

## كتاب البيوع

هو مبادلة المال بالمال بالتراضي.....

### كتاب البيع

لما فرغ من حقوق الله تعالى التي هي العبادات والعقوبات والكفارات شرع في المعاملات التي هي حقوق العباد ثم في تقديم بعض الأبواب على بعض مناسبات مرت ووقع في آخرها ترتيب أقسام حقوق العباد وهو الوقف على البيع لأنه إذا صح خرج عن ملك الواقف لا إلى مالك وفي البيع إلى مالك فنزل منزلة البسيط من المركب وهو مقدم في الوجود فقدم في التعليم، قال في «الفتح»: ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فإن ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات انتهى. وكان النكاح أولى بالذكر من اللقيط ونحوه، وهو لغة مقابلة شيء بشيء قيل: هذا التعريف يدخل فيه السلام وإطلاق البيع عليه أبعد من البعيد.

قال في «القاموس»: باعه يبيعه بيعاً ومبيعاً والقياس ببيعاً إذا باعه وإذا اشتراه ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع غير أن المتبادر عند الإطلاق هو باذل السلعة، وقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع، قال في «المغرب»: والأصل فيه مبادلة مال بمال لقولهم بيع رابح وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الأعيان وإطلاقه على العقد مجاز لأنه سبب التملك والمحذوف من مبيع الواو عند سببويه لزيادتها، وقال الأخفش: هو العين والتوجيه لكل معروف في محله.

قال المازني: كلاهما حسن وقول الأخفش أقيس ونبه على معناه الشرعي بقوله: (هو مبادلة المال) أي: تملك المال كما في «الدراية» (بالمال بالتراضي) هذا القيد زيد شرعاً كما قال فخر الإسلام والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً فإنه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه يستدل به بالتراضي وأن الأخذ غصباً أو إعطاء شيء من غير تراض لا تقول فيه أهل اللغة باعه كذا في «الفتح» وهذا الحد بيع من كل وجه انتهى، وهذا كالصريح في أنهم أرادوا تعريف البيع المركب من الإيجاب والقبول وهو العقد لا قسيم الشراء وهو الذي يشتق منه لمن صدر عنه لفظ بائع وبه ظهر أن قوله في «الحواشي السعدية» لا يخفى عليك أن تفسيره بالمبادلة المذكور تسامح والمراد ما هو مبدؤها التام فلا يرد النقص بالشراء على أن الباء الداخلة على المال هي بالعوض والمقايضة انتهى، إنما يحتاج إليه بناء على أن المراد به قسيم الشراء لا العقد فتدبره.

زاد في «العناية» على طريق الاكتساب وفسرها في شرح «الدرر» بالتجارة ورده في «الحواشي السعدية» بأنها هي المبادلة كما صرح بذلك في مأذون «الهداية» فيكون المعنى المبادلة المذكورة على طريق المبادلة بل هي طلب الربح فخرج بذلك الهبة بشرط العوض والتبرع من الجانبين ولا يخفى أن الهبة بشرط العوض والتبرع خالية عن المبادلة ابتداءً أما انتهاء فمسلم ولا يضرنا، وكل من التبرع عين هبة مستقلة من كل جانب فلا مبادلة وكان هذا هو السر في حذف أهل التحقيق هذا القيد .

واعلم أن التقييد بالتراضي اقتداءً بالآية وبه خرج بيع المكره ولولاه لكان الحذف أولى كما في «الوقاية» لشمول التعريف للفساد بسائر أنواعه كما لو باع درهماً بمثله واتحداً وزناً وصفة وقد صرح بفساده في «الذخيرة» إذ غاية الأمر أن بيع المكره فاسد فما باله خصه بالإخراج مع أن حكمه إنما ذكر في الإكراه لكن عدم ذكره لا يستدعي إخراجه من التعريف إذ الصرف أيضاً غير مذكور فيه لإفراجه بكتاب مع شمول التعريف له وعرف من هذا أن الرضا ليس جزء مفهومه شرعاً وإلا لكان بيع المكره باطلاً، بلا شرط لثبوت حكمه وهذا لأن لفظ بعث ليس علة لثبوت الرضا بل إمارة عليه فيتحقق ولا رضا وشرط في العاقد التمييز والولاية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة أو غير ذلك فلم ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل أما بيع الصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع وأثره فمنعقد، والتعدد فلم ينعقد بالوكيل من الجانبين إلا في الأب والقاضي والوصي فإنه إذا اشترى أحدهم مال اليتيم من نفسه أو باعه منه صح وكذلك العبد يشتري نفسه من مولاه بأمره وشرط في الوصي النفع الظاهر بأن اشترى منه ما يساوي عشرة بخمسة عشر أو بيع خمسة عشر بعشر والظاهر أن العبرة في / القيمة لوقت العقد حتى لو زادت بعده لا ينتقض شراؤه ولا يشترط هذا في الأب كما في وصايا «الخانية» وسماع كل منهما كلام الآخر .

ولو ادعى أحدهما عدمه مع سماع أهل المجلس لا يصدق حيث لا وقر في أذنه، وما في «القنية» لا يجوز أن يناديه من بعيد أو من وراء جدار محمول على ما إذا لم يسمع كلامه ولذا رقم بعده رجل في البئر قال للذي في السطح: بعث منك بكذا فقال: اشتريت صح إن كان كل واحد منهما يرى صاحبه ولا يلتبس الكلام للبعيد ثم رقم تعاقد البيع وبينهما النهر المردخاني يصح، قلت: وإن كان نهراً عظيماً تجري فيه السفن؟ قال الشيخ: وقد تقرر أي: في أمثال هذه الصور إن كان البعد بحال يوجب التباس ما يقول كل واحد منهما لصاحبه يمنع وإلا فلا، وفي العقد

موافقة الإيجاب للقبول فإن قبل المشتري غير ما أوجبه البائع أو بعض ما أوجبه أو  
بغير ما أوجبه أو ببعضه لم ينعقد لتفرق الصفقة إلا في الشفعة كما سيأتي .

وفي المبيع كونه مالاً متقوماً شرعاً مقدور التسليم في الحال أو في ثاني الحال  
كذا في «الفتح» فخرج بالمال الحر وبالمتقوم الخمر والخنزير في حق المسلم، قيل:  
التقوم إنما هو شرط في البيع الصحيح والكلام فيما يعم الفاسد أيضاً والحق أن من  
شرط التراضي فإنما أراد الصحيح ومن حذفه أراد ما يعم الفاسد وبالقدرة بيع الآبق  
على الظاهر زاد في «البحر» وأن يكون مملوكاً في نفسه موجوداً ليخرج بيع الكلا ولو  
في أرضه وبيع المعدوم وقد يستغنى عن الثاني بكونه مقدور التسليم وههنا فرعان  
في «القنية» الأول: ما يؤخذ من البياع على وجه الجبر كالعدس والملح والزيت  
ونحوها لو اشتراها بعدما انعدمت صح، والثاني: شراء التذاكر التي يكتبها الديوان  
على العمال لا يصح، قيل له: أئمة بخارى جوزوا بيع خطوط الأئمة، قال: لأن مال  
الوقف قائم ولا كذلك ثمة قال في «البحر»: والفرع الأول خرج عن القاعدة فيجوز  
بيع المعدوم هنا ويستفاد من الثاني أنه يجوز للمستحق بيع خبزه قبل قبضه انتهى .

وأقول: الظاهر أن ما في «القنية» ضعيف لاتفاق كلمتهم على أن بيع المعدوم  
لا يصح وكذا غير المملوك والمانع من أن يكون المأخوذ من العدس ونحوه بيعاً  
بالتعاطي ولا يحتاج في مثله إلى بيان الثمن لأنه معلوم كما سيأتي وخط الإمام لا  
يملك قبل القبض فأنى يصح بيعه؟ ولكن على ما ذكر مما قبله ابن وهبان في كتاب  
الشرب ما في «القنية» إذا كان مخالفاً للقواعد لا التفات إليه بما لم يعضده نقل من  
غيره، وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم لله تعالى على وجه جميل وحكمه الملك  
وهو القدرة على التصرف شرعاً فلا ينقض التعريف بتصرف المشتري في المبيع قبل  
قبضه فإنه ممتنع مع الملك وكذا لو وطئ بعدم الاستبراء في الأمة إذ لا يلزم من العجز  
الغير المشروع العجز عن المشروع ولما كان الملك هو المقصود من شرعية البيع  
اقتصر على عليه وإن ترتب عليه غيره من عتق القريب ووجوب الشفعة وملك المنفعة في  
الجارية والخيارات ضمناً كذا في «العناية» وهو ظاهر في أنه شرعاً قيد في التصرف  
وفيه بحث، أما أولاً فلأنه لو أطلق التصرف وجعل قيداً للقدرة لا ينتقض التعريف  
أيضاً والجواب أن الأصل في لام التعريف إذا لم يكن ثمة مفهوم هو الحمل على  
الاستغراق عند الجمهور، وأما ثانياً فلأن هذه القدرة قد توجد في صورة الإباحة ألا  
ترى أننا نقدر على الشرب من المباح والتوضؤ منه وإحرازه في الإناء فالتعريف غير  
مانع فلا بد من اعتبار قيد بوصف الاعتبار على ما اعتبره الإمام النسفي كذا في

ويلزم بإيجاب وقبول.....

«الحواشي السعدية»، وأنت خبير بأن الحمل على الاستغراق يدفع هذا لامتناع التصرف فيه بنحو بيع قبل الإحراز فتدبره.

(ويلزم) أي: البيع (بإيجاب وقبول) أي: بسببهما عدل عن قول القدوري البيع ينعقد بالإيجاب والقبول لأن ظاهره يفيد أنهما غيره مع أنهما عينه، ولذا قال في «الفتح»: المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وإنما قلنا هذا لأنه لو قال: ينعقد بالإيجاب والقبول لجعلهما غيره مع أن البيع ليس إلا الإيجاب والقبول الموجودين حساً يرتبطان ارتباطاً حكماً فيجعل معنى شرعي يكون ملك المشتري أثراً له بذلك المعنى هو البيع فالمراد بذلك المعنى المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباط للشيء لا أن البيع مجرد ذلك المعنى الشرعي والإيجاب والقبول آلة له كما توهمه / البعض لأن كونهما أركاناً ينافي ذلك فإن قلت: كيف قال في «الفتح» البيع ليس إلا الإيجاب والقبول انتهى مع أنه الربط أيضاً؟ قلت: كونه استغنى عنه بذكر القبول إذ لا يكون قبولاً شرعاً بدونه.

ثم قال في «الفتح»: لكن الظاهر أن المراد بالبيع هنا ليس إلا نفس حكمه لا معنى له إلا ذلك الحكم وما قبل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادراً على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لأنه هو الذي ثبت به قدرة التصرف عند وجود الفعلين أعني الشرطين بوضعهما سبباً شرعياً له وليس هناك شيء ثالث انتهى.

وفي «الحواشي السعدية» إما أن يراد بالبيع مجموع الإيجاب والقبول مع الارتباط الشرعي بينهما كما هو الظاهر أو الارتباط فقط أو ما بقوله البائع حال العقد وعلى التقدير الأول ينبغي أن يكون ينعقد بمعنى يحصل على طريق ذكر المقيد وإرادة المطلق أو بمعنى يحصل الانعقاد به ويجعل من قبيل وصف الكل بحال بعض أجزائه، وعلى الثاني يتعين الأول وعلى الثالث يكون المعنى أن قول البائع حين قصده إنشاء البيع إنما يرتبط بكلام المشتري ويحصل منهما معنى شرعي إذا كان كل منهما بلفظ الماضي، وقول الشراح الانعقاد هنا بمعنى تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره يلائم المعنى الثالث أن لا يظهر العائد إلى المبتدأ في الجملة المجعولة خبراً على المعنيين كما لا يخفى انتهى، وإنما كان على الأول من ذكر المقيد وإرادة المطلق لأن المحصول إنما يكون في جزأين وليس مراداً وعلى الثاني من قبيل وصف الكل بحال بعض أجزائه لأن الذي يحصل الانعقاد به إنما هو الربط ولا شك أنه جزء وهذا المقام يحتاج إلى تدبر في الكلام، ونبه بقوله

يلزم إلى أنه ليس لأحدهما بعد القبول خيار المجلس وأنه لا يحتاج تمام العقد إلى إجازة البائع بعد ذلك وبه قال العامة وهو الصحيح خلافاً لمن قال يحتاج كما في «الذخيرة» وإلى أنه لو أقر بالبيع كاذباً لم ينعقد كما في «الصيرفية» وبهذا عرف أن الضمير في يلزم يعود على البيع الذي هو العقد لا أن المراد حكم البيع كما توهمه في «البحر»، ثم الإيجاب اللفظ الصادر أولاً والقبول هو الصادر ثانياً ويرد على التعريفين ما لو خرجا معاً فإنه صحيح كما في «التتارخانية»، وعلى الأول ما لو تعدد الإيجاب فإن القبول يكون إلى الإيجاب الثاني ويكون بيعاً بالثمن الأول وفي الطلاق والإعتاق على مال إذا قبل بعدهما لزمه المالان ولا يبطل الثاني الأول كما في «جامع الفصولين».

وفي قوله: لا يبطل الثاني الأول هو الأولى في التحقيق ومن ثم قلنا: لو تعددا وكان الثاني بأزيد أو بأنقص من الأول انفسخ الأول، واختلف فيما إذا كان فاسداً ومقتضى النظر أن الأول لا يفسخ، فإن قلت: لم لا يجوز أن يكون الثاني تأكيداً والإيجاب هو للأول؟ قلت: لأنه فاصل بينه وبين القبول وعلى هذا فلو قال المشتري: قبلت بالإيجاب الأول ينبغي أن لا يتردد في عدم صحة البيع هذا ويشترط لصحة الإيجاب أن لا يقترن بما يبطله فلو وهبه الثمن قبل القبول بطل، وقيل: لا ويكون إبراءً أما الإيجاب بلا ثمن نفيًا فغير صحيح وإنكاره بعد الإقرار به لا يبطله أما إنكار القبول.

ففي «البيزاية» وغيرها ادعى أنه باع من هذا بألف فأنكر الشراء ثم عاد في المجلس أو بعده إلى تصديق البائع فالأصل أن كل عقد يكون الحق فيه لهما كالبيع والنكاح فعود المنكر إلى التصديق قبل تصديق الآخر المنكر في الإنكار يبطل الإنكار وكل عقد يكون الحق فيه لأحدهما كالهبة والصدقة والإقرار لا ينفعه التصديق بعد الإنكار انتهى، وبه عرف جواب مسألة أوردها بعض المولى على شيخنا الأخ وكنت حاضرًا أن زيدا قال لعمر: قتلت ابنك فكذبه ثم صدقه أيقبل منه ذلك؟ فتوقف رحمه الله تعالى وقد علمت أنه لا يقبل منه التصديق لكن في «عقد الفرائد» معزياً إلى «جامع الفتاوى» قال: أنا عبدك، فرده المقر له ثم عاد إلى التصديق فهو عبد ولا يبطل الإقرار بالرق والرد انتهى.

واعلم أنه في «فتح القدير» خالف القوم فعرف القبول بأنه الفعل الصادر ثانياً قال: وإنما قلنا: الفعل لأنه أعم منه ومن القول لأن من فروعهم ما لو قال: كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلالاً والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها

بمائة والبسه بكذا رضي بالبيع وكذا إذا قال: بعتك بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه / قبولاً بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن ففي [١/٣٥٩] جعل مسألة القبض بعد قوله بعتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظراً.

قال في «البحر»: ولا حاجة إليه وما ذكره إنما هو من باب القبول يقوم مقامه فعل ولذا قال في «الخانية»: يقوم القبض مقام القبول ويشترط لصحة القبول حياة الموجب فلو مات قبله بطل، قال في «البحر»: إلا في مسألة في «الخانية» أوصى ببيع داره من رجل فقال: داري بيع منه بألف درهم، ومات فقبل الموصى له بعد موته جاز.

وأقول: هذا سهو ظاهر منشؤه فهم أن المراد جاز البيع وليس كذلك بل جاز قبول الوصية وعلى الوصي أن يبيعه بإيجاب وقبول، ثم رأيت المسألة ولله الحمد في شفعة «المحيط» طبق ما فهمت حيث قال: أوصى بأن تباع داره من رجل بألف درهم فقبل الموصى له بعد موته وحيث الشفعة وإن لم يقبضها لأن الوصية بشرط العوض وأنها لا تفيد الملك إلا بعد القبض وهذا إذا أوجب الوارث أو الوصي البيع بعد موته وقبل الموصى له انتهى.

ومن الشروط أيضاً أن تكون قبل رجوع الموجب وعليه تفرع ما في «الخانية» بعتك هذا بألف ثم قال لآخر: بعتك نصفه بخمسائة، قال أبو يوسف: يصح قبول الثاني ولا يصح قبول الأول بعد رجوع البائع عن النصف انتهى.

ولو خرج الرجوع مع القبول معاً كان الرجوع أولى لأنه لم يتم البيع كذا في «السراج»، وأن يكون قبل تغيير المبيع ومن ثم قال في «الخانية»: لو قطعت يد الجارية بعد الإيجاب أو ولدت أو تخمر العصير ثم صار خلاً لم يصح قبول المشتري، والظاهر أن التقييد بأخذ الأرش اتفاقي وأن يكون قبل رد المخاطب الإيجاب فلو قال: بعتك بألف، فقال: لا أقبل بل بخمسائة، ثم قال: أخذت بألف.

قال أبو يوسف: إن دفعه إليه فهو رضي وإلا فلا ولم يقيد الإيجاب والقبول بالمضي لأنه ينعقد بالمضارع لكن بالنية في الأصح وقيده في «الغنية» بما إذا لم يكن أهل البلد يستعملونه للحال فإن كان كذلك كأهل خوارزم لا يحتاج إليها انتهى، وظاهر أن كلامهم فيما يحتمل الحال والاستقبال أما ما تمحض للحال كأبيك الآن فلا يحتاج إليها أيضاً وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين أو سوف أو الأمر فلا ينعقد به إلا إذا دل المعنى على الأمر المذكور كخذه بكذا وقال:

وبتعاط

أخذه فإنه كالماضي إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بالوضع وهذا بطريق الاقتضاء.

قال في «الفتح»: «وهنا ثمانية مواضع البيع والإقالة لا يكتفى بالأمر فيهما عن الإيجاب أما الخلع والنكاح والهبة والكفالة والإبراء والثامنة ما لو قال لعبدته اشتر نفسك مني بألف فقال: فعلت فيقع الأمر فيها إيجاباً انتهى، وصور الخلع في «الصيرفية» بما إذا قالت: اخلعتني على كذا فقال: قد فعلت أما إذا قالت: اخلعتني فقال: خلعتك على كذا لا يقع ما لم تقبل، والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة ويصح الرجوع من الكاتب والمرسل قبل الوصول سواء علم الآخر أو لم يعلم.

وفي وكالة «الخلاصة» لا يصح عزل الرسول بدون علمه فكانهم فرقوا بين الرجوع والعزل، (و) يلزم أيضاً (بتعاط) وهو التناول كما في «القاموس» لأن جواز البيع باعتبار الرضى لا بصورة اللفظ وقد وجد في التعاطي حتى لو صرح معه بعدم الرضا لم ينعقد به كما في «الخانية» و«القنية» ولا بد أيضاً أن لا يكون بعد عقد فاسد أو باطل فإن كان لم ينعقد به قبل المتاركة لأنه بناء على السابق صرح في «الخلاصة» وغيرها وإطلاقه يفيد أنه لا فرق فيه بين الخسيس والنفيس وهو الصحيح خلافاً للكرخي.

وفي «الحاوي القدسي» المشهور من الرواية كما قال الكرخي، وفي رواية محمد لا فرق بينهما وهذا أصح والنفيس نصاب السرقة والخسيس ما دونه، وهل قبض البدلين شرط فيه أو أحدهما كاف؟ خلاف أفتى الحلواني بالأولى وفي «البزاية» وهو المختار.

وفي «العمادية»: قال صاحب «المحيط»: وهو المختار عندي، واكتفى الكرمانى بتسليم المبيع مع بيان الثمن أما إذا دفع الثمن وحده ولم يقبض المبيع لا يجوز إلا إذا كان بيع مقايضة، والصحيح أن قبض أحدهما كاف لنص محمد على أنه يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم / الثمن والمبيع وقوله في «الجامع»: إن تسليم المبيع يكفي لا ينبغي الآخر، وفي «المنتقى» عليه ألف درهم فقال لرب الدين أعطيك مالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاء بها فدفعتها إليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعاً جاز كذا في «الفتح».

وأقول: هذا يفيد أن التعاطي يكون في الصرف أيضاً ويدل عليه ما في

وأى قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب.....

«التارخانية» اشترى عبداً بألف درهم على أن المشتري بالخيار فأعطاه مائة دينار ثم فسح البيع فعلى قول أبي حنيفة الصرف جائز ويرد الدراهم وعلى قول أبي يوسف باطل وهي فائدة حسنة ولم أر من نبه عليها، ومن صور التعاطي أيضاً ما لو جاء المودع بأمة غير المودعة قائلاً: هذه أمتك والبائع يعلم أنها غيرها وحلف فأخذها حل الوطاء للمودع وللأمة وكذا لو ردها عليه بخيار عيب والبائع متيقن أنها غيرها فأخذها ورضي فهو بيع بالتعاطي، وعن أبي يوسف لو قال للخياط: ليست هذه بطانتي فحلف أنها هي وسعه أخذها كذا في «الفتح».

وفي «البرازية» الإقالة تنعقد بالتعاطي أيضاً من أحد الجانبين على الصحيح كالبيع وفي «العمادية» تنعقد الإجارة أيضاً بالتعاطي فقد ذكر محمد في إجازات «الأصل» لو استأجر قدوراً بغير أعيانها لا يجوز للتفاوت فإن جاء بقدور وقبلها منه على الكراء الأول جاز ويكون هذا إجارة مبتدأة بالتعاطي (وأى) يعني: وأي واحد من المتعاقدين (قام عن المجلس) أي: مجلس البيع (قبل القبول بطل الإيجاب) بيان لاشتراط المجلس لصحة الإيجاب وهذا لأن للموجب أياً كان له أن يرجع قبل قبول الثاني الآخر لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر، وللآخر أن يقبل ما بقي المجلس وإن لم يقبل حتى اختلف لم ينعقد، واختلافه باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر كأكل إلا إذا كان لقمة وشربة إلا إذا كان الإناء في يده، ونوم إلا أن يكونا جالسين، وصلاة إلا إتمام فريضة أو شفع نفلًا، أو كلام ولو لحاجة ومشى مطلقاً في ظاهر الرواية حتى لو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو على دابة واحدة لم يصح واختار غير واحد كالطحاوي أنه إن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز، وصححه في «المحيط» كما في «البحر».

وفي «الخلاصة» لو قبل بعدما مشى خطوة أو خطوتين جاز في جميع التفاريق وبه نأخذ، وقيام لأنه دليل الإعراض فلو قام أحدهما ولم يذهب ذكر شيخ الإسلام أنه لو قبل صح وإليه أشير في «جميع التفاريق» قيل: وفي قوله عن المجلس إيماء إليه لأن القيام عنه إنما يتحقق بالذهاب ومع عدمه إنما يقال: قام فيه كذا في «المعراج» وغيره وفي التعبير بقيل إيماء إلى ضعفه ومن ثم قال في «الفتح»: ظاهر «الهداية» وعليه جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك وإليه ذهب قاضي خان حيث قال: فإن قام أحدهما بطل يعني الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض، وتلك المقدمة في حيز المنع. وفي «القنية» لو قام لمصلحة لا معرضاً لم يصح وبه عرف أن قصر اختلاف المجلس على ما يدل على الإعراض فيه قصور والأولى ما في «المجتبى» المجلس

ولا بد من معرفة قدر.....

المتحد أن لا يشتغل أحد المتعاقدين بغير ما عقد له المجلس أو ما هو دليل الإعراض إذ لا شك أن القيام وإن لم يكن للإعراض لكن لم يعقد المجلس له، قيد بالقيام لأنهما لو قعدا لم يبطل، والسفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانها لأنهما لا يملكان إيقافها (ولا بد من معرفة قدر) أي: قدر مبيع وثمن ككر حنطة وخمسة دراهم أو أكرار حنطة فخرج ما لو كان قدر المبيع مجهولاً أي: جهالة فاحشة فإنه لا يصح وقيدنا بالفاحشة لما قالوه: ولو باعه جميع ما في هذه القرية أو هذه الدار والمشتري لا يعلم ما فيها لا يصح لفحش الجهالة، أما لو باعه جميع ما في هذا البيت أو الصندوق أو الجوالق فإنه يصح لأن الجهالة يسيرة.

قال في «القنية»: إلا إذا كان لا يحتاج معه إلى التسليم والتسلم فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع كمن أقر أن في يده متاع فلان غصباً أو وديعة ثم اشتراه منه جاز وإن لم يعرف مقداره انتهى. ومعرفة الحدود تغني عن معرفة المقدار ففي «البرازية» باعه أرضاً وذكر حدودها لا ذرعها طولاً وعرضاً جاز وكذا إن لم يذكر الحدود ولم يعرفه المشتري إذا لم يقع بينهما تجاحد، وفيها جهل البائع معرفة المبيع لا يمنع وجهل المشتري يمنع / انتهى. [١/٣٦٠]

وعلى هذا تفرع ما في «القنية» لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئاً في موضع كذا فبعها مني بستة دراهم فقال: بعته ولم يعرفها البائع وهي تساوي أكثر من ذلك جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول لأنه لما قال: لك في يدي أرض صار كأنه قال: أرض كذا وفي «المجمع» لو باعه نصيبه من دار فعلم العاقدين شرط ويجيزه مطلقاً وشرط علم المشتري وحده.

وفي «الخانية» اشترى كذا كذا قرية من ماء الفرات قال أبو يوسف: إن كانت القرية بعينها جاز لمكان التعامل وكذا الراوية والحجرة وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز إذا كان لا يعرف قدرها وهو قول الإمام، وخرج أيضاً ما لو كان الثمن مجهولاً كالبيع بقيمته أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشتراه فلان فإن علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عاد جائزاً ومنه أيضاً لو باعه بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت.

## فرع

قال لمديونه: بعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وهذا الآخر بباقي العشرة جاز مع جهالة الثمن في كل منها وهذا يرد على المصنف لكن علله في «فتح

ووصف ثمن غير مشار.....

«القدير» بعدم إفضاء جهالة الثمن الأول إلى المنازعة بضم البيع الثاني إليه إذ لا بد أن يصير ثمنهما عشرة انتهى، ولم أر ما لو وجد بأحدهما عيباً وينبغي أن يكون في حكم صفقة واحدة فيردهما أو يأخذهما، (ووصف ثمن غير مشار) لأنه إذا كان مجهول الوصف تتحقق المنازعة فالمشتري يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وظاهر كلامه يعطي أنه معرفة وصف المبيع غير شرط.

قال في «البحر»: وظاهر ما في «الفتح» أن معرفة الوصف في المبيع والثمن شرط الصحة كمعرفة القدر فإنه قال: والصفة عشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكذا حنطة بحيرية أو صعيدية.

وأقول: هذا وهم فاحش وذلك أن القدوري قال: والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن يكون معلومة القدر والصفة، فبين في «الفتح» الصفة بما قال إذ الكلام في الثمن لا في المبيع ولا شك أن الحنطة تصلح ثمناً إذا وصفت كما سيأتي وليس في الكلام ما يوهم ما ذكره بوجه وفي «البدائع» وأما معرفة أوصاف المبيع والثمن فقال أصحابنا: ليست شرطاً والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكن شرط اللزوم فيصح بيع ما لم يره.

واعلم أن الدراهم والدنانير أثمان أبداً سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وأما الأعيان التي ليست مكيلة ولا موزونة فمبيعة أبداً ولا يجوز فيها البيع إلا عيناً إلا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعاً في الذمة بطريق السلم تثبت ديناً مؤجلاً في الذمة على أنها ثمن وحينئذ فيشترط الأجل لا لأنها ثمن بل لتصير ملحقة بالثمن في كونها ديناً في الذمة ولذا قلنا: إذا باع عبداً بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جاز ويكون بيعاً في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما إذا سلم الدراهم وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الأجل وامتنع ببيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه، أو مكيلاً أو موزوناً أو عددياً متقارباً كالبيض فإن قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأمثالها من المثليات فما كان موصوفاً في الذمة فهو ثمن وما كان معيناً فمبيع وإن كان كل منهما معيناً فما صحبه حرف الباء أو لفظ على كان ثمناً والآخر مبيعاً كذا في «الفتح» وغيره، والفلوس كالنقدين كما في «الدراية» ودخل في القيميات المصوغ من الذهب والفضة فتعين للصنعة، أما المثلي إذا قابل بقمي فلم يدخل فيما ذكرنا، وقال خواهر زاده: إنه ثمن، كذا في «البحر» (لا مشار) تصريح بمفهوم قوله غير مشار أي: لا يحتاج في صحة البيع إلى معرفة القدر والوصف في المشار إليه حتى لو قال: بعثك هذه الصبرة من الحنطة أو

لا مشار وصح بضمن حال وبأجل معلوم.....

هذه الكورجة من الأرز والشاشات وهي مجهولة القدر بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية فقيل: جاز ولزم لأن الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يمنع من التسليم والتسلم، والمسألة مقيدة بغير الأموال الربوية أما الربوية إذا قوبلت بجنسها فلا تصح مع الإشارة لاحتمال الربا كحقيقته.

قال في «العناية»: ولم يقيد به في «الكتاب» لأن ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه وبغير السلم فلا يصح أن يكون العرض فيه مشاراً إليه اتفاقاً للأجل ولا رأس مال السلم إذا كان مكيلاً أو موزوناً عند الإمام كما سيجيء.

واعلم أن ظاهر قول القدوري والأعراض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع يفيد أن معرفة الصفة يحتاج إليها وقد أفصح عن ذلك في «فتح القدير» حيث قال: والتقييد بمقدارها احتراز عن الصفة فإنه لو أراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفاً أو نبهجة كان له أن يرجع بالجياد لأن الإشارة إلى الدراهم كالتنصيص عليها / وهو منصرف إلى الجياد ولو وجدها ستوقه أو رصاصاً فسد البيع وعليه القيمة إن كان أتلها.

ولو قال: اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال: اشتريه بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد، لأن الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها بخلاف الخابية والمراد بالخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأنها لا تثبت في النقود انتهى، وفيه بحث فإنه إن أريد الاحتياج إليها في جواز البيع كما هو الظاهر لزم أن لا يصح فيما لو وجدها زيوفاً وليس بالواقع وإذا كانت الإشارة إليها كالتنصيص عليها وهو منصرف إلى الجياد وقد استغنى عن وصفها وإنما فسد فيما إذا وجدها ستوقه أو رصاصاً فلأنها ليست من الدراهم المشتري بها فالظاهر أنه ليس بشرط كما يشير إليه قول المصنف فتدبره. (وصح) البيع (بضمن حال). قال في «المصباح»: حل الدين يحل بالكسر انتهى أجله فهو حال وظاهره أنه لا يقال: حل إلا بعد تأجيل وليس بمراد وفي «القاموس» حل الدين أي صار حالاً كذا في «البحر».

