

باب اختلاف المتبايعين

قال: «إذا اختلف المتبايعان في ثمن السلعة، أو في شرط الخيار أو الأجل أو قدرهما، ولم يكن لهما بينة - تحالفا».

والأصل في قاعدة التحالف قوله ﷺ: «إِذَا^(١) اختلفَ البائعُ فَلَقولُ قولِ البائعِ والمُبتاعُ بالخيارِ»^(٢).

(١) في د: إذا.

(٢) روي الحديث عن ابن مسعود من طرق كثيرة منها:
الطريق الأول:

من رواية عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف البيعان، فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار». أخرجه أحمد (٤٦٦/١)، والترمذي (٥٧٠/٣) كتاب البيوع، باب: ما جاء إذا اختلف البيعان، الحديث (١٢٧٠)، والبيهقي (٣٣٢/٥) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، من طريق محمد ابن عجلان، عن عون بن عبد الله به.

وأخرجه البيهقي (٣٣٢/٥) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، من طريق يعقوب ابن عبد الرحمن، عن ابن عجلان، عن عون بن عبد الله بن عتبة؛ أن ابن مسعود، والأشعث بن قيس تبايعا، فاختلفا في الثمن، فقال ابن مسعود: اجعل بيني وبينك من أحببت، فقال له الأشعث: فإنك بيني وبين نفسك، فقال ابن مسعود: إذا أفضي بما سمعت من رسول الله ﷺ، سمعته يقول... وذكر مثله.

قال الترمذي: (هذا حديث مرسل؛ عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود)، وهكذا قال البيهقي، وزاد: (وقد رواه الشافعي عن ابن عيينة عن ابن عجلان في رواية الزعفراني والمزني عنه، ثم قال الزعفراني قال أبو عبد الله - يعني الشافعي - : هذا حديث منقطع، لا أعلم أحدا يصله عن ابن مسعود، وقد جاء من غير وجه).

قال العلائي في جامع التحصيل (ص/ ٢٤٩): عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عم أبيه عبد الله بن مسعود، هو مرسل، قاله الترمذي والدارقطني، وذلك واضح.
الطريق الثاني:

من رواية عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود قال: «باع عبد الله بن مسعود الأشعث بن قيس سبعا من سبي الإمارة بعشرين ألفا، فجاءه بعشرة آلاف فقال: إنما بعثك بعشرين ألفا، قال: إنما أخذتها بعشرة آلاف، قال: فأني أرضى في ذلك برأيك، فقال ابن مسعود: إن شئت حدثت عن رسول الله ﷺ فعلت، قال: أجل، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا تبايع المتبايعان يباعا ليس بينهما شهود، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع» قال الأشعث: فأني قد رددت عليك.

أخرجه ابن الجارود ص (٢١١ - ٢١٢) أبواب القضاء في البيوع، الحديث (٦٢٤)، والدارقطني (٣/ =

رواه الترمذي عن ابن مسعود.

٢٠ = كتاب البيوع، الحديث (٦٥٠) كلاهما من رواية عمر بن قيس الماصر، عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه. واختلف في سماع عبد الرحمن من أبيه، وكان سفيان الثوري، وشريك، وشعبة يقولون: إنه سمع من أبيه، وكذا قال أبو حاتم، وابن معين. وينظر: جامع التحصيل (ص - ٢٢٣). وأخرجه الطيالسي (ص: ٥٣)، الحديث (٣٩٩)، وأحمد (١/ ٤٦٦)، والبيهقي (٥/ ٣٣٣) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، من طريق المسعودي، عن القاسم بن عبد الرحمن قال: بايع عبد الله، فذكر الحديث ولم يذكر أباه عبد الرحمن. وكذلك رواه عبد الرزاق (٨/ ٢٧١)، الحديث (١٥١٨٥)، عن سفيان الثوري، عن معن بن عبد الرحمن عن أخيه القاسم به، والدارقطني (٣/ ٢٠) كتاب البيوع، الحديث (٦٤)، من طريق أبي العميس عتبة بن عبد الله المسعودي قال: سمعت القاسم يذكر عن عبد الله الطريق الثالث:

من رواية عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس، عن أبيه عن جده قال: «اشترى الأشعث رقيق الخمس من عبد الله بعشرين ألفاً» فذكر مثله.

أخرجه أبو داود (٣/ ٧٨٠) كتاب البيوع والإجازات، باب: إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٧٤)، الحديث (٣٥١١)، والنسائي (٧/ ٣٠٢، ٣٠٣) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين في الثمن، وابن الجارود في المنتقى (ص: ٢١٢)، أبواب القضاء في البيوع، الحديث (٦٢٥)، والحاكم (٢/ ٤٥) كتاب البيوع، باب: إذا اختلف البيعان، والدارقطني (٣/ ٢٠) كتاب البيوع، الحديث (٦٣)، والبيهقي (٥/ ٣٣٢) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين.

وقال الحاكم: (صحيح الإسناد)، ووافقه الذهبي، وقال البيهقي: (هذا إسناد حسن موصول). وقال ابن حزم في عبد الرحمن (٨/ ٣٦٨): (إنه مجهول ابن مجهول. قال: ومحمد بن الأشعث لم يسمع من ابن مسعود) وتبعه ابن القطان كما في نصب الراية (٤/ ١٠٥ - ١٠٦)، وزاد: (وكذلك جده محمد، إلا أنه أشهرهم، وهو أبو القاسم بن الأشعث، روى عنه مجاهد والشعبي والزهرري وعمر ابن قيس الماصر وسليمان بن يسار، وروى هو عن عائشة، أما روايته عن ابن مسعود فمقطعة. اهـ). الطريق الرابع:

من رواية القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن عبد الله بن مسعود قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «البيعان إذا اختلفا والمبيع قائم بعينه وليس بينهما بينة، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع». أخرجه الدارمي (٢/ ٢٥٠) كتاب البيوع، باب: إذا اختلف المتبايعان، وأبو داود (٣/ ٧٨٣) كتاب البيوع والإجازات، باب: إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، الحديث (٣٥١٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧) كتاب التجارات، باب: البيعان يختلفان، الحديث (٢١٨٦)، والدارقطني (٣/ ٢١) كتاب البيوع، الحديث (٧٢)، والبيهقي (٥/ ٣٣٣) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، كلهم من رواية هشيم، عن ابن أبي ليلى، عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه به، إلا أن أبا داود لم يسق متنه بل أحاله على الذي قبله، وقال: (فذكره بمعناه، والكلام يزيد وينقص).

أخرجه الدارقطني (٣/ ٢١) كتاب البيوع، الحديث (٦٧) من طريق إسماعيل بن عياش: ثنا موسى بن عقبة عن ابن أبي ليلى، عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه عن جده مرفوعاً: «إذا اختلف المتبايعان في البيع والسلعة كما هي لم تستهلك، فالقول قول البائع، أو يترادان البيع» ورواه الحسن بن عمارة عن القاسم عن أبيه أيضاً، لكنه أتى فيه بسياق مخالف فقال: «إذا اختلف

ومعناه: أن المبتاع بالخيار بين إمساكه بما حلف عليه البائع، وبين أن يحلف على ما يقوله، تفسيره الرواية الأخرى: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالُفًا، وَقَوْلُهُ ﷺ: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(١)، وكل من المتبايعين منكر ومدع؛ ولأن البائع يدعي الزيادة في الثمن وينكر النقصان، والمشتري يدعي تملك العين بالثمن الأول، وينكر الزيادة، ويوضح ذلك أن لكل منهما إقامة البينة ابتداءً على ما ادَّعاه، والبينة إنما تسمع من المدعي على مُنْكَرٍ.

وكان قياس الخصومات يقتضي أن يكون القول قول المشتري [إذا كان الاختلاف في الثمن؛]^(٢) كما صار إليه أبو ثور؛ لأنَّ الملك مسلم إليه، وقد ادَّعى عليه الزيادة، وهو ينكرها. ولكن صرفنا عنه ما ذكرناه من الأحاديث.

والمعنى: أنه لَمَّا كثر الاختلاف في العقود، ومَبَّئِيّ المعاوضات على تساوي المتعاضين، ففي تصديق أحدهما إضرار بالآخر.

ولا فرق في ذلك بين أن تكون السلعة قائمة أو تالفة، ولا بين أن يكون بعد لزوم العقد أو قبله، خلافاً للقاضي الحسين؛ فإنه قال: «لا تجزئ في زمن الخيار؛ لإمكان الفسخ بغيره»، وهو ما حكاه الماوردي في كتاب «السلم» فيما إذا اختلفا في الأجل قبل التفريق، وزاد أنه لا عقد بينهما، وقد أبطل ما قاله القاضي بأنه وافق على جواز التحالف في القراض مع جوازه، وقد نصَّ الشافعيُّ على التحالف في الكتابة مع

= البيعان فالقول ما قال البائع، فإذا استهلك فالقول قول المشتري».

أخرجه الدارقطني (٢١/٣) كتاب البيوع، الحديث (٦٦)، والحسن بن عمارة متروك ساقط. ورواه أحمد، عن ابن مهدي: ثنا سفيان عن معن عن القاسم، عن عبد الله، بدون ذكر عبد الرحمن بينهما. (١) ذكر هذا الحديث الإمام النووي في الأذكار (ص - ٤٤٧) بلفظ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر». وقال: هو حسن بهذا اللفظ وبعضه في الصحيحين.

قلت: أخرجه بهذا اللفظ البيهقي (٢٥٢/١٠) كتاب الدعوى والبيئات، باب البينة على المدعي. وأصله أخرجه البخاري في الصحيح (٢١٣/٨) كتاب التفسير، باب: «إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم» حديث (٤٥٥٢)، ومسلم (١٣٣٦/٣) كتاب الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، حديث (١٧١١/١) من طريق ابن أبي مليكة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه». لفظ مسلم.

(٢) سقط في د.

جوازها من جانب المكاتب، وللقاضي أن يفصل عن القراض بأن محله بعد الخوض في العمل؛ فإن الاختلاف قبل الخوض فيه لا معنى له، مع أنه يعرض له أن يجعل نفس التناكر تفاسحًا، وإذا كان كذلك فللتحالف فائدة لا يفيدتها الفسخ، بخلاف فسخ البيع في زمن الخيار؛ فإنه لا يبقى شيئًا يزيله التحالف. ثم الاختلاف في الثمن يكون من ثلاثة أوجه:

أحدها: في قدره، كما إذا قال: بعتك بألف، فقال: بل بخمسمائة.
والثاني: في جنسه، كما إذا قال: بعتك بالدنانير فقال: بل بالدرهم.
والثالث: في نوعه، كما إذا قال: بعتك بقاساني، فقال: بل بنيسابوري، وأمثال ذلك.
والاختلاف في شرط الخيار والأجل يكون من وجهين، كما ذكره الشيخ:
أحدهما: في أصله، بأن يقول أحدهما: تبايعنا بشرط الخيار أو الأجل، فينكر الآخر.

والثاني: في قدره، بأن يقول أحدهما: شرطنا الخيار ثلاثة أيام، والأجل شهرًا، فيقول الآخر: بل يومين وعشرة أيام، مثلًا.
وعدول الشيخ عن قوله: «أو قدرها»؛ أعني للثمن والخيار والأجل إلى قوله: «أو قدرهما» لدلالة ذلك على جواز التحالف عند الاختلاف في قدر الثمن من طريق الأولى؛ لأن أثر طول الأجل [والخيار]^(١) وقصرهما يظهر في الثمن؛ إذ هو يزيد بزيادتهما ويقل بقصرهما، أو لأنّ الثنية لا تعود إلى الخيار والأجل، بل إلى النوعين اللذين ذكرهما، فالأول ما لا بد منه، وهو الثمن، والثاني ما منه بد، وهو ما يصح اشتراطه من خيار وأجل، والله أعلم.

