

كتاب البيوع

[مسألة⁽¹⁾] [64]:

[في حكم خيار المجلس]

خيار المجلس باطل، والعقد بالقول لازم⁽²⁾ وبه قال أبو حنيفة⁽³⁾.
وقال الشافعي: خيار المجلس صحيح وكل واحد من المتبايعين بالخيار
على صاحبه حتى يفترقا من المجلس الذي تبايعا فيه⁽⁴⁾.
واحتج أصحابه بحديث ابن عمر⁽⁵⁾، أن النبي ﷺ قال: «البيعان بالخيار
مالم يفترقا»⁽⁶⁾، قالوا: وهذا الخبر نص في موضع الخلاف.

- (1) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.
- (2) قال في التفرع 2 / 171: «وعقد البيع بالقول لازم، وخيار المجلس باطل...»، وقال في الإشراف 1 / 249: «خيار المجلس غير ثابت، خلافاً للشافعي»، وقال في البداية 2 / 128: «واختلفوا متى يكون اللزوم؟ فقال مالك وأبي حنيفة: وأصحابهما، وطائفة من أهل المدينة: إن البيع يلزم في المجلس بالقول، وإن لم يفترقا، وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور، وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم: البيع لازم بالافتراق من المجلس، وإنهما مهما لم يفترقا، فليس يلزم البيع ولا ينعقد، وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة، وابن المبارك وسوار القاضي، وشريح القاضي، وجماعة من التابعين وغيرهم. وهو مروى عن ابن عمر، وأبي برزة من الصحابة، ولا مخالف لهما من الصحابة». وانظر: اختصار عيون المجالس 63 و: 2.
- (3) قال في تحفة الفقهاء 2 / 50 - 52: «إذا كان البيع باتاً فلا يملك أحدهما الفسخ بدون رضا صاحبه وإن لم يفترقا من المجلس وهذا عندنا، وقال الشافعي: لهما خيار الفسخ، مالم يفترقا عن المجلس، ولقب المسألة: إن خيار المجلس هل هو ثابت شرعاً؟ فعندنا غير ثابت، وعنده ثابت»، وانظر: البدائع 5 / 228.
- (4) قال في الأم 3 / 4: «وكل متبايعين في سلف إلى أجل أو دين، أو صرف، أو غيره تبايعاً، وتراضياً، ولم يفترقا عن مقامهما أو مجلسهما الذي تبايعا فيه فلكل واحد منهما فسخ البيع...»، قال في المهذب 1 / 257: «وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء، إلا أن يفترقا أو يتخيرا... والتفرق أن يفترقا بأبدانها».
- (5) تقدمت ترجمته.
- (6) حديث ابن عمر أخرجه الستة، وهو مروى كذلك عن حكيم بن حزام، وعبد الله بن عمرو، =

قالوا: ولأنه عقد معاوضة ومغابنة، فوجب أن يكون للتفرق بالأبدان فيه مدخل دليله: الصرف⁽¹⁾ ولأنه عقد وضع للمغابنة، فوجب أن يكون لهما فيه خيار، دليله: ما إذا اشترط خيار الثلاث.

والدليل على صحة ما قلناه: الكتاب، والسنة، وصحيح النظر. أما الكتاب: فقوله عز وجل: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29]، وقوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً﴾ [هـ: 187] تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: 282]. فعم، ولم يشترط تفرقا، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك. وقوله عز وجل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، فوجب أن يجب الوفاء بعهد العقد الذي هو لفظ التباعد، سواء افترقا أو لم يفترقا.

وأما السنة فنهيه عليه السلام عن بيع الغرر⁽²⁾ لأن كل واحد منهما لا يدري ما يوصل إليه أمره في هذه السلعة. هل يتم فيها البيع أم لا يتم؟ ولأنه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض⁽³⁾ دَلِيلُهُ⁽⁴⁾ إذا وقع القبض لزم البيع، ولم يفرق عليه السلام بين أن يكونا تفرقا أم لم يفترقا.

وقد قال عليه السلام: من باع عبداً وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع⁽⁵⁾، ولم يذكر عليه السلام افتراقاً.

= وسمرة بن جندب وأبي برزة، ولفظه في الصحيحين من حديث ابن عمر: «البيعان كل واحد

منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا، إلا بيع الخيار». ن: نصب الراجحة 1 / 4.

(1) الصرف هو: «بيع الذهب بالفضة، أو أحدهما بفلوس». شرح الحدود 241، وانظر: الطلبة

234، والمغرب 266، والتعريفات 132 - 133، والأنيس 221، ولغة الفقهاء 273.

(2) حديث النهي عن بيع الغرر، أخرجه مسلم في كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة، والبيع

الذي فيه غرر، عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ هذا نصه: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع

الحصاة وعن بيع الغرر».

(3) حديث النهي عن بيع ما لم يقبض، أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان المبيع قبل

القبض، من طرق متعددة، وبألفاظ متقاربة، عن ابن عباس، وابن عمر، وأبي هريرة،

وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم.

(4) أي دليل خطابه ومفهوم مخالفته.

(5) هذا الحديث متفق على صحته، أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع النخل بأصله، ومسلم =

وقد قال عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار»⁽¹⁾،
 والتفرق يقع بالقول مرة، وبالفعل مرة أخرى. قال الله عز وجل: ﴿وَإِنْ يَنْفَرَقَا
 يُعْنِ اللَّهُ كِلَا مَنْ سَعَيْهِ﴾ [النساء: 130]، وقال: ﴿وَمَا نَفَّرَقَ الَّذِينَ أُوتُوا
 الْكِتَابَ﴾ [البينة: 4].

وقال عليه السلام: «ستفترق أمتي هذه على ثلاث وسبعين فرقة»⁽²⁾،
 فصح التأويل، وتطرق الاحتمال إلى اللفظ. فليس لهم حملة⁽³⁾ على ما
 زعموا، إلا ولنا حملة على خلافه.

وأما النظر فتقول: هذا عقد معاوضة، فلم يدخل فيه خيار المجلس.
 دليله: النكاح.

ولأنه تملك عين، فأشبهه الهبة.

ولأنه عقد موضوع لإزالة ملك، فأشبهه الكتابة.

ولأنه عقد مزيل للملك، فأشبهه العتق.

ولأنه خيار مجهول الغاية بعد العقد، فأشبهه ما لو اشترط خيارًا مجهولاً

ولأن العقود على ضربين:

عقد مكارمة ومواصلة وهو عقد النكاح، والهبة والعارية⁽⁴⁾.

وعقد معاوضة ومغابنة، وهو البيع، والإجارة، والجعل⁽⁵⁾،

= في البيوع، باب من باع نخلاً عليها تمر، كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنه. ن: طريق
 الرشد 2 / 76، ولفظه في مسلم، عن عبد الله بن عمر، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول:
 «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر، فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترها المبتاع، ومن ابتاع عبدًا
 فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع».

(1) تقدم تخريجه.

(2) أخرجه ابن ماجة في سننه في كتاب الفتن، باب افتراق الأمم، عن أبي هريرة رضي الله عنه
 بلفظ هذا نصه: «تفرقت اليهود على إحدى وسبعين فرقة، وتفترق أمتي على ثلاث وسبعين
 فرقة».

(3) في الأصل: جملة.

(4) العارية: وتجمع على عوار، الشيء المعار، وهي أيضًا: تملك المنافع بغير عوض. ن: لغة
 الفقهاء 300.

(5) الجعل: «ما يجعل للعامل على عمله». التعريفات 76، وانظر: المغرب 84، وشرح =

والخلع، والكتابة.

وقد حصل الإجماع أن خيار المجلس في هذه العقود باطل، ما خلا عقد البيع على ما ذهب إليه الشافعي والذي يقتضيه النظر: أن يرد ما اختلف فيه، إلى ما اتفق عليه على نظام واحد، وألا يستثنى منها: خيار المجلس، ولا غيره هذا هو المنهج الظاهر الذي لا شك فيه.

ولأن البيع على⁽¹⁾ عقد مشروع بوصف وحكم: فوصفه اللزوم، وحكمه الملك؛ وقد تم البيع فوجب أن يتم بوصفه ليفيد حكمه وأما تأخير ذلك إلى أن يفترقا فليس عليه دليل لأن السبب إذا تم أفاد حكمه، ولا يتبقى إلا بعارض دليل، فمن ادعى العارض، فعليه الدليل.

ولأن علة الخيار، لا يجوز أن تكون نفس البيع، لأن البيع إذا كان يفيد الملك واللزوم، استحال أن يكون نفسه موجبا ضده.

ولأن كل خيار [من]⁽²⁾ مقتضى العقد، فإنه يبقى⁽³⁾ بعد الافتراق، كخيار الرد بالعيب، وكل خيار لا يثبت بعد الافتراق، فليس من مقتضى العقد، كالخيار في غلاء الثمن ورخصه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث ابن عمر، فقد جعلناه حجة لنا، وقياسهم على الصرف خطأ، لأن الصرف لا تفتقر⁽⁴⁾ صحته وانبرامه إلى⁽⁵⁾ إلى التفرق بالأبدان، وإنما تفتقر صحته إلى التقابض قبل التفرق.

وما ذكروه من القياس على خيار الثلاث، فتعسف⁽⁶⁾، لأن خيار الثلاث لا يثبت عند أحد من العلماء إلا بالشرط، وخيار المجلس عندهم يثبت بغير شرط فبطل ما قالوه.

= الحدود 402، والأنيس 169، ولغة الفقهاء 164.

(1) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

(2) تكملة يقتضيهما السياق.

(3) في الأصل: يبقا.

(4) في الأصل: يفتقر.

(5) في الأصل: على.

(6) التعسف: «التصرف الذي لا مبرر له». لغة الفقهاء 136.

مسألة [65]:

[في الخيار في البيع هل يجوز أن يشترط أكثر من ثلاثة أيام أم لا؟]

يجوز أن يشترط الخيار في البيع أكثر من ثلاث⁽¹⁾ وبه قال ابن⁽²⁾ أبي ليلى
والقاضي أبو⁽³⁾ يوسف، ومحمد بن الحسن⁽⁴⁾.
وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز في شرط الخيار أكثر من ثلاث⁽⁵⁾.

(1) قال في التفرع 2 / 172: «ولا بأس باشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام فيما يبقى، ولا يتغير، ولا يفسد»، وقال في الإشراف 1 / 250: «يجوز اشتراط الخيار زيادة على الثلاثة أيام، إذا احتيج إلى ذلك في اختيار المبيع، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز»، وقال في البداية 2 / 158: «أما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه، فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه، وأنه إنما يتقدر بتقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات، وذلك بتفاوت المبيعات، فقال: مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب، والجمعة والخمسة أيام في اختيار الجارية، والشهر ونحوه في اختيار الدار، وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل على اختيار المبيع. وقال الشافعي وأبو حنيفة: أجل الخيار ثلاثة أيام، لا يجوز أكثر من ذلك، وقال أحمد وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن: يجوز الخيار لأية مدة اشترطت، وبه قال داود». وانظر: اختصار عيون المجالس 63 و: 2، واختصار عيون الأدلة 222.

(2) هو أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري، قاضي الكوفة، تفقه بالشعبي والحكم بن عتيبة، وأخذ عنه الفقه: الحسن بن صالح بن حي، وسفيان الثوري الذي قال فقهاؤنا: ابن أبي ليلى وابن شبرمة. مات سنة 148هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 84، وطبقات الحفاظ 81، والخلاصة 348.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) قال في المبسوط 13 / 41: «خيار الشرط يتقدر بثلاث أيام وما دونها ولا يجوز أكثر من ذلك في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى، وابن أبي ليلى: يجوز إذا كانت المدة معلومة طال أو قصرت»، وقال في المهذب 1 / 258: «ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لأنه غرر».

واحتج أصحابهما بحديث ابن عمر (1) أن النبي ﷺ ضرب لحبان (2) بن منقذ خيار ثلاثة أيام (3) قالوا: فدل ذلك على أن الثلاث حد في الخيار لا يتجاوز.

قالوا: ولأن الغرض المقصود من المبيع، التصرف في المبيع، فإذا اشترطاً أجلاً يمنع من التصرف فيه، مع الاستغناء (4) عنه بدونه. أذن ذلك بفساده، لوقوعه على خلاف موجهه (5).

قالوا: ولأن الخيار قد ثبت جوازه بإجماع إذا كان قليلاً محدوداً، وثبت بطلانه إذا كان كثيراً ممتداً أو مجهولاً، فلم يكن بد من حد يصار إليه، فكان الثلاثة أولى (6)، لأنها جعلت حداً في عرف الشرع. قال الله عز وجل: ﴿ تَمَتَّعُوا (7) فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ﴾ [هود: 65].

قالوا: وقد قال ﷺ: «لا يقيمن مهاجر قضى (8) نسكه (9) أكثر من

- (1) تقدمت ترجمته.
- (2) هو حبان بفتح الحاء بن منقذ بن عمرو الأنصاري، له صحبة، شهد أحدًا وما بعدها، كان رجلاً ضعيفاً، وكان قد سفح في رأسه مأمومة، فجعل له النبي ﷺ الخيار فيما اشترى ثلاثاً، مات في خلافة عثمان رضي الله عنه.
- ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 2 / 291، والإصابة 2 / 197.
- (3) حديث حبان أخرجه الدارقطني في سننه 3 / 54 - 55، في كتاب البيوع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه بلفظ هذا نصه: «كان حبان بن منقذ رجلاً ضعيفاً، وكان قد سفح في رأسه مأمومة، فجعل رسول الله ﷺ له الخيار فيما يشتري ثلاثاً، وكان قد ثقل لسانه فقال له رسول الله ﷺ: «بع وقل: لا خلافة».
- (4) في الأصل: الاستعنى.
- (5) الموجب: «علة التصرف فزنا المحصن موجب للرجم». لغة الفقهاء 468.
- (6) في الأصل: أولاً.
- (7) في الأصل: فتمتعوا.
- (8) في الأصل: قضا.
- (9) النسك: «الذبيحة، والطاعة وكل ما يتقرب به إلى الله». ن: حلية الفقهاء 78، والمغرب 450، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 165 - 166، ولغة الفقهاء 479.