وأقول: فيه نظر للفرق البين بين حل الدين وباعه بحال ويدل عليه ما في «المغرب» حل الدين وجب ولزم والدين الحال خلاف المؤجل (و) صح أيضاً (بأجل معلوم) لإطلاق قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] وما هو بضمن مؤجل بيع قيد بالمعلوم لأنه إلى مجهول فاسد وليس منه ما لو باعه مؤجلاً لانصرافه إلى شهر كما في «شرح المجمع» نعم من جهالة الأجل ما لو باعه بالف على أن يؤدي الثمن

ومطلقه على النقد الغالب وإن اختلفت النقود فسد إن لم يبين.....

في بلد آخر، ولو قال: إلى شهر والمسألة بحالها صح وبطل الشرط لأنه تعيين مكان الإيفاء فيما لا حمل له ولا مونة غير صحيح، فلو كان له حمل ومونة صح، وفي الحدادي لو اختلفا في أصله فالقول لنافيه أو في قدره فلمدع الأقل والبينة بينة المشتري في الوجهين ولو في مضيه فالقول للمشتري والبينة بينته أيضاً.

وفي شرح «المجمع» لو مات البائع لا يبطل الأجل ولو مات المشتري حل المال ولا يبطل بقوله: برئت من الأجل ولا حاجة لي به ولو قال: تركته أو أبطلته أو جعلت المال حالاً بطل وفي «البرزازية» له على آخر ألف من ثمن مبيع فقال: أعطني كل شهر مائة درهم لا يكون تأجيلاً.

وفي «الملتقط» عليه ألف ثمن جعله الطالب نجوماً إن أدخل بنجم حل الباقي فالأمر على ما شرطاً وهي كثيرة الوقوع (ومطلقه) أي: مطلق الثمن عن قيد الوصف بعد أن سمى القدر، زاد الشارح وعن قيد البلد كعشرة دراهم يقع (على النقد الغالب) في البلد التي جرى البيع فيها لا بلد المتبايعين كما قال تاج الشريعة لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه، وسواء كان ذلك الغالب هو المتعامل به مع وجود دراهم أخرى لا يتعامل بها أو يتعامل بها إلا أن غيرها أكثر تعاملًا وإلى هذا أشار في «الفتح» حيث قال: إن كان إطلاق اسم الدراهم عرفاً يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولي وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وإن كان المتعامل بها في الغالب كان من تركها لدلالة العادة وكل منهما واجب تحريماً للجواز وعدم إهدار كلام العاقل انتهى.

(وإن اختلفت النقود) في المالية كالذهب الأشرفي والناصري بمصر واستوت رواجاً (فسد) البيع للجهالة المفضية إلى المنازعة لأن الصرف إلى أحدهما بعينه مع الاستواء في الرواج تحكم (وإن لم يبين) المشتري أحدهما في المجلس ويرضى به البائع لارتفاع المفسد قبل تفرره، قيد باختلافها لأنها لو استوت مالية ورواجاً صح وكان له أن يؤدي من أيها شاء، وكذا لو كانت مختلفة مالية ورواجاً فقط ويصرف إلى الأروج وبهذا علم أن في كلامه إرسالاً غير واقع، قيد بالبيع لأنها لو اختلفت في المهر مالية نظر في مهر مثلها فأى ذلك وافقه يحكم لها به كما في «التتارخانية» وبدل الصلح والأجرة كالبيع كما في «البرزازية» وفيها من الدعوى يحتاج إلى ذكر الصفة عند اختلاف النقود ولو استوت رواجاً يجوز البيع وفي الدعوى لا بد من التعيين ولا بد من ذكر الجودة عند العامة ومن ضرب أي دار وذكر اللامشي إذا كانت النقود مختلفة وأحدهما أروج لا تصح الدعوى ما لم يبين وكذا لو أقر بعشرة دنانير حمر

وبياع الطعام كيلاً وجزافاً وبإناء أو حجر بعينه لا يعرف قدره.....

وفي البلد نقود ومختلفة حمر لا يصح بلا بيان انتهى. وفي الوصية عند اختلاف المالية فقط تنفذ بأقل النقود وإن تفاوتت رواجاً أنصرفت إلى الأغلب، وبقي الخلع لو خالعهما على ألف درهم / ولم يبين والوقف لو شرط له دراهم أو دنانير قال في «البحر»: [١/٢٦٦] وينبغي أن يستحق الأقل.

وأقول: ينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يعرف عرف الواقف فإن عرف صرفت الدراهم إليه، (وبياع الطعام) هو في العرف الماضي اسم للحنطة ودقيقها فقول القدوري والحبوب من عطف العام ومن ثم اقتصر عليها في «المجمع» ويجب أن يفسر بها ما في «الكتاب» بقريئة قوله (كيلاً وجزافاً) بالضم أي: بلا كيل ولا وزن فارسي معرب والمجازفة في البيع المساهلة، وفي «الجزازية» بيع الحنطة بالدراهم وزناً يجوز.

وفي «السراج»: يعني هذا الكر من الحنطة فباعه فهو على الكيل فإن قبضه من غير كيل ثم كاله وحده جاز غير أنه لا يصدق في نقصه لو ادعاه لأنه صدق على وفاء الكيل وإنما كيله تحليل وإطلاق المجازفة مقيد بغير الأموال الربوية أما هي إذا بيعت بجنسها مجازفة فلا يجوز لاحتمال الربا بشرط أن تدخل تحت الكيل فإن لم تدخل كحفنة بحفنتين جاز، والعدر للمصنف في تركه التقييد به على ما مر، وفي «جامع الفصولين» شراء قصيل البر بالبر كيلاً وجزافاً يجوز لعدم الجنس.

وفي «الفتح» لو باع غير الحبوب من الربويات كالفضة إذا باعها بجنسها كفة ميزان بكفة ميزان جاز مع أنه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدرها لانتفاء احتمال التفاضل انتهى، ولا ينافيه ما في «الصيرفية» معزياً إلى «الجامع الصغير» تبايعاً تبرأً بذهب مضروب كفة بكفة وأخذ صاحب التبر الذهب لا يجوز ما لم يعلم وزن الذهب لأنه وزني انتهى، لأن الذهب الخالص أقل لأنه لا ينطبع بنفسه، (و) يباع أيضاً (بإناء) لا ينكس ولا ينقبض كأن يكون من خشب أو من حديد أما إذا كان كالزبيب والجولق فلا يجوز إلا في قرب الماء استحساناً للتعامل (أو حجر بعينه لا يعرف قدره) قيد فيهما لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة وعن الإمام أنه لا يجوز والأول أصح، والظاهر أن هذا القسم من المجازفة وعطفه عليها لأنها في صورة الكيل وليس حقيقة ولذا وجه مسألة الإناء في «المبسوط» بأنه في المعين مجازفة يجوز فبمكيل غير معروف أولى ونازعه في «الفتح» في الأولوية.

ثم رأيت في «السراج» قال: ومن المجازفة ما لو اشتراه مكايلة بإناء بعينه لا يعرف قدره انتهى، ذكره بعد التولية ولا بد في الصحة من بقاء الإناء والحجر فلو

ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع.....

هلكا فسد البيع كذا في «السراج» أطلق الحجر وقيده الشارح بما إذا كان لا يتفتت فإن تفتت لا يجوز قال: وكذا إذا باعه بوزن شيء يخف إذا جف كالخيار والبطيخ انتهى.

قال في «الفتح»: وليس بشيء فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تعجيل التسليم ولا جفاف يوجب نقصاً في ذلك الزمن، قال في «المبسوط»: اشترى بهذا الإناء يداً بيد فلا بأس به انتهى، وبتقدير التسليم فالجفاف يسير.

وقد قالوا: لو باع الجمدة في المجمدة جاز مطلقاً في الأصح إذا سلمه قبل ثلاثة أيام لأن النقص قبلها قليل فأهدر فكذا في البطيخة النقص الحاصل الذي به ينقص قدر المبيع قليل فكان ينبغي أن يقتصر فتدبره.

وسكت المصنف عن ثبوت الخيار للمشتري ونص في جمع «النوازل» على ثبوته فيما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً ونسبه في جميع «التفاريق» إلى محمد وينبغي ثبوته أيضاً فيما لو اشترى بإناء لا يعرف قدره قال في «الفتح»: وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية المتقدمة من عدم الجواز فقوله: لا يجوز أي: لا يلزم.

وأقول: عبارته في «الخانية» رجل اشترى طعاماً بإناء لا يعرف قدره قالوا: لا يجوز بيعه لأنه ليس بمكايلة ولا بمجازفة انتهى، وهذا التعليل يمنع هذا الحمل فتدبره، ونظير ما نحن فيه لو باعه حنطة مجموعة في بيته أو مطمورة في أرض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة كان له الخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك وإن كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز بلا خيار إلا أن يظهر تحتها صفة ونحوها كذا في «الخانية»، وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز.

(ومن باع صبرة) هي الطعام المجموع سميت بذلك لإفراغ بعضها على بعض ومنه قيل للسحاب فوق السحاب صبر قاله الأزهرى، وقال القرطبي: هي الجملة المصبورة أي: المحبوسة للبيع والصبر الحبس والجمع صبر كغرف وأراد صبرة مشار إليها كما سيأتي وليست قيذاً بل مكيل أو موزون أو معدود من جنس واحد إذا لم يختلف قيمته كذلك، (كل صاع بدرهم) هذا أيضاً ليس بقيد لأنه لو قال: كل صاعين أو ثلاثة / بكذا صح بقدر ما سمي به عنده (صح) البيع (في صاع) واحد عند الإمام مع الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه دون البائع، وأفهم كلامه أنه فاسد في الباقي إلى تسميته الكل في المجلس أو كيله به لزوال المفسد قبل تقرر فيثبت حينئذٍ على وجه يكون الخيار للمشتري فإن رضي هل يلزم البيع بدون رضی البائع أو

يتوقف على قبوله؟ روى الثاني عن الإمام أنه لا يجوز إلا بتراضيهما وروى محمد خلفه، حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل أو رضي المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه وهو الظاهر وقالوا: صح في الكل لأن المبيع معلوم الإشارة والمشار إليه لا يحتاج إلى معرفة مقداره لجواز البيع، وجهالة الثمن بيدهما رفعها بأن يكيلاه في المجلس وما هو كذلك لا يفضي إلى المنازعة، وله أن الثمن مجهول وذلك مفسد ولا جهالة في القفيز فصح فيه وكون العقادين بيدهما إزالة جهالة في صلب العقد لا يوجب صحة البيع قبل إزالتها بدلالة الإجماع على عدم جواز بيع الثوب برقمه مع أن بيد البائع إزالتها.

وقدر في «فتح القدير» أولاً أنه موقوف وثانياً في دليل الإمام أنه فاسد وهذا إنما يتم بناء على أن الموقوف فاسد وهو قول مرجوح ثم قال: وغايته أنه إذا أزيلت أي: الجهالة في المجلس وهما على رضاهما ثبت للعقد المعاطاة لا لعين الأول كما قال الحلواني في الرقم إذا تبين في المجلس، وأنت خير بأن هذا لا يناسب التوقف بل ولا الفساد لأنه إذا رفع قبل تقرر انعقد صحيحاً وحينئذٍ فلا حاجة إلى انعقاده بالتعاطي.

وفي «السراج» لو أشار إلى نوعين حنطة وشعير فقال: أبيعك هاتين الصبرتين كل قفيز بدرهم فالبيع جائز عند الإمام في قفيز واحد وقالوا: يجوز في الكل كذا في الكرخي، وفي «المنظومة» فاسد في الجميع وعند الإمام.

واعلم أن ظاهر «الهداية» ترجيح قولهما وفي «عيون المذاهب» وبه يفتى لا لضعف دليل الإمام بل تيسيراً على الناس وكأنه في «البحر» لم يطلع على هذا فقال: رجح قولهما في «الخلاصة» في نظيره حيث قال ما محصله: اشترى كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف إن كان من جنس واحد يجب أن يجوز في واحد عند الإمام كما في الصبرة وإن أجناساً مختلفة لا يجوز أصلاً عنده كبيع قطع الغنم وعندهما يجوز في الكل حيث كان جنساً واحداً وكذا إذا كان مختلفاً قاله الشهيد، وجعل أبو الليث الجواز عند اتحاد الجنس متفقاً عليه والفتوى على قولهما تيسيراً للأمر على الناس انتهى.

تنبيه: قال في «المعراج»: أبو الليث هذا هو الخوارزمي انتهى، قلت: تحرز به عن السمرقندي بفتح السين والميم وإسكان الميم وفتح الراء لحن كذا في «القاموس» وهو نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم صاحب «التفسير» و«النوازل» و«خزانة الفقه» و«تنبيه الغافلين» و«بستان العارفين» و«عيون المسائل» و«تأسيس النظائر»

ولو باع ثلثة أو ثوباً كل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكل ولو سمي الكل صح في  
الكل.....

و«مقدمة الصلاة»، تفقه على أبي جعفر الهندواني، توفي ليلة الثلاثاء لإحدى عشرة  
خلت من جمادى الآخرة سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة كذا في «تاج التراجم» ولم أر  
من ترجم الخوارزمي هذا. قيد بالبيع لأن في الإجارة كأجرتك داري كل شهر بكذا أو  
الإقرار كلك على كذا درهم ينصرف إلى الواحد اتفاقاً.

وفي إقرار «الخلاصة» قال الوصي: قبضت كل ما لفلان الميت على الناس  
فادعى غريم أنه دفع إليه كذا وأنكره فالقول للوصي مع يمينه وفي غضب «الخانية»  
كل غريم لي فهو في حل قال ابن مقاتل: لا تبرأ غرماءه، وفيها كل إنسان تناول من  
مالي فهو له حلال، قال ابن سلمة: لا يجوز وابن نصر بن سلام يجوز وعليه الفتوى  
(ومن باع ثلثة) وهي بفتح المثلثة.

قال في «القاموس»: هي جماعة الغنم أو الكثير منها أو من الضأن خاصة  
والجمع كبدر وثلال انتهى. وبالضم الكثير من الناس (أو ثوباً وكل شاة بدرهم أو كل  
ذراع بدرهم فسد في الكل) عند الإمام وقالوا: جاز في الكل لما مر من أن هذه الجهالة  
بيدهما إزالتها وعنده وإن انصرف إلى الواحد إلا أن الآحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم  
الثلث على الجملة بالأجزاء فتقع المنازعة على تعيين ذلك الواحد فيفسد في الكل  
وعلى هذا كل عددي متفاوت كالإبل والبقر والبعيد والبطيخ والرمان والسفرجل.

قال في «البدائع»: وكذا كل ما في تبييضه ضرر كالمصوغ من الأواني والقلب  
وفي / «المعراج» البيض كالقفزان استحساناً فإن سمي عدد الغنم والذرعان أو جملة  
الثلث صح اتفاقاً للعلم بتمام الثلث التزاماً في الأول ومطابقة في الثاني.

وفي «المعراج» قال الحلواني: الأصح أنه إن علم عدد الأغنام في المجلس لا  
ينقلب العقد صحيحاً لكن لو كان كل منهما على رضاه ينعقد البيع بالتعاطي،  
والعلم به بأن عزلها المشتري وذهب والبائع ساكت، قيد بقوله: كل شاة بكذا لأنه لو  
قال: كل شاتين بعشرين وسمى الجملة مائة مثلاً كان باطلاً إجماعاً وإن وجدته كما  
سمي لأن كل شاة لا يعرف ثمنها إلا بانضمام غيرها إليها قاله الحدادي.

وفي «الخانية» لو كان ذلك في مكيل أو موزون أو عددي متقارب جاز، وقيد  
العتابي المنع في الثوب بما إذا كان يضره التبييض أما في الكرباس فينبغي أن يجوز  
عنده في واحد كالصبرة، (ولو سمي الكل) أي: كل المبيع والثلث (صح) البيع (في  
الكل) أي: المثلي والقيمي لزوال المانع، وإطلاقه يعم ما لو وقعت التسمية في صلب  
العقد أو بعده في المجلس وقد منّا عن «الفتح» أنه في الثاني يكون بيعاً بالتعاطي.

ولو نقص كيل أخذ بحصته أو فسخ، وإن زاد فللبائع .....

(وإن نقص كيل أخذ) المشتري الباقي (بحصته) إن شاء لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلاً أو موزوناً، (أو فسخ) لتفرق الصفقة الواحدة عليه وكذا الحكم في كل مكيل أو موزون ليس في تبعيضه ضرر، وخرج بهذا القيد ما لو اشترى سمكة على أنها عشرة أرطال فوجد المشتري في بطنها حجراً يزن ثلاثة أرطال فإن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء تركها فإن شواها قومت عشرة وبسبعة ورجع بحصة ما بينهما من الثمن كذا في «المحيط». وفي «الخانية»: لو باع لؤلؤة على أنها تزن مثقالاً فوجدها أكثر سلمت للمشتري لأن الوزن فيما يضره التبعض وصف بمنزلة الذرعان في الثوب، وفيها القول للمشتري في النقصان وإن وزنه له البائع ما لم يقر أنه قبض منه المقدار.

وفي «الجزاية»: اتفق أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك على وجه لا يتفاوت فأعطى رجلاً ثمناً فأعطاه أقل من المتعارف إن من أهل البلدة رجع بالنقصان من الثمن وإن من غير أهلها رجع في الخبز لا في اللحم.

واعلم أن في «البحر» قيد قوله: أخذه بحصته بما إذا لم يكن المبيع مشاهداً له فإن كان مشاهداً انتفى الغرر ولذا قال في «الخانية»: اشترى سويقاً على أن البائع لته بمن من السمن وتقابضاً والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف من جاز البيع ولا خيار للمشتري لأن هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه انتهى الغرور، وهو كما لو اشترى صابوناً على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر أنه متخذ من أقل من ذلك والمشتري ينظر إلى الصابون وقت الشراء وكذا لو اشترى قميصاً على أنه من عشرة أذرع وهو ينظر إليه فإذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشتري انتهى.

وأقول: فيه نظر إذ الكلام في مبيع ينقسم أجزاء الثمن فيه على أجزاء المبيع وما في «الخانية» ليس منه لتصريحهم بأن السويق قيمي لما بين السويق والسويق من التفاوت الفاحش بسبب القلي وكذا الصابون كما في «جامع الفصولين» وأما الثوب فظاهر وعلى هذا فما سيأتي من أنه يخير في نقص القيمي بين أخذه بكل الثمن أو تركه مقيد بما إذا لم يكن مشاهداً فتدبره نعم نخيره بين الأخذ والفسخ، قيده فيها بما إذا لم يقبض المبيع أو قبض البعض فإن قبض الكل لا يخير يعني وإنما يرجع بالنقصان، وأنت خبير بأن الموجب للتخيير إنما هو تفریق الصفقة وهذا القدر ثابت فيما لو وجده بعد القبض ناقصاً إلا أن يقال: إنه بالقبض صار راضياً بذلك فتدبره.

(وإن زاد فللبائع) لأن المبيع وقع على مقدار معين ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فلا يجب رده في العقد فيكون للبائع، وقيده الزاهدي

ولو نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وإن زاد فللمشتري ولا خيار للبائع ولو قال: كل ذراع بكذا ونقص أخذه بحصته أو ترك وإن زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ.....

بما لا يدخل تحت الكيلين أو الوزنين أما ما يدخل فلا يجب رده، واختلف في قدره فقيل: نصف درهم في مائة وقيل دائق في مائة لا حكم له وعن أبي يوسف دائق في عشرة كثير وقيل: ما دون حبة عفو في الدينار وفي القفيز المعتاد في زماننا نصف من انتهى. والزيادة الحادثة بعد الكيل قبل القبض للبائع وبعده للمشتري كما لو زادت الحنطة بالبلل وفي المشار إليه إذا بيع بشرط الكيل يكون للبائع إن حدث قبل الكيل وبعده للمشتري كذا في «المحيط».

(وإذا نقص ذراع) من القدر الذي سماه (أخذ) المشتري / المبيع (بكل الثمن أو

ترك وإن زاد فللمشتري ولا خيار للبائع) لأن الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن، أما أنه وصف فلائنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الأعراض وأما أنه لا يقابله شيء من الثمن فلأن التوابع شأنها كذلك كأطراف الحيوان حتى أن من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن ولو اعورت عند المشتري جاز له أن يربح على ثمنها بلا بيان وإنما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما لو اشتراها على أنها بكر فوجدها ثيباً، وكان الزائد له كما لو باعها على أنها ثيب فوجدها بكرأ قيل: هذه المسألة من أشكال المسائل إذ لقائل أن يمنع كونه وصفاً والاستدلال عليه بما مر ممنوع لأنه كما يجوز أن يقال: طويل وعريض يقال: قليل وكثير والحق أنه ليس المراد بالوصف هنا كونه صفة عرضية بل هو في الاصطلاح ما يكون تابعاً للشيء غير منفصل إذا حصل فيه زيده حسناً وإن كان في نفسه جوهرأ كذراع من ثوب فإن ثوباً هو عشرة أذرع بعشرة إذا نقص منه ذراع لا يساوي تسعة ومن ثم قيل: ما تعيب بالتشقيص والزيادة والنقصان وصف وما ليس كذلك أصل، وقيل: ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدم تأثيره نقصان غيره فوصف وإلا فأصل.

قال في «الدراية»: مما ظهر أثر الوصفية فيه أنه يجوز بيعه قبل ذرعه سواء اشتراه مجازفة أو شرط الذرع وأن بيع الواحد باثنين منه جائز، واعلم أن إطلاقه يفيد أن الزيادة له ديانة أيضاً وهو قول أبي حفص الكبير وأبي الليث لكن المذكور في «فتاوى النسفي» و«آمالي» قاضي خان أنها لا تسلم له ديانة كذا في «المعراج».

(ولو قال): على أنه مائة ذراع (كل ذراع بكذا ونقص) عما سماه (أخذ)

المشتري الباقي (بحصته أو ترك وإن زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ) لأن الوصف

وفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم.....

وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بانفراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب قيل: هذا القدر ممكن في الأولى لأنه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الآحاد وأجيب بأن الذراع أصل من وجه لأنه من أجزاء العين وصف من وجه لأنه لا يقابله شيء من الثمن فلو جعلناه منقسماً عند ترك ذكر الذراع لزم إلغاء جهة الوصفة من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالأصالة عند ذكره عملاً بالشبهين.

قال في «العناية»: وفيه نظر لأن قوله: من حيث أنه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها فالأولى أن يقال إذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون ذراع مبيع ضمناً ولا معتبر بذلك لما ذكرنا أن الوصف يصير أصلاً إذا كان مقصوداً بالتناول وخير في النقصان لتفرق الصفقة عليه وفي الزيادة لأنه وإن حصلت له الزيادة لكنه لزمته الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في نفي الضرر وفيه بحث من وجهين:

الأول: أن كل ذراع إن كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع إذا وجد أكثر أو أقل كما لو كان العقر وارداً على أثواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما سيأتي أن الذراع لو كان أصلاً بإفراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما لو باع صبرة على أنها عشرة أفقرة فإذا هي أحد عشر فإن الزيادة لا تدخل إلا بصفقة على حدة وأجيب عن الأول بأن الأثواب مختلفة فيكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك.

وعن الثاني: بأن الذراع لو لم يدخل كان بائعاً بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريماً للجواز، والقفيز الزائد ليس له كذلك (وفسد بيع عشرة أذرع من دار) أو حمام عند الإمام وقالوا: يجوز إذا كانت الدار مائة ولا فرق عنده بين أن يكون من مائة ذراع أو لا في الأصح، وقصر الخصاص الفساد على ما إذا لم يبين جملة الذرعان ويرده أن محمد صورها في «الجامع الصغير» قوله من مائة ذراع من دار.

ولو تبعه المصنف لكان أولى لوجهين: الأول: إفادة الفساد فيما إذا لم يبين جملتها بالأولى، الثاني: ليصح قوله (لا أسهم) إذ الصحة مقيدة بما إذا قال: عشرة أسهم من مائة سهم من دار فإن لم يقل فسد البيع أيضاً لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبهه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما يزرع به واستعير لما يحله

وإن اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب فنقص أو زاد ففسد ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير، وإن زاد ففسد.....

الذراع وهو المعين دون / المشاع فمرجع الخلاف حينئذ مؤدى التركيب فعندهما [١/٣٦٣] شائع وبيعه جائز اتفاقاً وعنده قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين العشرة تفسد فهو نظير اختلافهم في نكاح الصائبة ولو تراضياً في تعيينها في مكان لم أره، وينبغي أنه إن كان في المجلس انقلب العقد صحيحاً (وإن) كان بعده بيعاً بالتعاطي واختلف المشايخ على قولهما فيما إذا لم يسم جملتها والصحيح عندهما الجواز؛ لأن هذا الجهالة بيدهما إزالتها ومن (اشترى) أي: باع (عدلاً) تعدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل (على أنه عشرة أثواب) بأن بعثك ما في هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم (فنقص) منه (أو زاد) ثوب (فسد) البيع لجهالة الثمن في النقصان لأنه لا تنقسم أجزاءه على أجزاء المبيع القيمي فلم يعلم للثوب الناقص حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكأن الناقص من الثمن قدراً مجهولاً والمبيع في فصل الزيادة لأنه يحتاج إلى رد الزائد فيتنازعان في المردود.

(ولو بين ثمن كل ثوب) بأن قال كل ثوب منه بكذا (ونقص) ثوب (صح) البيع (بقدره) أي: بما يسوى قدر الناقص لعدم الجهالة (وخير) المشتري لتفرق الصفقة عليه (وإن زاد) ثوباً (فسد) البيع لأن جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المباعة من الأحد عشر ومن المشايخ من قال بأنه فاسد عنده في صورة النقصان أيضاً لأنه جمع بين موجود ومعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود واستدل بما في «الجامع» اشترى ثوبان على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة فإذا أحدهما مروى فسد البيع فيهما عنده وعندهما يجوز في المروى فإذا فسد بفوات الصفقة بفوات الأصل أولى قال السرخسي والأصح عندي عدم الفساد في النقصان قول الكل إذ لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود بل قصد بيع الموجود إلا أنه غلط في العدد بخلاف مسألة الجامع فإنه قصد الإيجاب فيهما فجعل قبول العقد في كل منهما شرطاً لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وعلى هذا فجعل الشارح الفساد في النقصان رواية فيه نظر بل هو استخراج لبعض المشايخ وليس بصحيح. وفي «البرازية» و«الخلاصة» اشترى عدلاً على أنه كذا فوجده أزيد والبائع غائب يعزل الزائد ويستعمل الباقي لأنه ملكه انتهى.

وفي «الخانية» اشترى جراباً على أن فيه عشرين ثوباً بكذا فوجده أكثر لا تسلم

ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة ونصف بخيار.

## فصل

الزيادة للمشتري فإن غاب البائع قالوا يعزل المشتري من ذلك ثوباً ويستعمل الباقي وهذا استحسان أخذ به محمد رحمه الله تعالى نظراً للمشتري انتهى، وقول البيزاري لأنه ملكه أي بالقبض وإن كان فاسداً وهروي بفتح الراء ومروي بسكونها منسوب إلى هراة ومرو قريتان بخراسان كذا في «العناية» وفي «الفتح» مروي نسبة إلى قرية من قرى الكوفة أما النسبة إلى مرو المعروف بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزى فكأنه للفرق بين القريتين.

قال في «الحواشي السعدية»: وفيه كلام (ومن اشترى ثوباً) تتفاوت جوانبه (على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة ونصف) أي: في زيادتهم نصفاً (بلا خيار وأخذه بتسعة في تسعة ونصف) أي: في نقصانه نصفاً (بخيار) عند الإمام وقال الثاني يأخذه في الأموال بأحد عشر وفي الثاني بعشرة إن شاء وقال محمد يأخذه في الأول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف إن أحب لأنه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدراهم ولأبي يوسف أنه بإفراد الثمن صار كل ذراع كثوب على حدة والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعاً لا فنقص ذراع يسقط شيء من الثمن وخير على القولين لأن الزيادة نفعاً يشوبه ضرر بزيادة الثمن عليه وفي النقصان فوات وصف مرغوب فيه ولأبي حنيفة أن الذراع وصف مرغوب فيه في الأصل وإنما أخذ حكم الأصل بالشرط وهو مقيد بالذراع ونصفه ليس ذراعاً فكان الشرط معدوماً وحينئذ فلا وجه لثبوت الخيار مع الزيادة إذا لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما اشتراه معيباً فوجده سالماً وخير في النقصان لتفرق الصفقة.

قال في «الفتح»: ثم من الشارحين من اختار محمد وفي «الذخيرة» قول الإمام [ب/٣٦٣] أصح قيدنا بتفاوت / جوانبه لأنها لو لم تتفاوت كالكرياس لا تسلم له الزيادة لأنها بمنزلة الموزون حيث لا يضره النقصان وعلى هذا قالوا: يجوز بيع ذراع منه والله الموفق.

## فصل

لما ذكر ما ينعقد به وما لا ينعقد ذكر ما يدخل فيه مما لم يسم وما لا يدخل، واستتبع ما يخرج بالاستثناء، اعلم أن مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين: إحداهما أن كل ما هو متناول اسم البيع عرفاً يدخل في البيع وإن لم يذكر صريحاً،

يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار، والشجر في بيع الأرض.....

الثانية أن كل ما كان متصلاً بالمبيع إيصال قرار وهو ما وضع لا لأن يفصله البشر كان تابعاً له في الدخول وما لا فلا وهو ما وضع لأن يفصله البشر، كذا في «العناية» وبقي ما لا يكون من القسمين إن كان من حقوق للبيع ومرافقه دخل في البيع بذكر وإلا فلا (يدخل البناء) والسلم المتصل به وحجر الرحى الأسفل، أي المبني في الدار والأعلى استحساناً.

قال في «الفتح»: هذا في عرفهم أما في عرف مصر فلا تدخل رحي اليد لأنه بحجرها ينتقل ويحول والبئر وبكرتها لا الدلو والحبل إلا إذا قال بمرافقها، وكذا البستان ولو كبيراً إذا كان فيها لا إن كان خارجها ولو كان له باب منها قاله: أبو سليمان وقال أبو جعفر: إن كان مفتحه من الدار يدخل إن كان أصغر منها لا إن كان أكبر أو مساوياً قيل يحكم العرف، ولذا يدخل في بيع الحمام القدر دون القصاع، وأما قدور القصارين وأجاجين الغسالين وخوابي الزياتين ودنانهم فلا تدخل وإن قال بحقوقها وينبغي أن تدخل كما إذا قال بمرافقها، كذا في «الفتح» ويدخل الغلق والمركب (والمفاتيح) بخلاف غير المركب، ويدخل أيضاً ثياب الغلام والجارية أي كسوة مثلهما وبردعة الحمار والأكاف وإن لم يكن موكفاً هو المختار، كما في «الظهيرية» لكن لا يتعين ذلك الأكاف بعينه كثوب العبد وقال ابن الفضل: لا يدخل الأكاف بلا شرط، قال في «الخانية»: وهو الظاهر.

