأحدهما، وترتيب الضمان عليه واستدل على حصولها لأحدهما بما صدر عنه من ابتداء أو استدعاء.

ثم حيث قلنا بالضمان، فالواجب فيما ضمنه منها عند ابن القاسم الثمن، على قوله في الثوب الواحد إذا اشترى بالخيار، سواء كان الخيار له أو للبائع؛ لأنه قادر إذا كان له الخيار على أن يقبل أو يرد، وله القبول في قيامه وتلقفه، كانت قيمته أقل من الثمن أو أكثر.

وكذلك إن كان الخيار للبائع، فإن المشتري يضمنه بالثمن، لكون البائع سلمه إليه على أن عوضه الثمن الذي اتفقا عليه.

فإن كانت القيمة أكثر من الثمن حلف المشتري على الضياع ودفع الثمن فقط. وأما على قول أشهب فيضمن أحدهما بالقيمة إذ لا بد من رده، والآخر بالأقل من الثمن أو القيمة، إذ هو قادر على أن يلتزمه بالثمن وعلى ألا يلتزمه فيرد القيمة، لكن إن كانت القيمة أقل حلف: لقد ضاع ودفعها؛ لأنه أقر بأنه لم يختار الإمضاء.

وذهب ابن حبيب إلى طريقة أشهب في كون المبتاع ضامنا للثوبين جميعا، وذكره عن أصحاب مالك، وقال: إنه ليس بأمين في واحد منها لما أخذها ليختار أحدهما، لكنه إنما ضمنه إياها بالثمن.

وإن ادعى ضياع أحدهما جرى حكم ضمانه على ما تقدم.

فعلى قول ابن القاسم يضمن نصف ثمن التالف، لتردده بين أن يكون هو المشتري بالخيار فيلزمه جملة ثمنه، أو يكون هو الذي على حكم الأمانة فلا يلزمه فيه شيء، فقسم الثمن لاعتوار حالتي الثبوت والسقوط عليه.

وعلى قول أشهب: يضمن الضائع كله؛ لأنه يضمنهما جميعا إذا ضاعا.

قال أشهب في غير كتاب محمد، فإن أخذ الباقي كان عليه بالثمن والتالف بالقيمة، وإن رده فعليه التالف بالأقل من الثمن أو القيمة.

وإذا فرعنا على قول ابن القاسم أنه يغرم نصف التالف، فله عنده أن يختار كل الباقي. وقال محمد: ليس له أن يختار إلا نصفه.

وسبب القولين: تغليب حكم التلف أو تغليب حكم الإمساك.

وأما الصورة الثانية فتجري على الخلاف المتقدم.
فعلى قول ابن القاسم: يضمن واحداً، وعلى قول أشهب وابن حبيب: يضمن الاثنين،
وعلى قول ابن القاسم الآخر: يضمن الراغب منهما، على ما تقدم.
فإن شهدت البينة بالضياح فلا بد من ضمان واحد؛ لأنه لازم للمبتاع، ويختلف في
الثاني.

فعلى قول ابن القاسم: لا ضمان فيه.
وأما على أصل أشهب القائل بأن ما أخذ على الضمان لا يرتفع ضمانه بقيام البينة
فيضمن، وإن ضاع أحدهما فقولان.
أحدهما: أن التالف منهما، والسالم بينهم، وعليه نصف ثمنهما.
والقول الثاني: إنه يلزمه نصف التالف، وإنه يرد الباقي. فجعله بمنزلة ما إذا أخذهما،
ليختار في العقد والتعيين.
وأما الصورة الثالثة.

فإن ضاعا ضمنهما جميعاً إن لم تقم بينة.
فإن قامت بينة بضياعهما ضمن واحداً بغير خلاف في المذهب.
وعلى مذهب ابن القاسم يسقط عنه ضمان الآخر.
ويضمنه على مذهب أشهب.
فإن ضاع أحدهما أجري الأمر في ضياعه على ما تقدم.
ويشترط في هذه الصور الثلاث، إذا كان قد وجب عليه أخذ أحد الثوبين تساوى
الثلثين.

فإن اختلفا كان من بيعتين في بيعه، فيضمن حينئذ ضمان المبيع بيعاً فاسداً.
وأما صورة القبض فتحكم فيه العادة، وهو فيها متنوع بتنوع المبيعات.
فأما المكيل والموزون فيعتبر فيهما الكيل والوزن.
وفي اعتبار قدر المناولة في انتقال الضمان خلاف، سببه: هل المطلوب مجرد معرفة
المقدار وقد حصل، أو التوفية للمشتري ولم تحصل؟.
وثمرته: الحكم باستصحاب الضمان أو انتقاله إذا هلك المبيع بعد امتلاء المكيال أو
استواء الميزان. وقبل التفريغ في وعاء المشتري، إذ فيه قولان مبنيان على الخلاف المتقدم.
والمعتبر في المحدود العدد، وأما في العقار فتكفي التخلية، وكذلك فيما يبيع على الجزاف،
وما سوى ذلك، فعلى حسب العادة فيه.
وأما وجوب التسليم فيعم الطرفين، لكن بأيهما يكون الابتداء؟.