ثلاث»⁽¹⁾ وقال في حديث المصراة⁽²⁾: «بعد أن يحلبها ثلاثاً»⁽³⁾.
قالوا: ولأنه عقد بيع، اشترط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام، فوجب ألا
يجوز دليله: ما لو اشترط عشرين يومًا، أو شهرًا، ونحو ذلك؛ حيث لا يجوز.
والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿يَكَايُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا
تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾
[النساء: 29]، فإذا اشترط خيارًا عن تراض منهما، بحيث لا يكون على واحد
منهما في ذلك ضرر، جاز وإن كان أكثر من ثلاث.
وقد قال ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار»⁽⁴⁾، فاستثنى
بيع الخيار، ولم يحده عليه السلام بثلاث ولا غيرها، فوجب حمل ذلك على
عمومه، حتى يرد عليه ناسخ، أو معارض، أو تخصيص.
ولأنه أجل يثبت قليله [هـ 188] بالشرط، فوجب أن يكون كثيره كذلك.
دليله: التأجيل بالثمن.
ولأن الثمن لما جاز أن يكون قليلًا، وجاز⁽⁵⁾ أن يكون كثيرًا. جاز أن

(1) هذا الحديث أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب جواز الإقامة بمكة للمهاجر منها، بعد فراغ
الحج والعمرة ثلاثة أيام بلا زيادة عن العلاء بن الحضرمي مرفوعًا من طرق متعددة، وبألفاظ
متقاربة منها هذا اللفظ: سمعت العلاء - أو قال العلاء بن الحضرمي - قال: قال رسول الله
ﷺ: «يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثاً»، وأخرج الترمذي نحوه، في سننه في أبواب
الحج، باب ما جاء أن مكث المهاجر بمكة بعد الصدر ثلاثاً، عن العلاء، وقال: «هذا
حديث حسن صحيح».

(2) المصراة: هي: «التي لا تحلب أيامًا حتى يجتمع اللبن في ضرعها، وأصل التصرية: الحبس
والجمع». النظم المستعذب بهامش المهدب 1 / 282. وانظر: تهذيب الأسماء واللغات
3 / 175، ولغة الفقهاء 433.

(3) حديث المصراة، أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، عن أبي هريرة
رضي الله عنه مرفوعًا بلفظ هذا نصه: «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن
ردها رد معها صاعًا من طعام، لا سمراء».

(4) تقدم تخريجه.

(5) في الأصل: جاز.

يكون الأجل فيه قليلاً، وجاز أن يكون كثيراً، والعلة الجامعة بينهما، هي: أن الجهل بالثمن، كالجهل بالأجل، وذلك مؤذن بفساد البيع بأياها كان. وما زاد على الثلاث في الخيار الذي اختلفنا [فيه] (1) معلوم غير مجهول فصح ما قلناه. فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿ تَمَتُّعُوا (2) فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ﴾ [هود: 65]، ليس لهم فيه حجة على ما أرادوه، لأنه إخبار من الله عز وجل عن أجل نصيبه من العذاب اليد (3).

وقوله ﷺ لحبان (4) بن منقذ: واشترط الخيار ثلاثاً (5)، لا يدل على أن الخيار لا يكون أكثر من ذلك، لأن ذلك من باب دليل الخطاب، وأصل مذهب القوم (6) بتقديم القياس على دليل الخطاب. ولأنه بعض ما اشتمل عليه قوله ﷺ: «إلا بيع الخيار» (7).

وأما حديث المصراة، فإنما ضرب عليه السلام فيها الخيار ثلاثة أيام، ليختبرها المبتاع، ويقف على ما هي عليه من قلة حلاب أو كثرته. وقد أجمعوا معنا في آجال تكون أكثر من ثلاثة أيام، وهي (8): أجل الثمن في البيع، وأجل العنة، والاعتراض (9)، وعهدة (10) السنة من الجنون والجذام والبرص على أصلنا.

-
- (1) تكملة يقتضيها السياق.
 - (2) في الأصل: فتمتعوا.
 - (3) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.
 - (4) تقدمت ترجمته.
 - (5) تقدم تخريجه.
 - (6) لعله يريد بالقوم الشافعية لأنهم الذين يقولون بدليل الخطاب، وأما الأحناف فمذهبهم عدم الأخذ به جملة.
 - (7) تقدم تخريجه.
 - (8) في الأصل: وهو.
 - (9) الاعتراض: العجز عن الوطاء، والمعترض: العنين. ن: شرح الحدود 169.
 - (10) العهدة: الضمان والكفالة وهي: أيضاً ضمان الدرك الذي هو ضمان الثمن للمشتري إذا استحق المبيع، أو وجد به عيب. ن: لغة الفقهاء 323.

وليس ردهم ما اختلفنا فيه إلى الأصول التي⁽¹⁾ ذكروها، بأولى⁽²⁾ من ردنا إياها إلى الأصول التي ذكرناها لاسيما والقياس الواضح الذي لا يندفع دال على ألا فرق بين خيار ثلاثة أيام وأربعة أيام، لكونها مدة معلومة مشروطة في العقد، غير خارجة عن العرف .

وما ذكروه من قوله عليه السلام: «لا يقيمن مهاجر بعد قضاء نسكه أكثر من ثلاثة أيام»⁽³⁾، إنما قال ذلك عليه السلام، في وقت كانت الهجرة فرضاً، فحرم على الحاج أن يقيم أكثر من ثلاث، خوف⁽⁴⁾ أن يعود إلى ما كان عليه قبل الهجرة .

وما ذكروه من القياس على الأجل البعيد، فبعيد جداً، لأن أجل الخيار الممتد يمنع من التصرف في الثمن والمثمن، ويدخل بذلك الضرر على البائع والمبتاع، ويبتل عليهم به الغرض المقصود، وليس كذلك الأجل القريب، لأن الغرض المقصود من البيع لا يبطل به .

(1) في الأصل : الذي .

(2) في الأصل : بأولا .

(3) تقدم تخريجه .

(4) في الأصل : خوفا .

[في حكم بيع الأعيان الغائبة على الصفة]

يجوز بيع الأعيان الغائبة على الصفة⁽¹⁾ وبه قال أبو حنيفة إلا أنه قال :
وللمشتري خيار الرؤية⁽²⁾ .

وقال الشافعي : لا يجوز بيعها على حال⁽³⁾ .

واحتج أصحابه بنهيه عليه السلام عن بيع الغرر، وعن بيع ما ليس عند
الإنسان⁽⁴⁾، قالوا : ولأنها عين مجهولة لتعذر رؤيتها، فلم يجز بيعها، دليله :
بيع الطير في الهواء⁽⁵⁾، والسّمك في الماء .

قالوا : ولأن الثمن إذا كان مجهولاً في حال العقد، بطل به البيع
بإجماع، فوجب أن يكون المثلون كذلك، لأن كل بيع كان فيه أحد العوضين
مجهولاً⁽⁶⁾، فإن ذلك مؤذن بفساد البيع وبطلانه .

(1) قال في التفریح 2 / 170 : «ولا بأس ببيع الأعيان الغائبة على الصفة، فإن وافقت الصفة لزم
البيع فيها ولم يكن للمشتري خيار الرؤية، وإن خالفت الصفة، فالمشتري بالخيار في إجازة
البيع أو رده»، وقال في البداية 2 / 117 : «وكان مالك، وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع
الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته». وانظر : اختصار
عيون المجالس 63 و : 2 .

(2) قال في البدائع 5 / 163 : «وأما العلم بأوصاف المبيع والتمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد
العلم بالذات والجهل بها؟ هل هو مانع من الصحة؟ قال أصحابنا : ليس بشرط الصحة،
والجهل بها ليس بمانع من الصحة، لكنه شرط للزوم فيصح بيع ما لم يره المشتري، لكنه لا
يلزم وعند الشافعي رحمه الله كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة، حتى لا
يجوز بيع ما لم يره المشتري عنده . . . وعلى هذا الخلاف إذا باع شيئاً لم يره البائع أنه يجوز
عندنا، وعنده لا يجوز، وإذا جاز عندنا فهل يثبت الخيار للبائع؟ فعن أبي حنيفة روايتان» .

(3) انظر المهذب 1 / 263 - 264، والبداية 2 / 116 - 117 .

(4) تقدم تخريجها .

(5) في الأصل : الهوى .

(6) في الأصل : مجهول .

قالوا: ولأنها عين لم يرها المشتري، فوجب ألا يجوز شراؤها لتعلق العقد بالعين. دليhle: المنع من بيع الشارد⁽¹⁾ والآبق⁽²⁾.

قالوا: ولأن البيع بيعان: بيع عين⁽³⁾ مضمونة بصفة محصورة، وبيع عين معقولة، فلما لم يجرز تأخير الوصف في بيع الموصوفات، وجب ألا يجرز تأخير الرؤية في الأعيان المعقولات.

قالوا: ولأن البيع يفتقر إلى شيئين:

رضى صاحب السلعة عند العقد من غير تأخير⁽⁴⁾ فكما لم يجرز تأخير رضاه عن العقد، فكذلك لا يجرز تأخير رؤية المبتاع لها وعلمه بها عند العقد.

والدليل على صحة ما قلناه: عموم قوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، وهذا بيع لا مراعاة فيه، وقوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29]، وهذه تجارة عن تراض.

ولأنه مبيع معلوم مقدور على تسليمه، دليhle: الظاهر⁽⁵⁾ المرئي⁽⁶⁾.

ولأن جهل المبتاع بأوصاف المبيع أو بعضها، لا يفسد به البيع، دليhle: ما إذا وجد بالمبيع عيبًا، فإن له الرد، ومعلوم أن المبتاع لم يحط علمًا بموضع العيب ولو أحاط به علمًا لم يكن له الرد.

ولأن العلماء مجمعون على جواز السلم، وهو عقد على ما لم يخلق الله بعد، فلأن يجرز العقد على موجود، مقدور على تسليمه أولى⁽⁷⁾ وأحرى.

﴿ولأنه أقرب إلى الجواز، وأبعد من الغرر.

(1) الشارد: «النافر الذاهب في الأرض». اللسان / شرد.

(2) الآبق: «الهارب من العبيد ممن هو في يده تمردًا». ن: لغة الفقهاء 38، والأنيس 198.

(3) في الأصل: غير.

(4) لم يذكر الشيء الثاني، والراجع أن محل ذكره هنا ولعل أصله والله أعلم: «ورؤية المبتاع لهذه السلعة وعلمه بها»، كما يدل عليه سياق الكلام بعده.

(5) في الأصل: الظاهر.

(6) في الأصل: المرى.

(7) في الأصل: أولا.

ولأنه لا خلاف في جواز بيع اللوز والجوز، والباقلا⁽¹⁾ في قشره، والمقصود⁽²⁾ من ذلك كله غائب من المتعاقدين وقت تعاقدهما، فإن يجوز بيع السلعة الغائبة المعلومة، المقدور على تسليمها أولى وأحرى. ولأن الإجارة نوع من البيع؛ وقد أجمع العلماء المقتدى⁽³⁾ بإجماعهم على إجازتها مع كون المنافع المعقود عليها معدومة غير موجودة في وقت العقد عليها، فوجب أن يكون بيع العين الغائبة على الصفة كذلك. ولأنه عقد معاوضة، فلم يكن من شرط صحته رؤية المعقود عليه، دليله: النكاح.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من نهي النبي عليه السلام عن بيع الغرر، وأن بيع الغائب من باب الغرر والجهل، غير مسلم، لأن بيع الغائب معلوم الوجود، مملوك لمالكه، مقدور على تسليمه. دليله: ما لو باعه جارية منقبة⁽⁴⁾، أو فرساً [189 هـ] مجللة⁽⁵⁾؛ حيث يجوز ذلك فقد صار المبيع في هذه الصورة معلوم الوجود بالرؤية مع كونه مستورا، وإنه [إنما]⁽⁶⁾ يتميز للمبتاع من غيره بالإشارة إليه. فقد حصل العلم من هذا الوجه. لأن العلم الذي يعبر عنه في هذه المسألة ليس أكثر من الوجود قطعاً، وأما إذا كان المبيع غائباً عن مجلس العقد، فقد علم الوجود خبراً، والخبر قد يوجب العلم على وجه ما⁽⁷⁾، كخبر التواتر، فهو هنا وإن لم يوجب حقيقة الوجود من حيث القطع واليقين، لكن هو كاف لجواز بناء هذا العقد عليه.

-
- (1) الباقلا، والباقلي: الفول. ن: ضياء النبراس 27، والمغرب 48 - 49.
 - (2) ما بين القوسين المزهرين ساقط في طبعة الأوقاف المغربية، واستدرك من الأصل المخطوط بعد إعادة المقابلة.
 - (3) في الأصل: المقتدا.
 - (4) منقبة: مرتدية النقاب وهو ما يستر الوجه كله، ويظهر محجر العين. ن: لغة الفقهاء 186، واللسان / نقب.
 - (5) مجللة: لابسة ما تصان به. اللسان / جلال.
 - (6) ممحوة في الأصل، وأثبتناها هكذا اجتهاداً.
 - (7) أي في المعاملات من حيث الظاهر. ن: المبسوط 13 / 69.

ولأن صحة البيع في مثل هذه الصورة قد وجد [في] ⁽¹⁾الشرع في مسألة السلم، والإجارة، والرد بالعيب، فوجب أن يصح هذا العقد الذي اختلفا فيه ردًا إليه، وقياسًا عليه، لأن توهم الغرر في مسألة السلم والإجارة موجود كما هو في هذه المسألة التي اختلفنا فيها.