وفي «القاموس» أكاف الحمار ككتاب وغراب بردعته وفي العين منه البردعة الحلس تحت الرحل وبلا لام وقد تسقط داله، قال في «البحر»: فعلى هذا الأكاف الرحل والبردعة ما تحته ولكن في العرف الأكاف خشب فوق البردعة، ولو باع فرساً وعليه سرج قيل لا يدخل إلا بالتنصيص، وبه جزم الشارح ولم يحك خلافاً في دخول الأكاف للحمار وكان الفارق العرف واختلف فيما لو باع أتاناً لها جحش أو بقرة لها عجل قيل يدخلان وقيل لا، وقال الشارح: إن ذهب بهما مع الأم إلى موضع البيع دخلاً وإلا لا.

أقول: وينبغي أن يكون شقي هذا القول محل القولين (والشجر في بيع الأرض) لأنه متصل بها اتصال قرار فأشبهه ولم يفصل تبعاً لمحمد بين المثمرة وغير المثمرة، ولا بين الصغيرة والكبيرة وهو الحق خلافاً لما يقوله بعض المشايخ من عدم دخول الصغيرة وغير المثمرة، نعم لا تدخل اليابسة لأنها على شرف القطع.

وفي «الخانية» الأشجار الصغيرة التي تقلع من البيع وتباع، إن كانت تقلع من أصلها تدخل وإن من وجه الأرض لا تدخل إلا بالشرط كالثمر الذي على رؤوسها،

بلا ذكر ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية.....

وفي «الظهيرية» يجوز شراء الشجرة بشرط القطع وبشرط القلع فيه اختلاف المشايخ والصحيح الجواز انتهى، ولم يبين أنه اشتراها للقطع وللقرار، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يملك أرضها وأدخل محمد ما تحتها بقدر غلظ ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال، وقيل: بقدر عروقها العظام وهو رواية عن الإمام، وفي «الصغرى» وغيرها وهو المختار، وأجمعوا أنه لو اشتراها للقطع لم يدخل ما تحتها.

قال في «الفتح»: ولو شرط قدراً فعلى ما شرط انتهى. وينبغي أن يكون إجماعاً ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار إلا بذكر الحنوت، وكذا في الإقرار والصلح والوصية ويدخلان في الإجارة والرهن والوقف والقسمة، كذا في «الفتح» وجعل في «المحيط» الصدقة كالوقف ولم أر ما لو أقر بوديعة أرض وباستعارتها (بلا ذكر) قيد في المسألتين وعرف منه الدخول مع الذكر بالأولى، واعلم أن كل ما دخل تبعاً لا يقابله شيء من الثمن.

ولذا قال في «القنية»: اشترى داراً فذهب بناؤها لم يسقط شيء من الثمن إلا بالتسمية وإن استحق أخذ الدار بالحصة، ومنهم من سوى بينهما بخلاف صوف الشاة لا يؤخذ قسطاً من الثمن إلا بالتسمية انتهى. والظاهر أنه لا يؤخذ بأخذ قسط في الكل إلا بالتسوية بدليل ما جزموا به في ثياب العبد من أنه لو استحق شيء منها لم يرجع على البائع شيء، كما في «الشرح» وغيره.

وفي «الكافي» له أرض بيضاء وآخر فيها نخل فباعها رب الأرض بإذن الآخر هي بالآلف / وقيمة كل واحد خمسمائة فالثمن بينهما نصفان، فإن هلك النخل قبل القبض بأفة سماوية خير المشتري بين التركة وأخذ الأرض بكل الثمن لأن النخل كالوصف، فلهذا لا يسقط شيء من الثمن.

قال في «البحر»: ومسألة «الكافي» مقيدة بما إذا لم يفصل ثمن كل فإن فصل سقط النخل بهلاكه، كما صرح به في «تلخيص الجامع».

وأقول: توجيه ما في «الكافي» أن النخل ليس وصفاً من كل وجه بل هو أصل من وجه فانقسم الثمن عليهما وصف من وجه فلم يظهر بهلاكه نقض الثمن، وإذا فصل الثمن كان الوصف أصلاً كما مر في الذراع والكلام فيما هو باق على الوصفية فلا تقييد ولا خصوصية للنخل بل كل ما دخل تبعاً لكونه كالوصف إذا جعل له ثمناً على حدة بقي أصلاً، (ولا يدخل الذرع في بيع الأرض بلا تسمية) لأنه متصل به للفصل من الآدمي فاندفع ما أورد من أن حمل الجارية يدخل مع متصل للفصل وإطلاقه يعم ما إذا يثبت لأنه حينئذ يمكن أخذه بالغبال، وما إذا عفن.

ولا الثمر في بيع الشجر إلا بالشرط.....

واختار الفضيلي وتبعه في «الذخيرة» أنه حينئذ يكون للمشتري لأنه لا يجوز بيعه على الانفراد، وبالإطلاق أخذ أبو الليث ولو نبت ولم تصر له قيمة، قال الصفار: لا يدخل والإسكاف يدخل وهو الصواب، نص عليه القدوري والإسبيجاني، كذا في «التجنيس».

قال في «الهداية»: وكان هذا بناء على الاختلاف وفي جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل يعني، فمن منع البيع قال: إنه يدخل ومن جوزه قال لا يدخل، وفي «السراج» لو باعد بعد ما نبت ولم تنله المشافر والمناجل ففيه روايتان، والصحيح أنه لا يدخل إلا بالتسمية ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه أو لا؟ الصحيح الجواز، قال في «البحر»: هذا من باب التلفيق إذ القائل بعدم الجواز قائل بعدم الجواز وعكسه فيهما، وصحح في «المحيط» دخول الزرع قبل النبات.

وأقول: هذا سهو ظاهر بل لقائل بعدم الدخول قائل بالجواز كما قد علمت لأنه حينئذ لم يجعله تابعاً، ومن قال بالدخول جعله تابعاً (ولا) يدخل (الثمر) بمثلثة الحمل الذي يخرج الشجر وإن لم يؤكل، فيقال ثمر الأراك والعوسج والعنب، وقيل: ما لا نفع فيه ليس له ثمر، كذا في «المصباح» وفي «الفتح» يدخل في الثمرة الوردية والياسمين ونحوهما من المشمومات (في بيع الشجر إلا بالشرط) لما رواه محمد في شعبة «الأصل» عنه عليه السلام أنه قال: «من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع»<sup>(١)</sup> إلا أن يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبر وغيره، ولا فرق بين أن يكون له قيمة أو لا في الصحيح لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين، كذا في «الهداية» وخص دخول الثمر بالشرط وإن لم يكن قيداً لأن قوله: بعثك الشجر وثمره كذلك اتباعاً للحديث الذي سمعته وكيفية أن هذا الشرط غير مفسد للعقد، وهذا أولى مما في «البحر».

إنما أفرد كل واحد منهما لاختلاف المبيع هذا ويقوم مقام التسمية والشرط مما لو قال بقل قليل وكثير هو له فيها، ومنها إلا أن يبينه بقوله من حقوقها أو مرافقها لأن الحق يذكر عادة لما هو بيع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء، كذا في «العناية».

وعبارته في «المجتبى» كمسيل الماء والشرب وقوله: كل قليل وكثير مبالغة في حق التابع في المبيع وبما هو متصل به وقوله أو منها تفسير لقوله فيها كذا في «المحيط»، وهذا يفيد أن أحدهما كاف لإدخال الطريق والشرب، واعلم البائع لو

(١) ذكره ابن حجر في الداربية في تخريج أحاديث الهداية (٢/١٤٧).

ويقال للبائع: اقطعها وسلم المبيع.....

أكل الثمرة مع الشرط أسقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الأصح لتفرق الصفقة عليه عند الإمام.

ولو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدأ يساوي خمسة فأكله البائع قال الإمام: تلزمه الشاة بخمسة، قال في «الفتح»: والفرق غير خاف وكأنه لأن الصفقة مع الشاة لم تتفرق وإنما استهلك البائع زيادة المبيع، وفي «القنية» اشترى أرضاً مع الزرع وأدرك الزرع في مدة ثم تقايلا لا تجوز الإقالة، لأن العقد إنما ورد على القصيل دون الحنطة، ولو حصد المشتري الزرع ثم تقايلا صحت الإقالة في حصتها من الثمن.

ولو اشترى أرضاً فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الإقالة بجميع الثمن، ولا شيء للبائع من قيمة الأشجار وتسلم الأشجار للمشتري، هذا إذا علم البائع بقطع الأشجار، وإن لم يعلم به وقت الإقالة يخير إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك.

تمة: يدخل الزرع والثمر في رهن الأرض والشجر بلا ذكر، كما في رهن «الخانية»، وفي «البرازية» أقر بأرض عليها شجر أو زرع دخل في الإقرار ولو برهن قبل القضاء أو بعده أن الزرع / صدق المقر ولا يصدق في الشجر وفي «الإسعاف» قال: [٣٦٤/ب] أرضي: هذه صدقة موقوفة بحقوقها وجميع ما فيها ومنها وعلى الشجرة ثمرة قائمة يوم الوقف قال هلال: في القياس تكون الثمرة له، وفي الاستحسان يلزمه التصديق على الفقراء على وجه البذر، وما يحدث بعده يصرف في الوجوه التي سماها لكونه غلة الوقف، وكذا الناطفي رجل قال: جعلت أرضي هذه وقفاً على الفقراء ولم يقل بحقوقها يدخل البناء والشجر الذي فيها تبعاً، ولا يدخل الزرع النابت فيها، ولو زاد بحقوقها تدخل الثمرة القائمة في الوقف وهذا أولى خصوصاً إن أراد بجميع ما فيها، ومنها الوصية كالبيع، كما في «السراج» وغيره.

(ويقال للبائع: اقطعها وسلم المبيع) لأن ملك المشتري مشغول ملك البائع فكان عليه تعريفه وتسليمه، واكتفى بذكر القطع في الثمن لأن الحكم إذا علم فيه علم في الزرع أيضاً إذ لا فرق بينهما، وقوله في «البحر»: أراد بالمبيع الأرض والشجر لا يلائم اقطعها وأشار بقوله: وسلم المبيع أنه لا يؤمر بالقطع إلا عند وجوب المبيع فإذا لم ينعقد الثمن لا يؤمر به.

وفي «جامع الفصولين» باع أرضاً بدون الزرع فهو للبائع بأجر مثلها واستشكله بأن يجب على البائع قطعه وتسليمه الأرض فارغة، وجوابه أنه محمول على ما إذا

ومن باع ثمرة بدا صلاحها أو لا صح ويقطعها المشتري.....

كان برضى المشتري، (ومن باع ثمرة بدا صلاحها) بأن أمنت العاهة والفساد (أو لا) بأن ينتفع بها في أكل وعلف وقد ظهرت، وهذا القيد لا بد منه ليصح قوله (صح)، إذ لا خلاف في عدم جواز بيعها قبل أن يظهر وقد يؤخذ هذا القيد من قوله ثمرة لأنها قبل الظهور لا تسمى بذلك، واختلف فيما إذا ظهر البعض وظاهر المذهب أنه لا يجوز أيضاً. وأفتى ابن الفضل والحلواني بالجواز ويجعل المعدوم تبعاً، وقيل: إذا لم ينتفع بها لا يصح بيعها، وجعله قاضي خان قول المشايخ، والأصح هو الجواز لأنه ينتفع بها في ثاني الحال، وإليه أشار محمد في العشر حيث قال: لو باع الثمار أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدركت فالعشر على المشتري، ولو لم يكن جائزاً لم يوجب فيه العشر عليه.

قال في «الفتح»: وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على إذن البائع وإلا فلا انتفاع له مطلقاً فلا يجوز بيعه انتهى. وحاصله أن الاستدلال بتلك الإشارة لا يتم لأن المدعى عام وهي في خاص، لكن قد علم من دلالة الإتيان على جواز بيع المهر والجحش جواز بيع الثمار التي لا ينتفع بها الآن، فذكر محمد الترك بإذن البائع في التصوير إنما هو لوجوب العشر لا لوجوب البيع (ويقطعها المشتري) أي: يجبر على قطعها تفريقاً لملك البائع، يعني إن اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع على البائع فسد، كما في «الحاوي».

ولو تركها بإذن البائع طاب له الفضل وهو ما زاد في ذات المبيع وإن بغير إذنه فإن لم يتناه عظمها تصدق به لا إن تناهى، ولو استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له أيضاً بخلاف ما اشتري الزرع واستأجر الأرض إلى أن تدرك حيث لا يطيب له، والفرق أن الإجارة في الأول باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد إلا الإذن، وفي الثاني فاسدة والفاسد له وجود فكان ثابتاً في ضمن عقد فاسد فأورث خبثاً، ولو اشتراها مطلقاً عن القطع وأثمرت ثمرة أخرى فإن كان قبل القبض، أي قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع، فإن كان بعده لم يفسد ويشتركان والقول للمشتري في مقدار الزائد مع يمينه، وكذا في الباذنجان والبطيخ فإن قلت: قدمت أن الترك إن كان بإذن البائع يطيب له الفضل وإلا تصدق بالفضل فمتى يشتركان؟ قلت: معنى الأول أن الزيادة إنما وقعت في ذات المبيع كما مر، ومعنى الثانية أن العين الزائدة لم يقع عليها بيع وإنما حدثت بعده، وقد خفي هذا على بعض طلبة الدرس إلى أن بينته له كذلك والله الموفق.

والحيلة في كون الحارث للمشتري أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ

وإن شرط تركها على النخل فسد ولو استثنى منها أرتالاً معلومة صح .....

والرطوبة ليكون الحارث على ملكه، وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمار ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم فيها الإدراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن، وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد، فإن خاف أن يرجع يقول: على أنه متى رجع في الإذن كان مأذوناً في الترك قاله الفقيه أبو الليث.

(وإن شرط تركها على النخيل فسد) البيع سواء تنهى عظمها أو لا ولا خلاف

في الثاني، وفي الأول خلاف محمد جوزّه استحساناً قيل: والثاني معه وجه قولهما في <sup>[١/٣٦٥]</sup> الصورتين أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة/ في صفقة لأنه إن شرط بلا أجره فشرط إعارة في البيع أو بأجرة هي حصته من الثمن فشرط إجارة فيه، ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك، كذا قالوا: وفيه تأمل لأن إجارة الأشجار وإجاراتها غير جائزة نعم هو مستقيم في بيع الزرع بشرط الترك، كذا في «العناية» تبعاً لما في «النهاية».

وأجاب في «البحر» بأنه صفقة فاسدة في صحيحة ففسدت جميعاً انتهى، وأنت قد علمت أن إجارة النخل باطلة، وفي «الحواشي السعدية» ينبغي أن تجوز الإعارة ويدل عليه ما نقله العلامة السكاكي عن «الجامع الأصغر» انتهى.

أقول: وبه صرح في «جامع الفصولين» حيث قال: باع شجراً عليه ثمر أو كرمًا عليه عنب لا يدخل الثمر، فلو استأجر الشجر من المشتري ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار إلى الإدراك فلو أبى المشتري يخير البائع إن شاء وأبطل البيع أو قطع الثمر انتهى، فلا فرق يظهر بين المشتري والبائع، ووجه قول محمد في الأول أنهم تعارفوا ذلك فيه فكان شرطاً يقتضيه العقد، وجعل في «الأسرار» الفتوى على قوله، وفي «التحفة» الصحيح قولهما.

(ولو استثنى منها) أي: من الثمرة المبيعة ولو مجذوذة (أرتالاً معلومة) أو رتالاً (صح) البيع في قياس ظاهر الرواية لأن كل ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده جاز استثنائه وما لا فلا، وروى الحسن عن الإمام أنه لا يجوز، واختاره الطحاوي والقُدوري لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما لو استثنى نخلاً معيناً لأنه معلوم بالمشاهدة، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة إذ المبيع معلوم بالإشارة وجواز قدره لا تمنع الجواز.

قال في «الفتح»: وعدم الجواز فليس بمذهب الإمام في مسألة بيع صبرة طعام لا فقير بدرهم، فإن أفسد البيع لجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أرتال معلومة على الأشجار وليس كل ما لا يفضي إليها يصح معها، بل لا بد في

كبيع بر في سنبله وياقلى في قشره وأجرة الكيل على البائع وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري.....

الصحة من كون المبيع على حدود الشرع، ألا ترى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول ولا يعتبر ذلك مصححاً انتهى .

وأقول: يمكن أن يجاب عنه بما قدمناه من أن الفساد عنده في بيع الصبرة بناء على جهالة الثمن إذ المبيع معلوم بالإشارة وفيها لا يحتاج إلى معرفة القدرة والثمن فيما نحن فيه معلوم (كبيع) أي: كما يجوز بيع (بر في سنبله، وياقلا في قشره) لأنه مال منتفع به، وإنما امتنع بيعه بمثله من سنبل الحنطة لاحتمال الربا، وإنما لا يجوز بيع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا الثمر من النوى لأن كلاهما معدوم عرفاً، إذ لا يقال: هذا نوى في ثمرة ولا حب في قطنة ويقال: حنطة في سنبلها وبه عرف امتناع بيع اللبن في الضرع، واللحم في الشاة، والزيت في الزيتون، والعصير في العنب، ونحو ذلك .

قال في «الفتح»: واعلم أن الفتح يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لأنه لم يره انتهى . يعني فيما صح بيعه (وأجرة الكيل) والوزن والعد رد الزرع (على البائع) لأن عليه التسليم وهذا من تمامه، قال: لو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها إلى المشتري هو المختار، والتبن للبائع، فلو اشترى ثياباً في جراب ففتح الجراب على البائع، وإخراج الثياب على المشتري قيد بالكيل لأن صب الحنطة في الوعاء على المشتري إلا إذا كان العرف بخلاف ما لو اشترى ماء في قربة فإن صبه يكون على البائع كما في «الخانية» .

وفي «المجتبى» لو اشترى وقر حطب في المصر فالحمل على البائع، وفي «الخلاصة» إخراج الطعام من السفينة، وكذا قطع العنب المشتري جزافاً وكل شيء باعه جزافاً كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينهما وبين المشتري، وكذا قطع الثمر على المشتري (وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري)، أما كون أجرة النقد عليه فهو رواية ابن سماعة عن محمد وهو ظاهر الرواية كما في «الخانية»، وبه كان يفتي الشهيد وهو الصحيح كما في «الخلاصة» لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرفه المقدار بالوزن، ولا فرق بين أن يكون دراهم منقودة أو لا هو الصحيح خلافاً لمن فصل، كذا في «الخانية»، وروى ابن رستم عن محمد أنه على البائع، وفي كلامه إيماء إلى أن أجرة نقد الدين على المديون وهو مروى عن محمد إلا إذا قبضه ثم جاء يرد به عيب الزيادة فإنه يكون على رب الدين كما في الثمن وهذا ينبغي أن يكون في الثمن بالإجماع .

ومن باع سلعة بثمن سلمه أولاً وإلا معاً.

## باب خيار الشرط

### فرع

ظهر بعد نقد الصراف أن الدراهم زيوف رد الأجرة، وإن وجد البعض فيقدر، كذا في إجارة «البرازية»، وأما أجرة الوزن فباتفاق الأربعة لأنه يحتاج إلى تسليم الثمن والوزن من تمامه، (ومن باع سلعة بثمن) حال ليس فيه خيار للمشتري / (سلمه) أي: الثمن (أولاً) بشرط أن يحضر البائع السلعة ليعلم قيامها، لأن المشتري تعين حقه في المبيع فلا بد أن يتعين حق البائع في الثمن بتسليمه له تحقيقاً للمساواة بينهما حتى لو باعه بشرط أن يدفع المبيع أولاً ففسد البيع لأنه لا يقتضيه العقد، وقال محمد: لجهالة الأجل حتى لو سمي الوقت الذي يسلم فيه المبيع جاز، كذا في «البرازية» وإذا عرف هذا فقول ابن وهبان في «منظومته»:

وشارٍ ولم يقض ويلقاه بائع ببلدة أخرى ليس بالنقد يؤمر

فيه أن إطلاقه يفيد أن لا فرق بين أن يحضر السلعة أو لا، والمنقول في «البدائع» أنه مقيد بما إذا لم يحضرها انتهى، (وإلا) أي: وإن لم يكن سلعة بثمن بل ثمناً بثمن أو سلعة بمثلها سلماً (معاً) لاستوائهما في التعيين وعدمه.

قال في «التجريد»: وتسليم المبيع والثمن أن يخلي بينه وبينه على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل، وشرط في «الأجناس» مع كذلك أن يقول: خلّيت بينك وبين المبيع فاقبضه حتى لو اشترى حنطة ودفع البائع المفتاح إليه وقال: خلّيت بينك وبينها كان قابضاً، وإن دفعه ولم يقل شيئاً لا يكون قابضاً، وقال الحلواني: ذكر في «النوادر» أنه لو باع ضيعة وخلي بينهما وبين المشتري إن كان بقرب منها يصير قابضاً، وإن كان بعيداً لا يصير قابضاً، قال: والناس عنه غافلون فإنهم يشتركون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض، وأطلق في «المحيط» أنه بالتخلية يقع القبض وإن المبيع بعيداً، وما ذهب إليه الحلواني هو ظاهر الرواية وهو الصحيح، وكذا في الهبة والصدقة، كذا في «الخانية» والله الموفق.

### باب خيار الشرط

من إضافة الشيء إلى سببه، أي: خيار يثبت باشتراطه، ولما كان البيع علة حكمه والأصل عدم تخلف حكم العلة عنها قدم ما هو الأصل، كذا قالوا وفيه نظر إذ لا نسلم أن المقوم هو اللازم فقط، بل المطلق المتناول واللزم وغيره ويمكن أن

## صح للمتبايعين

يجاب بأنه يكفي في التقديم تناوله اللازم والموانع خمسة: ما يمنع انعقاد العلة، كبيع الحر وما يمنع تمامها كبيع مال الغير، وما يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط، وما يمنع تمامه كخيار الرؤية، وما يمنع لزومه كخيار العيب، وجزم أهل الأصول بأن هذا التقسيم مبني على جواز تخصيص العلة والمحققون على خلافه بل عدم الحكم لعدم العلة، ويقال في البيع الخال عن الشرط علة أسماء ومعنى وحكماً للمشروط فيه الخيار علة أسماء ومعنى فقط.

قال في «التلويح»: «اعتبرنا في العلة ثلاثة أمور: إضافة الحكم إليها، وتأثيرها فيه وحصولها معه في الزمان، وسموها بالاعتبار الأول العلة اسماً وبالثاني العلة معنى وبالثالث العلة حكماً انتهى، ثم الخيارات وصلت إلى ثلاثة عشر، الثلاثة المبوب لها، وخيار التعيين والخيار بفوات وصف مرغوب فيه، وخيار النقد والاستحقاق وتفريق الصفة بهلاك بعض المبيع وإجازة عقد الفضولي، والخيانة في المرابحة، وخيار الغبن... (١) وخيار كشف الحال، وأغلبها ذكر المصنف يعرف ذلك من مارس الكتاب (صح) أي: خيار الشرط وبه أفصح صدر الشريعة لكن الأولى صح شرط الخيار، كما في «الإصلاح» لأن الموصوف بالصحة إنما هو الشرط لأنفس الخيار كما في «البحر».

وأقول: الضمير في صح يعود إلى المضاف إليه بقرينة صح ولقد أفصح المصنف عنه في الخلع حيث قال: وصح شرط الخيار لها في الخلع لا له ومن غفل عن هذا قال ما قال (للمتبايعين) فيه إيماء إلى أن الشرط كان بعد العقد أو مقارناً له حتى لو كان قبله، بأن قال له: جعلتك بالخيار في المبيع الذي تعقده ثم عقد بعده لم يكن له خيار كما في «التتارخانية»، وإطلاقه يعم الفاسد منه أيضاً.

وقالوا: إنه يصح أيضاً في الإجارة والقسمة والصلح عن مال ولو بغير عينه والخلع والعتق على مال والرهن للمرأة والقن والراهن وفي الكفالة بالنفس أو بالمال، سواء كان الخيار للمكفول أو للكفيل كذا في «الفصول» وفي الإبراء أيضاً بأن قال: أبرأتك على أني بالخيار وتسليم الشفعة بعد طلب الموائبة، ذكره فخر الإسلام وفي الحوالة والوقف على قول الثاني.

وفي «البيزانية» الإقالة كالبيع يجوز شرط الخيار فيها، قال في «البحر»: وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة ولا يصح في النكاح والطلاق واليمين والنذر والوكالة والإقرار، وعلمه في «الخانية» بأنه إنما يدخل في لازم يحتمل الفسخ انتهى، وقياسه

أو لأحدهما ثلاثة أيام أو أقل ولو أكثر لا .....

أن لا / يصح في الوصية كما لا يصح في الصرف والسلم حتى لو شرط الخيار فيهما لأحدهما بطل العقد، كما في «جامع الفصولين» وقد نظمتها فقلت:

يأتي خيار الشرط في الإجار	والبيع والإبراء والكفالة
والرهن والعتق وترك الشفع	والصلح والمغلق مع الحوالة
والوقف والقسمة والإقالة	لا الصرف والإقرار والوكالة
ولا النكاح والطلاق والسلم	نذر وإيمان فهذي تغنم

واعلم أنه لا فرق بين كونه في كل المبيع أو بعضه حتى لو اشترى مثلياً أو قيمياً، وشرط الخيار في نصفه أو ثلثه أو رבעه جاز، كما في «السراجية» لا فرق في ذلك بين كون الخيار للبائع أو للمشتري، ولا بين أن يفصل الثمن أو لا لأن نصف الواحد لا يتفاوت، كذا في «الشرح»، ولو اختلفا في اشتراطه فالقول لنا فيه في ظاهر الرواية لأنه خلاف الأصل، وقال محمد: القول لمدعيه والبيّنة للآخر، كذا في «الخانية» وفيها لو قال من له الخيار: إن لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خياري لا يبطل ولو قال: أبطلته إذا جاء غد، ذكر في «المنتقى» أنه يبطل وليس هذا كأولى لأن هذا وقت يجيء لا محالة بخلاف الأول انتهى.

(ولو لأحدهما) ولو وصيا (ثلاثة أيام) فما دونها لرواية ابن ماجه أن حبان بفتح المهملة والباء الموحدة المشددة ابن منقذ قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا أنت بايعت فقل لا خلافة ثم أنت في كل سلعة بالخيار ثلاثة أيام فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها»<sup>(١)</sup> وقوله: لا خلافة، أي: لا خديعة في الدين لأنه النصيحة، فالواجب بعد كونه ليس من ذوي البصائر نصيحة أي لا تخدعه اعتماداً على معرفته بل انصحوه وقالوا: لو شرطت الثلاثة وكان المبيع مما يتسارع إليه الفساد، ففي القياس لا يجبر المشتري على شيء، وفي الاستحسان يقال له: إما أن تفسخ المبيع وإما أن تأخذه ولا شيء عليك من الثمن حتى تجبر البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين، كذا في «الخانية».

(ولو) شرطاً (أكثر) منها (لا) أي: لا يصح البيع، قال في «الفتح»: وكما لا يجوز عنده إذا زاد على الثلاثة لا يجوز إذا أطلق وقال قبله لو له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس، قال في «البحر»: فيحمل الأول على ما إذا وقع الإطلاق وقت

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٣٥٥).

العقد، والثاني على ما إذا كان بعده لما في «البزازية» وغيرها قال له البائع بعد أيام: أنت بالخيار لثلاثة أيام له الخيار ثلاثة أيام، في المختار، ولو قال له: أنت بالخيار له الخيار ما دام في المجلس انتهى. ومن تأمل ما في «الفتح» علم أنه غنى عن هذا الحمل بل صريح كلامه ناطق به وذلك أنه قال أو لا.

### فروع

يجوز إلحاق خيار الشرط لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام: جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالإجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهراً ورضياً به فسد العقد عند أبي حنيفة خلافاً لهما ثم قال: ولو قال له: أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط، ولو قال إلى الظهر فعند أبي حنيفة يستمر إلى أن يدخل وقت الظهر، وعندهما لا يدخل الغاية، وقال في قوله القدوري ولا يجوز أكثر منها، وكما لا يجوز عند أبي حنيفة إذا زاد على الثلاثة، كذلك لا يجوز إذا أطلق انتهى.

ولم أرَ من فرق بينهما ويظهر فيه أن المفسد في الثاني مقارن فقوي عمله، وفي الأول بعد التمام فضعف وقد أمكن تصحيحه بإثبات الخيار في المجلس وقالوا: يجوز إذا سمي مدة معلومة لأن ابن عمر أجازه إلى شهرين ولأن الحاجة قد تمس إلى الأكثر فصار كالتأجيل، فثبوت الدعوى بمجموع الدليلين وله أن جوازه على خلاف القياس لما روينا فيقتصر على المدة المذكورة، وكفاك حجة ما أخرجه عبد الرزاق من حديث أنس «أن رجلاً اشترى من رجل بغيراً وشرط عليه خيار أربعة أيام فأبطل عليه الصلاة والسلام البيع وقال: الخيار ثلاثة أيام»<sup>(١)</sup> واشتراط الأجل للقدرة على التحصيل وذلك بتطاول المدة. قال في «البحر»: ولو قال: ولو أكثر أو مؤبداً أو مطلقاً أو مؤقتاً بوقت محمول لكان أولى لأنه فاسد في الكل، كما في «التاتارخانية».

وأقول: إنما اقتصر على الثلاث لأنه محل الخلاف والفساد فيما زاده بالإجماع، كما في «الدراية» وفي «المجمع» وإسقاط خيار الأبد بعد الثلاثة لا يرفع الفساد يعني عند الإمام.

ومن فروع / الزيادة على الثلاث ما في «الخانية» اشترى شيئاً في رمضان على [٣٦٦/ب] أنه بالخيار ثلاثة أيام بعد شهر رمضان فسد العقد عنده لأن ما قبل الشهر يكون داخلاً فيعتبر بمنزلة اشتراط أربعة، وقال محمد: يكون له الخيار في رمضان وثلاثة

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٧٤/٥) رقم (١٠٤١)، والدارقطني في سننه (٥٦/٣) رقم (٢٢١).

فإذا أجاز في الثلاث صح خلافاً لزرفر ولو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح.....