ولو وقع الاختلاف في انقضاء الأجل، مع الاتفاق على قدره فلا تحالف، والقول قول من عليه الأجل، وحكم المبيع إذا وقع الاختلاف فيه، وكان الثمن معينًا - حكم الثمن، وإن كان في الذمة فينظر: إن وقع الاتفاق على شيء من المبيع، والاختلاف في ضميمته إليه، مثل أن يقول: بعتك هذا العبد بألف، فيقول: بل هو وهذه الجارية بألف - فيجري التحالف أيضًا، صرح به المحاملي، والماوردي، وابن الصباغ، والمتولي، وغيرهم.

(١) سقط في ج.

وإن لم يقع الاتفاق على شيء من المبيع، بأن يقال: بعتك هذا العبد بألف فقال: بل هذه الجارية - فسيأتي الكلام فيه.

وحكم الاختلاط في شرط الرهن والضمين وفي قدرهما حكمه في الأجل، وهو جار في كل ما يجوز شرطه، من كون المبيع كاتباً أو خياطاً ونحو ذلك، وكذا [في] البراءة من العيوب، إذا صححنا هذا الشرط، كما صرح به القاضي الحسين في «التعليق»، وحكى اختلاف الأصحاب في حد ما يشرع التحالف فيه، فقال: منهم من قال: أن يتنازعا على وجه بعد اعترافهما بالانعقاد، لو تنازعا على ذلك الوجه حالة العقد امتنع به الانعقاد؛ لأجل المخالفة.

ومنهم من قال: أن يتنازعا على وجه تُسمع بيته كل واحد منهما، ولو أقاما جميعاً البينة تعارض بينهما. ومنهم من قال: أن يتنازعا في مقصود في العقد أو مشروط فيه، لو أقام كل واحد منهما [عليه] ^(١) البينة سمعت.

وقال: القياس في شرط الكتابة والبراءة أن لا تحالف، والقول قول البائع، وهذا قد صرح به المتولي في شرط الكتابة حكايةً عن بعض الأصحاب، وهو قضية ما حكاه في «الإشراف» عن ابن سريج في أن التحالف لا يجري في الاختلاف في الخيار والأجل، وضبط الإمام ما يجري التحالف فيه بكل عقد يشتمل على عوض. أما إذا كانت لهما بينة، وقلنا: يستعملان - ففي الرافعي و«التتمة»: أنه يتوقف على ظهور الحال.

وفي «شرح» ابن التلمساني: أنه ^(٢) لا تجيء القسمة، وفي القرعة والوقف وجهان، والمذكور في «الحاوي» وجه القرعة.

تنبيه: كلام الشيخ يشمل ما إذا كان المتبايعان وكيلين، أو مالكين، أو أحدهما وكيلاً والآخر مالكاً، وقد حُكي في خلف الوكيل وجه آخر: أنه لا يجوز، ويحلف موكله، وهو المحكي في «المرشد»، ولا نزاع في أنّ الوارث يقوم مقام مورثه في التحالف.

فرع: لو قال: بعتك هذا العبد بهذا الثوب وثوب آخر تلف في يدك، وقال

(١) سقط في د.

(٢) في د: أنها.

المشتري: إنما اشتريته بهذا الثوب لا غير.

قال القاضي الحسين في «تعليقه»: هذا يبني على تفريق الصفقة، وقدر ما يخبر به العقد.

فإن قلنا: لا تفرق الصفقة في الانتهاء، وينفسخ العقد في القائم أيضًا.

وإن قلنا: تفرق ويأخذ القائم بجميع الثمن، فلا معنى للتحالف؛ لأنه في الأولى لا يدعى بقاء عقد في الحال حتى يرد عليه التحالف، وفي الثانية يلزمه جميع العبد في مقابلة الثوب الذي في يد المشتري، وإن قلنا: يأخذه بالحصّة، فيتحالفان؛ لأنه نزاع في قدر ما يلزم تسليمه من العبد المُشْتَرَى.

قال الإمام: وهذا الذي ذكره حسنٌ سديدٌ، ولكن يتطرق الكلام إليه في شيء، وهو إذا قلنا: البدل في مقابلة الباقي، فهذه الحالة لو جرت تضمنت خيار البائع، والمشتري ينكره؛ فقد أدى التنازع إلى تناكر في الخيار، وهو مستند إلى نزاع في المعقود عليه؛ فيتجه التحالف كما لو تنازعا في شرط الخيار، ثم قال: هذا نظرنا الآن، والرأي بعد ذلك مشترك بين الفقهاء.

قلت: ويتجه أن يقال: الاختلاف الذي يقتضي التحالف ما ينقص به الثمن أو يزيد، كما صرح به الأصحاب آنفًا، وذلك في أمر يقترن بالعقد أو ما في معنى الاقتران؛ إذ هو حالة المقابلة، وإذا كان كذلك فهذا الخيار المختلف فيه بعد ذلك يثبت؛ فلا يقتضي زيادة في الثمن ولا نقصانًا، ويصح ما قاله القاضي، والله أعلم.

قال: «فبدأ البائع؛ لما روى النسائي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ - أمر البائع أن يحلف، ثم يختار المبتاع، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك^(١)، ولأن جنبته أقوى بعد التحالف؛ إذ المبيع يرجع إلى ملكه، والأصل في اليمين أن يكون من طرف من جانبه أقوى، ولأن البائع يأتي بصدر العقد؛ فكان أولى بالبداية، وهذا نصه هاهنا، ويوافقه نصه في السلم أنه يبدأ بالمسلم إليه^(٢)، وفي الكتابة بالسيد، ويخالفه نصه في الصداق على أنه يبدأ بالزوج، وهو في رتبة المشتري، ولأجله خرج بعض الأصحاب منه قولاً

(١) أخرجه النسائي (٣٠٣/٧) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين في الثمن، برقم (٤٦٤٩)،

وأحمد (٤٦٦/١)، والحاكم (٥٥/٢)، كتاب البيوع، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٣٢/٥)

كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، من حديث ابن مسعود - رضي الله عنه - مرفوعاً.

(٢) في د: فيه.

إلى هاهنا: أنه يبدأ بيمين المشتري.

ووجهه بأنه أقوى جنبه؛ لكون المبيع وقت التحالف على ملكه، وقد خرج بعضهم من نصه في كتاب «الدعاوى والبيئات» على أنه إن بدأ البائع باليمين خبير المشتري، وإن بدأ بها المشتري خبير البائع - قولاً ثالثاً: أنهما يستويان، ووجهه أن كلا منهما مدعٍ ومدعى عليه، وقد حكى أن الشيخ أبا حامد قال: «إنه الأقيس».

فعلى هذا يتخير الحاكم في البداية بأيهما، وهو ما جزم به الماوردي والمحاملي وابن الصباغ وغيرهم.

وقيل: يقرع بينهما، ورجحه الإمام، والصحيح ما قاله الشيخ، وبه جزم بعضهم، وفرق بين البائع والزوج بأن أثر التحالف في النكاح يظهر في الصداق، والزوج في رتبة بائع له، ولأن جانبه أقوى بعد التحالف؛ فإن النكاح يبقى له، فهو بمنزلة البائع، وحمل نصه في الدعاوى على حكاية مذهب الغير، وبعضهم حمّله على أن ذلك راجع إلى الاجتهاد؛ فإن للاجتهاد مساعاً^(١) فيها، ومحل هذا الخلاف - على ما حكاه الإمام - فيما إذا باع عرضاً بثمن في الذمة. أما إذا تبادلا عرضاً بعرض فلا تتجه إلا التسوية.

قال الرافعي: وينبغي أن يتخرج ذلك [الخلاف]^(٢) على أن الثمن ماذا؟ وهل هذا الخلاف في الاستحباب أو الاستحقاق؟ فيه وجهان في «الحاوي»: أظهرهما: الأول، والذي نقله الإمام: الثاني^(٣).

واعلم أن ما ذكرناه من تقديم البائع [أو المشتري]^(٤) يجري في كل من حلّ محلها من: مسلم ومسلم إليه، ومساقٍ ومساقى، ومُقَارِضٍ ومُقَارِضٍ، ومُسْتَأْجِرٍ

(١) في ج: الاجتهاد مشاع. (٢) سقط في د.

(٣) قوله: ونص الشافعي هنا أن الحكم يبدأ بيمين البائع، وفي قول مخرج: بيمين المشتري، وفي قول: أنهما يستويان.

ثم قال: وهل هذا الخلاف في الاستحباب أو الاستحقاق؟ فيه وجهان في «الحاوي»، أظهرهما: الأول، والذي نقله: الإمام الثاني. انتهى.

وما نقله عن الإمام من كون التقدم على سبيل الاستحقاق غلط؛ فإن الإمام لم يتكلم في هذه المسألة بشيء. نعم، نقل الإمام وجوب تقديم النفي على الإثبات؛ فسرى الوهم إلى المصنف بسببه، فاعلمه. [أ و].

(٤) سقط في د.

وَأَجْرٍ، وَمُكَاتَبٍ وَمُكَاتَبٍ، وزوج وزوجة في صداق أو عوض خلع، وغير ذلك على ما صرح به الإمام.

قال: فيحلف إنه ما باع بكذا، ولقد باع بكذا، ويحلف المشتري: إنه ما اشترى بكذا، ولقد اشترى بكذا، أي: بعد أن يعرض عليه ما حلف عليه البائع فينكر؛ كما صرح به المحاملي.

والدليل على أن كلاً منهما يأتي بالنفي والإثبات: أنه مدع؛ فيحتاج في إثبات ما يدعيه إلى اليمين على الإثبات، ومدعى عليه؛ فيحتاج في نفي ما ادّعاه عليه به إلى يمين النفي.

ووجه تقديم النفي على الإثبات: أن الأصل يمين المدعى عليه، ولأجل ذلك سمعت يمين الإثبات قبل النكول؛ تبعاً لما هو الأصل.

ووجه الجمع بينهما في يمين واحدة: أن ذلك أقرب إلى فصل القضاء، وهذا هو الصحيح في الطرق، ووراءه وجوه أخرى:

أحدها: أنه يكتفي بيمين النفي؛ قياساً على سائر الخصومات، وهو مخرج من نصح فيما إذا كان في يد رجلين دار، فادعى كل منهما [أن] (١) جميعها له؛ فإنه قال: يحلف كل منهما على مجرد نفي استحقاق صاحبه ما في يده، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، فالآخر يحلف يميناً أخرى على الإثبات (٢).

(١) سقط في ج.

(٢) قوله: فيحلف: إنه ما باع بكذا، ولقد باع بكذا، ووراءه وجوه أخرى، أحدها: أنه يكتفي بيمين النفي؛ قياساً على سائر الخصومات، وهو مخرج من نصح فيما إذا كان في يد رجلين دار، فادعى كل منهما أن جميعها له؛ فإنه قال: يحلف كل منهما على مجرد نفي استحقاق صاحبه ما في يده، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالآخر يحلف يميناً أخرى على الإثبات. انتهى.

وما ادعاه من أن هذا هو القول المخرج من مسألة الدعاوى غلط، وإن كان وجهها منقولاً؛ فإن الذي ذكره الأصحاب كلهم - حتى الرافعي - أن المخرج كالأول في أنه لا بد من يمين أخرى للإثبات - أيضاً - إلا أنه لا يأتي بها متصلة بيمين النفي، بل بعد حلف صاحبه على النفي، فيحلف الأول يمين النفي، ثم يحلفها الثاني، ثم يحلف الأول يمين الإثبات، ثم يحلفها - أيضاً - الثاني، حتى لو حلف الأول يمين النفي، فامتنع الثاني عنها - فلا يقضى للأول حتى يحلف يمين الإثبات، ولو امتنع الأول عن النفي وحلف الثاني عليهما - قضى له. هكذا قاله الرافعي في المسألتين، على خلاف ما يقتضيه كلام المصنف، وعلله الرافعي باحتمال صدقه في نفي ما يدعيه صاحبه، وكذبه فيما يدعيه هو، وقد تفتن المصنف في «المطلب» لذلك؛ فذكره على الصواب كما ذكره غيره. [أ و].