وقياسهم على بيع الطير في الهواء ⁽²⁾والسمك في الماء، وبيع الشارد والآبق غير لازم، لأن بيع ذلك [غير] ⁽³⁾قادر على تسليمه فبطل ما قالوه - والله أعلم - وصح ما قلناه.

(1) تكملة يقتضيها السياق .

(2) في الأصل : الهوى .

(3) تكملة لازمة .

[في وطء الأمة الثيب . هل يمنع الرد بالعيب أم لا؟]

في وطء الأمة الثيب، لا يمنع الرد بالعيب⁽¹⁾ وبه قال زيد بن⁽²⁾ ثابت .
والشافعي⁽³⁾ .

وقال أبو حنيفة: ليس له ردها، ولكنه يرجع بأرش⁽⁴⁾ العيب⁽⁵⁾، وذكر
مثله عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

واحتج أصحاب أبي حنيفة، فقالوا: العقد إذا فسخ لعيب، كان مردودًا

(1) قال في الإشراف 1 / 269: «إذا وطئ الأمة المبتاعة، ثم وجد بها عيبًا، فله أن يردها بكرًا كانت أو ثيبًا، ويرد مع البكر ما نقص الافتضاض، ولا يرد مع الثيب شيئًا. وقال أبو حنيفة: لا يردهما بعد الوطء، وقال ابن أبي ليلى: يردهما ويرد معهما العقر، وهو مهر المثل، وعند الشافعي: لا يرد البكر، فإن ذلك عيب، وحدوث العيب عند المبتاع، يمنع الرد عنه»، وقال في المنتقى 4 / 192 - 193: «ولا يكون وطء الأمة فوتًا في ثيب ولا بكر هذا هو المشهور من المذهب، وروى عنه ابن حبيب: إنه فوت فيهما وبه قال أبو حنيفة . . .»، وانظر: البداية 2 / 137 .

(2) هو أبو سعيد أو أبو عبد الرحمن زيد بن ثابت بن الضحاك الخزرجي، قدم رسول الله ﷺ وله 11 سنة، شهد أحدًا وما بعدها، قال سليمان بن يسار: كان عمر وعثمان لا يقدمان على زيد ابن ثابت أحدًا في القضاء، والفتوى، والفرائض، والقراءة، توفي سنة 45هـ بالمدينة، فقال ابن عمر رضي الله عنه: مات عالم الناس اليوم .

ترجمته في طبقات الشيرازي 46 - 47، والخلاصة 127، والرياض 84 .

(3) قال في المنتقى 4 / 193: «وقال الشافعي: إن وطء البكر يمنع الرد بالعيب دون الثيب» .

(4) الأرش بالهمزة المفتوحة وسكون الراء: «ما وجب من المال في الجناية على ما دون النفس» لغة الفقهاء 54، وانظر: الطلبة 335، والمغرب 23 - 24، وغريب المدونة 112، والتعريفات 17، والأنيس 295 .

(5) قال في المبسوط 13 / 95: «وإذا اشترى جارية، ولم يتبرأ البائع من عيوبها، فوطئها المشتري، ثم وجد بها عيبًا، فليس له أن يردها بالعيب عندنا، بكرًا كانت أو ثيبًا عندما اشتراها»، وقال في تحفة الفقهاء 2 / 146: «والصحيح قولنا: لأن المبيع خرج عن ملكه معيبًا بعيب واحد، فلورد يرد بعيبين، وشرط الرد أن يرد على الوجه الذي أخذ، ولم يوجد» .

من أصله، وإذا رد من أصله، صار وطء المبتاع كأنه إنما وقع وهي على ملك البائع، فلذلك لم يجز الرد.

قالوا: وفي إجازة ردها بعد الوطاء، استباحة بعضها من غير عوض وذلك باطل.

قالوا: ولأن كل وطء حصل عن شبهة، لا يجوز أن يعرى عن عوض، لأنه متى أعري عن عوض، كان حكمه حكم بضع الموهوبة وذلك ما لا يجوز. قالوا: ألا ترى⁽¹⁾ أنها لو كانت بكرًا فافتضاها⁽²⁾ أنه لا يجوز أن يردّها؟ فكذلك ها هنا.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن سبب الرد قد وجد مقرّونًا بشرطه، فوجب الرد. دليله: ما قبل الوطاء ومعنى سبب الرد هو العيب، ومعنى شرطه: هو إعادة المبيع إلى ملك البائع، كما خرج عن ملكه، وذلك الوطاء إنما هو وطء استمتع فأشبهه ما لو قبلها أو عانقها، أو وطئها فيما دون الفرج، حيث لا ينقص ذلك من عين الجارية، ولا من قيمتها شيئًا.

والرد بالعيب لا يكون فسخًا لعقد البيع من أصله كما زعموا، وإنما هو فسخ له في الحال والدليل على صحة ذلك: أن من اشترى عبدًا، فوهب للعبد هبة، أو تصدق عليه صدقة، أو وصى له بوصية، ثم اطلع فيه المبتاع على عيب، فإنه يرد ولا يرد معه ما استفاده العبد بهبة، أو صدقة، أو وصية، وذلك ملك للسيد الراد له بالعيب بغير خلاف بيننا وبينهم، فدل ذلك على أن الرد بالعيب ليس بنقض لعقد البيع من أصله، وإذا لم يكن نقضًا للعقد، جاز له أن يرد، ولا يلزمه بالوطئ⁽³⁾ شيء، لأنه إنما وطئ أمة له بملك صحيح.

ويوضح هذا أن السيد لو زوجها لرجل، فوطئها الزوج، ثم اطلع المبتاع على عيب بها، كان له أن يرد، ولا يمنع وطء الزوج من ردها بالعيب، وكذلك لو وطئت مكرهة، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك، وهذا هو الجواب عن

(1) في الأصل: ترا.

(2) في الأصل: فافتضاها.

(3) في الأصل: الوطاء.

مجموع كلامهم .
وقولهم : لو كانت بكرًا فافتضها⁽¹⁾ لم يكن له الرد، غير صحيح، لأن له
أن يردها عندنا، ويرد معها ما نقصها الافتضاض والله أعلم .

(1) الافتضاض : إزالة البكرة بالذكر ونحوه . ن : لغة الفقهاء 80 .

مسألة [68]:

[في حكم المبيع الذي وجد به عيب، إذا رد بعد استغلاله]

إذا وجد المبتاع [في] (1) المبيع عيباً، فرده بعدما استغله، أو استخدمه فله الغلة والخراج (2) كان ما كان (3) وهذا ما لا خلاف فيه بين العلماء (إذا كان المبيع صحيحة وورد عيب) (4).

فأما ولد الأمة، ونتاج الماشية، فإنه يرد مع الأمهات، وأما ثمرة النخل وهي مأبورة (5) فإنه يرد مع الرقاب، وإن حدثت عنده لم يردّها مع الرقاب، وهي له خراج. هذا صريح مذهبنا (6).

وقال أبو حنيفة: لا يرد (7) ولد الناقة، ولا نتاج الماشية ولا ثمرة النخل، وذلك كله عنده فوت (8) وعيب يمنع الرد، ويوجب للمشتري الرجوع بأرش العيب (9).

- (1) تكملة يقتضيها السياق.
- (2) الخراج: «ريح عين معينة كالأرض والخدام ونحوهما». لغة الفقهاء 194، وانظر: المغرب 141، وحلية الفقهاء 133، والأنيس 185.
- (3) انظر التفرع 2 / 175.
- (4) هكذا في الأصل، وهو مضطرب ولم أهد إلى إقامته.
- (5) مأبورة: مصلحة ملقحة. ن: المغرب 17، ولغة الفقهاء 38، وحلية الفقهاء 126: 9.
- (6) قال في الإشراف 1 / 268: «إذا نما المبيع في يد المبتاع بولادة الأمة، أو نتاج الماشية وإثمار النخل والشجر، ثم وجد بالأصل عيب فله الرد، خلافاً لأبي حنيفة»، وقال في البداية 2 / 137 - 138: «وأما الزيادة الحادثة في المبيع أعني المتولدة المنفصلة منه، فاختلف العلماء فيها، فذهب الشافعي إلى أنها غير مؤثرة في الرد، وأنها للمشتري لعموم قوله عليه السلام: «الخراج بالضمآن»، وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد، فقال: يرد للبائع، وليس للمشتري إلا رد الزائد مع الأصل، أو الإمساك، وقال أبو حنيفة: الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب إلا الغلة والكسب». وانظر: المنتقى 4 / 198 - 199.
- (7) في الأصل: ترد.
- (8) الفوت: الخلل والعيب. اللسان / فوت.
- (9) قال في المبسوط 13 / 104: «وأما الزيادة المنفصلة التي هي متولدة من الأصل كاللبن =

وقال الشافعي: ترد الرقاب وحدها، وهي الأصول، ولا يرد معها من الزوائد شيئاً، دليله: الغلات⁽¹⁾.

ودليلنا على أبي حنيفة، على أن كل ما ذكره ليس بعيب يمنع الرد: هو أنه لما حدث بيد المشتري بعد العقد، ولم يتناوله العقد، وليس له قسط من الثمن، فوجب ألا يمنع الرد بالعيب الموجود في المبيع في حين العقد، دليله: الغلات.

ولأن من ابتاع عبداً فوجد به عيباً يوجب الرد، فرده به من بعد أن وهب للعبد المبيع المردود بالعيب مالاً، أو وصى له به، أو التقطه⁽²⁾، أو وجد ركازاً⁽³⁾ فإنه له رده، وليس له أن يرد معه شيئاً مما وهب له، أو وصى به، لأن المبيع إنما رد في الحال لا من أصله.

فلو رد المبيع من أصله كما زعموا [هـ 190]، لرد المبتاع ذلك مع العبد، لأن البائع ما يزال مالكا للرقبة على زعمهم، وفي إجماعهم معنا على أنه يرد العبد بالعيب، ولا يرد معه شيئاً مما استفاده بهبة، أو صدقة، أو وصية، دليل على صحة ما قلناه.

ودليلنا على أنه يرد الزوائد مع الرقاب: هو أن حكم الرد لم يزل لازماً في الأمهات أصلاً وليس لعارض عرض. فوجب أن يكون الولد الحادث تابعاً لها في الحكم. دليله: ولد الناقة، والبقرة، والضائنة⁽⁴⁾ في الزكاة؛ إذ هو تابع

-
- = الثمار، والولد، والعقر إذا وطئت الجارية بالشبهة والأرض إذا جني عليها بعدما قبضها المشتري، فهو يمنع رد الأصل بالعيب عندنا، وعند الشافعي لا يمنع، ولكن يرد الأصل بجميع الثمن. والزيادة تسلم للمشتري. .»، وانظر: تحفة الفقهاء 2 / 146.
- (1) قال في المذهب 1 / 285: «وإن كان المبيع بهيمة، فحملت عنده، أو شجرة فأثمرت عنده، رد الأصل وأمسك الولد والثمرة، لأنه نماء منفصل حدث في ملكه. .».
- (2) الالتقاط: أخذ الشيء من الأرض ومنه اللقطة. ن: لغة الفقهاء 86.
- (3) الركاز: الكنز والمعدن، والمال المدفون. ن: حلية الفقهاء 106، والطلبة 48، والمغرب 196، وغريب المدونة 35، والتعريفات 112.
- (4) هكذا في الأصل، ولعل الصواب الضائنة والضائنة ولد الشاة حين تضعه أمه، وهو السخلة أيضاً. ن: غريب المدونة 38.

لها بغير خلاف (فإذا ثبت هذا)⁽¹⁾.

ودليلنا على الشافعي نحو مما تقدم، وذلك أن الأصول موضوعة على أن كل حكم لزم في رقبة الأمة، فإن الولد يتبعها فيه، كولد أم الولد، والمكاتبة، والمدبرة، والمعتقة إلى أجل؛ وقد ثبت أن حكم الرد لازم فيها من وقت البيع، فوجب أن يكون ما حدث من ولد منها حكمها. وأما البيع الفاسد إذا رد بعد الاستغلال، فإن الغلة والخراج للمبتاع بغير خلاف من العلماء إلا الشافعي وحده، فهو زعم وحده أن ذلك للبائع، وليس ذلك بصحيح⁽²⁾.

(1) هكذا في الأصل والراجح أنه زائد.

(2) في الأصل: صحيح.

[في بيان حكم المصراة]

ومن اشترى ناقة أو بقرة أو شاة مصراة⁽¹⁾، فإنه إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً⁽²⁾ من تمر⁽³⁾ وبه قال الشافعي⁽⁴⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يردها، قال: والتصرية ليست بعيب يوجب الرد، واللبن الذي في الضرع في حين البيع، لا قسط له من الثمن، فلا يجب عليه أن يرد صاعاً من تمر⁽⁵⁾.

واحتج أصحابه فقالوا: حدوث العيب عند المشتري في المشتري يمنع من الرد. دليله: ما إذا اشترى شاة فجز صوفها؛ حيث وجد بها عيباً لا يجوز له ردها.

قالوا: ولأننا لا نجد في الأصول⁽⁶⁾ موضعاً يقوم فيه التلف بغير الذهب والفضة، فوجب ألا يقوم لبن المصراة بصاع من تمر. دليله: سائر المتلفات.

قالوا: ولأن ما ذكرتموه يؤدي إلى أن يكون العوض المأخوذ عن قليل لبن المصراة وكثيره سواء. والأصول مبنية على أن القيم تختلف باختلاف⁽⁷⁾

(1) المصراة: «الشاة ونحوها إذا حبس لبنها في ضرعها، فلم يحلب، ليظن من يشتريها أنها كثيرة اللبن». لغة الفقهاء 433، وانظر: النظم المستعذب بهامش المهذب 1 / 282.

(2) الصاع: ثمانية أرتال في قول النخعي ومن وافقه من العراقيين، وخمسة أرتال وثلاث عند أهل الحجاز. ن: حلية الفقهاء 103 - 104، ولغة الفقهاء 270.