أيام بعد رمضان ويجوز البيع، وكذا لو كان الخيار للبائع على هذا الوجه ولو شرط المشتري على البائع فقال: لا خيار لك في رمضان ولك الخيار ثلاثة أيام بعد رمضان فسد البيع عند الكل لأنه لا وجه لتصحيح هذا الوجه.

تتمة: تقييد الخيار بثلاثة أيام في البيع والإقالة والإجارة كالبيع كما في «البرزانية» وفيها أيضاً يصح اشتراطه أكثر من ثلاثة أيام للمحتال، وفي الكفالة حتى لو كفل على أنه بالخيار وعشرة أيام أو أكثر صح بخلاف البيع لأن مبنائها على التوسع وفي الوقف لأن جوازه على قول الثاني وهو غير مقيد عنده بالثلاثة، وبقي الخلع والقسمة والصلح والرهن والعتق وينبغي أن يقيد فيما عدا الرهن بثلاثة أيام نظراً إلى جانب المعاوضة، ثم رأيت في «الخرزانة» لأبي الليث ولا يجوز الخيار في العقود كلها أكثر من ثلاثة أيام إلا في الكفالة في قول أبي حنيفة انتهى.

(فإن أجاز) من له الخيار (في الثلاثة صح) البيع يحتمل أن يريد انقلب صحيحاً لزوال المفسد قبل تقرر، كما قال العراقيون من أصحابنا قيل: وهو ظاهر الرواية وإن يريد نفذ لأنه كان موقوفاً على إسقاط الشرط وبمضي جزء من الرابع فسد، كما قال الخراسانيون واختار السرخسي وغيره.

قال في «الفتح»: وهو الأوجه، وذكر الكرخي نصاً عن الإمام أنه موقوف، وفي «الحدادي» فائدة الخلاف تظهر في أن الفاسد يملك إذا اتصل به القبض والموقوف لا يملك إلا أن يجيزه المالك، ونظر فيه بأن الفاسد لا يملك إلا بإذن البائع، كما في «المجمع» والأولى أن يقال: إنها تظهر في حرمة المباشرة وعدمها فتحرم على الأول لا على الثاني.

واعلم أنه لو فسخه أحدهما سواء كان من له الخيار أو لا فإنه يفسخ على القول بالفساد فظاهر وقوله في «المجمع»: لو كان الفساد بشرط فسخ من له الشرط قوله محمد وعندهما لكل الفسخ، وأما على التوقف فقد ذكر الكرخي نصاً عن الإمام أن لكل منهما فسخه، وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة مع التوقف على إجازة المشتري، كما في «الفتح».

وفي الإسبيجابي لو باعه إلى الحصّاد أو الدّراس ثم أبطل صاحب الأجل أو نقد الثمن انقلب إلى الجواز، (ولو باعه على أنه) أي: المشتري (إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع) بينهما (صح)، وكذا لو نقد المشتري الثمن على أن البائع إن رد الثمن

وإلى أربعة لا فإن نقد في الثلاث صح .....

إلى ثلاثة فلا بيع بينهما صح أيضاً، والخيار في مسألة الكتاب للمشتري لأنه المتمكن من إمضاء البيع وعدمه، وفي الثانية للبائع حتى لو أعتقه المشتري لا يصح، وقدمنا في الخلع أن خيار النقد يأتي فيه أيضاً وينبغي إثباته في الإجارة أيضاً إذا عجلت الأجرة كاستأجر مثلاً هذه الدار سنة بأجرة معجلة وهي كذا على أنني لم أرد إليك الأجرة إلى ثلاثة أيام فلا إجارة بيننا، وكذا لو نقد إليه الأجرة على أن المؤجر إن رد إليه الأجرة إلى ثلاثة أيام فلا إجارة بينهما والصلح حيث اعتبر بيعاً وهذا من التفقد الذي لم أره في كلامهم.

ثم في مسألة الكتاب لو باعه المشتري ولم ينقد الثمن حتى مضت الأيام الثلاثة جاز البيع وكان عليه الثمن، وكذا لو قتلها في الأيام الثلاثة أو ماتت، أو قتلها أجنبي خطأ غرم القيمة ولو وطئها وهي بكرٌ أو ثيب أو جنى عليها أو حدث بها عيب لا بفعل أحد، ثم مضت الأيام ولم ينقد خير البائع إن شاء أخذها مع النقصان ولا شيء له مع الثمن، وإن شاء ترك وأخذ الثمن، كذا في «الخانية».

وفي «المحيط» لو قطع المشتري يدها خير البائع بين أخذها ونصف الثمن وتسليمها له، وفي «التارخانية» لو قطعها أجنبي في الثلاث لزم البيع، واعلم أن ظاهر قوله فلا بيع يفيد أنه إن لم ينقد في الثلاثة يفسخ.

قال في «الخانية»: والصحيح أنه يفسد ولا يفسخ حتى لو أعتقه بعد الثلاثة نفذ عتقه إن كان في يده (و) باعه كذلك (إلى أربعة لا) أي: لا يصح البيع عندهما، وقال محمد: يجوز إلى ما سمياه (فإن نقد في الثلاث جاز) في قولهم جميعاً، ولم يذكر المصنف اكتفاء بما مر إذ لا شك أن هذا ملحق بخيار الشرط دلالة بجامع أن كلا منهما لدفع ضرر الغبن، والخلاف السابق في أنه فاسد أو موقوف ثابت هنا، كما في «الذخيرة» وغير خاف أن كلاً من الإمام ومحمد هو على أصله، وأما أبو يوسف فأخذ في الأصل بالأمر الذي قدمناه وفي الملحق به بالقياس وعنه أنه رجع إلى قول محمد، والأصح أنه مع الإمام، كذا في شرح «المجمع» والله الموفق.

تتمة: ذكر في «البحر» معزياً إلى «الذخيرة» و«الخانية» اشترى شيئاً وقبضه ثم وكل المشتري على أنه إن لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوماً فإن الوكيل يفسخ / [١/٣٦٧] العقد بينهما جاز البيع لأن الشرط لم يكن في البيع حتى لو لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوماً كان للوكيل أن يفسخ، ثم ذكر بيع الوفاء وما فيه من الأقوال الآتية ثم قال: ذكره البزازي في البيع الفاسد، والشارح في الإكراه، وذكره هنا تبعاً لقاضي خان أنسب لأنه من أفراد مسألة خيار النقد أيضاً.

..... وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه.....

وأقول: إنما يكون من أفراده بناء على القول بفساده إن زاد على الثلاث لا على القول بصحته إذ خيار النقد مقيد بثلاثة أيام وبيع الوفاء غير مقيد بها فأنى يكون من أفراده؟ وما ذكره في مسألة الوكيل أحد الأقوال في بيع الوفاء، كما في «البرزازية» حيث قال: اختار أئمة خوارجهم أنه إذا أطلق البيع لكن وكل المشتري وكيلاً بفسخ البيع إذا أحضر البائع الثمن أو عهد أنه إذا أوفاه يفسخ البيع والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش، أو وضع المشتري على أصل المال ربحاً بأن وضع على مائة وعشرين ديناراً فرهن وإلا فبيع صحيح ومفيد لبعض أحكامه بل حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بيعه.

قال الشارح في الإكراه: وعليه الفتوى، الثالث: ما اختاره في «الخانية» وقال: إنه الصحيح إنه إن وقع بلفظ البيع لا يكون رهناً، ثم إن شرطاه في العقد أو تلفظاً بلفظ البيع وعندهما هذا البيع غير لازم فالبيع فاسد، وإن ذكر البيع بلا شرط ثم شرطاه على وجه المواعدة جاز ولزم الوفاء به، وقد يلزم الوعد لحاجة الناس فراراً من الربا وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه، الرابع: أنه فاسد اختاره صاحب «الهداية» ومشايخ زماننا وعليه الفتوى لكن لا يملك المشتري بيعه من الغير كما في بيع المكروه كالفاسد بعد القبض، الخامس: القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ صحيح في بعض الأحكام كحل الإنزال ومنافع المبيع رهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه وسقط الدين بهلاكه فهو مركب من العقود الثلاثة.

وبقي ثلاثة أقوال ذكرها في «البرزازية» لم يرجح واحد منهما، والعمل في ديارنا على ما رجحه الشارح، (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام السبب الذي هو البيع لا يكون إلا بالتراضي ولا وجود له مع الخيار، فلذا نفذ تصرفه فيه دون المشتري، وإن قبضه بإذن البائع يعني للاختيار، وأما إذا سلمه إليه على وجه التمليك كان ذلك مبطلاً لخياره كما لو وهبه الثمن في المدة أو أبراه منه أو اشترى شيئاً من المشتري، كذا في «جامع الفصولين» وعرف من هذا أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه وأنه إذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع ولا الثمن عن ملك المالك. وفي قوله عن ملكه إيحاء إلى أن البائع هو المالك فلو كان فضولياً كان اشترط الخيار له مبطلاً للبيع لأن الخيار لم يدون في الشرط، كما في «فروق الكرابيسي»<sup>(١)</sup> ولا يرد

(١) وهي في فروع الحنفية لجمال الإسلام أبي المظفر أسعد بن محمد الكرابيسي النيسابوري، المتوفى سنة (٥٣٩هـ). اهـ. كشف الظنون (٢/١٢٥٧).

وبقبض المشتري يهلك بالقيمة.....

الوكيل بالبيع إذا باع بشرط الخيار له لأنه كالمالك حكماً ولو بقيت في يد البائع بقي على خياره وخير المشتري بين أخذه بكل الثمن أو الفسخ، ولو يفعله سقط من الثمن بقدره، وظاهره أنه لو هلك انفسخ البيع.

قال في «البحر»: ولو أجاز المالك ثبت الملك للمشتري مقتصرأ لا مستندأ إلى وقت العقد لما في «الخانبة» اشترى ابنه بخيار البائع ثم مات المشتري فأجاز البائع عتق الابن ولا يرث أباه وقدم عنها أن الأولاد والأكساب فيما إذا كان الخيار للبائع تدور مع الأصل فإن أجزيت كانت للمشتري وإلا فللبائع ولو كان الخيار للمشتري فحدثت عند البائع، فكذا الجواب وإن عند المشتري كانت له تم البيع أو انتقض، قيل: هذا قولهما أما على قوله فهي دائرة مع الأصل انتهى.

وأنت خبير بأن هذا يعين كونه مستندأ وبه صرح الشارح في «الزوائد» وإنما لم يستند الإرث لأن العقد لا يصلح أن يكون سبباً له كالعقود إذ سببه إنما هو القرابة فتدبره، (وبقبض المشتري يهلك) في مدة الخيار (بالقيمة) لانفساخ البيع بالهلاك ولا نفاذ بدون المحل فبقي كالمقبوض على سوم الشراء وفيه مع الهلاك القيمة في القيمي والمثل في المثلي إذا كان القبض بعد تسمية الثمن في الصحيح وهو ظاهر الرواية، قال الشهيد: وعليه الفتوى ولو شرط المشتري عدم الضمانة كما في «البرزانية»، ولذا قلنا: إنه لا فرق بين هلاكه في المدة أو بعد فسخ البائع، وأما لو هلك بعدها كان مضموناً بالثمن.

وفي «السراج» قال البائع للمشتري وبعد الثلاث مات العبد في يدك ووجبت لي القيمة وقال المشتري: إنما أبق فاقول له مع اليمين لأن الظاهر حياته والموت لا نعلمه ويجوز البيع على البائع ويتم، ولو ادعى المشتري الموت والبائع الإباق فاقول للبائع انتهى، ولو بقيت في يد المشتري خير البائع بين إمضاء البيع وفسخه وأخذ النقصان، كذا في «الشرح» وتعتبر قيمته يوم القبض وقيد الحدادي بما إذا كان قيمياً، أما إذا كان مثلياً فليس / له أن يضمه النقصان لشبهة الربا، واعلم أن [٣٦٧/ب] الطرسوسي في «أنفع الوسائل» شرط في ضمان المقبوض على السوم ذكر الثمن من جانب المشتري، أما من البائع وحده فلا ضمان لما في «القنية» قال له: هذا الثوب بعشرة قال: هاته حتى أنظر إليه فأخذه على هذا وضاع منه فلا شيء عليه.

ولو قال: هاته فإن رضيت أخذته فضاع فهو على ذلك الثمن انتهى، وقال: إنه بالهلاك يضمن بالقيمة وفي الاستهلاك بالثمن، ورده في «البحر» بأن الأول خطأ والثاني غير صحيح، أما الأول فلا لأن بيان الثمن من البائع إذا أخذه المشتري بعده على

وَجَه السوم كافٍ في الضمان لما في «الخانية» طلب منه ثوباً ليشتريه فأعطاه ثلاثة وقال: هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فأحمل الثياب إلى منزلك فأني ثوب رضيته فقد بعته منك فهلكت عند المشتري .

قال ابن الفضل: إن هلك الكل جملة أو على التعاقب ولا يدري الأول والذي بعده ضمن المشتري ثلث كل ثوب، وإذا عرف الأول لزمه والباقي أمانة، وإن هلك الثوبان لزمه نصف كل واحد ورد الثالث انتهى، وما في «القنية» إنما هو في المقبوض على سوم النظر، قال: وقد اشتبه عليه المقبوض على سوم الشراء بالمقبوض على سوم النظر والثاني أمانة. ففي «الذخيرة» عن أبي يوسف ساوم رجلاً بثوب فقال صاحبه: هو بعشرة فقال: هاته حتى أنظر إليه فدفعه إليه على ذلك فضاع لا يلزمه لأنه أخذه على النظر أشار إلى أن هذا ليس مقبوضاً على سوم الشراء، وفي «الظهيرية» كما في «القنية» وفي «فروق الكرابيسي» هذا الثوب لك بعشرة فقال: هاته حتى أنظر إليه أو حتى أريه غيري فضاع.

قال أبو حنيفة: لا شيء عليه يعني يهلك أمانة وإن قال هاته، فإن رضيته أخذته فضاع كان عليه الثمن، والفرق أنه في الأول أمره يعني بدفعه إليه لينظر إليه أو ليريه غيره وليس ببيع وفي أمره بالإتيان به ليرضاه أو يأخذه وذلك بيع بدون الأمر فمع الأمر أولى ومثله في «الظهيرية» ثبت بهذا أن المقبوض على وجه النظر غير مضمون وإن ذكر البائع الثمن وعلى وجه السوم مضمون سواء كان ذكر الثمن من جانب البائع أو المشتري، وأمّا الثاني فلما في «الخانية» أيضاً إذا أخذ ثوباً على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده كان عليه قيمته، وكذا لو استهلكه وارث المشتري بعد موت المشتري انتهى، والوارث كالموروث.

وأقول: في «التتارخانية» أخذ رجل ثوباً وقال: أذهب به فإن رضيته اشتريته فذهب وضاع الثوب فلا شيء عليه، ولو قال: إن رضيته أخذته بعشرة فضاع فهو ضمان من قيمته وفي النصاب وعليه الفتوى، وهذا إيماء على أن المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضموناً إذا كان الثمن مسمى انتهى، وهذا بالقواعد أمس مما في «فروق الكرابيسي» من أنه في الثاني يكون بيعاً ولا نسلم أن الثاني غير صحيح إذ الطرسوسي لن يذكره تفقهاً بل نقلاً عن المشايخ صرح به في «المنتقى» .

وعلله في «المحيط» بأنه صار راضياً بالمبيع دلالة حملاً لقوله على الصلاح، وعزاه في «الخرزانة» أيضاً إلى «المنتقى»، غير أنه قال: وفي «القاموس» تجب القيمة، قال: وينبغي أن لا يزداد بها على المسمى كما في الإجارة الفاسدة وفيه نظر، بل ينبغي أن تجب القيمة بالغة ما بلغت وقد صرحوا بذلك في البيع الفاسد فكذا هذا.

..... وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه .....

تتمة: الوكيل بالشراء إذا أخذ ثوباً على السوم فلم يرضَ به الموكل وهلك في يد الوكيل ضمن قيمته من ماله ولا يرجع بها على الموكل إلا أن يأمره بذلك، كذا في «الخانية» وبقي المقبوض على سوم غير الشراء، ففي «جامع الفصولين» المقبوض على سوم الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، والمقبوض على سوم القرض مضمون بما ساوم كمقبوض على حقيقته بمنزلة مقبوض على سوم المبيع، إلا أنه في المبيع يهلك بالقيمة وهنا يهلك بما ساومه به من القرض والمقبوض على النكاح مضمون، يعني لو قبض أمة غيره ليتزوجها بإذن مولاهم وهلك في يده ضمن قيمتها، (وخيار المشتري لا يمنع) خروج المبيع عن ملك البائع بل يخرج من جانبه فتم السبب في حقه لانتفاء ما يمنع من محله.

(و) لكن المشتري (لا يملكه) أي: المبيع عند الإمام، وقالوا: يملكه إذ لو لم يملكه لزم أن يخرج عن ملك البائع لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع يعني في المعاوضات فيكون كالسائبة، وبه اندفع ما أورد من أن متولي الوقف أو الكعبة لو اشترى عبداً ببدل عبد الواقف لمرضه أو لسدانة الكعبة أو كانت التركة مستغرقة بالدين خرج الملك عن المالك في هذه المسائل، ولم يدخل في ملك أحد وله أنه لو دخل مع كون الثمن لم يخرج لزم اجتماع البدلين في حكم ملك أحد المتعاقدين حكماً للمعاوضة، والأصل له في الشرع، أي: في بابها وكيف يكون وهي تقتضي المساواة بين المتفاوضين في تناول ملكهما؟/ فلا يرد ما لو غصب المدير وأبق من [١/٣٦٨] يده فإنه يضمن قيمته ولا يخرج به عن ملك المالك فيجتمع العوضان في ملك واحد لأنه ضمان جنائية لا معاوضة.

قال في «الفتح»: وهذا ألزم في الشرع مما ذكرناه فإن المشتري للسدانة وللوقف كائن في المعاوضة نعم يرد السلم فإن المسلم إليه يملك رأس المال مع المسلم فيه، وأجيب بأن المسلم فيه صار ديناً كالثمن يملكه البائع في ذمة المشتري، وأما ثبوت الشفعة للمشتري فلأن البيع ينبرم في ضمن طلبها فثبت مقتضى تصحيحها ولا نسلم أنها كالسائبة لأنها التي لا ملك فيها لأحد ولا لتعلق ملك، والثاني موجود هنا ولا خلاف أن النفقة تجب على المشتري كما في «السراج».

وأما إبراء المشتري عن الثمن فعن محمد جوازه، وقال أبو يوسف: لا يصح وهو القياس والأول استحسان وعليه فلا يشكل جواز الرهن بالثمن، كما جزم به في «الفصول» وعلى الأول يشكل، وأجاب في «البحر» بأن الإبراء يعتمد الدين ولا دين عليه بخلاف الرهن بدليل صحته على الدين الموعود، ومن جوزه نظراً إلى الإبراء إنما

وبقبضه يهلك بالثمن كتعبه فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح فإن وطئها فله أن يردّها

يعتمد تعلق الحق لا حقيقة الدين، ألا ترى أن البائع لو أبرأ الموكل عن ثمن ما اشتراه وكيله فإنه يصح مع الثمن على الوكيل هذا؟ وسكت المصنف عما إذا كان الخيار لهما، وحكمه ما مر من أن المبيع لا يخرج عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري، وتصرف في كل منهما في بدل ملكه باطل، وأيهما فسخ في مدة الخيار انفسخ (وبقبضه) أي: بقبض المشتري المبيع (يهلك بالثمن) لأن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب يمنع الرد فيهلك، وقد انبرم البيع فيلزم الثمن بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن تعينه في هذه الحالة لا يمنع الرد فيهلك، والعقد موقوف فيبطل وهذا شامل لما إذا كان الخيار لهما، نعم لو أسقط البائع خياره فهلك في المدة يهلك بالثمن (كتعبه) أي: كما يلزمه الثمن إذا تعيب المبيع في يده لأنه صار بذلك ممسكاً لبعضه.

(فلو) رده لتفرقة الصفقة على البائع قبل التمام وهو لا يجوز فلزم المبيع لسقوط الخيار ثم إطلاقه يعم ما لو عيبه المشتري أو أجنبي أو بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو البائع عندهما، وقال محمد: لا يسقط فإن أجاز البيع ضمن البائع النقصان، والمراد عيب لا يرتفع وإن كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فإذا ارتفع في المدة لا يلزمه وإلا لزمه، نحو (اشترى زوجته بالخيار) له (بقي النكاح) تفريع على عدم دخول البيع في ملكه وانفسخ عندهما لدخولها فإذا فسخ المشتري البيع رجعت إلى مولاها بلا نكاح عليها وعنده هي زوجته كذا في «الفتح».

(فإن وطئها) المشتري (له أن يردّها) لأنه لا يلزم هنا أن يكون إجازة لأنه في النكاح ملكاً كاملاً يحل به الوطاء وهذا الإطلاق مقيد بما إذا لم ينقصها الوطاء فإن نقصها ولو ثبت امتنع الرد قيد بزوجه لأن وطئ غيرها يمنع الرد وإن لم ينقصها، كما في «الدراية». وفي «البحر»: وينبغي أن لا يحل للمشتري ودواعي الوطاء كالوطء حتى لو قبلها أو لمسها أو نظر إلى فرجها بشهوة سقط خياره يعني عندهما وحدها انتشار آلة أو زيارتها وقيل بالقلب وإن لم تنتشر كذا في «السراج»، وينبغي أن يتعين الأخير في العينين.

ولو ادعى عدمها فإن كان على العلم لم يقبل قوله وإلا قبل ولو فعلت الأمة به ذلك وأقر بالشهوة كان رضا، ولهذه المسألة أخوات تنبني على عدم وقوع الملك للمشتري لا يعتقد لو كان ذا رحم محرم منه ولا بقوله: إن ملكته فهو حر ولا يجزئ حيضها في المدة عن الاستبراء، أو لو ولدت بالنكاح لا تصير أم ولد يعني قبل القبض وبعده تصير إذا ادعاه ويسقط الخيار للعيب.

فإن أجاز من له الخيار في غيبة صاحبه صح وإن فسخ لا وتم العقد بموته.....

ولو أودعه عند البائع فهلك كان من مال البائع، ولو كان المشتري مأذوناً فأبرأه البائع عن الثمن في المدة ولم يقبله بقي خياره، ولو أسلم الذمي المشتري من مثله خماً بطل البيع ولو تخمر العصير في بيع مسلمين فسد واستدامة السكنى ليست باختيار، ولو اشترى ظبية فأحرم بطل البيع والزوائد الحادثة في المدة بعد الفسخ للبائع كل ذلك عنده خلافاً لهما (فلو أجاز من له الخيار) البيع بائعاً كان أو مشترياً أو أجنبياً (بغيبته صح) بإجماع الفقهاء، لأنه إسقاط وفيه لا يعتبر حضور من عليه الحق كالطلاق والعتاق.

(ولو فسخ) لا أي، (لا) يصح هذا عندهما وقال أبو يوسف: يصح وهو قول الثلاثة لأنه مسلط عليه من قبل صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجارة، ولهذا لا يشترط رضاه ولهما أنه تصرف في حق الغير بالرفع ولا يعرى عن مضرة لأنه قد يعتمد تمام البيع السابق فتصرف فيه فتلزمه القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع، ولا يطلب السلعة مشترياً فيما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على العلم بخلاف الإجازة فإنه لا إزام فيه ولا يقال إنه مسلط وكيف يقال ذلك؟ وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط.

قال الشارح: والحيلة فيه أن يأخذ منه وكيلاً حتى إذا بدا له الفسخ رده عليه، وقال بعضهم: إن الحاكم لو نصب من يخاصم صح الرد عليه انتهى. وفي «العمادية» هذا أحد القولين، وقيل: لا ينصب لأنه ترك النظر لنفسه بعدم أخذ الوكيل / فلا ينظر القاضي إليه، وإذا لم ينصب وطلب الإعذار من القاضي فعن محمد روايتان: في رواية يعذر بأن يبعث منادياً ينادي على باب البائع أن القاضي يقول: إن خصمك فلان يرد عليك فإن حضرت وإلا نقضت البيع، ولا ينقضه بلا إعذار وفي رواية لا يعذر.

قال الكرخي: وخيار الرؤية على هذا الخلاف وفي العيب لا يصح فسخه بدون علمه إجماعاً ولو أجاز البائع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري به جاز وبطل فسخه، ذكره الإسيبجاني يعني عندهما وفيه يظهر أثر الخلاف، وكذا فيما باعه بشرط إن غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافاً له ورجح قوله في «فتح القدير»: (وتم العقد بموته) أي: بموت من له الخيار بائعاً كان أو مشترياً ولو حكماً ولا يخلفه فيه الوارث كخيار الرؤية لأنه ليس إلا مجرد مشيئة وهي لا تقبل الانتقال.

أما خيار العيب والتعين وفوات الوصف المرغوب فيه فيخلفه فيه، أمّا في العيب فلأن المورث استحق المبيع سليماً، والموروث في التحقيق إنما هو العين بصفة السلامة لا نفس الخيار، وأمّا في التعيين فلاختلاط ملك الوارث بملك الغير إلا

## وبمضي المدة والإعتاق.....

أنه لا يملك الفسخ ولا يتأقت خياره بخلاف المورث، كذا في «العناية» ولم أر في كلامهم حكم خيار النقد وينبغي أن يكون كالشرط قيدنا بموت من له الخيار لأن موت غيره لا يتم به العقد بل الخيار باق لمن شرط له، فإن أمضى العقد مضى وإن فسخه انفسخ كما في «الفتح». وفي «جامع الفصولين» وكيل البيع أو الوصي باع بخيار أو المالك بنفسه باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصي أو الموكل أو الصبي أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار قال محمد: يتم البيع في كل ذلك لأن لكل منهم حقا في الخيار والجنون كالموت انتهى، وكذا الإغماء فإن أفاق في المدة، والإسبيجاني الأصح أنه علي خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلافه من البنج ولو ارتد فهو على خياره إجماعا، كذا في «الفتح».

قيل: التحقيق إن الجنون والإغماء ليسا مسقطين، وإنما المسقط مضي المدة بلا اختيار بدليل ما مر من أنه لو أفاق فيها كان على خياره، وفي «المحيط» بلغ الصبي في مدة الخيار بطل وتم البيع عند أبي يوسف وعن محمد ثلاث روايات، في رواية ينتقل إلى الصبي، وفي أخرى لا يلزمه إلا بإجازته في المدة وبعدها، وفي أخرى كذلك إلا أنه يبطل بمضيها، ثم قال: ولو اشترى الأب أو الوصي شيئا للصبي بدين في الذمة وشرط الخيار ثم بلغ جاز العقد عليهما، وللصبي الخيار إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ.

وفي «السراج» عجز المكاتب وحجز المأذون في المدة كالموت، وفي المأذون خلاف محمد وإن لم يبطل فعنه أن الخيار للمأذون وعنه أنه للسيد وعزل الوكيل لا يبطل خياره اتفاقاً، وفي «الظهرية» المأذون إذا باع بخيار كان للمولى الإجازة وإن لم يكن مديوناً ولا يجوز فسخه عليه إلا أن يجعله لنفسه ثم يفسخ بحضرة المشتري أو بما يكون فسخاً من الأفعال في غيبة المشتري (وبمضي المدة)، لأن عدمه كان لتمكنه من الفسخ فيها فإذا مضيت ارتفع المانع فتم العقد (والإعتاق) تنجيماً أو تعليقاً، ويوجد الشرط في المدة، وكذا لو أعتق بعضه وقد أغفله هنا والتدبير والكتابة كالعتق.

اعلم أن تمام العقد بالإجازة بالقول المنبه عليها بقوله، فإذا أجاز من له الخيار ومضي المدة والموت لا فرق فيها بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري، وأما بالإجازة بالفعل المنبه عليها بقوله: والإعتاق فمشروط بأن يكون الخيار للمشتري فإذا كان للبائع كان فسخاً وكان عليه أن ينبه على ذلك، فما في «البحر» من أنه لم يذكر الإجازة بالفعل سهو.

وتوابعه والأخذ بشفعة ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح .....

قال في «الفتح»: وأما إذا كان الخيار للمشتري فنفاده بما ذكرنا من الأمور الثلاثة للبائع بالفعل بأن يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بأن يعتق أو يكتتب ويبيع المبيع أو يهبه ويسلمه أو يرهنه أو يؤجره، وإن لم يسلمه على الأصح ومن ذلك أن يفعل في المبيع فعلاً فلا يحتاج إليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال، فإن كان يحتاج إليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره فالوطاء إجازة، وكذا التقبيل أو المباشرة بشهوة والنظر إلى الفرج الداخل بشهوة ولا بغير شهوة لأن ذلك يحل في غير الملك في الجملة، فإن الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل ولو أنكر الشهوة كان القول قوله لأنه ينكر سقوط خياره، وكذا إذا فعلت الجارية ذلك عند الإمام خلافاً لمحمد، لأن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الأشياء فكانت ملحقمة بالوطاء انتهى، وكلامه يعطي أنه لو اشتراها بالخيار على أنها بكر فوطئها ليعلم أهي بكر أم لا؟ كان إجازة، لأن هذا الفعل وإن احتيج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل في غير الملك، وقد قالوا: إنه لو وجدها ثيباً لكنه لم يلبث بعده كان له الرد بهذا العيب والاستخدام ثانياً إجازة إلا إذا كان في نوع آخر، وقد اختلف كلامه في الصغرى فيه، فقال في موضع الاستخدام مراراً لا يكون إجازة وفي أخرى الثانية تبطل الخيار، كذا في «الفتح».

وأقول: يمكن حمل الأول على ما إذا كان الثاني في نوع آخر على ما إذا اتحد النوع، وفي «المحيط» باع عبداً بخيار له فاذنه في التجارة / لم يكن نقضاً إلا أن يلحقه دين، ولو أمضاه بعد الدين لم يجز لأن الغريم أحق به من المشتري.

تمة: بقي مما يتم البيع ما إذا زاد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن وانجلاء بياض العين خلافاً لمحمد، ولا خلاف في امتناع الفسخ في غير المتولدة منه كالصبيغ ونحوه، وكذا في المنفصلة المتولدة كالعقر والثمر، والمنفصلة الغير المتولدة كالغلة والكسب لا تمنعه اتفاقاً، فإن أجاز المشتري لم ترد عندهما، وعند الإمام ترد على البائع، كذا في «الفصول».

(والأخذ بالشفعة) أي: أخذ المشتري بخيار الدار المباعة بجنب المشتراة لأنه لا يكون إلا في الملك فكان دليل الإجازة والأخذ ليس بقيد لأنه يتم بمجرد الطلب، سواء كان معه أخذ أو لا، وعلى هذا ففي الكلام مضاف محذوف والأصل طلب الأخذ سواء كان طلب مواثبة أو تقرير (ولو شرط المشتري الخيار لغيره) أي: لغير العاقد وهو الأجنبي (صح) استحساناً، والقياس أنه لا يصح وهو قول زفر لأنه من موجب العقد وهو الأجنبي فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير

وأيهما أجاز أو نقض صح فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر فالأسبق أحق وإن كانا معاً فالفسخ ولو باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما إن فصل وعين صح وإلا لا.....