قال القاضي أبو الحسن: يقوى في نفسي على المذهب أحد أمرين: إما أن يجبر المبتاع على التسليم، ثم يؤخذ من البائع الثمن، أو يقال لها: أنتم أعلم: إما أن يتطوع أحدكما على الآخر فيبدأ بالتسليم، أو تكونا على ما أنتم عليه.
قال: وأن يجبر المبتاع أقوى.

القسم الرابع من الكتاب في موجبات الألفاظ المطلقة في البيع وتأثيرها فيه بمقتضى اللغة أو العرف

وهي ثلاثة:

الأول: ما يطلق في العقد.

فمن اشترى شيئا بمائة، فقال لغيره قبل القبض أو بعده في الطعام أو غيره. وليتك هذا العقد، فقد انتقل الملك إليه بالمائة. وهو ملك متجدد. وتسلم الغلات المستجدة للأول، وتجدد الشفعة بجريان هذا البيع. ولو حط عن المولي بعض المائة لحق الحط المولى؛ لأنه في حق الثمن كالبناء وفي حق نقل الملك كالاتداء.

ولو قال: أشركته في هذا العقد على المناصفة، كانت تولية في نصف المبيع. ولو لم يذكر المناصفة لنزل على الشطر على المنصوص لابن القاسم.

الضرب الثاني:

ما يطلق من الثمن من ألفاظ المراجعة^(١).

فإذا قال: بعتك بربح للعشرة أحد عشرة أو اثني عشرة أو أكثر من ذلك، على هذا النسق، فلا خلاف أنه يحتسب لكل عشرة وزنها في الثمن أحد عشر أو اثني عشر بحسب ما يقوله.

فإن باع بوضيعة: للعشرة أحد عشر أو أكثر من ذلك فللمتأخرين قولان؛ أحدهما: أنه يأخذ عن كل أحد عشر عشرة وبحسب ما سمي.

والثاني: أنه تنقسم العشرة على أحد عشر جزءا فيحط ذلك الجزء من الثمن.

وعلى ذلك بأنها لفظة فارسية، تفسرها بالعربية ما ذكرناه من التقدير.

وإن باع بوضيعة للعشرة عشرين، فكل عشرين وزنها يأخذ عنها عشرة، ويحط نصف

(١) المراجعة فهو أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ويأخذ منه ربحا أما على الجملة مثل أن يقول اشتريتها بعشرة وتربحني دينارا أو دينارين وأما على التفصيل وهو أن يقول تربحني درهما لكل دينار أو غير ذلك. القوانين الفقهية ص/ ١٧٤.

الثلثين باتفاق المتأخرين.

وإن قال: بعثك بما قامت علي، استحق مع الثلثين ما بذله من أجره القصارة والكماد والطراز والخطاطة والصبغ، وشبه ذلك مما له عين قائمة، ويستحق له قسطه من الربح إن سمي لكل عشرة ربحا. فأما ما ليس له عين قائمة إلا أنه يؤثر في السوق زيادة فيه وتنمية للثلثين، فإنه يستحقه، لكن لا يستحق له قسطا من الربح وذلك كالإنفاق وكراء الحمولة.

ولا يستحق ما خرج عن القسمين كأجرة الطي والشد وكراء البيت ونفقة البائع على نفسه، مالكا للمال كان أو مقارضا فيه، وأجرة السمسار كذلك.

وقال بعض المتأخرين: أجره السمسار لا بد منها فكان القياس أن نحسب ونحسب لها الربح وإن لم يكن لها عين قائمة.

وتشترط معرفة المبتاع بما اشتراها به أو ما قامت عليه. فإن كانت مجهولة عنده لدى العقد بطل عقده، ويجب على البائع حفظ الأمانة بالصدق في قدر ما اشترى به، وبالإخبار عما طرأ في يده من عيب منقوص أو جناية، ويلزمه الإخبار عن الغبن بالعقد وتقدم تاريخ الشراء، وعن كل ما لو علم به المبتاع لقلل علمه به رغبته في الشراء.

ولو نقد غير ما عليه عقد وجب عليه التبيين. ويجب ذكر تأجيل الثلثين. وأما إن اغتال من ذلك غلة من ربع أو حيوان فليس عليه أن يبين ذلك إذا لم يطل ولا حالت الأسواق.