(3) قال في الإشراف 1 / 267: «التصرية عيب يثبت به الخيار للمبتاع، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ليست بعيب، ولا يثبت بها حق الرد، ولا أثر لها في العيب».

(4) قال في المهذب 1 / 282: «إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة، ولم يعلم بأنها مصراة، فهو بالخيار بين أن يمسك وأن يرد».

(5) انظر الإشراف 1 / 267، وقال في إيثار الإنصاف 319: «إذا اشترى شاة أو بقرة فوجدها محفلة لا يستحق ردها، وقال الشافعي وأحمد: يستحق ردها، ويرد معها صاعاً من تمر».

(6) الأصول: القواعد الشرعية.

(7) في الأصل: اختلاف.

الشيء المقوم على حسب قلته وكثرته، وجودته ورداءته .
قالوا: ولأنه بيع مطعوم بمطعوم غير يد بيد، وأحد المطعومين معلوم
القدر وهو الصاع، والآخر مجهول القدر وهو اللبن ومن هذا اللبن ما لم يتناوله
العقد مما لم يخلق بعد، ثم إن صار⁽¹⁾ الرد بالعيب فيه مؤقت⁽²⁾ بثلاث وذلك
كله بخلاف الأصول المجمع عليها .

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه أبو الزبير⁽³⁾ المكي عن أبي هريرة⁽⁴⁾
أن النبي ﷺ قال: « لا تصروا⁽⁵⁾ الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير
النظرين بعد أن يحلبها ثلاثاً، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً
من تمر» والحديث في الصحيحين⁽⁶⁾ وفيه أربعة أدلة:
أحدها: نهى النبي عليه السلام أن تصر⁽⁷⁾ الإبل والغنم، فدل ذلك على
أن البائع إذا فعل ذلك فقد دلس، ومع التدليس يجب الرد⁽⁸⁾ وهم يقولون:

(1) هكذا في الأصل: والظاهر أنها زائدة .

(2) مؤقت: محدد ومقدر .

(3) هو أبو الزبير محمد بن مسلم بن تدرس الأسدي المكي، تابعي ثقة، روى عن جابر وأبي
هريرة وعائشة، وعنه أبو حنيفة ومالك وشعبة والسفيانان، والزهري، وخلق. وخرج له
الجماعة. توفي سنة 128هـ .

ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 277 - 278، وطبقات الحفاظ 57 - 58، والخلاصة

358.

(4) تقدمت ترجمته .

(5) في الأصل: تصر، والصواب ما أثبتناه، كما في الصحيحين .

(6) في البخاري في كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن يحفل بالإبل والبقر والغنم . . . وفي مسلم
في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، ولفظه بتمامه في هذا الأخير: « لا
يتلقى الركبان لبيع، ولا يبيع بعضهم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبيع حاضر لباد، ولا
تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضيها
أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر». وهو فيهما من حديث الأعرج عن أبي هريرة،
لا من حديث أبي الزبير عن أبي هريرة كما في المتن .

(7) في الأصل: تصروا .

(8) في الأصل: وهو .

ليس له الرد .

الثاني : أنه أثبت⁽¹⁾ للمبتاع الخيار وهم يقولون : لا خيار له .

والثالث : أنه أوجب عليه إذا ردها⁽²⁾، أن يرد معها صاعاً من تمر وهم يقولون : لا يجب عليه أن يرد شيئاً وهو مكابرة وعناد، ورد لما قضى⁽³⁾ وأمضى⁽⁴⁾ عليه السلام .

والرابع : أن فيه دليلاً⁽⁵⁾ على أن اللبن له قسط من الثمن، لأن العقد تناوله، لأن⁽⁶⁾ شاة تحلب عشرة [أرطال]⁽⁷⁾ أكثر ثمناً⁽⁸⁾ من شاة تحلب خمسة أرطال، فصح أن التصرية عيب، وإنما أمر عليه السلام برد صاع من تمر لمصلحة علمها، وذلك أن المبتاع إذا ابتاعها وفي ضرعها لبن، فحلبه، فأنا⁽⁹⁾ نعلم قطعاً أنه حلب منها لبناً كان في ضرعها قبل العقد، ولبناً حدث في ضرعها بعد العقد، لأن الله تعالى يخلقه في ضرعها حالاً فحالاً ثم لا سبيل إلى تمييز اللبن الكائن في ضرعها قبل العقد، من اللبن الحادث فيه بعد العقد؛ إذ لا يقدر أحد على تمييز⁽¹⁰⁾ ذلك، لتعذر دخوله تحت قدرة البشر؛ وقد ثبت أن إيصال كل ذي حق إلى حقه واجب، وكل مظلوم فغير ممنوع من استدراك ظلامته⁽¹¹⁾، فحسم ﷺ مادة الخصومة⁽¹²⁾ بينهما، بأن أمر المبتاع أن

(1) في الأصل : أهب .

(2) في الأصل : أردادها .

(3) في الأصل : قضا .

(4) في الأصل : وأمضا .

(5) في الأصل : دليل .

(6) في الأصل : ولأن .

(7) تكملة يقتضيها السياق .

(8) في الأصل : لبنا .

(9) في الأصل : فإنما .

(10) في الأصل : يميز .

(11) في الأصل : طالعه .

(12) في الأصل : الخصوم .

يرد⁽¹⁾ عن اللبني الكائن في الضرع عوضاً صاعاً من تمر؛ إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن⁽²⁾ طيب نفس منه؛ إذ لا ضرر ولا ضرار، وهذه كلمات حسنة وجيزة تنمشى مع النظر.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن حدوث العيب عند المشتري إلى آخر ما ذكره من هذا الفصل، غير لازم، لأن جز الشاة عندنا ليس⁽³⁾ بعيب حادث، وللمشتري ردها بعد الجزاز إذا وجد بها عيباً، ويكون ما جزه من الصوف له، لأن الخراج له بالضمان، وقولهم: إن الأصول موضوعة [على]⁽⁴⁾ ألا يقوم شيء من المتلفات بغير الدنانير والدرهم، باطل بالجنين إذا ضربت بطن أمه، فسقط ميتاً، فإنه مقوم بغرة⁽⁵⁾ عبد أو وليدة⁽⁶⁾، وباطل أيضاً⁽⁷⁾ بالدية الواجبة عن قتل النفس، وهي مائة من الإبل.

وقولهم: وهذا يؤدي [هـ 191] إلى أن يكون العوض المأخوذ عن قليل اللبن وكثيره سواء إلى آخر ما ذكره، اعتراض منهم على سنة محمد ﷺ، وعلى أنهم يبطل عليهم بالجنين المأخوذ عنه الغرة من غير اعتبار أن يكون ذكراً أو أنثى، حسناً أو قبيحاً.

وعلى أن معتمدتهم في المسألة إنما هو بمحض قياس، وأصل مذهب أبي حنيفة تقديم خبر الواحد على القياس⁽⁸⁾.

- (1) في الأصل: يزد.
- (2) في الأصل: من.
- (3) في الأصل: ليست.
- (4) تكملة يقتضيها السياق.
- (5) الغرة: «دية الجنين إذا أسقط ميتاً، وقدرها: عبد أو أمة، أو نصف عشر الدية الكاملة للقتل الخطأ». لغة الفقهاء 329.
- (6) الوليدة: الأمة، وجمعها ولائد. ن: تهذيب الأسماء واللغات / ولد.
- (7) في الأصل: أبيض.
- (8) ما لم يخالف قياس الأصول لا على الإطلاق. ن: تبصرة الشيرازي 316، وتعليق المحقق بنفس الصفحة هامش رقم 4. وقال في البدائع 5 / 188: «وكان من مذهبه (أي أبي حنيفة) تقديم الخبر وإن كان في حد الآحاد على القياس، بعد أن كان راويه عدلاً ظاهر العدالة»، =

وأجمع العلماء بالأصول [من الأحناف]⁽¹⁾ على أن السنة مقدمة على القياس وإذا كان ذلك فقد خرّقوا إجماعهم.

= ولعل ما ذكر في التبصرة هو عمدة المخالف، وما أورد في البدائع هو عمدة المؤلف والله أعلم.
(1) تكملة لازمة بدليل ما بعدها.

مسألة [70]:

[في البيع هل ينعقد بالقول، أم بالقول والقبض معاً؟]

إذا بيعت السلعة المبيعة قبل القبض⁽¹⁾ لا يبطل البيع، ولزم المشتري الثمن، لأن البيع ينعقد بالقول؛ إذ ليس القبض شرطاً في صحة انعقاده⁽²⁾. وقال أبو حنيفة والشافعي: يبطل البيع، لأن القبض من تمام البيع⁽³⁾. واحتج أصحابهما بنهي النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض⁽⁴⁾. قالوا: فثبت أن القبض من تمام البيع وصحته، فوجب أن يبطل البيع إذا فقد القبض. دليله: الصرف⁽⁵⁾.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «الخراج بالضمآن»⁽⁶⁾، فلو كان

- (1) في الأصل: بل.
- (2) قال في الإشراف 1 / 271: «سائر المبيعات التي ليس القبض من شرط صحة بيعها، كالعبيد والعروض، وغيرهما مما يكال أو يوزن، إذا كانت معينة ليس فيها حق توفية، فضمامانها من المشتري قبل القبض. وقال أبو حنيفة والشافعي. ضمامانها من البائع حتى يقبضها.
- (3) قال في الميسوط 13 / 8 - 9: «ومن اشترى شيئاً فلا يجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه، ولا يوليه أحد ولا يشرك فيه... والكلام في بيع المبيع قبل القبض في فصول أحدها في الطعام، فإنه ليس لمشتري الطعام أن يبيعه قبل أن يقبضه... وكذلك ما سوى الطعام من المنقولات لا يجوز بيعه قبل القبض عندنا... فأما بيع العقار قبل القبض يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، ولا يجوز في قوله الأول، وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض...» وقال في المجموع 9 / 264: «فمذهبننا أنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه، عقاراً كان أو منقولاً، لا بإذن البائع ولا بغير إذنه، لا قبل أداء الثمن ولا بعده».
- (4) حديث النهي عن بيع ما لم يقبض أخرجه البيهقي عن حكيم بن حزام بلفظ هذا نصه: «إن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله إني أبيع بيوغاً كثيرة فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال: «لا تبع ما لم تقبضه». قال البيهقي: إسناده حسن متصل. ن: المجموع 9 / 264.
- (5) الصرف: «بيع النقد بالنقد، ومبادلة النقد بالنقد». لغة الفقهاء 273، وانظر: التعريفات 132، وشرح الحدود 241، والأنيس 221.
- (6) قال في طريق الرشد 2 / 74: «حديث الخراج بالضمآن رواه أحمد والشافعي، وأصحاب=

ضمانه من البائع حتى يقبضه المبتاع كما زعموا، لكان خراجه له؛ وقد أجمعوا معنا على أن خراجه ونماؤه للمبتاع، وإذا كان ذلك كذلك، صح ما قلناه، وكان ضمانه بمجرد العقد الصحيح، فإذا تلف في يد بائعه⁽¹⁾ من غير تعد كان منه، فلا ضمان عليه. دليله: ما لو تلف في يد غيره.

ولأن من تزوج امرأة على شيء معين، فتلف بعد العقد وقبل القبض، لم يفسخ النكاح لذلك، فيجب أن يكون كل موضع تعذر فيه تسليم السلعة المباعة كذلك.

ولأن تملك هذا المبيع لا يخلو⁽²⁾ من أحد أمرين: إما أن يكون قد استقر ملك المبتاع عليه بنفس العقد الذي هو الإيجاب والقبول المطلق، أو لم يستقر، فإن استقر، فوجب⁽³⁾ أن يكون التلف منه. دليله: ما إذا تلف بعد القبض، وإن كان لا يستقر ملكه عليه إلا بمعنى زائد على العقد وهو القبض، والقبض فرع تابع لصحة العقد. والتابع⁽⁴⁾ في نفسه غير معتبر.

ولأن البائع يجبر على تسليم⁽⁵⁾ السلعة المباعة إلى المبتاع، فلولا استقرار الملك، لم يجبر على التسليم، ألا ترى⁽⁶⁾ أنه لا يقدر على فسخ هذا البيع، ولا على عقده لغير هذا المبتاع؟

ولأن من ابتاع عبداً، فأعتقه قبل قبضه، نفذ⁽⁷⁾ عتقه عندهم، فلو كان العقد لا يفيد الملك إلا بالقبض على ما زعموا، لم يتم.

= السنن من حديث عروة عن عائشة رضي الله عنها... ورواه أيضاً ابن حبان، وابن الجارود، وابن خزيمة، والحاكم، وابن القطان، وصححوه، وكذا قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

- (1) في الأصل: ضائعة.
- (2) في الأصل: يخلوا.
- (3) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: فيجب.
- (4) في الأصل، والبائع، وهو خطأ.
- (5) في الأصل: التسليم.
- (6) في الأصل: ترا.
- (7) في الأصل: بغذ.

ولأنه حق وجب بعقد معاوضة، فوجب أن يكون تلفه قبل قبضه من مستحقه. دليله: المهر في النكاح.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن البيع من شرط تمامه القبض، فليس كذلك لأنه لو ابتاع عبدًا، فأعتقه قبل قبضه نفذ⁽¹⁾ عتقه، وصح، فصح بهذا ما قلناه.

ولأنه باطل بالمهر إذا تلف بعد العقد وقبل القبض؛ حيث لا يفسخ النكاح، وبهذا يبطل كل ما أصلوه، والله أعلم.

(1) في الأصل: بعد وهو خطأ.