المشتري، وجه الاستحسان أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا نيابة عن العاقد فيقدم له الخيار ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه وهو الوجه يقتضي أن البائع لو شرطه لغيره صح، ولم أره صريحاً (وأيهما أجاز أو نقض صح) قوله: ولم أره صريحاً هو مذكور في «شرح مسكين» ونقله عن «السراجية» «والكافي» حيث قال: والتقييد بالمشتري يعني فقول المتن ولو شرط المشتري اتفاقاً، لأنه ذكر في «السراجية» و«الكافي» لو شرط أحد المتعاقدين بالخيار لغيره صح انتهى.

ولو قال الآخر: لا أرضى بذلك ولم أر ما لو اشترطه المشتري فباعه بلا شرط لم يجز ولو بشراء بشرطه للأمر فاشترى ولم يشترط نفذ عليه انتهى، أي على الوكيل، والفرق كما في «الفتح» أن الشراء متى لم ينفذ على الأمر ينفذ على الأمور بخلاف البيع، (فإن أجاز) البيع (أحدهما) أي: أحد المتعاقدين والأجنبي (ونقض الآخر) البيع (فالأسبق أحق) أي: أولى لأنه وجد في زمان لا يزاومه فيه غيره، والثاني لغو (وإن كانا معاً) بأن خرج الكلامان معاً، كذا في «السراج» وهذا قد يتعسر، والظاهر أنه يكفي عدم العلم بالسابق منهما (فالفسخ) أحق من الإجازة لقوته إذ المجاز يلحقه الفسخ، والمفسوخ لا يلحقه الإجازة واعتراض بأنها ملحقة ألا ترى أنهما لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وإعادة العقد بينهما جاز، ذكره في «المبسوط» وليس فسخ الفسخ إلا إجازة، وأجيب بمنع كونه إجازة بل بيع ابتداء وهذا أعني كون الفسخ أولى رواية كتاب المأذون وهي الأصح.

وفي رواية كتاب «البيوع» تصرف المالك أولى قيل: الأول قول أبي يوسف، والثاني قول محمد أخذاً مما (لو باع) الوكيل من رجل والموكل من غيره فعند أبي يوسف يستويان فيكون بين المشتريين، وقال محمد: يملكه المشتري من المالك ومن باع أو اشترى (عبدين) أي: قيميين، والظاهر أنهما ليسا بقيد إذ لو كانا مثلين أو أحدهما مثلياً والآخر قيمياً وفصل وعين فالحكم كذلك فيما ينبغي، وقيد بالمبيع المتعدد لأنه لو اشترى كيلياً أو وزنياً أو عبداً واحداً (على أنه بالخيار في) نصفه جاز فصل الثمن أولاً لأن النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت.

وقد مرت المسألة على أنه بالخيار في (أحدهما) أي: في أحد العبدین (إن فصل) ثمن كل واحد (وعين) من فيه الخيار (صح) البيع لانتفاء المفسد بجهالة أحد الأمرين (وإلا) أي: وإن لم يفصل ولم يعين والمعنى وإن لم يوجد وهذا صادق بما إذا فصل فقط أو عين فقط (لا) أي: لا يصح البيع لجهالة المبيع والثمن أو

وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة.....

أحدهما وبه اتضح كون المسألة رباعية. وفي «الخانية» باع عبيد بن علي أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري، ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وإن تراضيا على إجازته لأن الإجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد بالحصّة، ولو قال البائع في هذه المسألة فقبضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغواً، كأنه لم يتكلم وخياره فيهما باقٍ كما كان، كما لو باع عبداً واحداً أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه، (وصح خيار التعيين) في القيميات لا في المثليات لعدم تفاوتهما، كما في «البدائع».

(فيما دون الأربعة) استحساناً لأن مشروعية خيار الشرط للحاجة إلى رفع الغبن ليعتار الأرفق والأوفق وهي هنا متحققة، لأن الإنسان قد يحتاج إلى رأي غيره في اختيار البياعات أو من يشتريه لأجله، ولا يمكنه البائع من الحمل إلا بالبيع غير أن الحاجة تندفع بالثلاثة دون الأربعة والرخصة ثبوتها بالحاجة ولم يقل للمشتري إيماء إلى أنه لا يصح للبائع أيضاً وصورته للمشتري بأن يقول: بعثك أحد العبيد أو الثلاثة على أن تأخذ واحداً منهما وللبائع أو يقول المشتري: اشتريت منك أحد هذين العبيد على أن تعطيني أحدهما.

قال الكرخي: وهذا استحسان لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري / فيجوز مع خيار البائع، وفي شرح «التلخيص» «والكافي» هو الأصح، ورده في «الفتح» بأن جوازه إذا كان للحاجة المتقدمة ظهر أنه لا يجوز في جانب البائع لأنه لا حاجة له إلى اختيار الأرفق والأوفق لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بما لائمه منه، فقد نص في «المجرد» على أنه لا يجوز انتهى، وأنت خير بأن الإنسان قد يرث قيمياً لا يعرفه ويقبضه وكيله فيبيعه بهذا الشرط ليبقى لنفسه ما هو الأرفق والأوفق به فمست الحاجة أيضاً إلى جوازه، وإذا ثبت جوازه له كان له أن يلزم المشتري أيهما شاء إلا إذا تعيب أحدهما فليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك، ولو هلك أحدهما في يده كان له أن يلزمه الباقي.

وأما إذا كان الخيار للمشتري فالبيع لازم في أحدهما إلا أن يكون معه خيار شرط، وكلام المصنف يعطي أنه لا يشترط في جواز هذا البيع ذكر خيار الشرط معه وهو المذكور في «الجامع الكبير»، وصححه فخر الإسلام وقيل: يشترط وهو المذكور في «الجامع الصغير» تصويراً ونسبه في «الخانية» إلى أكثر المشايخ، وقال الحلواني: وهو الصحيح لأن القياس يأبى جواز هذا العقد بجهالة المبيع وقت لزوم العقد وإنما جاز استحساناً بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه. ورده في «الفتح» باقتضائه أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحقة،

ولو اشترى على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يردّه الآخر ولو اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه .

الصورة الثانية يعني : ولا قائل به وما في « الجامع الصغير » وقع اتفاقاً لا شرط غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط فيه ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلاً من الثوبين ثلاثة أيام، ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع، ولو رد أحدهما بخيار التعيين ثبت البيع في الآخر بخيار الشرط، ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم المبيع في أحدهما، وعليه أن يعين وإن لم يتراضيا علي خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عنده كما في خيار الشرط خلافاً لهما، وعلى هذا يجب أنه إذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت، وحينئذ فإطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط مؤقت بالثلاثة في قوله غير مؤقت بها أحدهما وخيار التعيين غير مؤقت فيه نظر، كذا في «الفتح» .

وقد يجاب عنه بأن توقيت خيار التعيين ليس قدراً متفقاً عليه بل هو قول أكثر المشايخ، فجاز أن الطحاوي وافق غير الأكثر، على أن الشارح قال : الذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه لأنه لا يفيد وذلك أنه في خيار الشرط يفيد لزوم العقد عند مضي المدة انتهى، ولا يمكن ذلك في خيار التعيين لأنه لازم في أحدهما قبل مضي المدة . وأبدى في « الحواشي السعدية » له فائدة، هي أن يجبر على التعيين بعد مضي الأيام الثلاثة قال : وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما إذا لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق والله الموفق .

(ولو اشترى) شيئاً (على أنهما بالخيار فرضي أحدهما) بالبيع صريحاً أو دلالة (لا يردّه الآخر) بل بطل خياره عند الإمام، وقال : يردّه، أي : يرد البيع في نصيبه، وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية والعيب بأن اشترى شيئاً ولم يرياه فعند الرؤية رضي أحدهما أو أطلقا على عيب به، فرضي به أحدهما لهما أن إثبات الخيار لهما إثبات لكل منهما فلا يسقط حقه بإسقاط صاحبه حقه، وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما رده معيباً به وأورد أن البائع رضي بالتبويض بالبيع لهما . وأجيب بأنه رضي في ملكهما لا في ملكه، (ولو اشترى عبداً على أنه) أي : العبد (خبازاً أو كاتب) أي : حرفته كذلك (فكان) أي : وجد (بخلافه) بأن لم يوجد معه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكتابة والخبز بأن كان يكتب شيئاً ناقصاً في الموضوع أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله (أخذه) المشتري (بكل الثمن) إن شاء (أو تركه) أمّا تخييره فلفوات الوصف المرغوب فيه، وأمّا أخذه بكل الثمن فلأن الأوصاف لا يقابلها شيء منه لكونها تابعة في العقد .

## باب خيار الرؤية

ولو قال البائع: سلمته لك ذا حرفة لكنه نسي والمدة تحتمله، وقال المشتري: لم أجدّه كذلك، فالقول فرق بين هذا وبين ما لو باعه ثوباً على أنه هروي ثم اختلفا في كونه هروياً فالقول للبائع، وذلك أن البائع لما قال: بعثك على أنه هروي فقبل المشتري صار كأنه قال: اشتريته على أنه هروي فكان مقراً بكونه هروياً فدعواه خلافه تناقض، وأمّا في مسائلنا فالاختلاف في المقبوض والقول فيه للمشتري، والمسألة بحالها رجع بالنقصان بأن يقوم كاتباً وغير كاتب فيرجع بالتفاوت، هذا هو ظاهر الرواية وهو الصحيح، وعن الإمام أنه لا يرجع بشيء.

واعلم أنه ليس كل الأوصاف يصح العقد باشتراطها / بل الضابط فيها أن كل وصف لا غرر فيه فاشتراطه جائز لا ما فيه غرر إلا أن يكون اشتراطه له بمعنى البراءة من وجوده بأن لم يكن مرغوباً فيه وعلى هذا تفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب فسد البيع، ولو شرط أنها حلوب جاز. واختلف في اشتراط حمل الجارية فقيل: لا يجوز كالناقة وقيل: يجوز لأنه فيهن عيب فكان ذكره للبراءة منه وهو الصحيح، كما في «الخانية» إلا أن يكون في بلد يرغبون فيها في شراء الجوّاري للأولاد ولو قال: على أنها ذات لبن فالأكثر على الجواز وقيل: لا يكون ولو اشترى قلنسوة على أن حشوها قطن فإذا هو صوف فالصحيح الجواز ويرجع بالنقصان، وفي «البدائع» شرط أنها مغنية إن كان للتبرؤ منه لا يفسد البيع، وإن للرجبة فيه فسد.

وفي «الخانية» اشترى ثوباً على أنه مصبوغ بالعصفر، فإذا هو أبيض جاز، وخير وفي عكسه يفسد، ولو اشترى سويقاً على أن البائع لته بمنّ من سمن وتقابضا والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف من جاز البيع، ولا خيار للمشتري لأن هذا مما يعرف بالعيان فإذا غايته انتفى الغرور. كما لو اشترى صابوناً على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر أنه متخذ من أقل من ذلك والمشتري ينظر إلى الصابون وقت الشراء، أو قميصاً على أنه من عشرة أذرع فإذا هو من تسعة، والفروع كثيرة والأعمار قصيرة وإذا كنت من أهل التقصير فمالي ولي التكفير، جعل الله هذا الوضع خالصاً لوجهه الكريم مجاز عليه في دار النعيم آمين.

## باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم، وذاك يمنع لزوم الحكم بعد التمام والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية ولا يثبت هذا الخيار إلا في أربعة مواضع:

..... شراء ما لم يره جائز .....

شراء الأعيان والإجارة، والصلح عن دعوى مال على عين، والقسمة فلا يكون في الديون كالمسلم فيه، ولا في الأثمان الخالصة بخلاف ما لو كان المبيع إناء من أحد النقدين فإن فيه الخيار، ولو تبايعا مقيضة ثبت الخيار لكل منهما، ومحل كل ما كان في عقد يفسخ بالفسخ، لا ما لا يفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع كذا في «الفتح»، (شراء ما لم يره جائز) لما رواه ابن أبي سعيد وغيره مرسلًا عن مكحول مرفوعًا: «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار وإذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه»<sup>(١)</sup>.

قال في «الفتح»: ولا بد من كون المراد بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز، عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازي، وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشتم كمسك اشتراه وهو يراه فإنه إنما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته.

وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجده متغيراً لأن ملك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن، وكذا شراء الأعمى يثبت له الخيار عند الوصف فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية انتهى، وبه اندفع ما في «العناية» من أن قوله لم يره سلب وهو يقتضي تصور الإيجاب، وهو إنما يكون في البصير فإن هذا إنما يتم بناء على إبقاء الرؤية على بابها لا على أنها بمعنى العلم.

واعلم أن الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه شرط الجواز، كإن اشترى جراباً فيه أثواب هروية أو زيتاً في زق أو حنطة في غرارة أو يقول: بعثك درة في كمي صفتها كذا أو ثوباً صفتها كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة متنقبة فإن لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع، ذكره في «المبسوط» وغيره، لكن إطلاق «الكتاب» يقتضي الجواز سواء سمي جنس المبيع أو لا، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور ولا مثل أن يقول: بعث منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا: إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده، وطائفة قالوا: لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه.

قال في «الفتح»: والظاهر أن المراد بالإطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره لبعث القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً كأن يقول: بعثك شيئاً بعشرة انتهى، وهذا التقرير ظاهر في أنه لو قال: بعثك عشرة أرادب من القمح أن لا يصح البيع، لأنه لم

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٦٨/٥) رقم (١٠٢٠٥)، والدارقطني في سننه (٤/٣) رقم (٨).

وله أن يردّه إذا رآه وإن رضي قبله ولا خيار لمن باع ما لم يره.....

يُشر إليه ولا إلى مكانه، وبه جزم في «الدرر والغرر». قال في «الحواشي السعدية»: وفي كون هذا شرط جواز البيع سيما بالإجماع كلام (وله) أي: للمشتري (أن يردّه) أي يرد ما اشتراه (إذا رآه، وإن رضي قبله) أي: قبل رؤيته بأن قال: رضيت بالبيع قبل هذا يوهم تحقق الرضا قبلها وفساده ظاهر فلو قال وإن قال رضيت لكان أولى وقد يقال: بل الرضى قبلها يتحقق لكنه لا يعتبر مسقطاً وهذا لأن الخيار معلق بالنص بالرؤية، ولا وجود للمعلق قبل الشرط.

وأما قول صاحب «الهداية» ولأن الرضى بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبله فقال في «الفتح»: / لو تمّ لزم أن لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب انتهى، ويجوز أن يقال المراد العلم الشخصي بأوصافه، وأما البيع بشرط البراءة فإبراء وهو عن المجهول صحيح كما سيأتي، واعتراض بأنه لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لما ملك الفسخ مع أنه يملكه في الأصح، وأجيب بأنه إنما يثبت له بسبب آخر هو عدم لزوم هذا العقد على أن المشتري وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه، ونظر فيه «العناية» بأن عدم اللزوم باعتبار الخيار فهو ملزم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها، فكذا ملزومه لأن ما هو شرط للزوم فهو شرط للملزوم انتهى، وهو ظاهر في أنه ظاهر قبل الرؤية بات.

وبه صرح في «الفتح» حيث قال: وقولكم عدم اللزوم بسبب آخر قبل الرؤية قلنا: نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول: قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه إلى غاية الرؤية فيرفعه عندها فيثبت قدرة الفسخ والإجازة معاً، وما في «البحر» من أنه مردود لأن اللازم ما لا يقبل الفسخ من أحدهما وهذا يقبله إذا رآه هو بالرد أليق، لأن الشارع حيث علق إثبات قدرة الفسخ والإجازة بالرؤية لزم القول بلزومه قبله نعم.

أجاب في «الحواشي السعدية» بأننا لا نسلم أن عدم لزومه للخيار، بل لعدم وقوعه منبرماً غاية ما في «الكتاب» أن عدم الانبرام باعتبار أنه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونها، واعلم أنه مبني على الأصح من جواز الفسخ (ولا خيار لمن باع ما لم يره)، بذلك قضى جبير بن مطعم كما رواه البيهقي وغيره<sup>(١)</sup>، وهو الذي رجع إليه الإمام وقدمنا بثبوته في بيع المقايضة.

وفي «الظهيرية» اشترى جارية بعبد وألف فتقايضا ثم رد بائع الجارية العبد بخيار الرؤية لم ينتقض البيع في الجارية بحصة الألف لما قدمناه من أنه لا خيار في

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/٢٦٨) رقم (١٠٢٠٤).

ويبطل بما يبطل به خيار الشرط وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق.....

الدين، وفي «الولواجية»: أراد أن يبيع صنيفة على وجه لا يكون للمشتري خيار الرؤية فالحيلة أن يقر بثوب لإنسان ثم يبيع الثوب مع الصنيفة ثم المقر له يستحق الثوب المقر به، فيبطل خيار المشتري لأنه اشترى شيئين صفقة واحدة وقد استحق أحدهما فليس له أن يرد الباقي بخيار الرؤية، لأن فيه تفريق الصفقة.

(ويبطل) خيار الرؤية بعد ثبوته دل على هذا قوله قبله وإن رضي قبله (بما يبطل به خيار الشرط) سواء كان خيار الشرط للبائع أو للمشتري، وفيه إيحاء إلى أنه غير مؤقت خلافاً لما ذهب إليه بعضهم من أنه مؤقت بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ، والمختار أنه يبقى إلى أن يوجد ما يبطله من الرضا صريحاً، أو التعيب أو تصرف لا يرتفع كالإعتاق والتدبير أو يوجب حقاً للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري والهبة مع التسليم والرهن والإجارة إلا أنه في هذه لا يتقيد بما بعد ثبوته بل يبطل قبله، ومعناه خروجه عن صلاحية أن يثبت له الخيار عندهما، وإلا فالخيار معلق بها فكيف يبطل قبلها؟ بخلاف ما لا يوجهه كالبيع بخيار للبائع والمساومة بالمبيع وهبته بلا تسليم، وبهذا اندفع إيراد الآخذ بالشفعة والعرض على البيع فإن خيار الشرط يبطل بهما دون الرؤية وهذا هو ظاهر الرواية في الشفعة وهو المختار.

وفي «الخانية»: لو عرض بعض المبيع على البيع بطل عند محمد خلافاً لأبي يوسف، وقول الإمام محمد وإنما يبطل خيار الرؤية لأن الرضى صريحاً غير مسقط قبله فالدلالة أولى، والظاهر أن هذه الكلية غير منعكسة لأنه لو قبض المبيع بعد رؤيته لم يبطل خيار الشرط، وبطل خيار الرؤية، وقالوا: لو هلك بعض المبيع بطل خيار الرؤية دون خيار الشرط والعيب، ذكره المحبوبي يعني فيما إذا كان الخيار للبائع لما مر من أن تعيبه في يد المشتري يسقط خياره (وكفت رؤية وجه الصبرة)، لأن رؤية أجزاء المبيع غير شرط في انتفاء خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعاً فاكتفى بما يدل على العلم بالمقصود، فإذا رآه جعل غير المرئي تبعاً للمرئي.

(و) معنى هذه المسألة أنه لو رأى وجه الصبرة أو (الرقيق) أو ظاهر الثوب مطوياً قبل الشراء، ثم اشترى بعد ذلك فلا خيار له لا أنه بعد الشراء يسقط خياره بذلك كما توهمه بعض الطلبة واستشكله بأن الأصح أنه غير مؤقت، بل له الفسخ في جميع عمره ما لم يسقطه بقول أو فعل يدل على الرضا، فكيف يسقط بمجرد الرؤية إلى ما ذكر؟ ولا إشكال على ما ذكر وسيأتي ما يرشد إليه وهذا إذا كانت في وعاء واحد، وإن كانت في وعاءين اختلف المشايخ، والأصح أنه يبطل برؤية البعض أيضاً بشرط أن لا يكون الباقي أردأ من المرئي فإن كان له الخيار، أي: خيار العيب لا خيار

والدابة وكفلها وظاهر الثوب مطوياً وداخل الدار.....

الرؤية، كما في «الينابيع». وعلمه في «الكافي» بأنه إنما رضي بالصفة التي رآها / لا غيرها، وهذا يفيد أنه خيار رؤية، قال في «الفتح»: والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب وهو ما إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حد العيب، وخيار رؤية إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم المعيب، بل أدون وقد يجتمعان فيما إذ اشترى ما لم يرده فلم يقبضه حتى ذكر البائع به عيباً ثم أراه المبيع في الحال، وعندني أن ما في «الكافي» هو التحقيق، وذلك أن هذه الرؤية إذا لم تكن كافية فما الذي أسقط خيار رؤيته حتى انتقل منه إلى خيار العيب فتدبره؟ ووجه الرقيق أو أكثره كما في «السراج» عبداً كان أو أمة لأن سائر الأعضاء في العبيد وإلا ما تبع للوجه، ولذا تفاوتت القيمة إذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي الأعضاء، ودل كلامه أنه لو نظر لسائر أعضائه غير الوجه لا يسقط خياره.

وبه صرح في «السراج» (و) وجه (الدابة وكفلها) أي: مع كفلها بفتحين بمعنى العجز لأنهما المقصودان وهذا قول أبي يوسف، واكتفى محمد برؤية الوجه، والأول هو الصحيح قاله ابن ملك وأفاد أن رؤية القوائم غير شرط وشرطها بعضهم، والأول هو المروي عن أبي يوسف وهو الصحيح، كما في «الدراية» وأراد بها التي تركب احترازاً عن الشاة، فإن كانت شاة لحم فلا بد من جسها، أو فتيتها للدر والنسل فلا بد من النظر إلى ضرعها والبقرة الحلوب والناقة كذلك، وشرط في «الظهيرية» مع النظر إلى ضرعها سائر جسدها. قال في «البحر»: فليحفظ بأن في بعض العبارات ما يوهم الاقتصار على رؤية ضرعها انتهى.

وأقول: الظاهر أنه لو اقتصر على رؤية الضرع كما جزم به غير واحد وعن الإمام في البرذون والحمار والبغل أنه يكفي أن يرى شيئاً منه إلا الحافر والذنب والناصية كذا في «المجتبى»، (و) كفت رؤية (ظاهر الثوب) حال كونه (مطوياً) لأن البادي يعرف ما في الطي، فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسير ثوبه ونقصان بهته، نعم لو كان له وجهان فلا بد من رؤيتهما، وكذا لو كان في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم، قيل: هذا في عرفهم أمّا في عرفنا فما لم يرباطنه لا يسقط خياره وهو قول زفر، وفي «المبسوط» الجواب على ما قال زفر لأنه استقر خلاف الباطن والظاهر في الثياب.

وقالوا: في البساط لا بد من رؤية جميعه، وفي الجبة يكتفى برؤية ظاهرها إلا إذا كانت البطانة مقصودة بأن كان لها فرو، وفي الوسادة برؤية ظاهرها إن كانت محشوة بما يحشى به مثلها (و) كفت أيضاً رؤية (داخل الدار)، قيل: هذا قول زفر وهو الصحيح وعليه الفتوى، واكتفى الثلاثة برؤية خارجها، وكذا برؤية صحنها،

ونظر وكيله بالقبض كمنظره لا.....

والأصح أن هذا بناء على عاداتهم في الكوفة أو بغداد فإن دورهم لم تكن متفاوتة إلا في الكبر والصغر وكونها جديدة أو لا، فأما ديارنا فهي متفاوتة، قال الشارح: لأن بيوت الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله في الأظهر.

وفي «الفتح»: وهذا هو المعتبر في ديارنا مصر والشام والعراق، وبهذا عرف أن كون ما في «الكتاب» قول زفر كما ظنه بعضهم غير واقع لأنه كان في زمنهم ولم يكتف برؤية الخارج فكان مذهبه عدم الاكتفاء مطلقاً، واختار المشايخ التفصيل بين كونها لا تتفاوت فيكتفى برؤية الخارج أو تتفاوت فلا، فبان أنه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان، وأما البستان فقليل: يكتفى برؤية رؤوس الأشجار أو رؤية خارجه، وأنكر بعضهم هذه الرواية وقال: المقصود باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره.

وجزم به في «جامع» قاضي خان وهو الذي ينبغي أن يعول عليه، وقالوا: في الكرم لا بد من رؤية عينه من كل نوع، وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض، وفي الدهن في الزجاج لا بد أن يصبه في كفه عند الإمام، ولو اشترى سمكاً في ماء يمكن أخذه فرآه فيه لا يسقط خياره وهو الصحيح، وفي دفوف المغازي لا بد من سماع صوتها، وقد مر ما يشم أو يذاق.

واعلم أن بقاء هذه الخيارات مقيد بأن لا يحدث بالمبيع عيباً، ومن ثم قال في «الظهيرية»: اشترى نافجة مسك فأخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية لأنه حدث بالإخراج عيب ظاهر، ولو اشترى مغيباً في أرض كالجزر والبصل لم يذكر في ظاهر الرواية، وروى بشر عن الثاني إن كان مما يكال أو يوزن بعد القلع فباعه بعدما نبت فباتاً يتم به وجوده تحت الأرض جاز، فإن قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى إذا رضي به يلزم البيع في الكل؟ إن قلع البائع أو المشتري بإذن البائع يثبت لما عرف من أن رؤية بعض المكيل أو الموزون كرؤية الكل، وإن قلعه المشتري بلا إذن إن كان المقلوع له ثمن بطل في الكل، لأنه بالقلع صار المقلوع معيباً لأنه كان حياً ينمو وبعضه صار مواتاً والتعب في يد المشتري يمنع الرد وإن لا ثمن له لا يبطل، ولو قال المشتري: أخاف إن قلعت لا يصلح ولا أقدر على الرد، وقال البائع: لو قلعتك قد لا ترضى يتطوع إنسان / بالقلع فإن تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما، فلو كان معدوداً [ب / ٣٧١] إن قلعه البائع والمشتري بإذن كان له الخيار في الباقي، وإن قلعه المشتري بغير إذن لم يكن له الخيار في الباقي هو المختار وكذا في «الفتح» ملخصاً (ونظر وكيله بالقبض) وهو من يقول له المشتري، وكلتك بقبضه (كمنظره) أي: الموكل (لا)

نظر رسوله وصح عقد الأعمى ويسقط خياره إذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه.....

يكون (نظر رسوله) كنظره وهو من يقول له المشتري: قل لفلان: يدفع إليك المبيع أو أنت رسولي إليه في قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه.

وقيل: لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال: اقبض المبيع فلا يسقط الخيار، ومنهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك وهذا قول الإمام، وقالوا: الوكيل كالرسول لأنه إنما توكل بالقبض دون إسقاط الخيار، ولذا لم يملك إسقاطه قصداً بأن قبضه مستوراً ثم أراه وأسقط الخيار، وله أن القبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه، وناقص وهو أن يقبضه مستوراً والموكل لا يملكه بنوعيه، فكذا الوكيل غير أن التوكيل ينتهي بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك، قيد بالوكيل بالقبض لأن الوكيل بالشراء فقط تسقط رأيته اتفاقاً وبالرؤية لأن خيار العيب والشرط لا يسقطان بقبضه اتفاقاً، ولو وكله بالرؤية وقال: إن رضيته تختره لا يصح، كذا في «جامع الفصولين».

وفي «المحيط»: وكله بالنظر إلى ما اشتراه ولم يره إن رضي يلوم العقد، وإن لم يرضَ يفسخه يصح التوكيل فيقوم نظره مقام نظر الموكل، ودل كلامه أن رأيته قبل التوكيل به لا أثر لها فلا يسقط بها الخيار، كما في «الفتح» وغيره.

وقالوا: إن الوكيل بالقبض كالرسول في مسائل منها أنه لا رجوع عليه بالثمن لو رد المبيع بالعيب وتصح كفالاته بالثمن للمشتري، ولا يصح إبرأؤه وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين به (وصح عقد الأعمى) لأنه مكلف محتاج ودل إطلاقه أنه لا فرق بين كونه عاقداً لنفسه أو لغيره، (ويسقط خياره إذا اشترى) فيه إيماء إلى أن الخيار يثبت له لدخوله في عموم قوله ﷺ «من اشترى ما لم يره» على ما بينا (بجس المبيع وذوقه وشمه).

قال الشارح: هذا محمول على ما إذا وجد منه الجس قبل الشراء، وأما إذا اشترى قبل أن جس لا يسقط خياره بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضى من قول أو فعل في الصحيح على ما بينا، وفي «البحر»: ظاهر كلام المصنف أن الجس يكتفى به في الرقيق والثياب والدواب وشاة القينة وكل شيء يمكن جسّه، وفي «الأصل» وجس الأعمى في المنقولات مثل نظر البصير، كذا في «المحيط» وهل يشترط أن يجس الموضع الذي يكتفى برؤية البصير له؟ فيجس من الرقيق وجهه ومن الحيوان الوجه والكفل حتى لو جس غيرهما لا يكتفى به لم أره والظاهر اشتراطه انتهى.

وأقول: المنقول في «السراج» ما لقطه وإن كان ثوباً فلا بد من صفة طوله

وفي العقار بوصفه ومن رأى أحد الثوبين فاشترهما ثم رأى الآخر له ردّهما ولا يورث كخيار الشرط ومن اشترى ما رأى خيراً إن تغير وإلا.....

وعرضه ورقته مع الجس، وفي الحنطة لا بد من اللمس والصفة، وفي الأدهان لا بد من الشم، (وفي العقار) لا بد من (وصفه)، قال: وكذا الدابة والعبد والأشجار وجميع ما لا يعرف بالجس والشم والذوق انتهى.

وفي «التارخانية» وفي التمر على رؤوس الشجر يعتبر الصفة، وبهذا بطل قوله في «البحر» وهل يشترط أن يجس الموضع الذي يكتفى برؤية البصير له إلى آخره، وذلك لأنه إذا كان يكتفى في نحو العبد والأمة بالوصف فلا معنى لاشتراط الجس ويسقط خياره في العقار بوصفه لأنه أقيم مقام الرؤية في الجملة كما في السلم، وشرط بعضهم أن يوقف في مكان لو كان بصيراً لآه ثم يوصف له، قال الفقيه: وهذا أحسن الأقاويل وبه نأخذ، كذا في «العناية».

قال في «الفتح»: ولا يخفى أن إيقافه ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به، ولذا لم يسقطه في «المبسوط» وممن أنكره الكرخي وقال: وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء انتهى. والأول مروى عن أبي يوسف، قال محمد: ولا أقول به وإنما أعتبر الصفة، (ومن رأى أحد الثوبين) أي: القيميين (فاشترهما ثم رأى الثوب الآخر له ردّهما) لبقاء الخيار فيما لم يره لكنه لا يتمكن من رده وحده للزوم تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وكذا لو وجد بأحدهما عيباً قبل القبض ليس له أن يرده وحده ولو استحق أحدهما رد الباقي لأن الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهراً فلم يثبت في الباقي عيب الشركة، حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً، ولو قبض أحدهما فقط ثم استحق أحدهما كان له الخيار، ولو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لأن الشركة ليست بعيب فيه وقبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام، كذا في «الفتح».