قال ابن يونس: قال القاضي أبو الطيب: وهذا هو الصحيح.

وقد فرق القائل الأول: بأن المثبت في مسألة الدار متميز عن المنفي؛ ولهذا إذا حلفا سلم لكل واحد ما في يده، وهاهنا المثبت لا يتميز عن المنفي؛ ولهذا إذا تحالفا لا يبقى حق أحدهما في العقد الذي أثبتته، وإذا لم يتميز أحدهما عن الآخر كان المدعي شيئاً واحداً يتضمن النفي والإثبات، وهو صفة العقد؛ فجمعنا بين الأمرين كذلك.

وقد خرج الأكثرون قولاً إلى مسألة الدعوى في الدار من مسألتنا: أنه يكتفي فيها بيمين واحدة جامعة بين النفي والإثبات.

وحكى الإمام والغزالي ذلك في «الدعوى والبيئات»، وقال هاهنا: إن مسألة الدار لا خلاف فيها^(١)، وليس هذا مما ينتقل فيه الجواب إلى الجانب الآخر حتى يفرض جريان القولين في الجانبين نقلاً وتخريباً، لكن مسألة الدار متفق عليها.

واقصر في «الوسيط» من هذا اللفظ في هذا الموضع على لفظ الاتفاق، وقد ساعدهما على ذلك أبو حامد والمحاملي.

قال الرافعي: «وهذا [هو]^(٢) الحق؛ لأن كل واحد منهما لا يحتاج فيما في يده إلى الإثبات، واليمين على الإثبات يمين الرد، فكيف يحلف الأول يمين الرد، وصاحبه لم

(١) قوله: وقد خرَّج الأكثرون قولاً إلى مسألة الدعوى في الدار من مسألتنا: أنه يكتفي فيها بيمين واحدة جامعة بين النفي والإثبات.

وحكى الإمام والغزالي ذلك في الدعوى، وأثبت هنا التخريج من مسألة الدار إلى مسألتنا، وقال: إن مسألة الدار لا خلاف فيها. انتهى.

واعلم أن التخريج من مسألة الدار إلى مسألتنا أشهر من عكسه، ودليله ما حكاه المصنف هنا عن الإمام والغزالي، والأصح: القطع في مسألتنا بالمنصوص كما قاله الرافعي، وطريقة التخريج ضعيفة عند الأصحاب؛ فإذا كانت طريقة التخريج في مسألتنا ضعيفة عند الأصحاب، مع أن الخلاف فيها أشهر من عكسه - فكيف يستقيم مع هذا أن يكون الأكثرون قائلين بالتخريج في عكسه؟! والذي أوقع المصنف في هذا: أن الرافعي قال: إذا فرعنا على التخريج من مسألة الدار إلى مسألتنا فهل يخرج من مسألتنا إلى مسألة الدار؟ قال كثيرون: نعم، والحق خلافه. فذهل المصنف عن التفرع، وسبق وهمه من «الكثيرين» إلى «الأكثرين»، وقد ذكر الرافعي ذلك في كتاب الدعوى، وعبر بما هو أوضح من تعبيره هنا، فقال: والطريق الثاني: أنهما غير مُقَرَّرَيْنِ بحالهما، ولكن يخرج من نصه في هذه المسألة قول في التحالف، وفي التخريج من التحالف اختلاف لأصحاب الطريقة الثانية. [أ] و.

(٢) سقط في د.

ينكل بعد؟ وكيف يحلفها الثاني، وقد حلف صاحبه؟.

[الثاني]^(١): ذهب أبو سعيد الإصطخري إلى تقديم الإثبات^(٢) على النفي^(٣)؛ [قياسًا على اللعان]^(٤).

قال أصحابنا: وليس بشيء؛ لأن اللعان لا نفي فيه؛ فإنه لا فرق بين أن يقول: إنه لمن الصادقين، وبين أن يقول: ليس من الكاذبين؛ فإنه مثبت للصدق في الحالين. [ومحل خلاف الإصطخري إذا اكتفينا بيمين واحدة جامعة بين النفي والإثبات، أمّا إذا قلنا: لا بد من يمينين، قال الماوردي: لا خلاف بينهم أنه يبدأ في اليمين الأولى بالنفي.

وفي «الشامل» إعادة خلاف الإصطخري على القولين، وكذلك في «مجموع المحاملي»^(٥).

والثالث - حكاه في «الإشراف» عن أبي الحسين بن القطان -: أنه لا ترتيب بين النفي والإثبات، فإن بدأ أحدهما بالنفي، حلف الثاني على الإثبات؛ ليكون ضده، وإن بدأ بالإثبات، حلف الثاني على النفي؛ ليكون ضده.

الرابع: نقل القاضي أبو حامد في «جامعه»: أن من أصحابنا من قال: يحلف كل منهما يمينين، فيقول البائع: والله ما بعث بكذا، ويقول المشتري: والله ما اشتريت بكذا، ثم يقول البائع: والله لقد بعته بكذا، ويقول المشتري: والله قد اشتريته بكذا^(٦). قال: وهو الأقيس، وبه أجاب في «المرشد».

وقال القاضي أبو الطيب في «تعليقه» عقيب هذا: اليمينان أصح عندي؛ لأن المنفي غير المثبت، وقد تقدم ما يمنع ذلك.

وعلى هذا القول قال الماوردي: لا يعرض الحاكم على المشتري قبول العقد بما

(١) سقط في د. (٢) زاد في د: واليمين على. (٣) في د: الإثبات.

(٤) سقط في د. (٥) سقط في د.

(٦) قوله - في المسألة -: والرابع: نقل القاضي أبو حامد في «جامعه»: أن من أصحابنا من قال:

يحلف كل منهما يمينين، فيقول البائع: والله ما بعث بكذا، ويقول المشتري: والله ما اشتريت بكذا، ثم يقول البائع: والله لقد بعته بكذا، ويقول المشتري: والله لقد اشتريته بكذا. انتهى.

هذا قد تقدم الكلام عليه، وأنه هو القول المخرج، وحيث قد تحصل فيما سبق على ثلاثة أوجه فقط، لا على أربعة. [أ و].

حلف عليه البائع يمين النفي، وإنما يعرض عليه ذلك بعد أن يحلف البائع يمين الإثبات.

ثم هذا التصوير مفرع على القول بأن البداية بالبائع، أمّا إذا قلنا: البداية بالمشتري، فتنعكس الحال.

ولو قيل: يبدأ بنفي من ادّعى عليه الزيادة من بائع أو مشتري؛ لأنه الأصل - لكان أولى، وفحوى كلام الأصحاب يدل على أن الاختلاف السابق فيمن يبدأ به إذا كان الاختلاف في غير المبيع.

والخامس - عكس الرابع من جهة الاختصار:- أن البائع يقول: والله ما بعث إلاّ بكذا، ويقول المشتري: والله ما اشتريت إلاّ بكذا.

التفريع:

إذا اكتفينا بيمين واحدة جامعة بين النفي والإثبات، فإذا حلف أحدهما، ونكل الآخر عن النفي و^(١) الإثبات - قضى للحالف.

وإن قلنا: يحلف كل واحد يمينين، فإذا حلف الأول على النفي ونكل الثاني عنه، عرضت على الأول يمين الإثبات، [فإن حلف قضى له، وإن نكل لم يقض له؛ لاحتمال صدقه في نفي ما يدعيه صاحبه، وكذبه فيما يدعيه.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه كما لو تحالفا^(٢).

ولو نكل الأول عن يمين النفي حلف الثاني يمين النفي والإثبات^(٣) وقضى له. ولو حلفا على النفي فوجهان:

(١) في ج: أو.

(٢) قوله: وإن قلنا: يحلف كل واحد يمينين، فإذا حلف الأول على النفي، ونكل الثاني عنه - عرضت على الأول يمين الإثبات، فإن حلف قضى له، وإن نكل لم يقض له؛ لاحتمال صدقه في نفي ما يدعيه صاحبه، وكذبه فيما يدعيه.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه كما لو تحالفا. انتهى كلامه.

ومقتضاه: أن ما قاله الشيخ أبو محمد وجه آخر مخالف لما تقدم، وليس كذلك؛ بل هو تفريع على عدم القضاء له؛ ولهذا عبر الرافي بقوله ثم: عن الشيخ أبي محمد: أنه كما لو تحالفا؛ لأن نكل المردود عليه عن يمين الرد نازل في دعاوى منزلة حلف الناكل أولاً. هذا لفظه، فتوهم المصنف أنها مقالة أخرى. [أ و].

(٣) سقط في د.

أصحهما - وبه قال الشيخ أبو محمد-: أنه يكفي ذلك، ولا حاجة بعده إلى يمين الإثبات؛ لأن المحجوج إلى الفسخ جهالة الثمن^(١)، وقد حصلت، وهذا يظهر أنه عين القول المخرج^(٢)، من مسألة الدار، إلا أن يقال: إنه لا يفسخ العقد على ذلك [القول]^(٣)، ويكون كما إذا قال: بعثك هذا العبد، فقال: بل هذه الجارية؛ فحينئذ يكون غيره.

والثاني: يعرض يمين الإثبات عليهما، فإن حلفا تم التحالف، وإن نكل أحدهما قضى للتحالف - وهذا ما حكاه ابن الصباغ - ولو نكلا جميعاً فوجهان: أحدهما: أن ذلك بمنزلة حلفهما.

والثاني: يوقف الأمر.

وأبدى الإمام إشكالاً فيما إذا حلفا يمين النفي، وحلف الأول يمين الإثبات، ونكل عنها الآخر من حيث إن يمين الإثبات من الأول عارضتها يمين النفي من الثاني فكيف يقضي بها؟

وأجيب عنه بأنهما صارا كاليمين الواحدة، والنكول عن بعض اليمين بمنزلة النكول عن جميعها؛ فلا معارضة.

فرع: لو كان المبيع جارية، ووقع الاختلاف في ثمنها، فهل يحل للمشتري وطؤها قبل التحالف؟ فيه وجهان، ولو جرى التحالف، وأراد الوطاء قبل الفسخ فوجهان مرتبان، وأولى بالتحريم.

قال: «إذا حلفا لم يفسخ العقد حتى يفسخ على المنصوص، أي: في الكتب الجديدة، والقديمة على ما حكاه القاضي أبو حامد، وهو الصحيح؛ لأن كلاً منهما يقصد بيمينه إثبات الملك؛ فلم يجز أن تكون موجبة لفسخ الملك؛ لأنهما ضدان، ولأن البينة أقوى من اليمين.

(١) في د: اليمين.

(٢) قوله: ولو حلفا على النفي فوجهان، أصحهما - وبه قال الشيخ أبو محمد-: أنه يكفي ذلك، ولا حاجة بعده إلى يمين الإثبات؛ لأن المحجوج إلى الفسخ جهالة الثمن، وقد حصلت، وهذا يظهر أنه عين القول المخرج... إلى آخر ما قال.

وهذا الذي قاله عجيب - أيضا - فإن هذا تفريع على أنه يحلف يمينين كما ذكره، والذي ذكره أولاً وادعى أنه المخرج إنما هو الاكتفاء بيمين النفي. [أ.و].

(٣) سقط في د.