[في الرجلين إذا تبايعا سلعة،
هل يجبر كل منهما على تسليم ما بيده للآخر أم لا؟]

إذا تبايع رجلان سلعة فظاهر مذهب مالك أن المبتاع يجبر⁽¹⁾ على تسليم الثمن للبائع. وهذا اختيار القاضي⁽²⁾ عبد الوهاب، قال: ثم يجبر البائع على تسليم السلعة، وهذا قول أبي حنيفة⁽³⁾، وبه قال الشافعي في أحد قوليه، وقال في قول آخر: لا يجبر واحد منهما.

فوجه القول المتفق عليه: هو أن المبتاع ملك السلعة المبيعة بالعقد، وتعلق⁽⁴⁾ حقه بعينها، فصار بائعها لا يقدر على الانتفاع بها، ولا على التصرف فيها ببيع، ولا هبة، ولا صدقة، ولا يملك فيها فسخ البيع، فإذا امتنع المبتاع من دفع الثمن صار مضارراً⁽⁵⁾، لأن البائع صار لا ينتفع بالثمن ولا بالسلعة؛ وقد قال عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁶⁾ فوجب لهذا أن يجبر المبتاع على

(1) في الأصل: تجبر.

(2) هو أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي القاضي أحد أئمة المذهب المالكي، سمع من الأبهري، وحدث عنه، وأجازته، وتفقه على كبار أصحابه كابن القصار، وابن الجلاب له مصنفات كثيرة منها: النصرة لمذهب إمام دار الهجرة، والمعونة لمذهب عالم المدينة، والإشراف على مسائل الخلاف، والتلخيص في أصول الفقه، و«التلقين» في الفقه، واختصار عيون الأدلة لابن قصار، واختصار عيون المجالس، وأوائل الأدلة في مسائل الخلاف، والفروق، والإفادة. رحل إلى مصر في آخر عمره، وتوفي بها سنة 422هـ. ترجمته في طبقات الشيرازي 168، والديباج 26/2-29، والشجرة 103-104.

(3) قال في البدائع 5 / 249: «ثبوت حق الحيس للمبيع لاستيفاء الثمن، وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله في قول: يسلمان معاً، وفي قول: يسلم المبيع أولاً، ثم يسلم الثمن...».

(4) في الأصل: وتعلق.

(5) في الأصل: مضارر.

(6) قال في جامع العلوم والحكم 265: «أخرجه الدارقطني، والحاكم، والبيهقي من رواية =

دفع الثمن أولاً لإزالة الضرر، ولا يجبر البائع على تسليم السلعة قبل قبض الثمن، لأن (1) له تعلقاً (2) فيها، فأشبهه ما إذا كانت بيده، وهذا (3) حيث يكون أحق بها عند قيام الغرماء، حتى (4) يقبض ما ارتهنت فيه، كما (5) يكون أحق بغير سلعته من الغرماء عند فلس (6) الغريم (7)، وكذلك ها هنا يكون أحق بحبسها، ولا يجبر على تسليمها [هـ 192] حتى يقبض الثمن.

ووجه القول الثاني للشافعي، إنه لا يجبر واحد منهما: هو أنه جعل للبائع حبس المبيع حتى يستوفي ثمنه، وجعل للمشتري حبس الثمن حتى يقبض السلعة المبيعة، فقد استويا في جواز أن يحبس كل واحد منهما ما بيده حتى يقبض ما بإزائه.

وإذا كان ذلك كذلك، فلا (8) معنى (9) لاختيار واحد منهما، لأن كل

= عثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة: حدثنا الدراوردي عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري، عن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار ومن ضار ضره الله، ومن شاق شق الله عليه»، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وقال البيهقي: تفرد به عثمان عن الدراوردي وخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مراسلاً، قال ابن عبد البر: لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث، قال: ولا يسند من وجه صحيح...».

- (1) في الأصل: ولأن.
- (2) في الأصل: تعلق.
- (3) هكذا في الأصل، ولعلها زائدة.
- (4) في الأصل: حبي.
- (5) في الأصل: وكما.
- (6) الفليس: «تراكم الديون على المرء، وعجزه عن وفائها لكون خرجه أكثر من دخله». لغة الفقهاء 350، وانظر: حلية الفقهاء 142، والأنيس 195.
- (7) الغريم بفتح الغين: «لفظ مشترك يطلق على من له الدين، وعلى من عليه الدين، ويحدد السياق المعنى المراد منهما». لغة الفقهاء 331.
- (8) في الأصل: ولا.
- (9) في الأصل: معنا.

واحد منهما لم يستحق على صاحبه شيئاً، إلا وقد استحق الآخر عليه مثله،
فصح التساوي بينهما، وإذا صح التساوي، بطل الاختيار⁽¹⁾ والله أعلم.

(1) في الأصل: الأختيار.

مسألة [72]:

[في البيع الفاسد هل ينقل الملك أم لا؟]

- (1) البيع الفاسد لا ينقل الملك، وسواء اتصل به القبض أو لم يتصل
وصورة المسألة: ما إذا ابتاع سلعة بخمر، أو خنزير، أو ابتاع درهماً⁽²⁾
بدرهمين، أو ديناراً بدينارين نقدًا أو إلى أجل، أو كان العوض أو المعوض⁽³⁾
عنه ميتة، أو دمًا، أو ما لا يصح أن يتملك في دين الإسلام. وبه قال
الشافعي⁽⁴⁾.
وقال أبو حنيفة: ينقل الملك إذا اتصل به القبض⁽⁵⁾.

(1) قال في التفریح 2 / 180: «من اشترى شيئاً بيعاً فاسداً، فسخ بيعه، ورد المبيع على بائعه، والتمن على مشتريه، فإن فات في يد المشتري ضمنه، ووجب عليه رد مثله، إن كان مما له مثل، أو رد قيمته أن كان مما لا مثيل له، والفوت: العتق والموت، وحوالة الأسواق، وحدوث العيوب في المبيع الفاسد فوت»، وقال في الكافي 2 / 73: «الحكم في البيوع الفاسدة: أن يفسخ ما لم يفت عند المشتري، ويرد السلعة إلى ربهها، والتمن إلى المشتري...»، وانظر: ترتيب المسالك 1019 - 1020، وفيه أن الشافعي قد انفرد بالقول بأن البيع الفاسد يرد في كل وقت وعلى كل حال وإن اتصل به القبض، دون مالك وأبي حنيفة وقال في مسائل الخلاف 101 و: 2: «البيع الفاسد لا ينقل الملك...».

(2) في الأصل: درهم.

(3) في الأصل: والعوض.

(4) قال في المجموع 9 / 369: «متى اشترى شيئاً شراءً، فاسداً، لشرط مفسد، أو لسبب آخر، لم يجز له قبضه، فإن قبضه لم يملكه بالقبض، سواء علم فساد المبيع أم لا، ولا يصح تصرفه فيه ببيع، ولا إعتاق، ولا هبة، ولا غيرها، ويلزمه رده إلى البائع، وعليه مؤونة الرد...».

(5) وقال في تحفة الفقهاء 2 / 83 - 84: «... وإن كان الفساد يرجع للتمن، فإن ذكر ما هو مال في الجملة شرعاً أو ما هو مرغوب عند الناس، لا يوجد مجاناً بغير شيء، كما إذا باع بالخمر، والخنزير، وصيد الحرم، والإحرام، فإن البيع ينعقد بقيمة المبيع، ويقيد الملك في البيع بالقبض، لأن ذكر التمن المرغوب دليل على أن غرضهما البيع، فينعقد بيعاً بقيمة المبيع... وعند الشافعي: البيع فاسد لا يفيد الملك أصلاً»، وقال في البدائع 5 / 299 =

واحتج أصحابه بعموم قوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، قالوا: فكل ما سمي في اللغة بيعاً فإنه يدخل تحت هذا العموم.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن البيع قد ينعقد ولا يفيد الملك. ألا ترى أن البيع بشرط الخيار جائز وهو يفيد الملك، وإفادته الملك بعد زوال أيام الخيار، إنما هو بالعقد السابق، لا بتجديد عقد آخر، وإذا كان بيعاً منعقداً مفيداً للملك، وجب أن ينقل الملك. دليله: البيع الصحيح.

قالوا: ولأنه مضمون على المبتاع بالقبض، لأن قبضه إياه إنما كان عن عقد ابتياع، وهو مقابلة مال بمال من متعاقدين، فأشبهه البيع الصحيح.

قالوا: ولأنه لو ابتاع عبداً بيعاً فاسداً، فأعتقه، لنفذ العتق، فمائل⁽¹⁾ الخلع في حكمه، بدليل جواز وقوعهما على غير عوض، وعلى عوض صحيح وفساد.

قالوا: ولأن القبض يجعل العقد الفاسد صحيحاً، بدليل النكاح، وذلك أنه إذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً، ثم وقع الوطء في ذلك⁽²⁾ النكاح الفاسد، فإنه⁽³⁾ يجب به المهر، وتثبت به الحرمة، ويلزم به العدة.

والدليل على صحة ما قلناه: أن البيع حكم⁽⁴⁾ مشروع من قبل الله سبحانه، فلا يثبت إلا بسبب مشروع، والبيع الفاسد الذي اختلفنا فيه غير مشروع، وإذا كان غير مشروع، [وجب ألا يكون]⁽⁵⁾ وجب ألا يفيد الملك، وإلى هذا المعنى أشار جلت قدرته: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275].

= «أما أصل الحكم (أي في البيع الفاسد) فهو ثبوت الملك في الجملة عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا حكم للبيع الفاسد...» .

- (1) الأصل: لمائل.
- (2) في الأصل: العقد.
- (3) في الأصل: وإنه.
- (4) في الأصل: بحكم.
- (5) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

والدليل على [أن] (1) البيع الفاسد غير مشروع، وورد (2) النهي عنه، والنهي يقتضي فساد العقد المنهي عنه جملة (3) والنهي أيضاً ضد الإطلاق، فالشيء المنهي (4) عنه لا يكون مطلقاً، وإذا لم يكن مطلقاً، لم يكن مشروعاً، يبينه أن النهي يدل على القبح، والقبح محذور، والمحذور والمشروع ضدان لا يجتمعان .

ولأن النهي ضد الأمر، فإذا كان الأمر يفيد كون المأمور مشروعاً، فالنهي يفيد كون المنهي عنه غير مشروع (5)، وهذا وزان (6) صحيح لا نقض (7) عليه .

ويدل على صحة مجموع ما ذكرناه: قوله ﷺ: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد» (8) والبيع الفاسد ليس بمشروع فهو رد، وقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط» (9)، وقد رد ﷺ بيع

(1) تكملة يقتضيها السياق .

(2) في الأصل: ورد .

(3) في الأصل: علة، وهو خطأ .

(4) في الأصل: المنها .

(5) في الأصل: المشروع .

(6) الوزان: المعادلة والمقابلة من وازنه يوازنه موازنة ووزاناً. ن: اللسان / وزن. والمراد هنا القياس .

(7) في الأصل: نقص .

(8) قال في جامع العلوم والحكم 51: «هذا الحديث خرجاه في الصحيحين من رواية القاسم بن محمد عن عمته عائشة رضي الله عنها، وألفاظه مختلفة ومعناها متقارب وفي بعض ألفاظه: «من أحدث في ديننا ما ليس فيه فهو رد» .

(9) هذا الحديث أخرجه مسلم في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، من طريقين عن عائشة رضي الله عنها بلفظ قريب مما في المتن وهذا نص إحداهما: «عن عروة أن عائشة أخبرته أن بريرة جاءت عائشة تستعينها في كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً . فقالت لها عائشة: ارجعي إلى أهلك، فإن أحبوا أن أفضي عنك كتابتك، ويكون ولاؤك لي، فعلت، فذكرت ذلك بريرة لأهلها، فأبوا، وقالوا: إن شاءت أن تحسب عليك فلتفعل، ويكون لنا ولاؤك فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «ابتاعي فأعتقي، فإنما الولاء =

القلادة التي بيعت بذهب غير متماثل⁽¹⁾ ورد اشتراط البائع للولاء⁽²⁾.
 فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ
 الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، فهو حجة عليهم لا لهم، لأن الله تعالى إنما أحل البيع
 المطلق دون ما سواه. ألا ترى⁽³⁾ جل وعلا، قال بعد ذلك البيع المطلق
 الحلال: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾.

وقولهم: كل [ما]⁽⁴⁾ يقع عليه في اللغة اسم بيع، فإنه يدخل تحت هذا
 العموم، باطل بدليل ما إذا تبايعا خمراً⁽⁵⁾ بخمر، أو درهماً بدرهمين.
 واحتجاجهم ببيع الخيار غير لازم، لأن بيع الخيار جائز بغير خلاف،
 لقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار»⁽⁶⁾.

وقولهم: إنه عقد يفيد الملك، فوجب أن ينقل الملك، دليله: البيع
 الصحيح، باطل [هـ 193] بما إذا وقع البيع بميتة، أو دم، أو عذرة⁽⁷⁾، فإنه بيع
 غير منعقد بالإجماع، وينقض، وإن قارنه القبض.

وقولهم: ولأنه لو اشترى عبداً بيعاً فاسداً، فأعتقه، لنفذ العتق، لأن
 العتق يماثل الخلع فالجواب عنه: أن العبد إذا ابتاعه بميتة أو دم أو عذرة،
 فأعتقه، فإن العتق لا يصح، ويرد على كل حال، والخلع عندنا إن وقع على ما
 لا يحل تملكه لمسلم كالخمر والخنزير فإن الطلاق يلزم الزوج، ولا يكون له
 شيء، وإن وقع على غرر كالشارد، والآبق، والجنين في بطن أمه، أو الثمرة

= لمن أعتق»، ثم قال رسول الله ﷺ: «ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله،
 من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له وإن شرط مائة شرط، شرط الله أحق
 وأوثق».

- (1) تقدم تخريجه.
- (2) تقدم تخريجه.
- (3) في الأصل: ترا.
- (4) تكملة يقتضيها السياق.
- (5) في الأصل: خمر.
- (6) تقدم تخريجه.
- (7) العذرة: «الغائط للإنسان». لغة الفقهاء 308.