وأما الصوف يجزه فليبين؛ لأنه إن لم يكن يوم التبايع نابتا فقد طالت مدة البيع وإن كان نابتا فله حصة من الثلثين، فلا بد من البيان على كلا الوجهين. فإن قيل: فلو كذب البائع في الثلثين؟

قلنا: أما في قيام السلعة، فيخير المبتاع بين أخذها بجميع الثلثين أو ردها إلا أن يحط البائع بالكذب وربحه فتلزم المبتاع، فإن أبيا ما جعل لكل واحد منهما انفسخ البيع بينهما. وفي المبسوط عن عبد الملك بن الماجشون: لا يلزمه البيع بحطية الكذب وربحه، وأشار إلى أن الاطلاع على كذبه يشعر بخبث مكسبه، والمشتري يكره معاملة من كان كسبه خبيثا.

وفرق بعض المتأخرين، فقال: إن اطلع على كذبه من غير أن يأتي متصلا كان كما قال عبد الملك، وإن أتى متصلا فلا يكون للمبتاع مقال.

وأما في الفوت فعلى المبتاع قيمتها يوم قبضها، إلا أن يكون ذلك أكثر من الثلثين بالكذب وربحه فلا يزداد عليه، أو يكون أقل من الثلثين الصحيح وما قابله من الربح فلا ينقص منه.

وروى علي: أن البائع يخبر بين أخذ الربح على ثمن الصحة، وبين أخذ قيمتها، إلا أن يشاء المبتاع أن يثبت على ما اشتراها به، فإن أبى فعليه القيمة يوم ابتاعها، إلا أن تكون القيمة أكثر من الثمن بالكذب وربحه، فلا يزداد عليه، أو أقل من الثمن الصحيح وما قابله من الربح فلا ينقص منه.

وقيل: إن الواجب مع فوت السلعة طرح الكذب وربحه من غير التفات إلى القيمة. وقد رُئي قائل ذلك أنه العدل بين هذين المتبايعين.

ثم فوت السلعة يكون بالزيادة والنقصان، وفي كون حوالة الأسواق فوتاً قولان: سببهما النظر إلى صحة البيع فيلحق بالعيوب الموجبة للرد أو النظر إلى أن المآل في هذا فساد، فيلحق بالبيع الفاسد.

وعلى هذا أيضاً القولان في القيمة متى تكون؟ هل يوم البيع إلحاقاً له بالبيع الصحيح، أو يوم القبض إلحاقاً له بالبيع الفاسد؟

ولو كانت السلعة مما يكال أو يوزن لكانت كالفائضة يرد مثلها صفة ومقداراً إن لم يرض بها بجميع الثمن إلا أن يحط عنه البائع الكذب وما قابله من الربح، فتلزمه على المشهور كما تقدم.

ولو غلط في الثمن بنقصان، وصدقه المشتري على ذلك أو قامت به بينة لخبر المبتاع بين أخذها بما صدقه عليه مع ربح ذلك، أو تركها، إلا أن يتركها له البائع بالثمن الأول وما يقابله من الربح.

وإن تراضيا على ذلك جاز، فاعلم.

الضرب الثالث: ما يطلق في المبيع، وهو في غرضنا ستة ألفاظ.

الأول: لفظ الأرض.

ويندرج تحتها الأشجار والبناء، كما تندرj هي تحت البناء والأشجار. ولا يندرج الزرع إن كان ظاهراً، كما بؤر الثمار، ويندرj إن كان كامناً، على إحدى الروايتين. والحجارة إن كانت مخلوقة في الأرض اندرجت، وإن كانت مدفونة فلا، إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها.

اللفظ الثاني: البستان.

وفي معناه الحديقة والجنان، وهو يستتبع الأشجار.

اللفظ الثالث: الدار.

ولا تندرj تحتها المنقولات. وتندرj الثوابت، وما أثبت من مرافق البناء كالأبواب والأشجار والرفوف والسلالم المثبتة بالمسامير.

اللفظ الرابع: العبد.

ولا يتناول مال العبد، وإن كان المذهب أنه يملك، ويتناول ثيابه التي عليه، إذا كانت تشبه مهنته.

فرع: قال الشيخ أبو إسحاق: ولو شرط في الأمة تسليمها عريانة، لم ينفعه شرطه، وعليه مواراتها.

اللفظ الخامس: الشجر.

وتندرج تحته الأغصان والأوراق وكذلك العروق.

ويستحق الإبقاء مغروسا، فإن كان عليها ثمرة مأبورة لم تندرج تحته، وغير المأبورة تندرج، وفي معنى المأبورة كل ثمرة انعقدت وظهرت للناظرين.