ولو أقام كل منهما بينة على ما يقوله لا يفسخ العقد؛ فباليمين أولى [ألاً يفسخ]^(١)، ولأن العقد وقع صحيحاً باتفاقهما؛ فلا يفسخ إلا بالفسخ، قياساً على سائر العقود.

قال: «فإن رضيا بأحد اليمينين^(٢) - أي: على البذل بأن يقنع البائع بما قاله المشتري، أو المشتري بما قاله البائع - «أقر العقد»؛ لأن الآخر مقررٌ بوقوع البيع كذلك، فيجبر عليه إن لم يرض بعد».

قال: «وإن لم يرضيا فسخاً» - أي: بأنفسهما - من غير احتياج إلى إذن الحاكم [فيه]^(٣)، بعد جريان التحالف عنده؛ إذ هو شرطه؛ لأنه فسخ لاستدراك الظلامة في المبيع، فأشبه الرد بالعيب، وهذا هو الأظهر في الرافعي، والأقيس في «الوسيط» - وقال -: إذ قطعوا بأن البائع يفسخ بإفلاس المشتري، والمرأة تفسخ بإعسار الزوج بالنفقة.

وفي «الشامل»: «أن هذا لا يصح؛ لأننا لا نعلم أيهما يستدرك ظلّامته؛ لأن أحدهما ظالم» وهذا منه يدل على أنه لا يشترط على هذا الوجه أن يتوافقا على [هذا] الفسخ، بل أيهما فسخ كفى، كما صرح به البندنجي، فيكون قول الشيخ «فسخاً» - [أي]: على البذل، وقد وافق الشاشي ابن الصباغ على تضعيف هذا الوجه في «الحلية»، وحمله على حالة اجتماعهما على الفسخ، وكذلك صاحب «الإشراف»، وأورد على نفسه أن الفسخ الواقع منهما لا يختص بحالة التحالف؛ فإنهما لو تقايلا أو الحالة هذه جاز التقايل، ثم أجاب بأن معناه: أن القاضي لا يدعهما يتنازعا ويتبايعان^(٤) الحق، بل يقول لهما: إمّا أن ترضيا بأحد اليمينين، وإمّا أن أحملكما على الفسخ بالإجبار، ونظيره المُولي إذا امتنع عن الفيئة أجبره القاضي على الطلاق.

قال: «وقيل: لا يفسخ إلا بالحاكم»؛ لأنه فسحٌ مجتهد فيه، فافتقر إلى الحاكم^(٥) كالفسخ بالعنة والإعسار^(٦).

(٢) في التنبية: الثمين.

(٤) في د: ويتبعان.

(١) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٥) زاد في ج: في.

(٦) قوله: وقيل: لا يفسخ إلا بالحاكم؛ لأنه فسحٌ مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم؛ كالفسخ بالعنة

والإعسار. انتهى.

وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب، وميل ابن الصباغ إلى ترجيحه، وبه أجاب في «المرشد»، ثم ظاهر كلام الأئمة هاهنا: أن القاضي يتعاطى الفسخ بنفسه.

ويؤيده أن صاحب «الإشراف» قال: إن هذا قول من قال: إن القاضي يُطَلَّق على المولى. ويظهر أن يكون الأمر على هذا القول كما قاله الأصحاب في الفسخ بعيوب النكاح: أنّ للمرأة أن تفسخ بإذن الحاكم، أو يفسخ الحاكم بنفسه، والخيرة إليه على ما حكاه ابن الصباغ، وأن الخيرة إلى المرأة بعد الرفع إلى الحاكم بين أن تفسخ بنفسها وبين أن يفسخ بإذنها؛ كما قال القفال.

ويؤيده: أنهم قاسوا هذا القول على ما ذكرناه، لكن في «الوسيط»: [أنهم قطعوا بأن القاضي هو الذي يفسخ بعذر العنة، وإن كان المحكي في «الوسيط»^(١) في أحكام العنة موافقاً لما ذكرناه، فإنه قال: إذا قضى القاضي بالعنة فسخت كما في الجب وسائر العيوب.

وفيه وجه: أن القاضي هو الذي يتعاطى الفسخ [انتهى]^(٢).

ثم على هذا القول، لا يتوقف فسخ القاضي على طلبهما الفسخ.

قال في «الإشراف»: وقد غلط من ظن من أصحابنا أن الفسخ من القاضي يقف على طلب المتبايعين الفسخ، أو طلب أحدهما؛ لأن القاضي لا يتركهما يتماديان في الخصومة، كما في مسألة الشقاق.

وفي المسألة قولٌ مقابل للمنصوص: أن العقد يفسخ بنفس التحالف، وهو قول المزني في «المنثور» كما حكاه في «الإشراف».

ووجهه: ما روى أنه - عليه السلام - قال: «إِذَا اِخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفًا وَتَرَادًا»^(٣). وبالمقياس على فسخ النكاح؛ باللعان، فإنه يفسخ به، فعلى هذا: لو رضيا

= وما جزم به من كون الفسخ بالعنة لا ينفذ إلا من الحاكم قد ناقضه في موضعه - وهو باب الخيار في النكاح - فقال: وفي استقلالها بالفسخ وجهان، أقربهما - وذكر في «التتمة» أنه المذهب - الاستقلال؛ كما يستقل بفسخ المبيع بالعيب، والثاني - وهو مذهب العراقيين - أن الفسخ إلى الحاكم. هذا كلامه. [أ.و].

(١) سقط في د. (٢) سقط في د.

(٣) ذكره الحافظ في تلخيص الحبير (٧٤/٣) وقال: أما في رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث. وإنما توجد في كتب الفقه، وكأنه عنى =

بأحد الثمنين لم يقر العقد، واحتاجا إلى عقد جديد، وهل هذا الفسخ يرفع العقد من أصله أو من حينه؟ فيه وجهان، أولاهما: الثاني وهو ما جزم به القاضي الحسين في التعليق، ونفى سواه، ويحكي الأول عن أبي بكر الفارسي، وعليه يبني رد الزوائد والفوائد، وبني عليه أيضاً الشيخ أبو علي تتبع التصرفات بالنقض^(١)، وهو بعيد، ثم على قول الفسخ أو الانفساخ لا شك في النفوذ ظاهراً، وهل ينفذ باطناً؟ حكى [الماوردي وغيره من]^(٢) العراقيين فيه ثلاثة أوجه.

ثالثها: إن كان البائع صادقاً فنعم؛ لتعذر وصوله إلى حقه، كما لو فسخ بالإفلاس، وإن كان كاذباً فلا، لتمكنه من الوصول إلى ما ثبت له. واختار ابن أبي عصرون في «المرشد» عدم الانفساخ.

وهذه الوجوه تنتظم من طريقين حكاها الإمام فيما إذا قلنا: لا يفسخ بنفسه، وجزم بانفساخه باطناً إذا قلنا بقول الانفساخ، وكذلك هو موجود في «تعليق» القاضي الحسين أيضاً.

وقال المحاملي [في]^(٣) هذه الوجوه: «ترجع إلى وجهين؛ لأن البائع لا بد أن يكون ظالماً أو مظلوماً»، وسلك الغزالي طريقاً آخر فقال: فوضنا^(٤) الأمر إلى القاضي، فالظاهر أنه يفسخ في الباطن، وإن جوزناه للمتعاقدين، فإن تطابقتا على الفسخ انفسخ باطناً؛ كما لو تقايلا، وإن أقدم عليه من هو صادق فكمثل، وإن بادر الكاذب فلا يفسخ، فطريق الصادق أن ينشأ الفسخ إن أراد.

وتظهر ثمرة الاختلاف^(٥) في جواز تصرف البائع في المبيع بعد عوده إليه؛ فإنه لا

= الغزالي فإنه ذكرها في الوسيط، وهو تبع إمامه في الأساليب، وأما رواية التراد فرواها مالك بلاغاً عن ابن مسعود ورواها أحمد والترمذي، وابن ماجه بإسناد منقطع وقال الطبراني في الكبير: نا محمد بن هشام المستملي، نا عبد الرحمن بن صالح، نا فضيل بن عياض، نا منصور، عن إبراهيم، عن علقمة عن عبد الله مرفوعاً «البيعان إذا اختلفا في البيع ترادا». رواه ثقات، لكن اختلف في عبد الرحمن بن صالح وما أظنه حفظه، فقد جزم الشافعي: أن طرق هذا الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شيء موصول، وذكره الدارقطني في علله فلم يعرج على هذه الطريق، وله طريق أخرى عند أبي داود.

(١) في ج: بالقبض. (٢) سقط في د.

(٣) سقط في د. (٤) في د: فرضاً.

(٥) في د: الخلاف.

نزاع في أنه يعود إليه، فإن قلنا: إنه يفسخ في الباطن [حلّ له وطء الجارية المبيعة، والتصرف في المبيع كيف شاء، وإن قلنا: لا يفسخ في الباطن]^(١)، فلا، نعم، إن كان مظلومًا كان بمنزلة من كان له على شخص دين، وظفر بغير جنس حقه.

فرع: لو قال البائع: لم أعلم كوني كاذبًا ولا صادقًا، حلّ له أن يمسك المبيع؛ بناءً على أن الظاهر أنه لا يكذب، قاله القاضي الحسين.

فرع آخر: إذا انفسخ العقد بالتحالف، وكانت العين المبيعة تالفة - وجب مثلها إن كانت من ذوات الأمثال.

وفي «الحاوي»: أن الأصح من الوجهين أنه يرد قيمتها؛ لأنه لم يضمنها وقت العقد بالمثل، وإنما ضمنها بالعوض، بخلاف الغصب، وإن كانت من ذوات القيم ضمن قيمتها، سواء كانت قدر الثمن أو أقل أو أكثر.

وقال ابن خيران: «لا يستحق ما زاد على الثمن الذي يدعيه». صرح به في «الحلية»، وهو نازع إلى أن الفسخ لا ينفذ في الباطن، وأي قيمة تعتبر فيه؟ أربعة أوجه:

أصحها عند الغزالي: قيمة يوم التلف؛ لأن مورد الفسخ العين [لو بقيت،]^(٢) والقيمة خَلْفُ عنها.

والثاني: أقصى القيم من وقت القبض إلى وقت التلف؛ لأن يده يد ضمان، فتعتبر أقصى القيم، وهما الموجودان في طريقة العراق، وفي «التهذيب».

والثالث: قيمة وقت القبض؛ لأنه وقت الدخول في الضمان، وما حصل من زيادة أو نقصان؛ فهو في ملكه.

والرابع: أقل قِيمِهِ من وقت العقد إلى وقت القبض؛ لأنها إن كانت يوم القبض أقل فالنقص حصل في يد البائع؛ فلا يغرّمه المشتري، وإن كانت القيمة يوم العقد أقل فالزيادة حصلت في ملكه، وهذا ما حكاه القاضي الحسين في «تعليقه»، وقال الإمام: «إنه أضعفها».

قال الشيخ أبو علي: هذا الخلاف ناظر إلى أن العقد يرتفع من أصله أو من حينه؟ إن قلنا بالأول لزمه أقصى القيم، وإن قلنا بالثاني اعتبرنا قيمته يوم التلف.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

وقال المتولي: إن قلنا بالأول فهو كالمستام، أي: فتأتي فيه الأقوال الثلاثة التي ذكرناها في ضمان البيع الفاسد، وإن قلنا بالثاني فيجيء الوجه الذي حكيناه عن القاضي الحسين.

ومحل هذا الخلاف [ما حكاه في «الإشراف»]^(١): إذا قلنا: إن الفسخ يقع في الباطن.

ولو كانت العين المبيعة باقية بحالها لم يتعلق بها حق ثالث، ردّها، وكذا لو كانت زائدة، وإن كانت ناقصة ردّها مع الأرش، وهو قدر ما نقص من القيمة.