التي لم يبد صلاحها، لزم الزوج الخلع، وإن لم يكن له شيء غير ذلك الغرر الذي خالغ عليه.

وقولهم: إن القبض يجعل العقد الفاسد صحيحًا، بدليل الوطاء في النكاح، إلى آخر ما ذكروه فالجواب عنه: إن الوطاء في النكاح الفاسد الذي يقضى⁽¹⁾ بفسخه على كل حال، لا يكسبه [الوطاء]⁽²⁾ حكم الوطاء الصحيح، بدليل أن الطلاق والظهار والإيلاء لا يلزم فيه، ولا يجب على المرأة فيه عدة الوفاة. والله أعلم.

(1) في الأصل: يقضا.

(2) تكملة يقتضيهما السياق، والله أعلم.

مسألة [73]:

[في حكم بيع الفضولي]

إذا باع رجل ملك رجل بغير إذنه، كان البيع موقوفاً على إجازة ربه، فإن أجازته، جاز، وإن [رده] (1) رد (2)، وبه قال أبو حنيفة (3).

وقال الشافعي: البيع باطل، ويفسخ على كل حال، وإن أجازته المالك (4).

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «لا بيع، ولا طلاق، ولا إعتاق فيما لا يملك ابن آدم» (5).

قالوا: ولأن البيع عقد تمليك بعوض، وذلك لا يصح إلا من مالك، لأن البيع ليس له معنى (6) إلا إيجاب الملك للمشتري، وذلك الإيجاب لا يصح إلا من مالك.

- (1) تكملة لازمة.
- (2) قال في الإشراف 1 / 267: «إذا باع ملك غيره من غير إذنه، انعقد البيع، ووقف ذلك على إجازة المالك، وكذا الشراء، وقال أبو حنيفة: ينعقد البيع ولا ينعقد الشراء.. وقال الشافعي: لا ينعقد في الموضعين».
- (3) قال في تحفة الفقهاء 2 / 45: «إن الفضولي إذا باع مال غيره من إنسان، أو اشترى لغيره شيئاً معيناً فإنه يتوقف على إجازته عندنا»، وانظر: البدائع 5 / 135، وإيثار الإنصاف 305.
- (4) قال في المجموع 9 / 259: «فلو باع مال غيره بغير إذن، ولا ولاية، فقولان: الصحيح أن العقد باطل، وهذا نصه في الجديد. والقول الثاني وهو القديم: أنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، إن أجاز صح البيع، وإلا لغا...».
- (5) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الطلاق باب في الطلاق قبل النكاح، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً بلفظ قريب هذا نصه: «لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك». زاد ابن الصباح (رجل في سنده): «ولا وفاء نذر إلا فيما تملك».
- (6) في الأصل: معنا.

قالوا: ولأن العقد على الأعيان إذا لم يوجب حقاً من كل⁽¹⁾ الطرفين، دل ذلك على فساده من أصله، دليله: ما لو باع طيراً في الهواء⁽²⁾، أو سمكاً في الماء.

قالوا: ولأن المعتدة، والمرتدة، والمحرمة، لا يجوز عقد النكاح على واحدة منهن، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه عروة⁽³⁾ البارقي، أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً، ليشتري له به أضحية، فاشترى له به أضحيتين، ثم باع إحداهما بدينار، ثم أتى النبي ﷺ بأضحية ودينار، فقال له النبي ﷺ: «بارك الله في تجارتك وشفقتك»⁽⁴⁾، ومثله في حديث حكيم⁽⁵⁾ بن حزام.

(1) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: كلا.

(2) في الأصل: الهوى.

(3) هو عروة بن أبي الجعد الأسدي البارقي صحابي له 13 حديثاً، ولي قضاء الكوفة لعمر رضي الله عنه قبل شريح، فكان أول قاض بها، هو الذي أرسله الرسول ﷺ ليشتري له الشاة بدينار، فاشترى به شاتين، روى عنه قيس بن أبي حازم، والشعبي، وسمك بن حرب، حضر فتوح الشام.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 8 / 84 - 85، والإصابة 6 / 414، والخلاصة 264.

(4) قال في المجموع 9 / 262: «رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه»، ولفظه في الترمذي: «دفع إليّ رسول الله ديناراً لأشترى له شاة، فاشترت له شاتين فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ. . . فذكر له ما كان من أمره، فقال: «بارك الله لك في صفقة يمينك»، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة، فيريح الريح العظيم، فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً».

(5) هو حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد أبو خالد ابن أخي خديجة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ، أسلم يوم الفتح، له أربعون حديثاً، روى عنه ابن المسيب، وعبد الله بن الحرث، وعروة، قال البخاري: عاش في الجاهلية 60 سنة، وفي الإسلام 60 سنة، توفي سنة 54هـ.

وحديثه رواه أبو داود والترمذي ولفظه: «أن رسول الله ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به أضحية، فاشترى به أضحية وباعها بدينارين، واشترى أضحية بدينار وجاءه بأضحية ودينار، فتصدق النبي ﷺ بالدينار، ودعا له بالبركة». ن: المجموع 9 / 262.

ولأنه تصرف صدر من أهله⁽¹⁾ في محله⁽²⁾، فوجب أن ينعقد كما لو صدر من المالك؛ وقد سلم بعض مشايخهم الأهلية والمحلية في هذه الصورة.

ولأن أهل العلم مجمعون على جواز وقف الوصية على قبول الموصى له، وعلى جواز وقف الوصية على إجازة الورثة إذا أوصى الميت بأكثر من الثلث، وعلى جواز وقف البيع على خيار من شرط لنفسه فيه الخيار، فوجب أن يكون عقد هذا البيع موقوفاً على رضى المالك، على حسب ما تقدم ذكرنا له.

ولأنه عقد تمليك على ملك الغير، فوجب أن يكون موقوفاً على إجازة المالك. دليله: التصديق باللقطة.

ولأن الشافعي الذي انفرد بمنع هذا البيع، يقول في المريض الذي لا مال له إلا جارية، فإنه يجوز له أن يعتقها، ويتزوجها في حال مرضه ذلك، وهي عتاقة لا تنكشف حالها إلا بعد الموت وأجاز نكاح المرتابة، وقال: يكون موقوفاً، فإن ظهر بها حمل فسخ نكاحها، وإن لم يظهر بها شيء أمضي، فقد أجاز الوقف في هاتين⁽³⁾ الصورتين، ومنعه في غيرهما من العقود، وهذا لا محالة تناقض.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من الحديث محمول على إذا ما لم يجز المالك البيع، ومعارض بحديث عروة البارقي.

وقولهم: إن البيع⁽⁴⁾ عقد تمليك، قلنا: كذلك نقول: إنه عقد تمليك وهذا الذي اختلفنا فيه عقد تمليك، لكن لا يصح التخيير⁽⁵⁾ فيه من غير المالك

= ترجمته: في الاستيعاب بهامش الإصابة 3 / 53 - 54 - 55، والإصابة 2 / 278 - 279، والخلاصة 90.

- (1) أي ممن تتوفر فيه شروط أهلية التصرف في البيع.
- (2) أي فيما يجوز بيعه، ويصح موضوعاً لعقد البيع عليه.
- (3) في الأصل: هذين.
- (4) في الأصل: المبيع.
- (5) هكذا في الأصل، ولم أتبين المراد منها، ويحتمل أن بها تصحيحاً، وأن أصلها: التنجيز. =

فأما أن يكون العقد موقوفاً على إجازة المالك فصحيح .
وقولهم : إن العقد على الأعيان إذا لم يوجب حقاً من الطرفين ، فإنه يدل
على فساده من أصله ، باطل بجواز العقد على المرتابة⁽¹⁾ عندهم ، وهو عقد لم
يوجب حقاً من كل⁽²⁾ الطرفين ، وهو مع ذلك عقد موقوف عندهم .
واحتجاجهم ببيع الطير في الهواء⁽³⁾ ، والسّمك في الماء ، غير لازم ، لأن
المنع من بيع ذلك إنما كان من أجل أنه شيء غير [هـ 194] مملوك لأحد من
الناس ، فلم يجز بيعه لذلك ؛ إذ لا يقدر البائع على تسليمه ، وليس كذلك ما
اختلفنا فيه ، لأنه مملوك لمالك يقدر على تسليمه .
وهذا أيضاً⁽⁴⁾ هو الجواب على ما ألزموه من منع نكاح المرتدة ،
والمعتدة والمحرمة ، لأنه نكاح لا يملك عقده أحد من الخلق ، لا ولي ولا
غيره ، لأن الله تعالى حرم العقد على كل واحدة منهن حتى تخرج من تلك
الحالة التي هي عليها ، فالمنع من العقد حق الله عز وجل ، فلذلك لم يملكه
أحد عليهن ، وهن على تلك الحالة ، فكذلك المنع⁽⁵⁾ من بيع الطير في
الهواء⁽⁶⁾ ، والسّمك في الماء ، لأنه شيء لا يملكه أحد من الخلق ، وليس
كذلك السلعة المبيعة بغير إذن مالِكها ؛ إذ لمالكها إجازة البيع أو رده ، وهذا
واضح إن شاء الله والله أعلم .

-
- = والله أعلم .
- (1) المرتابة هي : التي ارتفعت حيضتها بغير سبب من حمل ، ولا رضاع ، ولا مرض . ن : أسهل المدارك 1 / 191 .
- (2) هكذا في الأصل ، ويحتمل أن الصواب : كلا .
- (3) في الأصل : الهوى .
- (4) في الأصل : أبيض .
- (5) في الأصل : منع .
- (6) في الأصل : الهوى .

مسألة [74]:

[في حكم بيع المقائي، وما أشبهها إذا بدا صلاح أولها]

يجوز بيع المقائي⁽¹⁾ والمباطخ، والورد والياسمين، وما أشبه ذلك إذا بدا صلاح⁽²⁾ [أوله]⁽³⁾⁽⁴⁾ وبه قال المزني⁽⁵⁾.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز شيء⁽⁶⁾ من ذلك⁽⁷⁾.

واحتج أصحابهما بنهيه ﷺ عن بيع الغرر⁽⁸⁾، ومن أعظم الغرر عقد البيع على ما لم يخلق الله بعد، ثم لا يدري هل يوجد منه في المستقبل شيء أم لا؟ ولا عقد على أعيان غير مخلوقة بعد، فأشبه ما لو باع ثمرة حائطه سنتين أو ثلاث مستقبلة؛ حيث لا يجوز ذلك بإجماع.

والدليل على صحة ما قلناه: عموم قوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ

(1) المقائي: منابت القثاء، وهو الخيار، والفقوس. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 80، وضياء النبراس 104.

(2) في الأصل: صلاحه، وهو خطأ بدليل ما بعده في الصفحة الموالية.

(3) تكملة لازمة بدليل ما بعده في الصفحة الموالية.

(4) قال في التفریع 2 / 143 - 144: «ولا بأس ببيع المقائي والمباطخ إذا بدا صلاحها، وأمكن الانتفاع بها وإن لم يظهر جميع ثمرها، ثم يكون لمشتريها جميع بطونها إلى آخر إبانها، ولا بأس ببيع الورد والياسمين إذا أمكن قطافه، ثم يكون ذلك للمشتري إلى آخر إبانها ولا يجوز بيعه لسنتين عدداً»، وقال في الإشراف 1 / 264: «يجوز بيع المقائي والمباطخ إذا بدا أولها، وإن لم يظهر ما بعده، وكذلك الأصول المغيبة في الأرض كالجزر والفجل والبصل، وما أشبه ذلك، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز إلا بيع ما ظهر دون ما لم يظهر».

(5) تقدمت ترجمته.

(6) في الأصل: شيئاً.

(7) قال في تحفة الفقهاء 2 / 81: «أما الزروع التي يوجد بعضها بعد وجود بعض كالباذنجان والبطيخ والكرات ونحوها. فقد قال أصحابنا: يجوز بيع ما ظهر منها من الخارج الأول، ولا يجوز بيع ما لم يظهر، لأنه بيع معدوم، وقال مالك: إذا ظهر الخارج الأول جاز بيع الكل لأجل الضرورة». وانظر: المجموع 9 / 300 و308.

(8) تقدم تخريجه.

الرَّبْوَاءُ [البقرة: 275]. فكل بيع فالأصل فيه الجواز، إلا⁽¹⁾ ما تعلق به ضرب من ضروب المنع، وهذا بيع لم يتعلق به ضرب من ضروب المنع، فوجب أن يجوز. ولأن أوله لو حبس على طيب آخره، لآل ذلك إلى الفساد، وإفساده من باب إضاعة المال، وإضاعة المال محرمة بإجماع فدل ذلك على صحة ما قلناه.

ولأن الضرورة داعية إلى بيعه، والضرورة مؤثرة في الأحكام، وناقلة لها عن أصلها على ما علم من مسائل الفروع.

ولأن النبي ﷺ أباح بيع الثمرة بعد بدو صلاحها⁽²⁾ ولا خلاف أن ما لم يبد صلاحه منها تابع في البيع لما بدا صلاحه، فدل ذلك على صحة ما قلناه من جواز بيع المقائي إذا بدا صلاح أولها، ويلحق ما لم يخلق منها بما قد خلق كالثمرة إذا بدا صلاح أولها سواء، ولو لم يجز إلا ما بدا صلاحه منها - على ما زعموا - لاختلط⁽³⁾ بما بعده، ولم يتميز الأول من الثاني، لأن الله تعالى يخلقه حالاً فحالاً.

ولأننا أجمعنا نحن وإياهم على جواز بيع منافع الرقاب في عقد الإجارة، وهي لم تخلق بعد.

ويجوز العقد على لبن الحاضنة، وهو غير مخلوق بعد، ولا مشاهد عند العقد، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، فهو مخصوص بما ذكرناه من الاعتلال والاستدلال⁽⁴⁾. وليس ذلك من هذا

(1) في الأصل: لا.