واعلم أن صاحب «الهداية» صرح بأن الصفقة مع خيار الرؤية غير تامة قبل القبض وبعده، قال السكاكي: يعني فيما إذا قبضه مستوراً كذا قيل ولا حاجة إليه لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله انتهى. قال في «الحواشي السعدية»: وفيه بحث يظهر بملاحظة ما مر في / مسألة الوكيل (ولا يورث كخيار الشرط) لأن الخيار إنما يثبت بالنص للعائد لا لغيره ولأن الأوصاف لا توارث فيها، (ومن اشترى ما رأى) قبل الشراء (خيار إن تغير) عن الحالة التي كان يراه عليها لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكانت رؤيته وعدمها سواء (وإلا)، أي: وإن كان لم تتغير عن تلك

لا، وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه وللمشتري لو في الرؤية ولو اشترى عدلاً وباع منه ثوباً أو وهب ردهً بعيب.....

الحالة التي (لا) أي: لا يخيّر لأن العلم بأوصافه بالرؤية السابقة فلم يتناوله الحديث السابق، وهذا الإطلاق قيده في «الهداية» بما إذا علم وقت الشراء أنه مرثيه السابق فإن لم يعلم كان له الخيار.

وفي «الظهيرية» قيل: هذا إذا كانت رؤيته السابق لقصد الشراء حتى لو كانت لا لقصده ثم اشتراه كان له الخيار انتهى، ووجهه أن الرؤية لا لقصد الشراء لا توجب إحاطة بأوصاف المشتري بخلاف ما إذا كانت لقصده، ولما كان الباب معقوداً للخيار لم يقل ومن اشترى ما رأى فلا خيار له إلا إذا تغير.

وبه اندفع ما في «البحر» من أنه لو قاله لكان أولى، إلا أن الأصل فيما رآه عدم الخيار (وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه) لأن دعواه بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر حادث بعده والأصل عدمه فلا يقبل إلا بينة، وهذا الإطلاق مقيد لما إذا لم تطل المدة، فإن طالت فالقول للمشتري لأن الظاهر أن الشيء لا يبقى في دار التغير زمناً طويلاً لم يعثر تغير قبل الشهر فما فوقه طويل وما دونه غير طويل وجزم به في «الظهيرية».

وفي «الفتح» الشهر في مثل الدابة والمملوك قليل (وللمشتري لو في الرؤية)، يعني لو اشترى شيئاً فادعى البائع أنه رآه قبل الشراء فلا خيار له وأنكر المشتري فالقول له مع يمينه لأن البائع يدعي أمراً عارضاً هو العلم بصفته والمشتري ينكره، وكذا لو قال البائع عند الرد ليس هو المبيع فالقول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار شرط أو رؤية، بخلاف ما إذا كان له خيار العيب فإن القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه لأن المشتري في الخيار يفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضی الآخر بل على علمه، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك في المقبوض والقول فيه قول القابض ضميناً كان أو أميناً، وفي العيب لا ينفرد لكنه يدعي ثبوت حق الفسخ فيما أحضره والبائع ينكره والقول قول المنكر ولو اختلفا في اشتراط الخيار فالقول لمنكره عندهما وعنده لمدعيه، كذا في «المجمع» ولو أقاما البينة فبينة مدعي الخيار أولى، كما في «القنية».

(ولو اشترى عدلاً) بكسر العين هو المثل ومنه عدل المتاع يعني لم يره (فباع منه ثوباً) بعد القبض قيد به في «الجامع الصغير» وكان المصنف استغنى عنه بقوله باع، لأن ما لم يقبض لا يصح بيعه ولا هبته، (أو وهبه) منه ثوباً زاد في «الهداية» وسلمه وأهمله المصنف لما اشتهر من أن تمامها به (رده) أي: الباقي (بعيب) وجده

لا بخيار رؤية أو شرط .

## باب خيار العيب

من وجد بالمبيع عيباً.....

فيه (لا) يردّه (بخيار رؤية أو شرط) لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه، فلو رد الباقي فقط كان تفريقاً للصفقة قبل التمام لما مر من أن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها ولو بعد القبض بخلاف البيع فإن الصفقة تتم فيه بعد القبض . وفي «المحيط»: اشتري عدل ثياب فلبس واحداً بطل خياره في الكل، وبه عرف أن البيع والهبة ليسا بقيد، هذا ولو عاد الثوب إليه بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بقضاء أو الرجوع في الهبة فهو على خيار الرؤية فيما ذكره السرخسي، وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه، وعليه اعتمد القدوري وصححه قاضي خان .

قال في «الفتح»: وحقيقة اللحظ مختلفة فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعاً ولحظه على هذه الرواية مسقطاً والساقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضى ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها . قال في «البحر»: والأوجه عندي ما ذكره شمس الأئمة وقوله: لأن نفس هذا التصرف ممنوع، وإنما يدل لو تصرف في جميع المبيع وكأنه اختلط عليه ما إذا باع المبيع كله وسقط خياره ثم رد عليه بما هو فسخ لا يعود خياره، لكن لم يذكروا فيه خلافاً .

وأقول: هذا تهجم على مقام هذا الإمام مع عدم التدبر في الكلام وذلك أن جزمهم بعدم عود الخيار فيما إذا باع كله ثم عاد إليه بما هو فسخ من غير ذكر خلاف دليل بين لما اختاره القدوري إذ لو كانت العلة المؤثرة وجود المانع للزم أنه إذا زال أن يعود لكنه لا يعود لأنه سقط، وشأن الساقط أن لا يعود ودعوى أن يبيع الكل مسقط ويبع البعض مانع تحكم ظاهر، وهذا مقتضى قوله لأن مقتضى هذا التصرف إلى آخره فإن قلت: لو كان كذلك لما احتيج إلى التعليل لأن في الرد تفريق الصفقة قلت: لا مانع من أن يعلل الحكم بعلمتين الرضى بالبيع ولزوم تفريق الصفقة غير أنه ما دام خارجاً عن ملكه فالتعليل به أظهر فلهذا المعنى تدبر .

## باب / خيار العيب

[٣٧٢/ب]

من إضافة الشيء إلى سببه والعيب والعيبة والعباب بمعنى، وعباب المتاع صار ذا عيب، وعبابه زيد ينفد ولا يتعد، وعيبه بالتشديد نسبه إلى العيب، واستعمل العيب اسماً وجمع على عيوب، وهو: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، وشرعاً ما سيأتي . (من وجد بالمبيع عيباً) لم يتمكن من إزالته بلا مشقة فخرج إحرام الجارية ونجاسة

أخذه بكل الثمن أو رده.....

الثوب لتمكنه من تحليلها وغسله، وقيده اللوالجي بثوب لا ينقص بالغسل فإن نقص به كان عيباً، وهكذا ذكر الرازي حيث قال: وجد على الثوب المشتري دماً إن أضره الغسل يرده وإلا لا. ولو اشترى جبة فوجد فيها فأرة ميتة فإن ضرها العتق ردها وإلا لا، ولا بد من كونه عند البائع ولم يعلم به المشتري ولم يكن البائع شرط البراءة منه خاصاً أو عاماً ولم يزل قبل الفسخ كبياض انجلى وحمى زالت (أخذه بكل الثمن) إن شاء (أو رده) لأن مطلق العقد يقول وصف السلامة فكانت كالمشروطة فيه فيجبر، ولذا قال البائع: بعته لك معيباً وقال المشتري: إنما اشتريته سليماً فالقول له ورقم في «القنية» بعده ينبغي أن يحكم الحال انتهى، وهو حسن.

وقالوا: لا يحل له أن يكتم العيب عند البيع فإن كتمه قال بعض المشايخ: يفسق وترد شهادته، قال الصدر: لا نأخذ به، كذا في «البيزانية» أي لا نأخذ بكونه يفسق بمجرد هذا لأنه صغيرة ولا فرق في ذلك بين المبيع والثمن إلا في مسألتين، الأولى: المسلم في دار الحرب إذا اشترى شيئاً ودفع الثمن عروضاً مغشوشة أو دراهم زيوفاً جاز إن كان حراً لا عبداً، كذا في «اللولوجية».

الثانية: يجوز إعطاء الزيوف والناقص في الجبايات ثم الإطلاق يفيد أنه لا فرق بين كونه فاحشاً أو يسيراً وهكذا نص عليه في «الفصول» حيث قال: المهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن عمد يرد بفاحش العيب لا يسيره، وفي غيرها يرد بهما واليسير من المهر إذا كان كيلياً أو وزنياً يرد به أيضاً، وأفاد تخييره أنه ليس له إمساكه وأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمرة إلا أن يتعين كما لو كان حلالين فأحرماً أو أحدهما ثم وجد به عيباً ذكره في الحج ومن هذا النوع ما في «القنية» لو كان للدار باب في الطريق الأعظم وباب في سكة غير نافذة أقام أهلها بينة أنهم أعاروا البائع هذا الطريق فأمر القاضي بسده يخير المشتري إن شاء رده، وإن شاء رجع بالنقصان. ومنه أيضاً ما لو اشترى الوارث من التركة كفناء ووجد به عيباً رجع بالنقصان، ولو تبرع به أجنبي لا يرجع كذا في «البيزانية»، وفي مهر «فتح القدير» لو اشترى الذمي خمراً وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد انتهى.

وفي «المحيط» وصي أو وكيل أو عبد مأذون اشترى شيئاً بألف وقيمته ثلاثة آلاف فليس له أن يرده بالعيب لما فيه من الإضرار باليتيم والموكل والمولى انتهى، وينبغي الرجوع بالنقصان في المسألتين وقالوا: إنه لا يرجع بالنقصان في مسائل.

قال في «البيزانية»: اشترى من عبده المأذون المديون فوجد به عيباً لا يرد عليه ولا على بائعه إن كان الثمن منقوداً، فإن لم ينقده وقبض المبيع أولاً له الرد إن كان

وما أوجب نقصان الثمن عند التجار.....

من النقود أو كيلياً أو وزنياً لأنه يدفع بالرد مطالبة نفسه، وإن كان عرضاً لا يملك الرد، ولو باع العبد من وارثه ومات فورثه المشتري ووجد به عيباً يرفع الأمر إلى القاضي حتى ينصب قيماً فيرد المشتري إلى القيم ويرده القيم إلى الوارث نقد الثمن أو لا في الصحيح.

ولو باع الوارث من مورثه فمات المشتري وورثه البائع ووجد به عيباً رده إلى الوارث الآخر إن كان، فإن لم يكن له سواه لا يرده ولا يرجع بالنقصان، وكذا لو اشترى لنفسه من ابنه الصغير شيئاً وقبضه وأشهد ثم وجد به عيباً يرفع الأمر إلى القاضي حتى ينصب عن ابنه خصماً يرده عليه ثم يرد الأب لابنه، وكذا لو باع الأب من ابنه، وكذا لو باع من وارثه فورثه المشتري ووجد به عيباً يرفع الأمر إلى القاضي فينصب خصماً فيرد، اشترى العبد المأذون شيئاً وأبرأه البائع عن الثمن لا يرد بالعيب وإن المشتري حرراً لو بعد القبض فكذلك، وإن قبله فله الرد لأنه امتناع عن القبول، وكذا خيار الشرط انتهى.

واعلم أنه يتصور الرد بالعيب مع عدم الرجوع بالثمن على البائع، كما لو باع عبداً وسلمه ثم وكل وكيلاً بقبض الثمن فأقر الوكيل بقبضه وهلاكه وجحد البائع الموكل برئ المشتري ولا ضمان، فلو وجد المشتري به عيباً رده على بائعه ولا يرجع بالثمن على البائع لإقرار الوكيل ولا على الوكيل لكونه أميناً، وليس بعاقده ذكره في «القنية» (وما) أي: وكل شيء (أوجب نقصان الثمن) سواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص المنفعة بل مجرد النظر إليها كالظفر الأسود الصحيح القوي على العمل، وكما في جارية / تركية لا تعرف لسان الترك، كذا في «الفتح».

وقيد في «الدراية» سوار الظفر بالأتراك، أمّا في الحبشي فلا والظاهر إطلاق ما في «الفتح»، وفي «المحيط» اشترى جارية هندية فوجدها لا تحسن الهندية إن كان الناس يعدونه عيباً فله الرد، ولو اشترى جارية تركية فوجدها لا تعرف التركية فله الرد لأن ذلك عيب، ولو كان المشتري يعلم به لكن لا يعلم أن هذا عيب، فإذا كان هذا يخفى على الناس أنه عيب كان له الرد وإلا لا (عند التجار) بضم التاء مع التشديد، وبكسرهما مع التخفيف جمع تاجر، زاد في «الفتح» أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات انتهى، ولا بد منه ليدخل ما اشترى مثلاً حائطاً مبنية بجانب بيته فإذا أساسها ضعيف، فإن نقصت قيمتها عند أرباب الخبرة بذلك كان عيباً وإلا فلا

## عيب كالإباق والبول في الفراش

فهو (عيب) لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله. قال في «البحر»: وما في جوامع الفقه العيب ما نقص العين أو المنفعة وإلا فإن عده التجار عيباً وإلا فلا أحسن مما في «الكتاب» انتهى، وكان وجهه أن نقصان الثمن بسبب نقص العين أو المنفعة مما يعرفه كل أحد لا أنه مقيد بالتجار كما يوهمه كلام المصنف (كالإباق) أبق من باب منع وسمع وضرب وهو الذهاب من غير خوف ولا كد عمل أو استخفى ثم ذهب، كذا في «القاموس».

وفي «المصباح»: أبق العبد أبقاً من باب تعب وقتل في لغة، والأكثر من باب ضرب، والإباق بالكسر: اسم سنة والجمع إباق مثل كافر وكفار، وفي «الجمهرة»<sup>(١)</sup> عن الثعالبي الأبق الهارب من غير ظلم السيد، فإن كان من ظلمه سمي هارباً فعلى هذا الإباق عيب والهرب ليس بعيب أطلقه فشمّل ما لو كان من المولى أو إلى غيره، وإن لم يعرف بيت المالك أو لم يقف على الرجوع إليه وما إذا كان مسيرة سفر أو لا خرج من البلد أو لا.

قال الشارح: والأشبه أن البلدة إذا كانت كبيرة كالقاهرة كان عيباً وإلا لا بأن كان بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيباً، وقد يشكل على الإطلاق ولم يختلف عنده فإنه ليس بعيب كذا في «القنية». وقدم أنه لو أبق من قرية المشتري إلى قرية البائع فإنه يكون عيباً، وفي الثور لا يكون عيباً ثم رقم أنه يكون عيباً فيه أيضاً كخلع الرسن عيب فهذا أولى، ثم رقم إن دام على ذلك فعيب أما بالمرتين أو الثلاث فلا، قال الشيخ: وجواب أنه عيب في الثور أحسن، ويمكن أن يجاب عن الأول بأن الكلام في الإباق الذي يوجب نقص الثمن عند التجار ليصح كونه جزئياً من هذا الكلي وهذا لا يوجبه.

وبه اندفع ما يحجج به في «البحر» من أن هذا يرد على إطلاقهم ولم يقيده بالميز مع أنه من غيره ليس عيباً لأنه لا يسمى آبقاً بل ضالاً، ولو أراد المشتري أن يرجع بنقصان العيب ليس له ذلك قبل عودته أو موته، (والبول في الفراش) لأنه لضعف في المثانة، ولذا قلنا: لو عاوده بعد البلوغ عند المشتري كان عيباً حادثاً إذ هو ولداً في باطنه وعرف من هذا أنه عند اتحاد الحالة يثبت حق الرد بأن ثبت أنه سرق أو أبق أو بال عند البائع، ثم وجدت منه عند المشتري في الصغر أو الكبير.

(١) الجمهرة في اللغة لأبي بكر محمد بن الحسن بن دريد اللغوي، المتوفى سنة (٤٢١هـ)، وهو كتاب معتبر. اهـ. كشف الظنون (١/٦٠٥).

وفي «الفتح»: معزياً إلى «الفوائد الظهيرية» هاهنا مسألة عجيبة هي أن من اشترى عبداً صغيراً فوجده يبول في الفراش كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بنقصان العيب، فإذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ؟ لا رواية في المسألة قال: وكان والذي يقول: ينبغي أن يسترد استدلالاً بمسألتين: إحداهما اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردّها، ولو تعيب بعيب آخر يرجع بالنقصان فإذا رجع ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان، الثانية اشترى عبداً فوجده مريضاً له الرد، فإذا تعيب بعيب آخر رجع بنقصان العيب، فإذا رجع ثم برئ بالمداداة لا يسترد وإلا استرد، والبلوغ هنا لا بالمداداة فينبغي أن يسترد انتهى.

وفي فتاوى «قاضي خان»: اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا: إن كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك، وفيها أيضاً اشترى عبداً وقبضه فحمّ عنده وكان يحمّ عند البائع قال ابن الفضل: المسألة محفوظة عن أصحابنا أنه إن حمّ في الوقت الذي كان يحمّ فيه عند البائع كان له أن يردّه أو في غيره فلا، قيل له: ما لو اشترى أرضاً فنزت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع كان له أن يرد لأن سبب النز واحد وهو تسفل الأرض وقرب الماء، إلا أن يجيء ما غالب أو كان المشتري نزع من ترابها فيكون النزع غير ذلك أو يشتبه فلا يدري أنه عينه أو غيره.

قال القاضي الإمام: يشكل بما في «الزيادات» اشترى جارية بيضاء إحدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد، وجعل الثاني غير الأول ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم ذلك الذي رضي به إذا كان الثاني عند / البائع ولم يجعل عينه إذا عاد البياض عند المشتري وقال: لا يرد ثم قال القاضي الإمام: كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاور معي فيما كان مشكلاً إذا اجتمعنا فشاورته في هذه المسألة فما استفدت منه فرق انتهى.

وأقول: يمكن أن يقال: يلتزم أن الثاني غير الأول وإنما لا يرد إذا عاد عند البائع لأن المشتري رضي به، ولا فرق بين الأول والثاني حيث لم يرد ولم ينقل إلي مكان آخر على أن كونه لا يرد فيما إذا انجلى ثم عاد في يد البائع ليس قدراً متفقاً عليه، بل المذكور في «الواقعات الحسامية»<sup>(١)</sup> أنه يرد فرق بين هذا وبين ما إذا

(١) وهو المسمى بالأجناس للصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخاري الحنفي، المتوفى سنة (٥٣٦هـ). اهـ. كشف الظنون (٢/١٩٩٨).

والسرقة لأنها توجب نقصان القيمة عندهم والجنون.....

قبضها وهو لا يعلم فانجلى يده ثم عاد فليس له الرد، والفرق أن الثاني غير الأول حقيقة لا أنه في الأولى حدث في يد البائع فيوجب الرد، وفي الثانية في يد المشتري فلا يوجبه انتهى.

قال في «المحيط»: ولو اختلفا في مكانه بأن ادعاه المشتري باليسرى وقال البائع كان اليمين وانجلى وحدث باليسرى، فالقول للبائع ولو ادعاه على البائع بعد الهلاك وقال البائع: انجلى فالقول للمشتري ولو ادعاه بالعينين فقال البائع: كان باليمين وزال وحدث باليسرى لم يصدق بالزوال وصدق في أنه لم يكن باليسرى لأنه في أحدهما منكر وفي الأخرى مدع (والسرقة) سواء أوجب قطعاً أو لا كإنباش والطرار وأسبابها كهي كما إذا نقب البيت، وإطلاقه يعم الكبرى أيضاً كما في «الظهيرية» والكبير والصغير بشرط أن يكون مميزاً، وهذا الشرط في الثلاثة وفسره بعضهم بأن يأكل ويشرب ويستنجي وحده وهذا يقتضي أن يكون ابن سبع لأنهم قدروه بذلك في الحضانة لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بخمس سنين فما فوقها وما دون ذلك لا يكون عيباً، والحاصل أن هذه العيوب الثلاثة إن اتحدت أسبابها بأن وجدت في الكبر والصغر عندهما رد بها، لا إذا اختلفت بأن وجدت في الصغر عند البائع وبعد البلوغ عند المشتري الجواز أن يكون الثاني إنما حدث عند المشتري، وأفاد الشارح أنه لو سرق طعاماً من المولى للأكل أو اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيباً، بخلاف ما لو سرقه للبيع، زاد غيره أو للأكل من غير المولى وينبغي أنه لو سرق من المولى زيادة على ما يأكله عرفاً أن يكون عيباً.

وفي «جامع الفصولين»: لو سرق بطيخاً من غلة الأجنبي فهو عيب هو المختار، وإن سرق للادخار فهو عيب مطلقاً وما لم يكن عيباً لا يرد على الإطلاق لما قد علمته، وظاهر أن رده بعيب السرقة محله ما إذا لم يقطع فإن قطع عند المشتري، قال في «المحيط»: رجع بربع الثمن لأن اليد قطعت بالسرقتين جميعاً والجنون في الصغير عيب، قال محمد: أبداً. ولو تبعه المصنف لكان أولى حتى لو جن في الصغير في يد البائع ثم عاوده في الكبر في يد المشتري كان له الرد لاتحاد السبب فيهما وهو فساد الباطن بخلاف الإباق ونحوه، وظن بعض المشايخ أن معناه عدم اشتراط المعاودة عند المشتري لأن آثاره لا ترتفع، وجعله الإسيجابي ظاهر الجواب، والأصح هو الأول وهو المذكور في «الأصل»، و«الجامع الكبير» لأن الله تعالى قادر على إزالته بآثاره، وقد قال محمد بعد أن طعن المشتري بإباق أو جنون (و) لا يعلم القاضي ذلك لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهداً أنه قد أبق عند المشتري أو جن، فقد صرح باشتراط المعاودة في (الجنون) وعن هذا قيل: يشترط المعاودة بلا

والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية.....

خلاف بين المشايخ، كذا في عامة الروايات وهذا بخلاف ما لو ولدت الجارية عند البائع لا منه أو، عند آخر فإنها ترد على رواية كتاب «المضاربة» وهو الصحيح وعليه الفتوى لأن الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبداً، وفي رواية كتاب «البيوع» لا ترد، كذا في «الفتح».

وعندي أن رواية «البيوع» أوجه لأن الله تعالى قادر على إزالة الضعف الحاصل بالولادة ثم رأيت في «البيزانية» عن «النهاية» الولادة ليست بعيب إلا أن توجب نقصاناً وعليه الفتوى انتهى. وهذا هو الذي ينبغي أن يعول عليه، ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيباً جزم به الشارح وقيل: هو عيب ولو ساعة وقيل: المطبق (والبخر) بالموحدة المفتوحة والخاء المعجمة الفوقية من حد تعب نتن القم، أما بالجيم التحتية فانتفاخ ما تحت السرة وفي الصحابة غالب وهذا الثاني عيب في الغلام أيضاً. وفي «الفتح»: البخر هو العيب الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقبح في الأسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها، (والدفر) بفتح المهملة والفاء وسكونها أيضاً نتن ریح الإبط، وأدفر لغة ودفع كغلس اسم منه أما بالذال المعجمة فبفتح الباء لا غير وهو حدة من طيب أو نتن.

قال في «العناية»: منه قوله مسك أزفر وإبط / زفر وهو مراد الفقهاء من قولهم: الزفر عيب في الجارية هذا في «البيزانية» انتهى، وأصله في «المغرب» إلا أن كونه مراد الفقهاء لا غير فيه نظر، إذ لا يشترط في كونه عيباً شدة فالأولى كونه بالمهملة فتدبر، وبقي نتن ریح الأنف صرح في «البيزانية» لأنه عيب والظاهر أنه يقال: فيه زفر بالمعجمة وريح الإبط بهما (والزنا وولده) أي: وكون المبيع ولد الزنا فحذف المضاف والمضاف إليه، كذا في «الحواشي السعدية»، وبه اندفع كون التعبير بالمتولد، كما في «الإصلاح» أولى هذه الأربعة تكون عيباً في الأمة دون الغلام لأنه قد يراد منها الافتراض، وهذه المعاني تمنع منه بخلاف الغلام لأنه للاستخدام (في الجارية) وهذه ليست مانعة منه إلا إذا كانت عن داء فتكون عيباً في الغلام أيضاً، لأن الداء عيب كذا في «الهداية»، وعلى هذا فلا بد أن نلتزم أن كونه من تغير المعدة كما مر لا يلزم منه وجود الداء، وإلا فلا فرق بين الأمة والعبد، وفي «فتاوى القاضي» إلا أن يكون فاحشاً لا يكون مثله في عامة الناس.

وفي «السراج» البخر في الجارية عيب سواء كان فاحشاً أو غير فاحش من داء أو من غيره وفي الغلام إن كان من داء فكذلك، وإن لم يكن من داء ولم يكن فاحشاً فليس بعيب وإن كان فاحشاً بحيث يمنع سيده من قربانه فهو عيب، كذا في «الينابيع».

والكفر وعدم الحيض والاستحاضة.....

وقيل: البخر في الأمرد عيب، والأصح أن الأمرد وغيره سواء واعلم أن المعاودة في الزنا غير شرط، نص عليه محمد في «الأمالي» وكونه ليس عيباً في العبد محله ما إذا لم عادة له بأن تكرر منه أكثر من مرتين، وفي «الإيضاح»: إذا مدمناً له بحيث ينقطع به عن خدمة المولى يكن عيباً.

تتمة: سكت عن الراطة بالجارية والغلام وقد نقل في «القنية» أنه عيب في الجارية كيف ما كان لأنه يفسد الفراش، أما في الغلام فإن كان مجاناً فكذلك، لأنه دليل وإن كان بأجر فلا، وفيها اشترى حماراً تعلوه الحمير ويأتونه في دبره وقعت هذه ببخارى فلم يستقر فيها جواب الأئمة، وقال عبد الملك النسفي: إن طواع فعيب وإلا فلا، وقيل: عيب انتهى.

فما في «البيزاية» التخثت نوعان: أحدهما بمعنى الرديء من الأفعال وهو عيب، والثاني الرعونة واللين في الصوت والتكسر في المشي، فإن قل لا يرد وإن كثر رده محمول على في الأول على ما مر، (والكفر) يعني عيب في الغلام والجارية علله في «الهداية» بأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ولأنه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة وهذا يقول بأن المشتري لو كان ذمياً لا يرده والمنقول في «السراج» أنه عيب وإن كان ذمياً ولم أره في كلام غيره كيف ولا نفع للذمي بالمسلم لأنه يجبر على إخراجه عن ملكه.

قال في «البحر»: ولم أر ما لو وجده خارجاً عن مذهب أهل السنة كالمعتزلي والرافضي، وينبغي أن يكون كالكافر لأن السني ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضي وأنت خبير بأن الرافضي الذي يسب الشيخين داخل في الكافر لأنه كفر بذلك، (وعدم الحيض والاستحاضة) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة، ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح كذا في «النهاية»، وهو ظاهر في أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع إلى ذكر سببه من الداء أو الحبل وأنه لا يرجع في الحبل والداء إلا إلى قولها لا إلى قول النساء أو الأطباء وحزم في «النهاية» وعليه جرى في «العناية» وغيرها بأنه لا بد من ذكر السبب لأن ارتفاعه بدون هذين لا يعد عيباً، ولو ادعاه في مدة قصيرة لم تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند الثاني، وأربعة أشهر عند محمد، وعن أبي حنيفة وزفر سنتان، فإذا سمع القاضي الدعوى سأل البائع أهى كما يقول المشتري؟ فإن قال نعم، يردها على البائع وإن قال: هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال، فإن طلب

المشتري يمينه حلف، فإن حلف برئ، وإن نكل ردت عليه، وإن أقام المشتري بينة لم تقبل على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة، وإن أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف؟ عند الإمام لا، وعندهما يستحلف. وذكر في فتاوى «الفضلي»: أنه يرجع في الحبل إلى قول النساء، وفي الداء إلى الأطباء ويشترط لقيام العيب فيها قول عدلين منهم وما لم يطلع عليه الرجال يثبت بقول امرأة.

قال في «الفتح»: وهذا ينبو عن تقرير «الكتاب» والموافق له ما في «الخانبة» اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهراً أو أربعين يوماً قال القاضي الإمام: ارتفاع الحيض عيب وأدناه شهر واحد إذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرده إذا ثبت أنه كان عند البائع انتهى، وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر وينبغي أن يعول عليه، وبه ظهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع إلى تعيين أنه من حبل أو داء لأنه كونه / عيباً باعتبار كونه مفضياً إلى الداء لا لأنه لا يكون إلا عن داء، ولذا لم يتعرض فقيه النفس قاضي خان بل يكفي في الخصومة ادعاؤه ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعول عليه، فظهر أن ما في «النهاية» من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم يحتاج في توجيه الخصومة إلى قول الأطباء أو النساء ليس تقرير ما في «الكتاب» بل ما ذكره مشايخ آخرون يغلب على الظن خطأهم، وتعبه في «البحر» بأن كون قاضي خان لم يتعرض له ممنوع، بل قال في «فتاواه»: اشترى جارية وقبضها ثم قال: إنها لا تحيض.

قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: لا تسمع دعوى المشتري إلا أن يدعي ارتفاع الحيض بالحبل أو بسبب الداء، فإن ادعى سبب الحبل سأل القاضي النساء إن قلنا: هي حبلى حلف البائع أن ذلك لم يكن عنده، وإن قلنا: ليست بحبلى فلا يمين وفي معرفة داء بباطنها رجوع إلى الأطباء، ثم نقل بعده ما مر لكن الأولى لسماع الدعوى عند القاضي، والثاني لتحقق العيب في نفسه، وأما ما نقله من اعتبار الشهر فغير معتبر لأنه مخالف لصريح النقل عن الأئمة الثلاثة ويمكن حمله على رواية أخرى انتهى. ورأيت في «المحيط» أن اشتراط ذكر السبب رواية «النوادر» وعليه يحمل ما في «الخانبة» أو لا.

تنبيه: عدم الحيض إنما يكون عيباً إذا أمكن، أما إذا كان لكونها... أو صغيرة فإنه لا يكون عيباً، كذا في «المعراج» ويجب أن يكون معناه إذا اشتراه عالماً بذلك، وفي «المحيط» اشتراها على أنها تحيض فوجدها لا تحيض، إن تصادقا على أنها لا تحيض بسبب الإياس فله الرد لأن هذا عيب لأنه اشتراها للحبل والآيسة لا تحبل.

والسعال القديم والدين والشعر والماء في العين .....