قال الشيخ أبو علي: وهذا أصل مطرد في المسائل: أن كل موضع لو تلف الكل كان مضموناً على الشخص بالقيمة، فإذا تلف البعض كان مضموناً عليه ببعض القيمة [الأولى]، إلا في تعيب الزكاة المعجلة في يد الفقير؛ فإنها لو تلفت ثم تلف المال، رجع عليه بقيمتها، ولو كانت قد تعيبت ففي الرجوع عليه بالأرش وجهان، وكذلك حكاه الإمام، وادعى انعكاسه بأن كل من لا يضمن القيمة إذا تلفت العين في يده، لا يضمن الجزء إذا تلف، كالبائع يتعيب المبيع في يده قبل القبض.

قلت: وهذا الأصل يستثنى منه مسائل، منها: المسألة التي نحن فيها؛ فإن الإمام حكى في آخر «النهاية» عن الشيخ أبي علي أنه تشبث بإجراء الخلاف فيها بعد أن قال: إن صاحب الوجه بعدم الرجوع بالأرش [إن طرده فيها]^(٢) كان قريباً من خرق الإجماع.

ومنها: لو تعيب الصداق في يد الزوجة قبل الطلاق، وعاد الشطر إليه، لم تغرم الزوجة الأرش، إذا اختار الزوج الرجوع إلى الشطر، ولو تلف لغرمت نصف القيمة على ما حكاه الغزالي.

ومنها: لو ردّ المبيع بعيب، فوجد الثمن قد تعيب في يد البائع - كان المشتري مخيراً بين أن يقنع به ولا أرش له، وبين أن يأخذ القيمة على أحد الوجهين، كما حكيناه من قبل.

ومنها: اللقطة إذا حضر مالكها، وقد تعيبت في يد الملتقط، فإنه يجري فيها مثل هذا الخلاف، مع أن ذلك لو تلف لرجع بالقيمة.

(٢) سقط في د.

(١) سقط في د.

ومنها: القرض إذا تعيب في يد المقترض، ثم رجع المقرض فإنه مخير: إن شاء رجع فيه ناقصاً ولا أرش له، وإن شاء رجع بمثله إن كان من ذوات الأمثال، كما حكاه الماوردي، ولم يحك سواه، وحكى فيما إذا كان الواجب رد القيمة خلاف ذلك.

ويقرب مما ذكرناه مما حكاه الغزالي عن نصّ الشافعي فيما إذا تعيبت العين المغصوبة في يد المشتري من الغاصب، وغرم أرشها: أنه يرجع بالأرش على الغاصب، ولو تلفت العين، وغرم قيمتها لم يرجع بها، والله أعلم.

وعتق المبيع، ووقفه، وبيعه وهبته مع القبض كتلفه، وتزويج الجارية [والعبد]^(١) عيبٌ حادث، وكذا إباق العبد، ولا يمتنع بسببه الفسخ؛ فإنه لا يزيد على التلف، ويغرم المشتري قيمته؛ لتعذر الوصول إليه، لكن الفسخ يرد على القيمة حتى يبقى العبد ملكاً للمشتري لو عاد، أو على عين العبد، وما يؤخذ للحيلولة، حتى يجب رده بعد العود؟ فيه وجهان.

أصحهما: الثاني.

والكتابة الصحيحة حكمها حكم الإباق فيما ذكرناه، وفيها طريقة قاطعة للشيخ أبي محمد^(٢)، بقاء الملك فيه للمشتري، ولو رهن المبيع، [قال الرافعي:]^(٣) «يخير البائع بين أخذ القيمة والصبر إلى [انفكاك الرهن]^(٤)، فإن أخذ القيمة كان فيما يرد عليه الفسخ الطريقتان في المكاتب.

وأيد الإمام طريقة شيخه بأن الرهن إذا لم ينفك تعين أن يبقى مملوكاً حال نفوذ الفسخ.

[وإذا بقي مملوكاً حال نفوذ الفسخ فيستحيل أن يتغير هذا بعد الفسخ]^(٥).

قلت: وما قاله الرافعي من أن البائع يتخير فيه نظر؛ فإن الغزالي حكى فيما إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، وكان الصداق مرهوناً، [لو قال الزوج]^(٦): «أنتظر الفكاك

(١) سقط في د.
 (٢) سقط في د.
 (٣) سقط في د.
 (٤) في د: الانفكاك.
 (٥) سقط في د.
 (٦) سقط في د.

للرجوع؛ فلها إجباره على قبول القيمة خيفةً من غرر الضمان، إن قلنا: إن الصداق مضمون في يدها، وإن قلنا: لا ضمان، أو بدأها عن الضمان حيث صححنا الإبراء عما لم يجب، فهل تلزمه الإجابة؟ فيه وجهان.

ومنشأ هذا الخلاف^(١) أنه وعد وربما يبدو له المطالبة بالقيمة، وتخلو يدها في ذلك الوقت عن النقد، وما ذكره من المعنى موجود في مسألتنا^(٢)، وقد حكى ذلك المتولي. نعم، لو لم تتفق المطالبة حتى انفك الرهن تفرغاً على عدم الإيجاب، فهل يتعلق حقه بالعين أو القيمة؟ يتجه جريان الطريقتين فيه، كما أجرى الغزالي الخلاف في نظيره في الصداق، وقد أشار الإمام إلى أننا إن قلنا: إن الفسخ يرد على العين، كان له ذلك، وإن قلنا: يرد على القيمة، كان حكمه كما في الإيجاب على قبض الدين الحال.

وفي «الحاوي»: أن البائع: هل له أن يأخذ المشتري بفكك الرهن قبل محله؟ فيه وجهان، كمن أذن لغيره في رهن عبده، فإن بيع في الدين رجع بالقيمة. ولو أجر المبيع، فالرجوع ينبنى على جواز بيع المستأجر: فإن منعناه كان كالمرهون، وإن جوزناه فللبائع أخذه، ولكنه يترك عند المستأجر إلى انقضاء المدة، والأجرة المسماة للمشتري، وعليه للبائع أجرة مثل المدة الباقية. وهل الفسخ على قول منع الرجوع ملحق بالفسخ الوارد على المكاتب أو الآبق؛ لأن حق المستأجر لا يتعلق بمورد البيع والفسخ، وهو الرقبة؟ فيه احتمالان للإمام. قال: وإن اختلفا في [عين]^(٣) المبيع، فقال البائع: بعثك هذه الجارية - أي:

(١) في د: كان للبائع.

(٢) قوله: ولو رهن المبيع، ثم تحالفا - قال الرافعي: يخير البائع بين أخذ القيمة والصبر إلى انفكك الرهن، فإن أخذ القيمة كانت للحيلولة على الأصح.

قلت: وما قاله الرافعي من أن البائع يتخير فيه نظر؛ فإن الغزالي حكى فيما إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، وكان الصداق مرهوناً: لو قال الزوج: أنتظر الفكك للرجوع، فلها إجباره على قبول القيمة؛ خيفة من غرر الضمان إن قلنا: إن الصداق مضمون في يدها، وإن قلنا: لا ضمان، فهل يلزمه إجابتها؟ فيه وجهان. ومنشأ هذا: أنه قد يبدو له المطالبة بالقيمة، وتخلو يدها في ذلك الوقت عن النقد. وما ذكره من المعنى موجود في مسألتنا. انتهى ملخصاً.

وما حاوله من التسوية بين المسألتين قد أجاب عنه في «شرح الوسيط» بأن القيمة إذا أخذت كانت عين الحق، وهنا إذا أخذت لا تكون عين الحق؛ بل للحيلولة على الأصح كما تقدم. [أ و].

(٣) سقط في د.

بألف في ذمتك - وقال المشتري: بل بعنتي هذا العبد - أي: بالألف - لم يتحالفا؛ لأن ما في الذمة لا يتعين إلاً بالقبض، ولم يتفقا على مبيع معين، فقدمت قاعدة التحالف، وهي أن يتفقا على بيع ومبيع معين، وهذا ما حكاه الشيخ أبو حامد والمحاملي والبندنجي، واختاره الإمام^(١).

قال: «بل يحلف البائع: إنه ما باعه العبد، ويحلف المشتري: إنه ما ابتاع الجارية، كما تقدم في سائر الخصومات.

وحكى القاضي أبو الطيب أن التحالف يجري في هذه الصورة أيضًا، واختاره ابن الصباغ، واستدل له [القاضي]^(٢) بأن ابن الحداد قال: إذا اختلف الزوجان فقال: مهرتك أباك، وقالت: بل مهرتي أمي - تحالفا^(٣): وكذلك إذا قال: مهرتك أباك ونصف أمك وقالت: بل أبي وأمي، ولم يختلف أصحابنا في ذلك، وذلك يسقط ما قاله أبو حامد.

قلت: ليس هذا [نظير المسألة التي خالف فيها الشيخ أبو حامد؛ لأن المختلف

(١) قوله: وإن اختلفا في المبيع، فقال البائع: بعنتك هذه الجارية بألف في ذمتك، وقال المشتري: بل بعنتي هذا العبد بها - فالذي حكاه الشيخ أبو حامد والمحاملي والبندنجي: أنها لا يتحالفان، واختاره الإمام والبغوي. انتهى.

وما حكاه عن الإمام من اختيار المنع ليس الأمر فيه كما قال؛ بل حاصل كلامه: الجواز؛ فإنه خرج الخلاف في هذه المسألة على الخلاف فيما إذا أقر لإنسان بألف من ثمن مبيع، فقال: بل عن قرص - هل يملك المطالبة أم لا؟ فإن قلنا: إنه يملك المطالبة به، صار كالمعين؛ فإنه لو وقع مثل ذلك في العين ملك المطالبة بها وجهًا واحدًا، وإن قلنا: لا يملك المطالبة به، فلا تحالف. ثم إن الإمام صحح اللزوم في مسألة الإقرار كما ذكره في موضعه؛ فاقضى أن الصحيح التحالف، والغريب: أن المصنف مع ذكره لما ذكره أولاً عن الإمام من اختيار المنع، قد نقل هذا التخريج بعد ذلك، ولكن السبب فيه: أن الرافعي قد وقع له - أيضا - نقل اختيار ذلك عن الإمام، فقلده فيه المصنف؛ ولهذا عبر بعبارة الرافعي، ثم بعد ذلك نظر في كلامه فأخذ التخريج منه. [أ و].

(٢) سقط في د.

(٣) قوله في المسألة: وحكى القاضي أبو الطيب أن التحالف يجري في هذه الصورة - أيضا واختاره ابن الصباغ، واستدل له القاضي بأن ابن الحداد قال: إذا اختلف الزوجان، فقال: مهرتك أباك، فقالت: بل مهرتي أمي تحالفا. انتهى.

وهذا التعبير الذي ذكره يقتضي عادةً أن ابن الصباغ لم يستدل بما استدل به القاضي؛ لأنه نقل عنهما معا القول بالتحالف، وأفرد القاضي بهذا الاستدلال، ولم يقل: واستدلا؛ فدل على ما قلناه، وليس كذلك؛ بل الاستدلال وقع منهما - أيضا - فاعلمه. [أ و].

فيه في مسألتي ابن الحداد أخذ العوضين، والعوض الآخر معين؛ فهو نظير ما إذا قال: [بعتك هذا العبد بهذا الألف، فقال: بل [بعتنى هذه الجارية] ^(١) بالألف المشار إليه؛ فإنهما يتحالفان، كما حكيناه، وفي مسألتنا كل من العوضين غير متعين: أمّا البيع فلم يتفقا عليه، وأمّا الألف الذي في الذمة، فغير متعين إلا بالقبض؛ فإن الذمة قابلة لآلاف، وبذلك يظهر اندفاع ما أبداه القاضي.