(2) حديث بيع الثمرة بعد بدو صلاحها أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع عن ابن عمر، وجابر، وابن عباس، وأبي هريرة رضي الله عنهم، بأسانيد متعددة، وألفاظ متقاربة، منها هذا اللفظ: «عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ: نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع».

(3) في الأصل: لا يختلط.

(4) الاستدلال هو: «التفكر في حال المنظور فيه طلباً للعلم بما هو ناظر فيه، أو لغلبة الظن، إن كان مما طريقه غلبة الظن، ومعنى ذلك أن الاستدلال: هو الاهتداء بالدليل، والافتقار لأثره=

في شيء.

ولأن الأمة مجمعة على جواز الغرر اليسير في البيع مما تدعو إليه الضرورة، وما لا بد للناس منه كخيار الثلاث، وكالإجارة، لأن فيها أعظم الغرر.

ولأن المبتاع لا يكاد أن يحيط بجميع المبيع⁽¹⁾ علمًا، لا سيما الديار، وحوائطها، وأسوسها، وخشبها، وعلوها، وسفلها.

وما ذكروه من القياس على بيع ثمرة⁽²⁾ الحائط⁽³⁾ سنتين، فهو باطل بجواز [بيع]⁽⁴⁾ لبن الحاضنة، لأنه مقصود في حين العقد، مع كونه مغنيًا مفقودًا غير مخلوق.

ولأن بيع ثمرة⁽⁵⁾ الحائط لا ضرورة تدعو إليه، لأن العقد متأت عليها كل عام على الانفراد، وليس كذلك ما اختلفنا فيه والله أعلم.

= حتى يوصل إلى الحكم» الحدود 41، وانظر: لغة الفقهاء 60.

وقد بين القاضي عبد الوهاب في إشرافه 1 / 265 كيفية الاستدلال والاعتلال في هذه المسألة، فقال: «فالاستدلال أن تقول: لأن ظهور الثمرة مع عدم الصلاح جار في منع البيع مجرى عدم ظهور المقائي والمطابخ في مسألتنا، ثم كان بدو الصلاح في بعض الثمرة كبدوه في جميعها، والاعتلال أن تقول: إنه شرط في جواز بيعها، فوجب إذا وجد في بعضها أن يكون كوجوده في جميعها، مع التتابع في وقته. أصله: بدو الصلاح في الثمر».

(1) في الأصل: البيع.

(2) في الأصل: ثمن وهو خطأ.

(3) الحائط: البستان. لغة الفقهاء 171.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) في الأصل: ثمر ولعل الصواب ما أثبتناه بدليل ما بعده وما قبله.

[في العبد هل يملك أم لا يملك؟]

العبد يملك⁽¹⁾، وبه قال الشافعي في القديم.

وقال أبو حنيفة: لا يملك وبه قال الشافعي في الجديد⁽²⁾.

واحتج أصحابهما بقوله عز وجل: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَن رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُفِيقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ﴾ [النحل: 75]، ويقول عز وجل: ﴿ضَرَبَ لَكُم مَّثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ هَلْ لَكُم مِّنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ﴾ [الروم: 28].

قالوا: فجعل الله العبودية علمًا⁽³⁾ على نفي المساواة بين المالك

والمملوك.

قالوا: لأن العبد إذا مات وترك مالا اكتسبه فهو للسيد، ثم لا يخلو أخذ السيد له من أحد أمرين: إما أن يأخذه على سبيل الإرث، أو يأخذه بملك مستحدث (لأن الملك يحصل بأحد وجهين إما بقول أو بفعل)⁽⁴⁾ فبطل أن يكون أخذه إياه على سبيل الإرث، لأنه لو كان كذلك، لاعتبر فيه اتفاق الدينين، وقد حصل الإجماع على أن العبد الكافر إذا مات فإن سيده يأخذ ما تركه.

ويبطل أن يكون أخذه إياه بملك مستحدث [هد 195] لأن الملك يحصل بأحد⁽⁵⁾ وجهين: إما بقول أو فعل؛ وقد عري أخذ السيد لما في يد العبد من

(1) قال في الإشراف 1 / 270: «والعبد يملك خلافاً لأبي حنيفة والشافعي»، وقال في المنتقى

4 / 169: «قوله: «من باع عبداً وله مال» هذا يقتضي أن العبد يملك وهو قول مالك، وقال

أبو حنيفة والشافعي: لا يملك العبد شيئاً».

(2) انظر: الإشراف 1 / 270.

(3) في الأصل: علم.

(4) هكذا في الأصل، وهو زائد هنا، وسيأتي مثبتاً في محله قريباً.

(5) في الأصل: بأخذ.

هذين الوجهين فدل ذلك على أنه إنما أخذه بمعنى سالف، وهو أنه كان على ملكه في حال حياة هذا العبد.

قالوا: ولأن الملك يقع بأحد معنيين: أحدهما استجلاب⁽¹⁾ والآخر غير استجلاب، وأقواهما الذي يقع⁽²⁾ بغير استجلاب وهو الإرث، لأنه يدخل في ملك الوارث بغير اختيار منه، ولا سبب تسبب به إلى ذلك، وأما [الذي يقع]⁽³⁾ باستجلاب، فهو ما استجلبه المالك بسبب ما.

قالوا: ولأن الرق الذي في هذا العبد مثل الرق الذي في عبد غيره في الأحكام⁽⁴⁾ كلها، فلو جاز لهذا العبد أن يملك رقبة غيره ممن هو مثل حاله، لجاز أن يملك رقبة نفسه فلما لم يجز أن يملك رقبة نفسه بإجماع، لم يجز أن يملك رقبة غيره، لأن المعنى⁽⁵⁾ فيهما واحد.

قالوا: ولأن الرق ينافي⁽⁶⁾ الملك، بدليل أنه كان قبل السبي⁽⁷⁾ مالك نفسه وماله، فلما سببت رقبته، زال ملكه عن نفسه وماله، فوجب ألا يملك ما دام رقه موجودًا.

قالوا: ولأنه حيوان يجوز أن يباع ويشترى⁽⁸⁾، فوجب ألا يكون مالكًا. دليله: البهيمة.

قالوا: ولأنه لما لم يجز أن يملك الحر الحر، وجب ألا يملك العبد العبد والعلة الجامعة [جريان القصاص بينهما]⁽⁹⁾ في القتل والجراح، فوجب

(1) في الأصل: استجلاب.

(2) في الأصل: تقع.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) في الأصل: الحكام.

(5) في الأصل: المعنا.

(6) في الأصل: تنافي.

(7) السبي والسبأ: الأسر، وهو أيضًا: نساء وصغار العدو الكافر المحارب يؤخذون في الحرب. ن: الأنيس 188، ولغة الفقهاء 240.

(8) في الأصل: ويشترى.

(9) تكملة لازمة بدليل ما بعدها بآخر المسألة.

ألا يملك أحدهما الآخر دليله: الحر والحر.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ (1) مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ (2) وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْزِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: 32]، فوصفهم الله بالغنى (3) والفقر ولما وصفهم بالغنى تارة وبالفقر أخرى (4)، ولم يخص عبداً من حر، فدل على أنهم يملكون، وقوله: ﴿أَوْلَتْ يَرُؤُا أَنَا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَمْنَا فَهُمْ لَهَا مَمْلُكُونَ﴾ [يس: 71]، فعم، وقوله عز وجل: ﴿فَأَنْكِحُوهُمْ بِأَذْنِ أَهْلِيهِمْ وَءَاثُوهُمْ بِأَجُورُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 25] فعم، وقوله ﷺ: «من باع عبداً وله مال، فماله للبايع، إلا أن يشترطه المبتاع» (5) فأضاف عليه السلام المالية إلى العبد المبيع إضافة تخصيص بلام التملك حقيقة.

وقوله ﷺ: «من أحيى (6) أرضاً ميتة فهي له» (7)، ولم يفرق بين أن يكون المحيي لها حراً أو عبداً.

(1) في الأصل: الأيما.

(2) عبادكم: عبيدكم.

(3) في الأصل: بالغنا.

(4) في الأصل: أخرا.

(5) رواه البخاري ومسلم، ومالك، والأربعة أصحاب السنن عن ابن عمر رضي الله عنه. ن: طريق الرشد 2 / 76، ولفظه في مسلم، في كتاب البيوع باب من باع نخلاً عليها تمر: «عن عبد الله بن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر، فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع».

(6) في الأصل: أحيأ.

(7) قال في نصب الرأية 4 / 288: «روي من حديث عائشة، ومن حديث سعد بن زيد، ومن حديث جابر، ومن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، ومن حديث فضالة بن عبيد، ومن حديث مروان بن الحكم، ومن حديث عمرو بن عوف، ومن حديث ابن عباس» وقد أخرجه الترمذي بهذا اللفظ عن جابر بن عبد الله مرفوعاً. وقال: هذا حديث حسن صحيح». ن: سنن الترمذي كتاب الأحكام 2 / 419.

وقبل ﷺ هدية أهداها إليه سلمان⁽¹⁾ الفارسي رضي الله عنه . وكان عبداً مملوكاً لرجل من يهود، فلو كان العبد لا يملك - كما زعموا - لم يقبل ﷺ هدية سلمان .

ولأنه لا خلاف بيننا وبينهم أن للعبد أن يظأ بعقد النكاح، فجاز له أن يظأ بملك اليمين . دليله : الحر، وعكسه : أن من لا يجوز له أن يظأ بعقد النكاح فلا يجوز له أن يظأ بملك اليمين كالمرتد .

ولأنه آدمي كالحر، فالرق حال من أحوال الآدمي الحي، فصح أن يملك معها . دليله : الحر .

ولأن المملوكات ضربان : أعيان ومنافع، وقد ثبت بإجماع أن العبد يملك المنافع كوطء زوجته، وما أشبهه، فوجب له أن يملك الأعيان .
ولأن كل من صح منه أن⁽²⁾ يملك في حال، صح أن يملك على⁽³⁾ [كل]⁽⁴⁾ حال .

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل : ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا ﴾ فليس فيه دليل على أن العبد لا يملك، لأن الآية إنما نزلت ضرباً⁽⁵⁾ للمثل، فلا يلزم التعلق بعمومها في الأحكام؛ وقد أجمع العلماء على أنها غير محمولة على ظاهرها، ولا معمولاً بموجب لفظها، بدليل أنه جل وعز، قال : ﴿ لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾، وقد علمنا أن الله تعالى أقدره على الحركات والسكنات

(1) هو أبو عبد الله سلمان الفارسي، مولى رسول الله ﷺ، أول مشاهده الخندق، كان عالماً زاهداً، ولي المدائن، روى عنه أنس، وكعب بن عمرة، وابن عباس، وخلق من الصحابة والتابعين، اختلف في سنة وفاته، والذي اختاره ابن عبد البر أنه توفي في آخر خلافة عثمان رضي الله عنه سنة 35هـ .

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 4 / 221، والإصابة 4 / 223 .

(2) في الأصل : ألا وهو خطأ .

(3) هكذا في الأصل، ولعل الصواب : في .

(4) تكملة يقتضيها السياق .

(5) في الأصل : ضرب .

وغير ذلك مما لا يحصى (1) كثرة (2).

ولأنه جل وعز قال: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا﴾ بلفظ التنكير، والنكرة لا تقتضي استغراق الجنس في الإثبات، فيحمل قوله عز وجل: ﴿لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ على العبد المحجور عليه الذي لم يملكه سيده ولا غيره شيئاً فهو على الحقيقة لا يملك شيئاً من المتمولات.

وقولهم: إن العبد إذا مات وفي يده ما اكتسبه إلى آخر ما ذكروه من هذا المعنى، فليس فيه دليل جملة على أن العبد لا يملك. ألا ترى أن الشافعي يقول في المكاتب إذا مات وترك مالا أن ماله لسيده؟ وليس في ذلك دليل على أن المكاتب لم يكن مالكا لما تركه من المال؛ بل كان مالكا له بدليل أن السيد كان ممنوعاً من انتزاع ماله.

وقولهم: إن الملك يقع بأحد معنيين: فلما كان العبد لا يملك بأقوى (3) المعنيين وهو الميراث، وجب ألا يملك بالمعنى الآخر، فهو منتقض عليهم بالكافر لأنه لا يرث المسلم، وكذلك قاتل العمد لا يرث من مقتوله شيئاً، وكذلك المرتد فإنه لا يرث بحال، وكلهم يملكون مع أنهم لا يرثون. ولأن المكاتب لا يرث بوجه، وليس ذلك يدل على أنه غير مالك.

وقولهم: إن الرق ينافي (4) الملك واحتجاجهم على ذلك بمسألة السبي، فكله فاسد. والسبي إنما يزول ملكه من بضع امرأته، ولا يدل ذلك على أنه لا يصح أن يملك بضعاً في ثاني حال، فكذلك المال.

وقياسهم العبد (5) على البهيمة فاسد، لأن العبد [هـ 196] مكلف مأمور منهي متوجه عليه جميع الأحكام الإسلامية إلا ما أسقط عنه الدليل، وليس كذلك البهيمة. ويدل على صحة هذا: أن الفرع إذا تردد بين أصليين، وأخذ من

(1) في الأصل: يحما.

(2) في الأصل: كثيرة.

(3) في الأصل: بأقوى.

(4) في الأصل: تنافي.

(5) في الأصل: بالعبد.

كل واحد منهما شبهًا، فإن إلحاقه بأكثرهما شبهًا أحق وأولى⁽¹⁾، ولا شك أن العبد أكثر شبهًا بالحر من البهيمة.

ولأن العبد المأذون له في التجارة، لو أودعه سيده مالاً، ثم فلس العبد فإن الغرماء يأخذون ما بيده من مال نفسه، دون ما بيده من مال السيد الذي هو الوديعة⁽²⁾، فدل ذلك على أنه يملك.