وفي «القنية»: لو وجدها تحيض كل ستة أشهر مرة كان له الرد، (والسعال القديم) لأن دوامه دليل الداء قيد بالقديم لأن المعتاد منه ليس عيباً، كما في «الفتح» وهذا معنى ما في «جامع الفصولين» السعال عيب إن فحش، وإلا فلا (والدين) هذا الإطلاق شامل لما إذا كان يطالب به في الحال أو بعد العتق وعليه جرى في «الفتح» إذ بعد ذكره أن الدين مطلقاً عيب، قال: وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين، وهو أنه إن كان ديناً يتأخر إلى ما بعد العتق فلا خيار له يرده به، كدين معاملة بأن اشترى شيئاً بغير إذن المولى وإن كان في رقبته ولاية بأن جنى في يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده إلا أن يقال: وبعد العتق قد يضره في نقصان ولاية وميراثه انتهى.

لكن علل الشارح المسألة بأن ماليته يكون مشغولاً بها وتتقدم الغرماء على المولى وهذا صريح في تخصيصه بما كان في رقبته، وبه صرح مسكين حيث قال: أي الدين الذي يطالب به في الحال لا المؤجل فإنه ليس بعيب، كما في «الذخيرة».

وفي «المحيط»: حين عد العيوب قال: والدين يتعلق بالرقبة، وفي «السراج» إذا كان على العبد دين أو في رقبته جناية كان عيباً، لأنه يجب بيعه فيه ودفعه فيها فتستحق رقبته بذلك، ويتصور هذا فيما إذا أحدث الجناية بعد العقد قبل قبض المبيع، أما إذا كانت قبله فبالبيع يصير مختاراً للجناية، فإن قضاه المولى قبل الرد سقط. زاد البزازی وكذا لو أبرأه الغريم، (والشعر والماء في العين) قيد فيهما لأنهما يضعفان البصر وربما أورثا ذهابه، وفيه إشارة إلى أن كل مرض في العين عيب، ومنه كما قالوا: السل وكثرة الدمع، والغرب وهو ورم في المآقي وربما سال منه شيء حتى جعله محمد في حال سيلانه من أرباب الأعذار، والستر وهو انقلاب في الأجفان، والخوص بفتحيتين وهو نوع من الحول والقبل في إنسان العين، والجرب والعشى وهو عدم الإبصار ليلاً وكونه أجهر وهو من لا يبصر نهاراً وكون أحد العينين زرقاء والأخرى غير زرقاء، أو أحدهما كحلاء والأخرى غير كحلاء.

والحاصل أن العيوب كما في «التحفة» على نوعين: ما يوجب فوات جزء من المبيع كالعمى والعمور والصمم والإصبع الناقصة ونحو ذلك، وفي «الفتح» قطع إصبع عيب، والإصبعان عيبان، والأصابع مع الكف عيب واحد، وما يوجب نقصاناً من حيث المعنى فقط وعليه اقتصر المصنف لظهور المعنى الأول لكن بقي منه النكاح من حيث المعنى فقط، فلو قال البائع: أبانها الزوج أو مات عنها قبل البيع قبل قوله: ولو أقام المشتري بينة على قيام النكاح لم يقبل إلا إذا كان على إقرار البائع بذلك، ولو قال: كان زوجها عبدي فأبانها أو مات عنها وأنكر المشتري ذلك كان له الرد كذا

فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه.....

في «الخانية»، والعسر وهو من يعمل بيساره فقط إلا إن عمل في اليمين أيضاً كعمر ابن الخطاب، وقلة الأكل في الدواب والكذب والنميمة وترك الصلاة.

وفي «القنية»: تركها/ في العبد لا يوجب الرد، وفيها لو ظهر أن الدار مشؤومة ينبغي أن يتمكن من الرد لأن الناس لا يرغبون فيها، ولو اشترى حماراً لا ينق فهو عيب، وفي «جامع الفصولين» لو كان مقامراً إن كان يعد عيباً كقمار نرد وشطرنج وغيرها فهو عيب، وكذا السحر عيب فيها لما فيه من الضرر، وشرب الخمر إلا أن يكون على سبيل الكتمان أحياناً والعيوب كثيرة برأنا الله منها. (فلو حدث عيب آخر عند المشتري) بفعله أي بفعل أجنبي أو بأفة سماوية، كذا في «جامع الفصولين» وسكت عما إذا كان بفعل البائع يمنع الرد، ويجب الأرش على الجاني ويرجع بحصة العيب من الثمن وقبلة بفعل البائع وغيره ويرده بجميع الثمن أو يأخذه وجد به عيباً أو لا، وي طرح عند جنابة المعقود عليه.

[1/٣٧٥]

وفي «القنية»: لو كان بالمبيع أثر قرحة برأت ولم يعلم به فعادت قرحة وأخبر الجراحون أن عودها بالعيب القديم لم يرد، ويرجع بالنقصان بخلاف ما إذا كان به قرحة فانفجرت عند المشتري حيث يرد لأن الانفجار ليس بعيب حادث انتهى، ومن الحادث ما لو اشترى ما له حمل ومؤنة في بلد ليس له الرد جبراً إلا في بلد العقد، ولو أقام البائع بينة أنه حدث عند المشتري وللمشتري بينة أنه كان معيباً عند البائع تقبل بينة المشتري لأنه يثبت الخيار والقول للبائع لأنه ينكر الخيار، كذا في «شرح قاضي خان» (رجع بنقصانه) بأن يقوم بلا عيب ثم مع العيب وينظر في التفاوت، فإن كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن، وإن كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق حتى لو اشتراه بعشرة وقيمه مائة وقد نقصه العيب عشرة رجع بعشر الثمن وهو درهم، ولو بمائتين وقيمه مائة وقد نقصه العيب عشرة رجع بعشرين، ولو نقصه عشرين رجع بأربعين.

قال البزازي: وفي المقايضة إن كان النقصان عشر القيمة رجع بنقصان ما جعل ثمناً يعني ما دخل عليه الباء، ولا بد أن يكون المقوم اثنان يخيران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشتري وهو الأهل في كل حرفة، ولو زال الحادث كان له رد المبيع مع النقصان وقيل لا، وقيل: إن كان بدل النقصان قائماً رد وإلا لا، كذا في «القنية» والأول بالقواعد أليق والفرق بين هذا وبين ما لو اشتراه ولم يره حتى سقط خياره فرد عليه بعيب نقصاً حيث لا يعود خياره يدرك بأدنى تأمل، ويستثنى من الرجوع ما لو باعه تولية، والمسألة بحالها فلا رجوع ولا رد لأنه لو رجع صار الثاني أنقص من

أورد برضا بائعه ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب وإن قبله البائع كذلك له ذلك وإن باعه المشتري.....

الأول، وقضية التولية أن يكون كالأول ذكره الشرع<sup>(١)</sup> وما لو وجد بالمسلم فيه عيباً وقد حدث عنده آخر، فإنه كما قال الإمام: يخير المسلم إليه بين قبوله معيباً بالعيب الحادث وبين أن لا يقبل ولا شيء له من رأس المال ولا من نقصان العيب، لأنه لو غرم النقصان كان اعتياضاً عن الجودة فيكون ربا.

وقالوا: لو اشترى المكاتب أباه أو ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده ولا يرجع بالنقصان، (أورد المبيع برضى بائعه) لأن في الرد إضرار بالبائع لكونه خرج عن ملكه سالماً أي عن الحادث فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى بالضرر، فيخير المشتري بين الرد والإمسك من غير رجوع بنقصان وهل المعنى لا يستفاد من الكتب فلو قال: ولم يرجع بنقصان لكان أولى، واعلم أنه يستثنى من هذا الإطلاق ما لو قتل المبيع عند المشتري رجلاً خطأ ثم ظهر أنه قتل آخر عند البائع ثم اطلع على عيب فقبله البائع بالجنايتين لا يجبر المشتري على ذلك، وإنما يرجع بنقصان الجناية الأولى دفعا للضرر عنه لأنه لو رده على بائعه كان مختاراً للفداء فيهما، وما لو اشترى عصيراً فتخمر بعد قبضه ثم وجد به عيباً لا يرده وإن رضي البائع، وإنما يرجع بالنقصان كذا في «المحيط» وغيره.

(ومن اشترى ثوباً فقطعه) تبع المص القدوري في أفراد هذه المسألة وكان حذفها أليق لأنها من أفراد ما مر، أعني ما لو حدث به عيب آخر عند المشتري إلا أنه جعلها توطئة لقوله: فلو قطعه خاطه وعلى هذا فقوله في «الفتح» يعني ولم يخطه مما لا حاجة إليه (فوجد به عيباً) كان به عند البائع كما فهمه التعبير يوجد (رجع بالعيب) أي: بنقصانه لتعذر الرد جبراً لحدوث العيب الثاني طوّل بالفرق بين هذا، وما لو نحره المشتري فوجد أمعاء فاسدة حيث لا يرجع بالنقصان عند الإمام، وأجيب بأن النحر إفساد للمالية لصيرورة المبيع به عرضية للنتن والفساد، ولذا لا يقطع السارق به فاختل معنى قيام المبيع، (فإن قبله) أي: الثوب (البائع كذلك له ذلك) أي: القبول لأن الامتناع إنما كان لحقه وقد أسقطه والوطء كالقطع بكرةً كان أو ثيباً، كما في «الظهرية». وقد منّا أنه لو كان للعلم بكونها بكرةً من غير فعل بعده كان له الرد إن وجدها ثيباً، وفي «البرازية» / تقايضا عبداً تجارية وتقاضيا ووطئ المشتري الجارية ثم وجد بالعبد عيب ورده خيرٌ بائع الجارية بين أخذ قيمتها يوم قبضها أو أخذها وليس له نقصان الثمن إن بكر أولاً والعقر إن ثيباً لأن الوطاء على ملكه انتهى.

(وإن باعه المشتري) أي: أخرجه عن ملكه والبيع مثال فعم ما لو وهبه أو أقر به

(١) الكلمة في الأصل هكذا «الشر» ولعل المراد بها الشارح اهـ. الزيلعي صاحب التبيين.

لم يرجع بشيء فلو قطعه أو خاطه أو صبغه أو لت السوق بسمن فاطلع على عيب رجوع  
بنقصانه.....

غيره، وكذا لو باع بعضه بخلاف ما لو أجره أو رهنه كما في «المحيط» ولا فرق في  
إخراجه بين ما إذا كان بعد رؤية العيب أو قبل، كما في «الفتح» وسواء كان ذلك  
لخوف تلفه أو لا، حتى لو وجد السمكة المعيبة معيبة وغاب البائع بحيث لو انتظره  
لفسدت فباعها (لم يرجع) أيضاً (بشيء) كما في «القنية»، لم يرجع بشيء لأنه صار  
حاسباً للمبيع بالبيع، إذ الرد بالقطع غير ممتنع برضى البائع.

ولذا قلنا: (لو قطع الثوب) المشتري لولده الصغير لباساً (أو خاطه) ثم اطلع  
على عيب لا يرجع بالنقصان لأن التمليك منه حصل بمجرد القطع له وهو نائبه في  
التسليم، ولو كان الولد كبيراً رجع بالنقصان لأنه لم يصر مسلماً إليه إلا بعد الخياطة  
فكانت الخياطة على ملكه، وامتناع الوجوب سبب الزيادة التي هي الخياطة قبل  
إخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين أن يخرج عن ملكه بالبيع أو لا في  
جواز الرجوع بالنقصان، وهذا معنى ما في «الفوائد الظهيرية» الأصل في جنس هذه  
المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائماً على ملك المشتري ويمكنه الرد برضى  
فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان، وكل موضع يكون المبيع قائماً على ملكه ولا  
يمكنه الرد وإن رضي البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان.

وفي هبة «البرازية» اتخذ لولده الصغير ثياباً ليس له أن يدفعها لغيره إلا إذا بين  
وقت الاتخاذ أنها عارية بأن أشهد وقت الاتخاذ أنها عارية، فلو قطعه، أي: قطع  
المشتري الثوب وخاطه (أو صبغه) أطلقه وقيده في «الغاية» بالأحمر وعليه جرى  
الحدادي فإن صبغه أسود، فكذلك عندهما لأنه زيادة عند أبي حنيفة نقصان فيكون  
للبياع أخذه على الإطلاق، جرى العيني وغيره فقال: بأي صبغ كان (أو لت السوق).  
قال في «المصباح»: لت السوق لتاً من باب قتل به بشيء من الماء انتهى. نبه  
بذلك على أن اللت مطلقاً هو البيل بالماء ولذا قال: بسمن إذ الكلام في الزيادة في  
المبيع أو غرس في الأرض أو بنى أو طحن الحنطة أو شوى اللحم أو خبز الدقيق.

قال في «الفتح»: وفي كون الطحن والشيء من المتصلة تأمل (فاطلع على عيب  
رجع) على البائع (بنقصانه) لامتناع الرد بالزيادة، إذ الفسخ إما أن يرد على الأصل  
وحده أو معها لا سبيل إلى الأول لعدم انفكاكها عنه، ولا إلى الثاني لأن العقد لم يرد  
عليها، فكذا الفسخ ولو أخذه مكان ربا فتعين الرجوع بالنقصان بأن قيد بغير  
المتولدة لأن المتولدة من الأصل كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا يمنع الرد  
في ظاهر الرواية لتمحضها تبعاً للأصل فكان الفسخ لم يرد إلا عليه، وبقي المنفصلة

كما لو باعه بعد رؤية العيب أو مات العبد أو أعتقه.....

يقسمها، ولا شك أن غير المتولدة منه لا تمنعه بحال فيفسخ العقد في الأصل دون الزيادة، لذا المتولدة منه فتمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لأن العقد لم يرد عليها ولا يمكن التبعية للانفصال، فيكون المشتري بالخيار قبل القبض إن شاء ردهما جميعاً، وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن، وأماً بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد، وعلى قيمة الزيادة وقت القبض، فإذا كانت قيمة المبيع ألفاً، وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن إن رده وأخذ تسعمائة كذا في «الفتح». وجزم في «البحر» بأنه سهو لأنه إذا كان قبل القبض له ردهما وبعده له رد المبيع خاصة فأنتى تمنع الرد؟

وأقول: هذا هو الساهي إذ معناه يمنع رد الأصل وحده بخلاف غير المتولدة وقد أفصح عند ذلك في «العناية» حيث قال: وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجاناً بخلاف الولد، والفرق أن الكسب ليس بمبيع بحال ما لأنه تولد من المنافع غير الأعيان والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع، فلا يجوز أن يسلم له مجاناً لما فيه من الربا والتفضيل بين كونه قبل القبض أو بعده، مذكور في «البرازية» وغيرها (كما) أي: كما يرجع بالنقصان (لو باعه) في هذه الصورة (بعد رؤية العيب) لامتناع الرد قبله فلم يصر به حاسباً للمبيع وقد مر إيضاحه، (أو مات العبد) لأن الملك انتهى به والامتناع حكمي لا بفعله، ولا فرق في هذا بين أن يكون بعد رؤية العيب أو قبله ولو قال: أو هلك المبيع لكان أفود إذ لا فرق بين الآدمي وغيره، ومن ثم قال في «الفصول»: ذهب به إلى بائعه ليرده بعينه فهلك في الطريق هلك على المشتري ويرجع بنصفه.

وفي «القنية»: اشترى جداراً مائلاً فلم يعلم به حتى / سقط فله الرجوع بالنقصان، (أو أعتقه) لأنه إنهاء للملك فصار كالموت وهذا الإطلاق مقيد بما إذا لم يعلم بالعيب، أما إذا علم به كان العتق رضي فلا يرجع بشيء والتدبير والاستيلاء كالعتق لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي، والكتابة كالإعتاق على مال لحصول العوض فيها كالبيع، كذا في «الشرح».

وفي «السراج» لو كاتبه وأدى بدل الكتابة وعتق ثم اطلع على عيب لا يرجع بشيء، وهو ظاهر في أن مجرد الكتابة من غير أداء البدل غير مانع من الرجوع وفيه نظر، وسيأتي ما يرشد إليه قال الشر: ولو عجز المكاتب ينبغي أن يرده بالعيب لزوال المانع، كما لو اطلع على عيب في العبد الآبق لا يرجع بشيء لأن الرجوع خلف عن

فإن أعتقه على مال أو قتله أو كان طعاماً فأكله.....

الرد فلا يصار إلى الخلف مادام حياً، فإذا رجع رده لزوال وبه اندفع ما في «السراج» من تقييد الكتابة بأداء بدلها ليصير كالعق على مال، إذ لو صح هذا لما تصور عجزه كما لا يخفى.

وقد منا ما لو اشترى المكاتب أباه أو ابنه ثم اطلع على عيب لأنه مكاتب عليه فلا يتمكن من إخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان، وهذا يؤيد النظر السابق ولو عجز يرده المولى ويتولاه المكاتب لأنه هو المشتري فكان حقوقه إليه، إلا إذا مات المكاتب فيرده المولى، ولو أبرأه المكاتب قبل العجز لا يرده المولى، وإن أبرأه المولى قبل عجز المكاتب جاز، ولو اشترى المكاتب أم ولده ومعها ولدها لا يردها بالعيب ويرجع بنقصانه، ولو أبرأه المكاتب جاز ولو اشترى من مكاتبه عبداً لا يرده بالعيب ولا يخاصم بائعه، كذا في «المحيط».

تمتة: وقف المشتري الأرض ثم علم بالعيب رجع بالنقص وفي جعلها مسجداً اختلاف، والمختار الرجوع بالنقص، كما في «جامع الفصولين». وفي «البرزانية» وعليه الفتوى، وما رجع به يسلم إليه لأن النقصان لم يدخل تحت الوقف انتهى. (فلو أعتقه على مال) لم يرجع بشيء لأنه حبس بدله وليس المراد به قبضه إذ من صورته ما لو قال: إذا أدبت إلي ألفاً في شهر كذا فانت حر، (أو قتله) أي: قتل المبيع هذا أعني عدم رجوعه بشيء هو ظاهر الرواية عن أصحابنا، وعن أبي يوسف قيل ومحمد أنه يرجع لأن هذا القتل لم يتعلق به حكم دنيوي فكان كالموت وجه الظاهر أن القتل لم يعهد شرعاً إلا مضموناً، وإنما سقط عن المولى بسبب الملك فصار كالمستفيد به عوضاً وهو سلامة نفسه عن القتل إن كان عمداً، أو الدية إن كان خطأ فكان كأنه باعه حتى لو كان مديوناً ضمنه، كما في «الكافي».

(أو كان) المبيع (طعاماً فأكله) عند الإمام وقالوا: يرجع بالنقصان وهو قول الأئمة الثلاثة وعلى هذا الخلاف لبس الثوب ثم اطلع على عيب لهما أنه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فأشبهه الاعتاق، وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبهه البيع، وفي «الخلاصة»: الفتوى على قولهما، وبه أخذ الطحاوي لكن جعل صاحب «الهداية» قوله استحساناً مع تأخيره ولجوابه عن دليلهما يقرر مخالفته في كون الفتوى على قولهما، وفي «جامع الفصولين»: شرى بغيراً فلماً أدخله داره سقط فذبحه رجل بأمr المشتري فظهر عيبه يرجع بنقصه عندهما، وبه أخذ المشايخ كما لو أكل طعاماً ولو لم يعلم بعيبه قبل الذبح فذبحه هو أو غيره بأمره لا يرجع، ولو اشترى براً على أنه ربيعي فزرعه، فظهر أنه خريفي اختار المشايخ أنه يرجع بنقص

أو بعضه لم يرجع بشيء ولو اشترى بيضاً أو قثاءً أو جوزاً ووجده فاسداً ينتفع به رجوع  
بنقصان العيب وإلا بكل الثمن.....

العيب وهو قولهما بناء على ما لو اشترى طعاماً فأكله فظهر عيبه والفتوى على قولهما .

وفي «القنية» باع منه زكاء للبذر وقال: ازرعه فإن لم ينبت فإنا ضامن لهذا  
البذر فزرع فلم ينبت فعليه ضمان النقصان انتهى . (أو) أكل (بعضه لم يرجع بشيء)  
هذا قول الإمام أيضاً، وعنهما روايتان في رواية رجوع بنقصان العيب في الكل فلا يرد  
الباقي وفي أخرى يرد ما بقي لأن الطعام لا يضره التبعض، فكان قادراً على الرد فيما  
أخذه ويرجع بالنقصان، فيما أكل. وفي «المجتبى»: «وبه يفتى ولو أطعمه ابنه  
الصغير أو الكبير أو امرأته أو مكاتباً وضيفه لا يرجع بشيء، ولو عبده أو مدبره أو  
ولده يرجع لأن ملكه باق ولو اشترى دقيق الخبز بعضه ثم ظهر أنه مررد ما بقي ورجع  
بنقصان ما خبز هو المختار، ولو كان سمناً ذائباً فأكله ثم أقر البائع أنه كان وقع فيه  
فارة رجوع بالنقصان عندهما وبه يفتى كذا في «الفتح» .

(ومن اشترى بيضاً أو جوزاً) أو فستقاً أو بندقاً أو نحو ذلك فوجده، أي: أصابه  
حال كونه فاسداً بأن كسره وفيه إيحاء إلى أنه لو علم بعيبه من غير كسر كان له الرد  
فلو كسره بعد العلم بالعيب لا يرد لأنه صار راضياً به، وبه اندفع ما في «البحر» من  
أنه لا بد من تقييد المسألة بكسره ينتفع به مع فساده بأن يأكله الفقراء أو يصلح  
للعلف، ولا خفاء أن بعض الفقراء يأكل البعض الفاسد، فاندفع قول العيني هذا لا  
يتصور في البيض لأن قشره لا قيمة له رجوع بنقصان العيب لأن الكسر عيب حادث إلا  
إذا رضي به البائع هذا إذا لم يتناول منه شيئاً، فإن تناول بعد ما ذاقه لم يرجع بشيء  
قيد بكونه وجد المبيع / فاسداً لأنه لو وجد البعض منه فاسداً فإن كان قليلاً جاز  
البيع، وإن كان كثيراً بطل عنده في الصحيح، وجاز عندهما في حصة الصحيح منه .

وفي «النهاية» الأصح قولهما لأن الثمن ينقسم على الأجزاء لا على القيمة  
والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة، كذا في «الهداية»  
وهو ظاهر في أن الواحد في العشرة كثير، وبه صرح في «القنية»، وقال السرخسي:  
الثلاثة عفو يعني في المائة .

وفي «الجزاية» كسر بعض الجوزات (فوجده فاسداً) لا (ينتفع به) وله قيمة عند  
الناس (يرجع بنقصان العيب) فيما كسر ولا يرد المكسور (وإلا) أي: وإن لم ينتفع به  
بأن كان البيض منتناً والقثاء مرأ والجوز خاويماً، وما في العيني أو... (١) ففيه نظر لأنه  
يأكله الفقراء رجوع (بكل الثمن) تبين بالكسر أنه ليس بمال فكان البيع باطلاً قيل:

ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه.....

هذا صحيح في الجوز الذي لا قيمة لقشره، أما إذا كان له قيمة بأن كان في موضع يباع فيه قشره يرجع بحصة اللب فقط، وقيل: يرده ويرجع بكل الثمن لأن ماليته باعتبار اللب وظاهر «الهداية» يفيد ترجيحه، وكذا في البيض أما بيض النعامة إذا وجده فاسداً بعد الكسر فإنه يرجع بنقصان العيب.

قال في «العناية»: وعليه جرى في «الفتح» وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعاً قال ابن وهبان: وينبغي أن يفصل بأن يقال هذا في موضع يقصد فيه الانتفاع إلا بالمخ بأن كان في برية والقشر لا يتنقل كان كغيره قال الشيخ عبد البر: ولا يخفى عليك فساد هذا التفصيل فإن هذا القشر مقصودٌ بالشراء في نفسه ينتفع به في سائر المواضع، وما ذكره لا ينهض لأن هذا قد يتقعض في كثير مما اتفقوا على صحة بيعه ولا يكون ذلك موجباً لفساد البيع، (ولو باع) المشتري (المبيع فرد عليه بعيب بقضاء) بإقرار أنه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو عند المشتري الآخر أو بينه على ذلك أو بنكول عن اليمين عن العيب، ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبتته بالبينة، كذا في «الهداية»، ولو قال بعد الرد عليه: لا عيب فيه لا (يرده) على البائع الأول اتفاقاً، كما في «الفتح».

وفي «البرزازية» ولو علم البائع بالعيب له أن لا يقبل بغير قضاء لتمكنه من الرد (على بائعه) قيل: بقوله فرد لو اطلع على عيب قديم وحدث عنده آخر فرجع بنقصان العيب القديم لا يرجع على بائعه بنقصان العيب القديم عند الإمام، وعندهما يرجع، كذا في «البحر» معزياً إلى الإسبيجابي ورده على بائعه لا فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء إلا إذا حدث به عيب آخر عنده فإنه يرجع بالنقصان، كما في «التهذيب»، وهذا الإطلاق قيده في «المبسوط» بما إذا ادعى المشتري العيب عند البائع الأول، أما إذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الأول ولم يشهد أنه كان عند البائع الأول ليس للمشتري الأول أن يرد عليه إجماعاً، كذا في «الفتح» تبعاً «للدراية».

وفي «البرزازية» معزياً إلى «الجامع»: جدد البائع مع المشتري ثانياً بأقل من الثمن الأول أو أكثر ثم رد عليه بعيب لم يكن له أن يرده على بائعه الأول، وبقي قيد ثالث: هو أن يكون البيع قبل الاطلاع على العيب القديم، أما بعده فليس له الرد على بائعه ولو كان الرد عليه بقضاء، كذا في الفتوى. ومعنى الرد عليه أن له أن يخاصمه بذلك لأن الرد عليه يكون رداً على بائعه، بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب

ولو برضا لا ولو قبض المشتري المبيع وأدعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بآئعه .....

بقضاء ببينة أو بإبء يمين أو بإقرار من المأمور حيث يكون رداً على الموكل كذا في «الجامع»، لأن البيع واحد وفيما نحن فيه بيعان، وقيدته فخر الإسلام بعيب لا يحدث فيرده بالبينة أو بإبء اليمين ولا يرده المأمور بالإقرار لأن إقرار المأمور لا يسمع على الأمر، فإذا كان لا يسمع فيما لا يحدث مثله ففيما يحدث بالأولى، ولو كان بغير قضاء اقتصر عليه وأن لا يحدث مثله هو الصحيح، كما في «الجزاية».

وفي «الولوالجية»: رد عليه بلا قضاء لزمه دون الموكل هو الصحيح، وينبغي أن يكون معنى الإقرار المذكور في «الجامع» ما مر من أنه الإقرار فأثبتته بالبينة لأنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء فلا ينافيه ما قاله فخر الإسلام وغيره من أنه لا يرده بإقرار الوكيل ولو كان الرد برضى لا، أي: لا يرده على بائعه لأنه يبيع جديد في حق ثالث، وإن كان فسخاً في حقهما والأول ثالثهما أطلقه فعم ما لا يحدث مثله في المدة وهو قول العامة، والمسألة مقيدة بما إذا كان ذلك بعد القبض فيرده (ولو برضى) وبغير الصرف.

أما في الصرف فإنه يرده بغير قضاء عليه، تفرغ ما في «المنتقى» اشترى ديناراً بدرهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيباً ورده على المشتري بغير قضاء فإنه يرده على بائعه، لمعنى هو أن المبيعين حينئذ يكونان معدومين لأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع بخلاف المبيعين في غير النقود كمسألة «الكتاب» فإنهما موجودان وعلى هذا إطلاقاً / الكتاب بالنسبة إلى موضوع المسألة غير محتاج إلى هذا القيد، كذا في «الفتح» قيد بخيار العيب لأنه لو رد على المشتري بخيار رؤية أو شرط فإنه يرده على بائعه ولو بغير قضاء.

(ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيباً) كان عند بائعه (لم يجبر على دفع الثمن) لأنه لو أجبر لربما أثبت العيب فيسترده وفيه نقص للقضاء فلا يصر إليه حتى يتبين الأمر، ولم أر ما لو كان البيع مقايضة فوجد المشتري بالمبيع عيباً ولم يقبض ما دخل عليه... (١) هل يجبر على دفعه أو لا؟ (ولكن يبرهن) المشتري أي: يقيم البينة (أو يحلف) بسكون (بائعه) هذا ظاهر في أنه إذا أقام المشتري البينة مع وجود العيب عنده أو حلف البائع أجبر على الدفع، وليس مراد لأنه من إقامة البينة على وجوده عند المشتري وعند البائع ومن ثم قال الشر وقوله ولكن يبرهن، أي: يقيم البينة لإثبات العيب وطريقه ما قلنا: بقي أن قوله أو يحلف بائعه إنما يأتي عند العجز عن الأولى على قولهما، أما على قوله فلا في الصحيح عنه لأنه لا ينتصب خصماً إلا بعد إثبات قيامه عند المشتري.

وإن قال شهودي بالشام: دفع إن حلف بآئعه فإن ادعى إباقاً.....

وقوله في «البحر»: وتحليف البائع في المسألتين إنما هو فيما إذا أقر بقيام العيب به ولكن أنكر قدمه مما لا دليل في كلامه عليه، وقد ظهر لي أن موضوع هذه المسألة في عيب لا يشترط تكراره كالولادة. فإذا ادعاه المشتري ولا برهان له حلف بآئعه، وقوله بعد ولو ادعى إباقاً بيان لما يشترط تكرره وإلا كان الثاني حشواً فتدبره فإنني لم أر من عرّج عليه.

واعلم أن المصنف عدل عن قول صاحب «الهداية» لم يجبر حتى يحلف البائع أو يقيم البينة لأن ظاهره غير صحيح، وهذا لأنه جعل غاية عدم الإيجاب إماماً تحليف البائع، أو بينة المشتري وكلاهما غير صحيح، أمّا الثاني فظاهر، وأمّا الأول فلأن معناه يطلب منه الحلف ولا يلزم منه حلفه ليرتب عليه عدم جبره لجواز أن ينكل فيستمر عدم الجبر هذا حاصل ما في «الفتح». واقتصر في «العناية» على الثاني وهو الظاهر بناء على أن يحلف من الحلف لا من التحليف، أجابوا بأنه من باب علفتها تبنياً وماء بارداً، أو أن التقدير حتى يظهر وجه الحكم أي حكم الإيجاب وعدمه، أو بأن الانتظار مستلزم لعدم الإيجاب وذكر اللازم وإرادة الملزوم كناية قال في «العناية»: والحق أن الاستثناء إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم.

قال في «الحواشي السعدية»: فيه بحث فإن مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على ما صرح به في «التلويح» خصوصاً في الروايات وكلام المصنفين، قال يعقوب باشا: والأولى في التوجيه أن يقال: إن هذا من قبيل اللف والنشر التقديري تقديره لم يجبر على دفع الثمن ولا يكون له حق الرد حتى يحلف بآئعه، أو يقيم بينة كما ذكره صاحب «الكشاف» في تحقيق قوله تعالى: ﴿يَوْمَ يَأْتِي بَعْضُ آيَاتِ رَبِّكَ لَا يَنْفَعُ نَفْسًا إِيْمَانُهَا لَمْ تَكُنْ آمَنَتْ مِنْ قَبْلُ أَوْ كَسَبَتْ فِي إِيمَانِهَا خَيْرًا﴾ [الأنعام: ١٥٨] حيث قال: إنّه من قبيل اللف والنشر التقديري والمعنى لا ينفع نفساً إيمانها ولا عملها لم تكن آمنت من قبل أو كسبت في إيمانها خيراً انتهى.