وخرج الإمام الخلاف في المسألة على الخلاف فيما إذا أقر إنسان لإنسانٍ بألف من ثمن مبيع، فقال: بل عن قرض، في أنه هل يملك المطالبة به؟ فإن قلنا: إنه يملك المطالبة به، صار كالمعين؛ فإنه لو قيل مثل ذلك في العين ملك المطالبة بها وجهًا واحدًا.

وإن قلنا: لا يملك المطالبة بها، فلا تحالف، ويبقى العبد في يد البائع، يتصرف فيه، وأمّا الجارية فينظر:

إن كانت في يد المشتري، فلا يجوز للبائع المطالبة بها؛ لأنه لا يدعيها.

قال في «المرشد»: إلا أن يكون البائع لم يقر بقبض الثمن، فله المطالبة بها.

وإن كانت في يد البائع، فلا يجوز له التصرف فيها؛ لأنه معترفٌ بأنها للمشتري، [و] ^(٢) لكن ثمنها في ذمته، فيتلطف القاضي به، ويقول له: «قل ^(٣): فسخت البيع إن كنت شريتها»، ويقول للبائع: «[قل] ^(٤): قد قبلت الفسخ».

كما نصّ عليه الشافعي، ويكفي ذلك.

قال في «الإشراف»: وفي هذا النص إشكالٌ؛ لأن الفسخ معلق بالصفة، وتعليق الفسخ بالصفة لا يجوز، إلا أن الجواب عن هذا أن يقال: الفسخ معلق بصفة هي من ضرورة الفسخ؛ لأن الفسخ إنما يصح بعد الشراء فلا يضر هذا التعليق؛ كما لو قال: بعتك هذا إن شئت؛ فإن البيع ينعقد على أصح الوجهين؛ لأن المشيئة من ضرورة البيع، وقد حكى الغزالي في «الوكالة» فيما إذا اختلف الوكيل والموكل في الثمن المأذون في الشراء به أن الموكل لو قال للوكيل: إن كنت أذنت لك في الشراء

(١) في د: بعتنى مع هذا العبد الآخر.

(٢) سقط في د.

(٣) في ج: قد.

(٤) سقط في ج.

بكذا فقد بعته بكذا وجهين في الصحة، وأصحهما: الصحة، ويتجه جريان مثلهما هاهنا.

ولو أبي المشتري أن يقول ذلك قال الشافعي: «فإن ذهب ذاهب إلى أنه يصير ملكاً للبائع بالبحود والحلف كان مذهباً»، وحكاه صاحب «الإشراف»، قولاً ولم يحك الجيلي سواه، ونفى غيره. وكان يتجه أن يجيء وجه آخر: أنه يحتاج إلى إنشاء الفسخ، ويجعل تعذر الثمن بهذا السبب كالتعذر بالفلس، كما سيأتي مثله في المسألة التالية لهذه.

وفي الرافعي: أنه لا يتعلق بثنيهما فسخ ولا انفساخ، فعلى هذا يكون بمنزلة^(١) الظفر بغير جنس الحق، ويظهر تأكيد قول الجواز هنا، بل القطع به؛ لأن مَنْ له الجارية لا يدعيها لنفسه، بخلاف ما إذا ظفر بغير جنس حقه، وهذا مادة ما قاله أبو إسحاق في مسألة إنكار الموكل الإذن في الشراء بقدر معلوم، وقد اشترى الوكيل به؛ فإنه صار إلى ذلك فيه، ولو أقام البائع بينة على ذلك قضى على المشتري بالثمن، وهل يجبر على قبض الجارية؟ فيه وجهان، وإن قلنا: لا يجبر؛ قبضها الحاكم، وحفظها إلى أن يتكشف الحال، وله بيعها واستكسابها لأجل النفقة إذا رأى المصلحة في ذلك.

قال: «وإن قال: بعته هذه الجارية - أي: بألف - وقال: بل زوجتها، حلف كل واحد منهما على نفي ما يدعى عليه» - أي: لا غير - لما تقدم، واستدل صاحب «التقريب» وقال: «من يدعي أنه باع، فهو يطالب بالثمن؛ فله التحليف على نفي الشراء، أمّا من يدعي التزويج على الآخر، وهو قد قال: بعته، فقد أنكر ملك نفسه في الجارية، فلو أقرّ لكان لا يقبل إقراره، فأى فائدة في تحليفه؟!» ثم قال: «إلا أن ينبني على أن يمين الرد كالبينة؛ ففائدته النكول».

قال الغزالي: واستدراكه على وجهه.

وعلى الأول: إذا حلفا، رجعت الجارية إلى سيدها إن لم يكن قد استولدها، وعلى أي وجه ترجع؟ فيه وجهان:

(١) في ج: على منزلة.

أحدهما: أن ذلك بمنزلة الرجوع بسبب تعذر استيفاء الثمن^(١) بالفلس؛ فيحل له وطؤها، وسائر التصرفات فيها.

والثاني: ترجع إليه رجوع مال من عليه دين ولا يقضيه.

وعلى كلا الوجهين: لا مهر للسيد إن كان قد وطئها المشتري، ولو أحبلها فالسيد معترف بأنها أم ولد للواطئ، وأن ولده حرٌّ؛ فيلزمه حكم إقراره، وهل يرجع على الواطئ بأقل الأمرين من الثمن وصداقها، أو لا يرجع بشيء؟ فيه وجهان في «التتمة» وغيرها.

وهل يحل لمن ادعى الزوجية وطؤها؟

قال الغزالي: ينظر: إن كان صادقاً حلَّ له باطنًا، وفي الظاهر وجهان: وجه المنع: الاختلاف في الجهة.

ومنهم من شبهه بمن اشترى زوجته بشرط الخيار، وقد قال الشافعي: لا يطؤها في مدة الخيار؛ فإنه لا يدري أيطأ زوجته أو مملوكته، مع أنه كيفما كان فهو حلال.

قلت: التعليل باختلاف الجهة لا يحسن؛ فإنه إنما يجري فيما في الذمة، أمَّا في المعين فلا أثر له كما حكيناه عن «النهاية» من قبل، والجارية هاهنا معينة؛ فلا معنى لاختلاف الجهة فيها.

ويعضده أن الإمام في هذا الباب حكى أنه لو ملك جارية، وقطع بالملك فيها، وأشكل عليه فلم يدر أنه اتهبها أو ورثها أو اشتراها فالوطء حلال بلا خلاف.

والتعليل الثاني أيضًا فيه نظر؛ لأن الشافعي حيث منع من وطء الزوجة المشتراة في زمن الخيار، علله بأنه لا يدري أيطأ زوجته أو مملوكته، وهذا يدري أنه يطأ زوجته، وعلى تقدير أن يكون البائع صادقاً، فملك المشتري قوى يحل به الوطء، والله أعلم.

ولو أتت بولد فنفقته على الواطئ، ونفقة المستولدة على المستولد، إن قلنا: يحل

(١) في د: اليمين.

له وطؤها، وإن قلنا: لا يحل له، فوجهان:

أحدهما: أنها على البائع؛ إذ يقبل قوله في زوال ملكه، لا فيما على غيره، وهو سقوط النفقة.

والثاني: أنها تأكل من كسبها، فإن لم يكن فمن بيت المال.

وحكى العجلي عن «النهاية»: أنه لا صائر إلى إيجابها على المستولد على وجه التحريم؛ لأنه لا يدعي الملك، ولم يثبت ملكه، ولا حلها له، والحيلولة إذا وقعت على وجه لا ترتفع^(١)؛ فلا تتقاصر عن النشور.

فرع: لو قال: بعتك هذه الجارية فقال: بل وهبتيها [- فالذي حكاه القاضي حسين هنا والعراقيون في كتاب «العارية»: أن القول قول المالك، وحكى الغزالي في كتاب «الهبة» في المسألة قولين:

أحدهما: أن القول قول الآخذ؛ لأنه وافقه صاحبه على الملك، ويدعي عليه عوضاً الأصلُ عدمه.

والثاني: أنهما يتحالفان لتساويهما؛ إذ هذا يعارضه أن الرجوع في وجه الزوال إلى المزيل.

قال الإمام: وما أطلقه هذا القائل من التحالف ليس على قياس التحالف المذكور في اختلاف المتبايعين، بل يحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه صاحبه، فإذا حلف المقبض على نفي الهبة، وحلف القابض على نفي الثمن، كان سبيل رد العين على المقبض - بعد إقراره بأنه قد ملك القابض العين - قريباً من استرداد المبيع ممن قبضه؛ تفريراً على أن البائع مأمور بتسليم المبيع، أو لا إذا امتنع عن تأدية الثمن؟ ولعل الظاهر أنه يعود المسترد في مسألتنا بفسخ البيع، وإذا كان كذلك لم يتعرض له ولم يقل له: افسخ، أو لا إذا كان الفسخ مما ينفرد به؛ فيثول ذلك إلى الحكم الواقع بين العبد وربه.

(١) في د: ترتفع.

وهذا حكمنا على الظاهر، ولا يخفى الحكم على الباطن^(١).
وقال المتولي: [على طريقة الشيخ أبي حامد]^(٢) لا يثبت التحالف، وعلى الصحيح من المذهب يثبت التحالف.

والعلة: أن كل واحد منهما يدعي انتقال الملك بجهة صحيحة غير الجهة التي يدعيها صاحبه، ولو قدرنا هذا الاختلاف حالة العقد امتنع الانعقاد؛ فصار كما لو اختلفا في قدر المبيع.

قال: «وإن اختلفا في شرط يفسد العقد^(٣)» أي: إمّا ثبوته كما إذا ادعى أحدهما أن العقد جرى بشرط خيار أربعة أيام، وقال الآخر: بل يومين، ونحو ذلك، وإمّا نفيه، كما إذا ادعى أحدهما وقوع البيع بثمن مجهول، وقال الآخر: بل بثمن معلوم، ونحو ذلك على ما حكاه أبو الطيب.

قال: «فالقول قول من يدعي الشرط في أحد القولين»؛ لأن الأصل عدم العقد، ومدعي الفساد يدعي ما يمنع صحة العقد؛ فهو متمسك بالأصل، وهذا ما قال به صاحب «التقريب»، واختاره في «المرشد» و«التهذيب».

قال: «والقول قول من ينكر ذلك في [القول]^(٤) الآخر»؛ لأن الأصل في العقود والظاهر من حالها الصحة، وهذا ما رواه البويطي في «مختصره» فيمن أسلم إلى رجل في طعام واختلفا: فادّعى المسلم إليه أنه شرط فيه الخيار، وأنكر المسلم ذلك، وبه جزم المحاملي في «المجموع» في المثال الثاني، واختاره ابن الصباغ.

وقال القفال: «القولان يبنيان على القولين في تعقيب الإقرار بما يرفعه».

قال القاضي الحسين في «تعليقه»: «وهذا يطرد إلّا في مسألة، وهي: إذا قال البائع: بعت بألف، وقال المشتري: اشتريت بزق خمر - فعلى مذهب من يبعض الإقرار، لا يمكننا أن نجعل القول قول البائع، لكن الوجه أن يقال: يحبس المشتري حتى يبين ما يكون ثمنًا.

وحكى المتولي في هذه الصورة أننا ننظر: فإن اتفقا على أن إيجاب البائع سبق،

(٢) سقط في د.

(٤) سقط في د.

(١) سقط في د.

(٣) في التنبيه: البيع.

فبحكم بصحة العقد؛ لأنه إذا سقط تسمية الخمر يبقى قوله: اشتريت، وهو مرتب على إيجاب البائع.