ولأنه لا خلاف بيننا وبينهم أن العبد إذا خالغ امرأته على مال أخذه منها فإنه ملك له، فدل ذلك على صحة ما قلناه.

ولأن المكاتب عبد⁽³⁾ ما بقي عليه من كتابته درهم؛ وقد أجمعنا نحن وإياهم على أنه يملك ما دام على الكتابة، لأن سيده ممنوع من انتزاع ماله بعد عقد كتابته، وهو مع ذلك عبد قن⁽⁴⁾ حتى⁽⁵⁾ يؤدي جميع كتابته.

واستشهدهم بمسألة جريان القصاص بين شخصين فليس فيه شيء فإن القصاص إنما جرى بينهما بنص كتاب الله تعالى، وليس في ذلك شيء يدل على أن العبد لا يملك والله أعلم.

(1) في الأصل: وأولا.

(2) الوديعة: «المال المتروك عند الغير للحفظ قصداً، بغير أجر». لغة الفقهاء 501.

(3) في الأصل: عند.

(4) القن: العبد المملوك الخالص العبودية الذي لم يحصل فيه أي سبب من أسباب الحرية أو مقدماتها، كالكتابة، والتدبير، ونحو ذلك. ن: المغرب 394، والتعريفات 179، والأنيس 152، ولغة الفقهاء 370.

(5) في الأصل: حيا.

[في حكم شراء الكافر العبد المسلم]

إذا اشترى الكافر عبدًا مسلمًا كان البيع باطلاً، ويفسخ⁽¹⁾ وبه قال الشافعي في أحد قوله⁽²⁾.

وروي عن مالك أنه قال: شراؤه إياه صحيح، ولكنه يباع عليه (وبه عليه)⁽³⁾ وبه قال أبو حنيفة⁽⁴⁾.

فوجه القول بالجواز قوله ﷺ: «لا يجزي ولد والدًا⁽⁵⁾ إلا أن يجده مملوكًا، فيشتريه فيعتقه⁽⁶⁾»⁽⁷⁾، ولم يفرق ﷺ بين أن يكون العبد المبتاع لأبيه

(1) قال في الإشراف 1 / 279: «إذا ابتاع الكافر عبدًا مسلمًا، ففيه روايتان: إحداهما أن العقد

لا يصح، والأخرى أنه يصح، ويجبر على بيعه»، وقال في مسائل الخلاف 104 و: 1: «الكافر إذا اشترى عبدًا مسلمًا، لم ينعقد شراؤه في القول المنصوص».

(2) انظر: إيثار الإنصاف 304.

(3) هكذا في الأصل وهو زائد.

(4) قال في المبسوط 13 / 130: «وإذا اشترى الذمي مملوكًا مسلمًا، صغيرًا أو كبيرًا، ذكرًا أو

أنثى، من مسلم أو ذمي، جاز شراؤه في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله، وقال الشافعي: لا يجوز شراؤه»، ثم قال فيه: «فأما استدامة الملك فليس من موجبات العقد، ولا يمنع صحة الشراء لكونه ممنوعًا من استدامة الملك فيه، كالمسلم يشتري عبدًا مرتدًا فيصح شراؤه، وإن كان ممنوعًا من استدامة الملك فيه، وعند التأمل في تصحيح هذا الشراء، إظهار ذل الكافر دون المسلم، لأن العبد المسلم يتسلط به على الكافر فيخاصمه، ويجره إلى باب القاضي، ويجبره على بيعه شاء أو أبى».

(5) في الأصل: والد.

(6) في الأصل: معتقه.

(7) قال في طريق الرشيد 2 / 128 - 129: «حديث لا يجزي ولد والدًا» إلى آخره رواه الإمام

مسلم في صحيحه، في كتاب العتق، فقال: باب فضل عتق الوالد: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبه، وزهير بن حرب، قالوا: حدثنا جرير عن سهيل عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجزي ولد والدًا، إلا أن يجده مملوكًا، فيشتريه، فيعتقه» ورواه الإمام الترمذي في سننه في باب ما جاء في حق الوالدين، وقال أبو عيسى: هذا =

مسلمًا أو كافرًا.

ولأن كونه كافرًا لا يمنعه من أن⁽¹⁾ اشتراء⁽²⁾ عبد مسلم، ولا يمنعه من استقرار ملكه عليه، بدليل ما لو كان عبد كافر فأسلم العبد؛ فإن ملكه عليه مستقر بغير خلاف ولكنه يباع عليه.

ولأن الكافر غير ممنوع ولا محجور عليه في البيع والابتياح، فجاز⁽³⁾ له أن يشتري عبدًا مسلمًا أو كافرًا⁽⁴⁾. دليله: المسلم.

ووجه القول بالمنع، قوله عز وجل: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 141]، وقوله عز وجل: ﴿لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمُ الْفَائِزُونَ﴾ [الحشر: 20].

ولأنه لما لم يصح استدامة ملكه على هذا العبد المسلم، لم يصح ابتداؤه⁽⁵⁾ دليله: المحرم بالحق، إذا أحرم ومعه صيد؛ حيث يجب عليه إرساله، ويحرم عليه إمساكه.

ولأن كونه كافرًا سبب يمنع من ابتداء تملكه عبد⁽⁶⁾ مسلمًا، دليله: المرتد.

ولأنه عقد بيع، لا يحصل الغرض المقصود منه بوجه⁽⁷⁾ فوجب أن يكون باطلاً. دليله: ابتياح السمك في الماء، والطير في الهواء⁽⁸⁾، وهذا والله أعلم أظهر.

= حديث حسن لا نعرفه إلا من حديث سهيل بن أبي صالح، وقد روى سفيان الثوري وغير واحد عن سهيل بن أبي صالح هذا الحديث.

(1) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

(2) في الأصل: اشترى.

(3) في الأصل: لجاز.

(4) في الأصل: كافر.

(5) في الأصل: ابتداؤها.

(6) في الأصل: عبد.

(7) لأنه يمنع من استدامة الملك فيه، ويجبر على بيعه أبدًا.

(8) في الأصل: الهوى.

فإذا ثبت هذا؛ فما ذكر الأصحاب من توجيه القول الأول بالحديث،
فمعناه المسلم⁽¹⁾ إذا اشترى إياه.
وقولهم: إن كونه كافرًا لا يمنعه من أن يملك عبدًا مسلمًا، باطل
بالمرتد، فإنه كافر ولا يملك العبد المسلم بحال والله أعلم.

(1) في الأصل: السلم.

[في حكم بيع كلب الصيد أو الزرع، أو الضرع]

يكره بيع الكلب، فإن بيع جاز البيع وصح ذلك في بيع كلب الصيد، أو الزرع، أو الضرع⁽¹⁾ وبه قال أبو حنيفة⁽²⁾.

وقال الشافعي: لا يجوز بيعه بحال⁽³⁾.

واحتج أصحابه بحديث أبي مسعود الأنصاري، أن النبي ﷺ «نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي⁽⁵⁾ وحلوان⁽⁶⁾ الكاهن⁽⁷⁾»⁽⁸⁾. والنهي يدل على فساد

(1) قال في الإشراف 1 / 277: اختلف أصحابنا في بيع الكلب، المأذون في اتخاذه، والانتفاع

به، فمنهم من قال: مكروه، ويصح ومنهم من قال: لا يجوز، وقال في المنتقى 5 / 28: «وأما الكلب المباح اتخاذه وهو كلب الماشية والحرث والصيد، فاختلف فيه قول مالك، فيتأول بعض أصحابه أنه يجوز بيعه، وقال سحنون: يجوز أن يحج بثمانه، وقال ابن كنانة وبه قال أبو حنيفة، وروي عن ابن قاسم أنه كره بيعه، وهي رواية الموطأ.

(2) انظر: البداية 2 / 95، وقال في إيثار الإنصاف 295: «بيع الكلب المعلم والحارس جائز».

(3) قال في البداية 2 / 95: «... فقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب أصلاً»، وانظر: إيثار الإنصاف 296.

(4) هو أبو مسعود عقبة بن عمرو بن ثعلبة الأنصاري البدري، سكرن بدرًا ولم يشهد وقتها على الصحيح، وشهد العقبة الثانية، روى عنه ابن بشير، وأبو وائل، وربيع بن حراش، خرج له الجماعة، اختلف في سنة وفاته، فقيل: 40هـ، وقيل غير ذلك.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 8 / 102 - 103، والإصابة 7 / 24 - 25، والخلاصة 229.

(5) البغي وتجمع على بغايا: الزانية بأجر. ن: لغة الفقهاء 109، وانظر: حلية الفقهاء 139.

(6) الحلوان: «ما يعطى من غير استحقاق، ومنه حلوان الكاهن: ما يعطاه على الافتراءات التي يلقبها»، لغة الفقهاء 185، وانظر: حلية الفقهاء 139، والمغرب 127.

(7) الكاهن: ويجمع على كهنة وكهان: «المدعي معرفة الأسرار والمستقبل معتمدًا في ذلك على الجان». لغة الفقهاء 375، وانظر التعريفات 183.

(8) أخرجه البخاري في البيوع، باب ثمن الكلب، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن، ومالك في الموطأ، باب في البيوع ما جاء في ثمن الكلب.

العقد المنهي عنه .

قالوا: ولأنه حيوان نجس العين، فأشبهه الخنزير، ولأنه حيوان يغسل الإناء من ولوغه⁽¹⁾ عددًا، ويراق ما ولغ فيه، وليس ذلك إلا لنجاسة ريقه لأن ريقه إنما يترشح من لحمه، ولحمه نجس لنجاسة عينه، وما كان نجسًا فلا يجوز بيعه، ولا أخذ العوض عنه . دليله: الميتة والدم، والبول، والعدرة، وما أشبه ذلك .

والدليل على صحة ما قلناه: حديث ابن عباس⁽²⁾ أن النبي ﷺ: «أرخص في ثمن كلب الصيد»⁽³⁾ .

وروى أبو⁽⁴⁾ الزبير المكي عن جابر⁽⁵⁾ أن النبي ﷺ: «نهى عن ثمن الكلب إلا الكلب المعلم»⁽⁶⁾ ولأنه حيوان يجوز اقتناؤه للصيد⁽⁷⁾ فجاز بيعه . دليله: الفهد .

ولأنه جارح يصطاد به، فجاز بيعه، وأخذ العوض عنه . دليله: البازي⁽⁸⁾ .

(1) الولوغ: «الشرب بأطراف اللسان» . لغة الفقهاء 510 .

(2) تقدمت ترجمته .

(3) قال في نصب الراية 53 - 54: رواه أبو حنيفة رضي الله عنه في مسنده عن الهيثم عن عكرمة، عن ابن عباس قال: «أرخص رسول الله ﷺ في ثمن كلب الصيد» انتهى وهذا سند جيد فإن الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات .

(4) تقدمت ترجمته .

(5) تقدمت ترجمته .

(6) أخرجه الدارقطني في كتاب البيوع من سننه 3 / 73 بهذا الإسناد: «حدثنا الحسن بن إسماعيل، نا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، نا عباد بن العوام، عن الحسن بن أبي جعفر، عن أبي الزبير، عن جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب، والمهر، إلا الكلب المعلم»، ثم قال: «الحسن بن أبي جعفر عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ وليس بالقوي، والأحاديث الصحيحة عن النبي ﷺ في النهي عن ثمن الكلب خالية عن هذا الاستثناء» .

(7) الاقتناء: «اتخاذ الشيء لنفسه، لا للتجارة» . لغة الفقهاء 83 .

(8) البازي: معرب ويجمع على بزاة: «من جوارح الطير يصاد به» . لغة الفقهاء 102 .

ولأنه حيوان تجوز الوصية به، فأشبهه الشاة والبقرة، ولأنه لما جاز أن يملك بالوصية، جاز أن يملك بالهبة والصدقة والبيع، وما جاز أن يملك ويقتنى، فمن المحال أن يكون نجسًا، ألا ترى أن الخمر لما كانت نجسة، لم يجز لمسلم اقتناؤها، ولا تملكها ولا هبتها، ولا صدقتها، ولا الوصية بها، وكذلك الخنزير لما كان حرامًا، حرم اقتناؤه من كل وجه، وإذا صح أن الكلب ليس ينجس جاز بيعه.

ولأنه حيوان يأكل اللحم، ولا يرعى الكلاب⁽¹⁾، فجاز بيعه: دليله: الهر [هـ-197].

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من نهي النبي عليه السلام عن ثمن الكلب، فمحمول على الكلب الذي لا ينتفع به، ولا يجوز اتخاذه لأنه إذا كان لا منفعة فيه، فأخذ العوض عنه من باب أكل المال بالباطل.

وقولهم: إنه نجس العين، فأشبهه الخنزير إلى آخر ما ذكروه من هذا الفصل، خطأ لأن الكلب والخنزير طاهران، ولأن كل واحد منهما حي، فوجب أن يكون طاهرًا كسائر الحيوان؛ إذ ليس شيء من الحيوان نجسًا في حال حياته، لأن الحياة شرط في صحة الطهارة بالإجماع، فالقول بنجاسة الكلب والخنزير دون سائر الحيوانات المجموع على طهارتها خطأ، إذ لا دليل على ذلك جملة.

ولأن الشافعي قد نص على جواز الوصية بالكلب الذي ينتفع به لصيد ونحوه، فكيف يجوز الوصية بشيء نجس في نفسه وعينه؟ هذا محال.

وقولهم: ويغسل الإناء من ولوغه عددًا، ويراق ما ولغ فيه. فالجواب: أن غسل الإناء من ولوغه عددًا عندنا تعبد لا لنجاسة حلت في الإناء، ولو كان غسله لنجاسته لاكتفي في غسله بغير عدد، كما في سائر النجاسات.

وإراقة ما ولغ فيه، لا يراق لأنه نجس، وإنما يراق استحبابًا وذلك في الماء وحده. فصح ما قلناه من كل وجه والله أعلم.

(1) في الأصل: الكلى.