فرع: لو تأبر شطر الثمار حكم بانقطاع التبعية فيه دون الشطر الذي لم يؤبر، وإن تأبر أكثرها حكم بانقطاع التبعية في الكل.

وروي أن غير المؤبر يتبع، وإن كان الأقل.

وقال عبد الملك: أما ما بيع من النخل التي لم تؤبر وفيه طلع، فإن كان حين باعه قد تبلى طلعها وظهر إغريضه وبلغ مبلغ الإبار في غيره، فثمره في عامة ذلك للبائع، إلا أن يستثنى المبتاع، وإن كان لم يبلغ هذا المبلغ فهو للمبتاع وإن لم يستثنه.

وليس لمشتري الأشجار أن يكلف البائع قطع الثمار، بل له الإبقاء إلى أوان القطاف، ولكل واحد أن يسقي الأشجار إذا كان يحتاج إليه إن لم يتضرر صاحبه بذلك.

اللفظ السادس: بيع الثمار في رموس النخل.

وموجب إطلاقه بعد الزهو استحقاق الإبقاء إلى أوان القطاف كما تقدم، وأما قبل الزهو فيصح العقد بشرط العقد ويبطل بشرط التبقية؛ لأنها تتعرض للعاهات، فلا يوثق بالقدرة على التسليم حال القطاف.

واختلف في صحة العقد، إذا وقع عريا عن الشرطين على قولين سببهما الخلاف في إطلاق العقد: هل يقتضي التبقية فيبطل كما في اشتراطها، أو القطع فيصح كاشتراطه؟.

والأول: رأي البغداديين في حكايتهم عن المذهب، وتابعهم عليه الشيخ أبو محمد وأبو إسحاق التونسي ومن وافقهما من المتأخرين.

والثاني هو ظاهر الكتاب عند أبي القاسم بن محرز وأبي الحسن اللخمي ومن وافقهما من المتأخرين استقراء من قوله في كتاب البيوع الفاسدة فيمن اشترى ثمرة نخل قبل أن يبدو صلاحها فجدها قبل بدو الصلاح: البيع جائز إذا لم يكن في أصل البيع شرط أن يتركها حتى يبدو صلاحها.

ووجه هذا القول صرف الإطلاق إلى العرف الشرعي كما بعد الزهو، ولأن التبقية انتفاع بملك آخر لم يشترط ولم يقع البيع عليه.

فرعان: الأول: إذا اشترى الثمرة والشجرة في صفقتين، فبدأ بالشجرة ثم اشترى الثمرة قبل الزهو، صح البيع، وكان كما لو اشترهما معا وكانت الثمار معها في حكم التبع.

وقيل: لا يصح، وبهذا أخذ ابن عبد الحكم والمغيرة وابن دينار.

وإذا فرعنا على المشهور، فله أن يبقيا عليها، ولا يجب القطع ولا يفسد به البيع.

ولو باع الشجرة وأبقى الثمرة لم يجب اشتراط القطع؛ لأن المبيع هو الشجرة، ولا خوف فيها، وكذلك لو باع الشجرة مع الثمرة لم يشترط القطع لفقد العلة المذكورة.

الفرع الثاني: بدو الصلاح في البعض كاف، لكن يشترط اتحاد الجنس، ولا يشترط أن يتحد النوع ولا البستان بل يباع بطيب الحوائط المجاورة له؛ لأن الكل في معنى الحائط الواحد إذا هدم الجدر الفاصلة فجعل الكل حائطا واحدا.

وقيل: بل يشترط اتحاد البستان.

وقال القاضي أبو الحسن: إذا بدا الصلاح في جنس من الثمار في بستان في نخلة أو في بعضه ولو عذق في نخلة منه، جاز بيعه كله بطيب البعض، وجاز بيع ثمر النخل الذي في البساتين حولها كلها وفي ذلك البلد، وإن لم يطب فيها غير الذي طاب في ذلك البستان من الجنس المبكر الذي يتقدم فلا يباع غيره بطيبه.

وهذا القول يرجع إلى إقامة وقت بدو الصلاح مقام نفسه.

ولو كانت الأشجار مما تطعم بطين في سنة، ففي جواز بيع البطن الثانية بدو صلاح الأولى قولان، المشهور منهما المنع.

وصلاح الثمار بأن يطيب أكلها، يأخذ الناس في الأكل، ويظهر مبادئ الحلاوة.

وليحذر من الربا، فلا تباع الثمار بجنسها.

فلو باع الحنطة في سنبلها بالحنطة، فهي المحاقلة المنهي عنها، وهي ربا.

ولا يمكن الكيل في السنابل.

وفي معنى الحنطة كل ما لا يجوز بيعه بها متفاضلا، وكذلك لو باع الرطب بالتمر فهي المزابنة المنهي عنها.