وإن اتفقا على أن لفظ المشتري سبق، فلا يصح العقد؛ لأن قوله: اشتريت، لا يوجب حكماً ما لم يكن معه ذكر ثمن.

وإن اختلفا في السابق منهما فالمسألة على وجهين:

أحدهما: القول قول من يدعي الصحة.

والثاني: القول قول من يدعي الفساد، وهذا فيه نظر؛ لأن التفريع على أن القول قول مدعى الصحة.

وجوابه: أن القائل بهذا القول يوافق مدعي الفساد في هذه الصورة.

وروى القاضي أبو الطيب الخلاف في أصل المسألة وجهين عن حكاية الشيخ أبي علي في «الإفصاح»، ثم قال: وقد نصّ الشافعي على ما يدل عليهما، وهو إذا ادعى الكفيل أنه يكفل بشرط الخيار ثلاثاً، وأنكر المكفول له ذلك - فإن فيمن المصدق منهما قولين، والوجهان يجريان فيما لو اختلفا [في التسليم]^(١) بعد التفرق: هل فسخ العقد قبله، أو تفرقا عن تراض؟

قال: «وإن اختلفا في التسليم، فقال البائع» - أي: لملك نفسه-: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري - أي: لنفسه-: «لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع» - أي: وكان الثمن في الذمة - «أجبر البائع على ظاهر المذهب»؛ لأن العقد يستقر به ويؤمن الانفساخ، والبائع يقدر على التصرف في الثمن قبل قبضه بالحوالة وغيرها، والمشتري لا يقدر على ذلك في المبيع إلاّ بقبضه، فأجبر البائع عليه؛ ليتساويا فيه، ولأن المبيع معين، والثمن غير معين، وما تعلق بالأعيان أحق بالتقديم مما يثبت في الذمم كالرهن في أموال المفلس، وهذا هو الأصح، وبه جزم بعضهم، ووراء قولان، وآخر مخرج من نصه في الصداق.

فأحد القولين: أنهما يجبران؛ لأنّ كل واحد منهما قد استحق القبض على صاحبه، فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقّه، فعلى هذا يأمرهما الحاكم

(١) سقط في د.

بإحضار المبيع والثلث، إذا أمكن إحضارهما، وسلم لكل منهما ما يستحقه، ولا يبالي بأيهما بدأ، أو يأمرهما أن يسلما ذلك إلى عدل، فيفعل مثل ذلك، وجعل الماوردي الثاني مع الأول قولين، ولم أفهم لهذا الاختلاف معنى، ولا جرم أنه حكى عن أبي إسحاق أنهما حالة واحدة، واستضعفه، وقال: الأكثرون على أنهما قولان.

والثاني: لا يجبران، بل أيهما بدأ بالتسليم أجبر الآخر عليه، ويمنعان من التخاصم؛ لأن كل واحد منهما قد وجب عليه حق بإزاء حق له؛ فلم يجبر على إبقاء ما عليه دون ما له.

والقول المخرّج: أن المشتري يجبر؛ لأن حقه متعين في المبيع، وحق البائع غير متعين في الثلث؛ فيؤمر بالتعيين للتساوي.

أمّا إذا كان الثلث معيناً، فلا يجيء إلا قول الإيجاب وعدمه، صرح به المحاملي والإمام والبخاري وغيرهم. وفي كلام الرافعي ما يدل على أنه لا يسقط في هذه الصورة من الأقوال الأربعة إلا المخرج؛ فإنه قال: إذا كانت الصورة كما ذكرناه يسقط القول الثالث، وإن تبايعا عرضاً بعرض سقط الرابع أيضاً^(١)؛ فيبقى قولان.

ولا وجه لما قاله، ثم كلامه فيما إذا تبايعا عرضاً بعرض، إنما يتجه إذا قلنا: لا ثلث إلا التقدين، أما إذا قلنا: الثلث ما اتصل به بقاء الثمينة، فيكون كالتقدي سواء وللماوردي تفصيل حسن في هذه المسألة نذكره فيما بعد، وإذا كان البائع نائباً عن الغير [أو للغير في المبيع حق كالمترهن وغرماء المفلس، فلا يجيء ظاهر المذهب، ولا أنهما لا يجبران.

وقد حكى عن أبي الحسين بن القطان في بيع مال المفلس أنه يجبر المشتري بلا خلاف.

وحكى الماوردي أن قول إجبار البائع يجيء فيه أيضاً عن رأي البغداديين من أصحابنا كما حكاه في كتاب «التفليس».

(١) زاد في ج: ظاهر المذهب.

وإذا كان المشتري نائبًا عن الغير^(١) فلا يجيء^(٢) القول المخرج، [ولا قول عدم إجبارهما]^(٣)، ولو كانا نائبين فلا يجيء إلا قول الإجماع، صرح به الإمام في كتاب «الفلس»، [ويجيء فيها ما حكاه الماوردي أيضًا]^(٤).

قال: «فإن كان الثمن حاضرًا - أي: في المجلس - «أجبر المشتري على تسليمه» - أي: بعد تسليمه المبيع؛ لأنه مستحقُّ عليه، ولا مانع منه، فلو أصر على الامتناع [فهو يثبت للبائع فسخ البيع؟ فيه وجهان.

أصحهما في «الإشراف»: أنه لا يثبت، [وجعله الإمام في كتاب «الفلس» ظاهر المذهب]^(٥).

واعلم أن مراد الشيخ بحضور الثمن: حضور نوعه؛ لأنَّ هذا تفرُّغ على إجبار البائع على ظاهر المذهب، وقد ذكرنا أن محله إذا كان الثمن في الذمة، وإذا كان كذلك تعين ما ذكرناه.

قال: وإن لم يكن حاضرًا، ولكنه معه في البلد، حجر على المشتري في السلعة وجميع ماله حتى يحضر الثمن؛ كي لا يتصرف في أملاكه التي يجب الوفاء منها بما يفوت حق البائع. وهذا حجر غريب رآه الشافعي.

وفي «الوسيط» حكاية وجه: أنه لا يحجر عليه، بل يمهل إلى أن يأتي بالثمن. قال الرافعي: ولم أر لغيره نقل هذا الوجه على الإطلاق.

قلت: الغزالي لم يطلقه، بل حكاه فيما إذا كان غنيًا بعد أن حكى أنه إذا تحقق إفلاسه، ولم يكن معه سوى المبيع، أو كان وزادت الديون عليه؛ فتعين أن مراده بالغنى من ساوى ماله ديونه، أو زاد عليها، وإذا كان كذلك فهذا الوجه منقول في «النهاية» عن رواية الشيخ أبي محمد، وبه جزم القاضي الحسين في «التعليق»، وقائله يراعي فيه قياس حجر الفلس [حتى لو كان ماله لا يفي بما عليه إلا بالمبيع أو بعضه، فهل يحجر عليه؟ فيه خلاف كما في المفلس]^(٦)، وإذا حجر عليه كان للبائع الفسخ. نعم، في «التهذيب»: أنه يحجر عليه في المبيع، وفيما عدا المبيع لا حجر إذا كان

(٢) زاد في د: إلا.

(٤) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(١) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٥) سقط في د.

ماله مع المبيع يفى بما عليه، وإلا فيحجر عليه فيه أيضًا.

قال: «وإن كان^(١) في بلد آخر بيعت السلعة في الثمن» - أي: ولا يثبت للبائع خيار؛ لأنه يمكن إبقاء حقه، فإذا بيعت وزاد ثمنها على حقه كان الفاضل للمشتري.

تنبيه: قد يفهم من كلام الشيخ أنه لا يحجر^(٢) عليه في هذه الحالة، وليس كذلك؛ فإنه إذا حجر عليه في حضور المال في البلد، وقرب مسافة الحضور، فمع البعد أولى، ولفظ الشافعيّ دالٌّ عليه؛ فإنه قال: فإن غاب ماله أشهد على وقف ماله وعلى وقف السلعة، فإذا دفع أطلق [عنه الوقف].

وإطلاق الشيخ هذا الحكم يقتضي أنه لا فرق في البلد الآخر أن يكون على مسافة القصر أو دونها، وهو وجهٌ ينتظم من مجموع كلام الأصحاب، على ما سنذكره.

ويظهر أن الحامل للشيخ على ترجيحه ما حكاه البندنجي والبغوي فيما إذا باع عبداً وهرب المشتري قبل قبضه، ولم يكن المشتري محجوراً عليه بفلس، ولا مال له في البلد: - أن الحاكم يبيع العبد، فإن كان ثمنه مثل الثمن الأول وقاه للبائع، وإن كان أكثر فالفاضل للمشتري، وإن كان أقل بقي الباقي على المشتري.

وإطلاق الأصحاب ذلك يدل على أنه لا فرق بين أن يكون هربه إلى موضع قريب أو بعيد، وإذا كان كذلك في حال غيبة الغريم، فحضوره لا يظهر أن له تأثيراً في تغيير هذا الحكم بثبوت حق الفسخ، على أن في «الشامل» في كتاب «النفقات»: أن الأصحاب قالوا في هذه الصورة: للبائع الفسخ.

وقريب منه ما حكاه المتولي في كتاب «الفلس»، فيما إذا اشترى عيناً وأقبض الثمن، ثم هرب البائع أو امتنع من إقباضه: أن للمشتري الفسخ على وجه، والذي حكاه الأصحاب في مسألة الكتاب أن ننظر: إن كان بين البلدين مسافة القصر فوجهان حكاهما المحاملي وغيره:

أحدهما: ما ذكره وهو الأصح في «التهذيب».

(١) زاد في التنبيه: غائباً.

(٢) في د: يجيء.

وأظهرهما عند الأكثرين، وبه جزم أبو الطيب والبندنجي: أن له أن يفسخ البيع؛ لتعذر تحصيل الثمن، كما لو أفلس بالثمن، فإن فسخ فذاك، وإن صبر إلى الإحضار فالحجر كما سبق.

قال الرافعي عقيب هذا الكلام: وحكى الإمام عن ابن سريج أنه لا يفسخ، ولكن يرد المبيع إلى البائع، ويحجر على المشتري؛ ويمهل إلى الإحضار.

وآدعى في «الوسيط» أن الصحيح وإن كان بينهما دون مسافة القصر، فهو كما لو كان في البلد، أما لو كان على مسافة القصر، ففيه وجهان.

هذا آخر كلامه، ومقتضاه: أن خلاف ابن سريج فيما إذا كان المال في مسافة القصر، و الذي رأته فيما وقفت عليه من «النهاية» أن ابن سريج قال: إن كان ماله في البلد غائباً عن المجلس فيمهل المشتري إلى تحصيل الثمن، ولا يحجر عليه، ويرد المبيع إلى البائع إلى أن يتوفر عليه الثمن.

وإذا انتهى الأمر إلى الامتناع إلى الوصول إلى الثمن بغية شاسعة يعد مثلها امتناعاً ثبت له الفسخ^(١).

(١) قوله: ولو اختلفا في التسليم أجبر البائع على ظاهر المذهب، وحيثئذ فإن كان الثمن مع المشتري أجبر على إعطائه، وإلا حجر عليه في جميع ماله إلى أن يحضر الثمن، فإن كان - أي الثمن - في بلد آخر؛ نظر: إن كان بينهما مسافة القصر ثبت للبائع الفسخ؛ لتضرره بالتأخير، فإن فسخ فذاك، وإن صبر إلى الإحضار دام الحجر.

ثم قال ما نصه: قال الرافعي: وحكى الإمام عن ابن سريج: أنه لا يفسخ، ولكن يرد المبيع إلى البائع ويحجر على المشتري، ويمهل إلى الإحضار، وادعى في «الوسيط» أنه الصحيح، وإن كان بينهما دون مسافة القصر فهو كما لو كان في البلد، أما لا لو كان على مسافة القصر؟ فيه وجهان. هذا آخر كلام الرافعي، ومقتضاه: أن خلاف ابن سريج فيما إذا كان المال في مسافة القصر، والذي رأته فيما وقفت عليه من «النهاية»: أن ابن سريج قال: إن كان ماله غائباً عن المجلس فيمهل المشتري إلى تحصيل الثمن، ولا يحجر عليه، ويرد المبيع إلى البائع إلى أن يتوفر عليه الثمن، وإذا انتهى الأمر إلى الامتناع إلى الوصول إلى الثمن؛ لغية شاسعة يعد مثلها امتناعاً ثبت له الفسخ. انتهى كلام ابن الرفعة، رحمه الله.

والكلام عليه متوقف على نقل كلام الإمام، فنقول: قال في «النهاية» ما نصه: وقال ابن سريج: إن كان ماله في البلد، ولكن كان غائباً عن مجلس التسليم - فيمهل المشتري إلى تحصيل الثمن، ويحجر عليه ولا يرد المبيع إلى البائع، فأما إذا كان ماله غائباً عن البلد فليرد المبيع إلى البائع إلى أن يتوفر عليه الثمن، ولا يثبت حق الفسخ عند ابن سريج أصلاً بهذا الوقف الذي نص عليه الشافعي، وإنما يثبت إذا انتهى الأمر إلى الإعسار أو إلى امتناع الوصول إلى الثمن بغية شاسعة يعد مثلها امتناعاً. هذا كلام الإمام.

ويقرب مما قاله ابن سريج من بعض الوجوه ما حكاه الماوردي، حيث قال: إن كان بينهما أقل من يوم وليلة، فهو في حكم الحاضر، وإن كان بينهما ثلاثة أيام فصاعدا فلا يلزم انتظار ماله؛ لبعده عنه، وأنه في حكم المعسر والحكم في المعسر - كما حكاه غيره - أن له الفسخ على المنصوص.

وقيل: تباع السلعة في الثمن، وإن كان بينهما أكثر من يوم وليلة وأقل من ثلاثة أيام فعلى وجهين:

أحدهما: حكم ما دون اليوم والليلة.

والثاني: حكمه حكم الثلاث فما فوقها.

فعلى هذا: هل له الفسخ أو تباع السلعة [فيه] في الثمن؟ فيه وجهان.

وحكم الاختلاف الجاري بين المكري والمكزي في البداية بالتسليم حكم البائع والمشتري فيما ذكرناه.

ولو بدأ المشتري بتسليم الثمن أجبر البائع على تسليم المبيع، فلو كان عبداً وقد أبق في يد البائع، ولم يتمكن من رده - لم يسترد الثمن، وللمشتري الخيار.

وفي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجه: أن له استرداد الثمن قبل فسخ العقد. ووجه آخر: إن تسلم الثمن بأن وقع بعد إباق العبد استحق رده؛ لأننا نتبين أن التسليم لم يكن واجبا، وإن وقع بعد الإباق لم يستحق رده؛ لأن التسليم كان واجبا. واعلم أن الرافيّ ذكرها هنا مهمّا لا بد من ذكره، وهو أنّ طائفة توهمت أن الخلاف في البداية في التسليم خلاف في أن البائع: هل له حق الحبس أم لا؟.

فإن قلنا: البداية بالبائع، فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن، وإلا فله ذلك،

= إذا علمت ذلك علمت أن في كلام المصنف أمرين:

أحدهما: أن ما اعترض به على الرافيّ من أن الإمام لم يحك مقالة ابن سريج في حالة غيبة المالك، وأنما حكاها عنه فيما إذا كان ماله في البلد - غلط، سببه إسقاط من كلام الإمام؛ فإن الإمام قد ذكر المسألتين كما قد أوفتكت عليه، وهما: مسألة الرافيّ، ومسألة المصنف، فأسقط المصنف من كلام الإمام من لفظ «البائع» إلى «البائع»: إما لانتقال نظره، وإما لغلط في نسخته.

الأمر الثاني: أن ما نقله عن «النهاية» فيما إذا كان ماله في البلد غائبا عن المجلس، أن ابن سريج قال: إنه لا يحجر عليه، ويرد المبيع إلى البائع - غلط على العكس مما في «النهاية»؛ فإن فيها عنه إثبات الحجر ونفي الرد كما تقدم من حكاية لفظه، فتأمله. وقد وقع في «الرافيّ» هنا - أيضا - غلط في هذه المسألة تبعه عليه في «الروضة»؛ فإنه نقل عن ابن سريج أمرا ثالثا، وهو أنه يرد المبيع إلى البائع، ويحجر على المشتري، أعني بإثبات الأمرين؛ فتفظن. [أ و].

ونازع الأكرثون فيه، وقالوا: هذا الخلاف مفروض فيما إذا تنازعا في مجرد البداية، وكان كل واحد يبذل ما عليه، ولا يخاف فوت طعن صاحبه، فأما إذا لم يبذل البائع المبيع، وأراد حبسه؛ خوفاً من تعذر تحصيل الثمن، فله ذلك بلا خلاف، وكذلك للمشتري حق حبس الثمن؛ خوفاً من تعذر تحصيل المبيع، نصّ على ذلك الشيخ أبو حامد، وأقضى القضاة الماوردي قال: ما قاله الأولون، هو ما أشار إليه الإمام في كتاب الرهن عقيب الكلام في رهن المبيع بثمنه، والغزالي في مواضع منها عند الكلام في انفساخ العقد قبل القبض: هل يكون من أصله، أو من حينه وهو الذي يقتضيه إطلاق الأئمة الذي نقل عنهم؛ فإنهم فصلوا بعد إجبار البائع على تسليم المبيع بين أن يكون الثمن حاضرًا في المجلس، أو غائبًا عنه في البلد أو بلد آخر، ولو كانت الصورة فيما إذا بذل كل واحد منهما ما عليه لم تعقل غيبة الثمن عن المجلس أو البلد؛ إذ لا بذل إلا مع الحضور، اللهم إلا أن تحمل هذه الصورة على ما إذا أظهر البذل، ثم ظهر أنه لا شيء معه.

ويؤيد ذلك أن^(١) القاضي الحسين في «التعليق» حكى أنه إذا لم يكن ماله^(٢) في البلد لم يجبر البائع على التسليم، وإن كان له مال غائب خصوصًا إذا كان منهما على مسافة القصر، بل لا يجب على البائع الإنظار وله الفسخ، وإن كان دون مسافة القصر فوجهان، والله أعلم.

وحيث تكلمنا في حق الحبس فنكمل ما قيل فيه؛ إذ هذا محله، فنقول: ليس للبائع حق الحبس إذا كان الثمن مؤجلًا، ولو حلّ قبل التسليم؛ إذ العقد لا يقتضيه، وقيل: إنه له حق الحبس إذا حلّ قبل التسليم، حكاه القاضي أبو الطيب في كتاب «الصدّاق» عن رواية المزني في «المنثور».

ولو تبرع البائع بالتسليم عند حلول الثمن، فليس له رده إلى حبسه. وكذا لو أعاره من المشتري في أصح الوجهين.

ولو أودعه إياه قال الرافعي: لم يبطل حق الحبس.

وفي «النهاية» في باب «الرهن» و«الحميل»: أن في بطلانه وجهين مرتبين على

(١) من أول قوله: «عنه الوقف». وإطلاق الشيخ إلى هنا سقط في د.

(٢) في د: مال.

الوجهين في العارية.

ومنهم من يقول: الإيداع أولى بالبطلان من جهة أنه يبعد أن يحفظ المالك ملكه لغيره.

ومنهم من جعل الإيداع أولى بالأ يطل؛ فإنه ليس فيه تسليط أصلاً، وفي الإعارة تسليطاً.

ولو وجدنا المبيع في يد المشتري قبل توفية الثمن الحال، فقال البائع: غصبت، وقال المشتري: بل سلمته إليّ - فالقول قول البائع، على الأصح.

ولو قال البائع: أعرتك أو أودعتك، وقلنا: لا يبطل حق الحبس بذلك، وقال المشتري: بل سلمته إليّ - فَمَنْ المصدق منهما؟ فيه وجهان، كما في نظيره في الرهن إذا ادعى المرتهن أن الراهن أقبضه العين عن جهة الرهن، وقال: بل عارية أو وديعة، حكاه الإمام في كتاب الرهن أيضاً.

ولو سلم إليه بعض الثمن، فهل يجب عليه تسليم بعض المبيع؟ نظر: إن كان مما لا ينقسم فلا، وإن كان مما ينقسم كالحنطة - مثلاً - فوجهان:

أظهرهما: لا، هكذا حكاه الغزالي، [وجعل الإمام في كتاب الرهن مقابله رديئاً غير معتد به]^(١)، وأطلق الماوردي حكاية الوجهين عن ابن سريج من غير تفصيل.

وهل يستكسب المبيع في يد البائع لحق المشتري كما يستكسب المرهون في يد المرتهن لحق الراهن؟ فيه وجهان في «النهاية» في باب «الزيادة في الرهن».

ولو باع ثوباً بدينار في الذمة، وقبض دينارا عنه، وسلم الثوب، ثم خرج الدينار زيوفاً - رده عليه، ويعود حقه في الحبس.

ولو أخرج^(٢) رديء الجواهر بحيث لو رضي به جاز ورد عليه، فهل يعود حق الحبس؟ فيه وجهان يبنيان على القولين في جواز الاستبدال في مسألة الصرف على النعت الذي ذكرناه، كذا قال القاضي الحسين في «باب بيع الطعام قبل أن يستوفى».

ولو أتلّف البائع المبيع قبل القبض أو المشتري أو أجنبي، فهل يبطل حق الحبس؟ قد تقدم الكلام فيه في أول البيع، وهل للبائع حبس زوائد المبيع؟ قال الغزالي في

(١) سقط في د.

(٢) في د: خرج.

«الوسيط» عند الكلام في حقيقة الرد: «و^(١) الفسخ إن قلنا: إنها تنقلب بالفسخ إلى البائع فله حبسها للثمن إذا قلنا: له حبس المبيع؛ لأنه يتوقع التعلق بها، وإن^(٢) قلنا: يسلم للمشتري، فليس له حق الحبس»، وفيما قاله نظرٌ؛ لأن الزوائد الحادثة بعد العقد لم يقتض العقد حبسها للثمن، كما قلنا فيما إذا كان الثمن مؤجلاً، ثم حلّ قبل التسليم، وقد صرح الإمام بذلك، بل حبسها على ما اقتضاه التفريع؛ لجواز كونها تسلم له، فيكون صواب الكلام: فإن قلنا: إنها تنقلب بالفسخ إلى البائع، فله حبسها، لا لأجل الثمن.

ولو اشترى بوكالة اثنين شيئاً، ووفى نصف الثمن عن أحدهما - لم يجب على البائع تسليم النصف؛ بناءً على أن الاعتبار بالعاقده.
ولو باع بوكالة اثنين، فإذا أخذ نصيب أحدهما من الثمن فعليه تسليم النصف، هكذا ذكره في «التهذيب».

قال الرافعي: وفيه كلامان:

أحدهما: أن العبد المشترك بين رجلين إذا باعاه، ففي انفراد أحدهما بأخذ نصيبه من الثمن وجهان، فأخذ الوكيل لأحدهما بمنزلة أخذ الموكل نفسه.
قلت: ويؤيده^(٣) حكاية وجه مثله يأتي في نظير المسألة في الرهن.
والثاني: أنّا إذا قلنا: الاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالعاقده، فينبغي أن يكون تسليم النصف على الخلاف فيما إذا أخذ البائع بعض الثمن، والله أعلم.

* * *

(١) في د: أو.

(٢) في د: فإن.

(٣) في د: يؤيد.