(فإن قال) المشتري: (شهودي بالشام) أي: غيب عن المصر والشام مثال (دفع) الثمن (إن حلف بآئعه) لأن في الإنظار ضرر بالبائع وليس في الدفع كبير ضرر على المشتري لانه على حجته متى أقام البرهان عليها قبلت، ولو قال: أحضر بينتي إلى ثلاثة أيام أجله ولو قال: لا بينة لي فحلف البائع ثم أتى بها تقبل عند الإمام، خلافاً لمحمد كذا في «الفتح».

(فإن ادعى إباقاً) ونحوه مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما كالبول

لم يحلف بئنه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده فإن برهن حلف بالله ما أبق عندك قط

في الفراش والسرقة والجنون (لم يحلف البائع) إذا أنكر قيامه للحال (حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده).

أما لو اعترف بقيامه للحال فإنه يسأل عن وجوده عنده، فإن اعترف به رده عليه بالتماس من المشتري، وإن أنكر طوّل المشتري بالبينة على أن الإباق وجد عند البائع فإن أقامها رده وإلا حلف بالله لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط، (فإن برهن المشتري قيامه للحال حلف البائع، وإن لم يبرهن ولم يقر البائع فعند الإمام لا يحلف) خلافاً لهما، وقد مر (بالله ما أبق عندك قط) قال الشارح: والأحوط أن يحلف بالله ما أبق قط أو بالله ما يستحق عليك الرد من هذا الوجه الذي ذكره أو بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لأنه يحتمل أنه باعه وقد أبق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهب عنه انتهى. وأبهم الغير ليعم ما لو كان عند مورثه أو واهبه أو مودعه أو مستأجره أو من الغاصب لا إلى منزل مولاه مع معرفته له والقدرة على الرجوع له على مر إلا أن كون حذف الظرف أحوط بالنظر إلى المشتري مسلم لا بالنظر إلى البائع إذ يجوز أنه أبق عند الغاصب ولم يعلم منزل المولى ولم يقدر عليه، وقد مر أنه ليس بعيب فالأحوط بالله ما يستحق عليك الرد إلخ وما بعده.

وفي «البرازية» والاعتماد على المروي عن الثاني بالله ما لهذا المشتري قبلك حق الرد بالوجه الذي يدعيه تحليفاً على الحاصل انتهى. ولا يحلف بالله لقد باعه وما به العيب لأن فيه ترك النظر/ للمشتري لجواز حدوثه بعد البيع قبل التسليم [ب/٢٧٧] فيكون باراً مع أنه يوجب الرد، وكذا لا يحلفه لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيتناوله في اليمين عند قيامه في أحد الجانبين وهذا من باب الاحتياط، وإلا فهذا التأويل لا يخلصه عند الله تعالى بل هذا يمين غموس.

ومن ثم قال السرخسي: الأصح عندي أنه يجوز أن يحلف كذلك قيل كيف يحلف على البات مع أن فعل الغير والتحليف فيه إنما يكون على العلم؟ وأجيب بأنه على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما التزمه، قاله السرخسي: وقيل محله ما لو ادعى أنه لا علم له به أما لو ادعى الحالف العلم به كما هنا حلف على البتات، ألا ترى أن المودع لو ادعى قبض ربها لها حلف على البتات لادعائه العلم بذلك؟ وإن كان القبض فعل الغير.

قال في «الفتح»: وهذا أوجه لأن معنى تسليمه سليماً سلمته، والحال أنه لم يفعل السرقة عندي فيرجع إلى الحلف على فعل الغير، ثم قال: ومما تطارحناه أنه لو لم يأبق عند البائع وأبق عند المشتري وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم

والقول في قدر المقبوض للمقبوض.....

للبائع بذلك فادعى المشتري بذلك وأثبتته يرد له، ولو لم يقدر على إثباته له أن يحلفه على العلم، وكذا في كل عيب يرد في تكرره انتهى. وظن في «البحر» أن المتطرح هو رده بهذا العيب فقط فنقل عن «القنية» أنه يرد به ثم قال: وظاهر ما في «فتح القدير» أنه لم يطلع هو وأصحابه على نقل فيها لأنه قال: إنه مما تطارحناه انتهى.

وأقول: المطارحة هي تحليفه على عدم العلم أخذاً من قولهم إنما يحلف على البتات لادعائه العلم، به والغرض هنا أنه لا علم له به فتدبره.

تتمة: بقي من أنواع العيوب ما يكون ظاهراً لا يحدث مثله أصلاً أولاً من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالإصبع الزائدة والناقصة والعمى فيقضي فيها بالرد إذا طلب المشتري بلا يمين للتيقن به في يدهما إلا أن يدعي البائع سقوطه برضى البائع أو العلم به عند الشراء أو الإبراء منه، فإن أثبتته بالبينة أو الإقرار فيها وإلا حلف المشتري، فإن حلف رده، وإن نكل امتنع الرد. والثالث: ما لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد و الطحال فإن اعترف به عندهما رده، وكذا إذا أنكره فحلفه المشتري وأقام البرهان عليه إلا أن يدعي الرضا فعلى ما مر وإن أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان أحوط فإن قالوا به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده إلا إذا كان القاضي من الأطباء فينظر بنفسه، كما في «البرزازية» ونظر أمينه كهو، كما في «الينابيع». الرابع: ما لا يطلع عليه إلا النساء كالرتق والبكارة فعلى هذا الذي مر إلا أنه إذا أنكر قيامه في الحال رأيت النساء والواحدة الثقة تكفي فإذا قالت: هي ثيب وقد اشترى بكرة ردت عليه بقولها عندهما.

### فروع

اشترى جارية وادعى أنها خنثى يحلف البائع لأنه لا ينظر إليه الرجال ولا النساء، كذا في «شرح قاضي خان». وفي «الدراية»: أراد المشتري الرد ولم يدع البائع عليه شيئاً يسقطه لا يحلف، وعند الثاني يحلف صيانة للقضاء وأكثر القضاء يحلفون بالله وأسقط في حقه في الرد بالعيب من الوجه الذي تدعيه قضاء ولا دلالة وهو الصحيح، وأحب أن يستحلفه وإن لم يدع البائع وإن ادعاه حلف اتفاقاً وهذا أحد المواضع التي يستحلف فيها الخصم بدون طلب المدعي، والثاني: المرأة إذا طلبت النفقة في مال الغائب والثاني الشفعة نص على ذلك في «الخلاصة» وغيرها.

(والقول في قدر المقبوض) من المبيع (للمقبوض) لأنه هو المفكر بأن اشترى جارية بثمن وتقايضاً فوجد بها عيباً فقال البائع: بعتك هذه وأخرى معها وقال

ولو اشترى عبيدين صفقة فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيباً أخذهما أو ردهما.....

المشتري: بعينها وحدها، ولو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض، فكذلك كما في «الهداية» وعلى هذا فلو حذف المص قدر لكان أولى وشمل كلامه «الكافي» لو قال المشتري بعد قبض المبيع موزوناً: وجدته ناقصاً إلا إذا سبق منه إقرار بقبض مقدار معين، كما في صلح «الخلاصة».

وفي «الظهيرية» اشترى عبيدين أحدهما بألف حالة، والآخر بألف إلى سنة صفقة أو صفقتين فرد أحدهما بعيب ثم اختلفا فقال البائع: رددت مؤجل الثمن وقال المشتري: بل معجله فالقول للبائع سواء هلك ما في يد المشتري أو لا ولا تحالف ولو اختلفا في الثمنين فادعى البائع أن الثمن المردود كذا وعكس المشتري فالقول للمشتري، ولو اختلفا في تعيين الزق فالقول للمشتري ولو في طول المبيع وعرضه فالقول للمشتري انتهى.

وفي «العمادية» جاء ليرد المبيع بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشتري في تعيينه بخلاف ما لو رده بخيار عيب فإن القول للبائع وتقبل بينة القابض مع قبول قوله لإسقاط اليمين كالمودع يدعي الرد أو الهلاك، كذا في صرف «الذخيرة». قال في «البحر»: وذكر لقبولها فائدة أخرى هي الوكيل بالصرف لو رد عليه الدينار بعيب / فأقر به وقبله كان عليه لا على الموكل فإن أقام مشتره بينة على أنه هو الذي قبضه من الوكيل قبلت لإسقاط اليمين عنه ولرجوعه إلى الموكل فليحفظ انتهى.

وأقول: قد علمت فيما مر أنه في الصرف لو رد عليه الدينار بغير قضاء كان له أن يرده على بائعه فسووا فيه بين القضاء والرضا، وعلى هذا فينبغي هنا أن يكون الرد على الوكيل رداً على الموكل، والفرق ما مر فتدبره. (ولو اشترى عبيدين صفقة) بأن سمى لهما ثمناً واحداً (فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيباً) سواء كان هو المقبوض أو غيره (أخذهما أو ردهما) لأن في أخذ السليم فقط تفريقاً لها قبل التمام لأن تفريقها قبل القبض كتفريقها في نفس العقد، إذ القبض له شبه بالعقد لما أنه يثبت ملك التصرف، كما أن العقد يثبت ملك التصرف كما أن العقد يثبت ملك الرقبة، ومعنى المسألة أنه لم يعلم بالعيب إلا بعد القبض.

أمّا لو علم به قبله فقبض المعيب لزمه ولو كان معيين فقبض أحدهما ردهما جميعاً لأنه لا يمكن إلزام البيع في المقبوض دون الآخر لما هو فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا إسقاط حقه في غير المقبوض لأنه لم يرض به، ولو أعتق السليم أو باعه بعد قبضه لزمه الآخر كيلاً يتفرق الصفقة على البائع كذا في «المحيط»، وهذا

ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً رد المعيب وحده ولو وجد ببعض الكيلبي أو الوزني عيباً رده كله أو أخذه.....

إذا كان العيب في غير المقبوض بلا خلاف. أما إذا كان في المقبوض فعن الثاني أنه يردّه خاصة لتتمام الصفقة فيه، والصحيح أنه لا فرق لأن تمامها تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله قيد باتحاد الصفقة لأنها لو تعددت بأن سمي لكل واحد ثمناً كان له رد المعيب، (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً رد المبيع وحده) لأن تفريقها بعد التمام جائز شرعاً، ألا ترى أنه لو استحق أحدهما بعد القبض ليس له رد الآخر بل إنما يرجع بحصته فقط قيد بخيار العيب لأنه ليس له رد أحدهما بخيار الشرط والرؤية لعدم تمامها معهما ولو بعد القبض.

وفي موضع المسألة في العبدین إيماء إلى أن الكلام فيما ينتفع به وحده، أما ما لا ينتفع به وحده كقفلين أو خفين أو مصراعي بابه فإنه بعد القبض يردهما أو يمسكهما إجماعاً، وجعل مشايخنا من ذلك لو اشترى ثورين ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض فإنه لا يملك رد المعيب وحده، كذا في «الإيضاح» وغيره. وجعل من ذلك أيضاً في «المحيط» ما لو اشترى نخلاً فيه ثمر فجزه ثم وجد بأحدهما عيباً لا يردّه، بل يردهما لأنهما كشيء واحد لأن الثمر بعد النخل، بخلاف ما لو اشترى خاتماً فيه فص وقلع الفص لا يرد بواحد منهما فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض كان له أن يرد المعيب منهما، وكذا السيف المحلي والمنطقة.

(ولو وجد ببعض الكيل) كالحنطة والتمر (أو الوزن) كالسمن والزعفران (عيباً رده كله أو أخذه)، هذا مقيد بقيدين: الأول أن يكون من نوع واحد لأنها مع اتحاد النوع لشيء واحد حكماً وتقديراً لما أن تقومهما باعتبار الاجتماع فلو له أن يأخذ البعض كالثوب، كذا في «الشرح».

وفي «فتح القدير» قيل: هذا إذا كان وعاء واحداً، أما إذا كانا وعاءين فإنه يرد المعيب خاصة لأن رد أحدهما بعينه هنا لا يوجب زيادة عيب، كذا ذكره فخر الإسلام، قال أبو الليث: هذا قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة، وقد روى الحسن عنه في «المجرد» أن رجلاً لو اشترى أعدالاً من ثمر فوجد بعدل منها عيباً فإن كان الثمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لأنه بمنزلة شيء واحد.

وذكر الناطفي رواية بشر بن الوليد أنه لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير وقبض الجميع رد المبيع خاصة إلا أن يكون

ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوباً خيراً .....

هذا، والآخر سواء، فإمّا أن يرد كله أو يتركه كله فقد رأيت كيف جعل الثمر أجناساً مع أن الكل جنس الثمر، فعلى هذا يتقيد الإطلاق أيضاً في نحو الحنطة فإنهما جنسان يتفاوتان في السمن والعجين ويتقيد إطلاق فخر الإسلام أن في الأعدال يرد المعيب خاصة بل ذلك إذا كان ما في الأعدال من غير ذلك الجنس. أمّا إذا كانت الأعدال من جنس واحد فيرد الكل والصبرة كالعدل الواحد وإن كثرت لجريان ما ذكر من وجه رد المعيب وحده فيها انتهى.

أقول: في تقيد إطلاق فخر الإسلام بهذا نظراً إذ بتقديره يرتفع الخلاف في رد المعيب فقط مع اختلاف الجنس، فظاهر كلامهم أنه لا فرق حينئذ بين كونه في وعاء واحد أو وعاءين فلم يبق مما جرى فيه الخلاف غير الاتحاد وعلى هذا جرى الشراء قال بعد أن قيل المسألة باتحاد النوع، وقيل: إذا كان في وعاءين يكون بمنزلة عبيدين نعم اختاره في «الخانية» مقتصراً عليه إلا أن الأظهر جعله مع الاتحاد كشيء واحد مطلقاً كما في «العناية» / .

الثاني: أن يكون بعد القبض قيد به في «الهداية» وعليه فيفترق الحال بين المثليات والقيمات لأنه لو كان قبله يرد الكل ويأخذ الكل لا فرق بين كونه مثلياً أو قيمياً، (ولو استحق بعضه) أي: بعض أو الوزن (لم يخير المشتري في رد ما بقي) على البائع بل يلزمه في ظاهر الرواية لأن التشقيص لا يضره والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة، وروى الحسن أنه يخير هذا بعد القبض، أمّا قبله فيخبر وقبض أحدهما لا يعد قبضاً، كما في «المحيط» .

(ولو ثوباً خيراً) لأن التشقيص يضره في المالية والانتفاع بخلاف المثلي والاستحقاق ليس بعيب حادث عند المشتري لوجوده وقت البيع، وإنما تأخر ظهوره وأراد بالثوب القيمي فعم العبد والدار كما في «النهاية»، وينبغي أن تكون الأرض كذلك. وفي فصل الاستحقاق من «جامع الفصولين» شرى داراً مع بنائه فاستحق البناء قبل قبضه قالوا: يخير المشتري بين أخذ الأرض بحصته من الثمن أو الترك ولو بعد القبض بأخذ البناء بحصته ولا خيار له والشجر كالبناء ولو احترق أو قلعهما ظالم قبل القبض أخذهما بجمع الثمن أو ترك، ولا يأخذ بالحصّة بخلاف الاستحقاق، وقال قبله: شرى داراً فاستحقت عرصتها ونقضت البناء فقال: أنا بنيتها فارجع على بائعي وقال بائعه: بعته مبنية فالقول للبائع.

وفي «العناية» تنبه لكلام المصّ تجد حكم العيب والاستحقاق سيان قبل القبض في جميع الصور يعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما وتجد حكمها بعد

واللبس والركوب والمداواة رضاً بالعيب لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن.....

القبض كذلك إلا في المكيل والموزون (واللبس والركوب) أي: ركوب المبيع لحاجة (والمداواة) أي: مداواته من عيب لم يبرأ منه، أما لو برأ البائع فداواه وبه عيب آخر لا يكون (رضى)، كما في «الولوالجية».

وجوز العيني أن يراد المداواة به رضى (بالعيب) لأنه دليل الاستبقاء، ودل كلامه أن كل تصرف من المشتري يدل على الرضى بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والأرش، فمن ذلك أيضاً العرض على البيع والإجارة واللبس والرهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فإنه لا يسقط بالمرة الثانية، كذا في «الفتح»، ويستثنى من العرض الدراهم إذا وجدها زيوفاً فعرضها على البيع فإنه لا يكون رضا، كما في «البحر».

وفي «المبسوط»: الاستخدام لا يكون رضا استحساناً لأن الناس يتوسعون فيه وهو للاختيار وفي «البرازية» الصحيح أنه رضى في المرة الثانية إلا إذا كان من نوع آخر، وفي «الصغرى» أنه مرة واحدة ليس رضى إلا إذا كان على كره من العبد (لا الركوب) أي: لا يكون الركوب (للسقي أو للرد) على البائع (أو لشراء العلف) رضا بالعيب. أما الركوب فلأنه سبب الرد لما أنه أضبط للداواة، ولذا لم يفرق فيه بين كونه له منه بد أو لا، وأما للسقي وشراء العلف فمقيد بما إذا لم يجد منه بدأً إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد، أما إذا كان يجد منه بدأً لانعدام ما ذكرنا يكون رضا كذا في «الهداية». وفي «الخلاصة»: لو حمل علف دابة أخرى فهو رضى ركبتها أو لم يركبها قيد بالركوب لهذه لأنه لو ركبها لينظر إلى سيرها أو لبس ثوباً لينظر إلى قده فهو رضا، وفي «جامع الفصولين»: ادعى عيباً في حمار فركبه ليرده فعجز عن البينة فركبه جانباً فله الرد.

وفي «الفتح»: فرع: وجد بالدابة عيباً في السفر وهو يخاف على حمل حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره فهو معذور، (ولو قطع) العبد (المقبوض) بيد المشتري (بسبب) كان (عند البائع) أو غيره على ما مر (رده واسترد الثمن) عنده وقالوا: إنما يرجع بالنقصان بأن يقوم عبداً وجد عليه القطع وعبداً لم يجب عليه بإزاء النقصان من الثمن، ولا يخفى ما في جواب المسألة من الإلباس إذ يفيد بظاهره أنه ليس له غير هذا الأمر مع أن المنقول في «شرح الطحاوي» أنه لو اختار إمساك المبيع رجع بنصف الثمن عنده، وعندهما بنقصان العيب إلا أن يرضى البائع فيرجع بجميع الثمن.

قال في «الفتح»: وعبرة «الهداية» أحسن فإنه قال: فله أن يرده ويأخذ الثمن

ولو برئ من كل عيب صح .....

فإنها لا تمنع أن له شيئاً آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا إلا إذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقاً عليه فاقصر على محل الخلاف لكن الغرض أن الخلاف ثابت في الآخر، وعلى هذا الخلاف لو قتل سبب كان عند البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما حتى لو مات بعد القطع حتف أنفه رجع بنصف الثمن عنده، وعندهما يرجع بالنقصان ولو سرق عند المشتري أيضاً فقطع بهما رجع بالنقصان عندهما وعنده لا يرده بدون رضی البائع ولكن يرجع بربع الثمن، ولو رضی البائع بأخذه بثلاثة الأرباع ولو تداولته الأيدي فقطع عند الآخر أو قتل رجعت الباعة بعضهم على بعض عنده وعندهما يرجع الأخير على بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه، ولم يقيد المص بعدم علم المشتري بالسرقة، كما في «الجامع الصغير»، لأنه لا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع / وإن أفاد على قولهما لأن العلم بالعيب رضا به، وفي هذا يظهر أثر الخلاف [١/٣٧٩] وفيما لو أعتقه ثم قطع أو قتل على ما مر قيد بقطعه عنده، لأنه لو قطع عند البائع ثم باعه فمات عند المشتري به رجع بالنقصان اتفاقاً.

(ولو برئ) البائع (من كل عيب) بأن قال: بعثك هذا على أنني بريء من كل عيب ووقع في «العيني» لفظة فيه وهذا سهو لما سيأتي (صح) البيع وبرئ البائع من العيب القائم ولو غير معلوم للمشتري والحادث عند أبي يوسف والإمام كما في «المبسوط» وغيره.

وقال قاضي خان: إنه ظاهر مذهبهما وقال محمد: لا يدخل الحادث، وأجمعوا على عدم دخوله لو قال: من كل عيب به ولو قال مما يحدث صح عند أبي يوسف كما في «المبسوط» وقيل: لا يصح اتفاقاً وهو مشكل لأنه إذا كان مع التنصيص لا يصح فكيف مع عدمه؟ وعلى هذا فما في «البدائع» لو شرط البراءة من الحادث فقط فسد البيع عندهما معللاً بأن الإبراء لا يحتمل الإضافة فكان شرطاً فاسداً انتهى، مبني على قول محمد كما في «الشرح». وعند أبي يوسف يصح لأن الغرض إيجاد البيع على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع من العيب في «الفتح» أبرأه عن كل داء، فعن الإمام هو ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضاً وقال أبو يوسف: يتناول الكل.

وفي «المحيط» أبرأتك من كل عيب بعينه فإذا هو أعور لا يبرأ لأنه عدمها لا عيب بها ولو قال: أنا بريء من كل عيب إلا إباقه برئ من إباقه، ولو قال: إلا الإباق فله الرد بالإباق، ولو قال: أنا بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون

وإن لم يسم الكل ولا يرد بعيب .

الدرك، ولو قال: ليس به عيب لم يكن إقرار بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيباً رده .

## فرع

أطلق المشتري على عيب في المبيع والبائع غائب فرفع الأمر إلى القاضي وأثبت عنده الشراء والعيب، فأخذه القاضي ووضعه على يد عدل فهلك في يده وحضر البائع ليس له أن يسترد الثمن لأن الرد على البائع لم يثبت لمكان غيبته فكان الهلاك على المشتري . قال صاحب «الخلاصة»: قلت: ينبغي أن يكون هذا فيما إذا لم يقض القاضي بالرد على البائع حين أخذه منه ووضعه عند عدل، وأما إذا قضى على البائع بالرد ينبغي أن يهلك من مال البائع ويسترد الثمن لأن أقصى ما في الباب أن هذا قضاء على الغائب من غير خصم، ولكنه ينقل في أظهر الروايتين عن أصحابنا خاتمة: في الصلح عن العيب والكفالة به:

أما الأول ففي «الفتح» وجد به عيباً فاصطلحا على أن يحط كل عشرة ويأخذ الأجنبي بما وراء المحطوط ورضي الأجنبي بذلك جاز، وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فإذا هو منخزق وقال المشتري: لا أدري تخرقاً عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهماً والبائع درهماً جاز، وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهماً ويترك المشتري درهماً قيل: هذا غلط وتأويله أن يضمن القصار أولاً للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك إلى البائع .

وأما الثاني: ففي «البرازية» اشترى عبداً فضمن له رجل عيوبه فاطلع على عيب فرده لا ضمان عليه عند الإمام لأنه ضمان العهدة، وعلى قول الثاني يضمن لأنه ضمان العيوب، وإن ضمن السرقة والحرية والجنون أو العمى فوجده كذلك ضمن الثمن للمشتري، وإن مات عنده قبل الرد وقضاء على البائع رجع على الضامن ولو ضمن له حصة ما يجده من العيوب من الثمن فهو جائز عند الإمام، فإن رده المشتري رجع بكل الثمن، وإن لم يرده وقضى بالنقص على البائع رجع على الضامن كما يرجع على البائع .

وعلى الثاني قال رجل للمشتري: ضمننت لك عماه فكان أعمى فرده لم يرجع على الضامن بشيء، ولو قال: إن كان أعمى فعليه حصة العمى، من الثمن فرده ضمن حصة العمى ولو وجد به عيباً فقال رجل للمشتري: ضمننت لك هذا العيب فالضمان باطل انتهى، كذا في «البحر» .

## باب البيع الفاسد

### باب البيع الفاسد

قدم الصحيح لأنه الموصل إلى تمام المقصود فإن المقصود سلامة الدين . . (١) بها شرعت النقود ليندفع التغالب والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحيح وآخر الفاسد لأنه مخالف للدين ولقب الباب بالفاسد وإن اشتمل على الباطل أيضاً لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه، كذا في «العناية» أو لأنه أعمّ لما أنه غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير مشروع بواحد منهما، ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما أنه غير مشروع بوصفه لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والأصول أنهما متباينان، لأنهما جعلوا في حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض بخلاف الباطل، وإعطاء حكم لأحدهما يباين الآخر أنه يباينهما وأيضاً المشروع بأصله وغير المشروع بأصله يتباينان فكيف يتصادقان؟ اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركاً بين / الأعم والأخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف لكن يجعله مجازاً عرفياً في الأعم لأنه خير من الاشتراك وهذا حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي، ولذا أدخل بعضهم أيضاً في الفاسد بشموله المكروه لأنه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور، كذا في «الفتح» وحاصل لأنه لو كان بينهما جهة عموم التصادق لكنهما لم يتصادقا بوجه وأراد بجعله مجازاً عرفياً في الأعم، أي: بأن يراد بالفاسد الممنوع وهذا يشمل المكروه.

وفي «الحواشي السعدية» الأولى أن يقال في وجه التغليب أراد بالفاسد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له انتهى، وقد علمت معناه عرفاً.

وأما لغة ففي «القاموس»: فسد كنصر وعقد وكرم فساداً ضد صلح فهو فاسد وفسيد، ولم يسمع انفسد، وفي «المصباح»: بطل شيء يبطل بطلاً وبطلاناً بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل والجمع بواطل وفساد وموقوف، كذا في «الفتح» وأراد بالجائز الناقد وبمقابلة غيره لا الحرام إذ لو أريد ذلك لخرج الموقوف لما قالوه من أن بيع مال الغير بغير إذنه بدون تسليمه ليس بمعصية،، على أنه في «المستصفي» من قسم الصحيح حيث قال: البيع نوعان: صحيح، وفساد، والصحيح نوعان: لازم وغير لازم. وحصر في «الخلاصة» الموقوف في خمسة عشر بيع العبد والصبى المحجورين موقوف على إجازة المولى، والأب والوصي وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي، وبيع المرهون والمستأجر، وما في مزارعة الغير موقوفة

## لم يجز بيع الميتة والدم

على إجازة المرتهن، والمستأجر والمزارع وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على إجازته، وبيع المرتد عند الإمام والبيع برقه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس، وبيع المالك المغصوب موقوف على إقرار الغاصب أو البرهان بعد إنكاره، وبيع مال الغير زاد في «البحر» ما شرط فيه الخيار أكثر من ثلاثة فإن الأصح أنه موقوف كما مر، وشراء الوكيل نصف عبد وكل في شراء كله فإنه موقوف فإن اشترى الباقي قبل الخصومة تعد على الموكل، كما في «المجمع». وبيع نصيبه من مشترك بالخلط والاختلاط موقوف على إجازة شريكه كما ذكره في الشركة وبيع ما في تسليمه ضرر موقوف على تسليمه في المجلس، كما في «البرازية».

وبيع المريض للوارث موقوف على إجازة الباقي ولو بمثل القيمة عنده، وبيع المولى عبده المأذون موقوف على إجازة الغرماء كما في «الشرح»، وكذا بيعه إكسابه كما في «جامع الفصولين»، ولو وكل بلا إذن فباع توقف على إجازة الوكيل، كما في «المجمع». وفي وكالة «الشرح» أحد الوكيلين لو باع بحضرة صاحبه توقف على إجازة، ولو كان غائباً لم يتوقف انتهى. وينبغي أن يكون أحد الوصيين والناظرين كذلك، وفيه أن بيع المعتوه كالصبي العاقل يعني يتوقف على إجازة من مر.

وزدت عليه لو باع الوصي بشرط الخيار فبلغ الصبي في المدة وما في أول بيوع «الفتح» حتى باع بقيمته أو بما حل به أو بما يزيد أو بما يجب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان، فإن علم للمشتري بالقدر في المجلس جاز، (لم يجز بيع الميتة) أعم من جعلها مبيعاً أو ثمناً والمراد غير السمك لما سيأتي، ولا فرق في حق المسلم بين التي ماتت حتف أنفها أو كانت منخقة أو موقوفة. أما في حق الذمي فيراد بها الأول فاختلفت عبارتهم فيه، ففي «التجنيس» جعله قسماً من الصحيح لأنهم يدينونه، ولم يحك خلافاً، وجعل في «الإيضاح» هذا قول أبي يوسف، وعند محمد لا يجوز.

وجزم في «الذخيرة» بفسادها، وجعله في «البحر» من اختلاف الروايتين ومتروك التسمية عامداً كالذي مات حتف أنفه حتى يسري الفساد إلى ما ضم إليه وكان ينبغي أن لا يسري لأنه مجتهد فيه كالمدبر فينقذ فيه البيع بالقضاء. أجاب في «الكافي» بأن حرمة منصوص عليها فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء، ومن هنا قال البرازي: بيع متروك التسمية عامداً من كافر لا يجوز فيه كلام سيأتي في القضاء إن شاء الله تعالى.

والخنزير والخمر والحر وأم الولد والمدبر والمكاتب.....

ولم يجز بيع (الخمر والخنزير) غير أنهما إن كانا مبيعين قوبلاً بدين في الذمة كان البيع باطلاً، وإن يعين فسد فيما قابلهما وبطل فيهما الفرق أن الخمر مال عند أهل الذمة أمرنا بإهانتها في شرعنا وفي تملكها مقصودة بجعلها مبيعة إعزاز لها بخلاف جعلها ثمناً، وإذا بطل لذلك فلان يبطل، وإذا لذلك فلان يبطل بجعل المبيعة مبيعاً أولى ومقتضى هذا يبطل في المقايضة بالأولى لأن كلاً منهما مبيع، لكن لما كان كل منهما ثمناً كما أن كلاً منهما مبيع وثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعة فاعتبر الخمر ثمناً والعكس، وإن أمكن رجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء باعتبار الإعزاز للثوب مثلاً فبقي ذكر الخمر معتبراً/ لإعزاز الثوب لا عكسه فوجبت قيمة الثوب لا الخمر، ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر لما قلنا قيد بالخمر لأن بيع ما سواها من الأشربة المحرمة جائز عنده خلافاً لهما، كذا في «البدائع» والكلام في المسلمين.

أمّا أهل الذمة فلا يمنعون من بيعهما وهل هو مع إباحة الانتفاع بهما شرعاً؟ قيل: نعم وقيل: لا وهو الصحيح، ولكن لا يمنعون مع البيع لاعتقادهم الحل والتمول وقد أمرنا بتركهم وما يدينون، ولو أسلما أو أحدهما قبل قبض المبيع انفسخ لا بعده، ولو قرضه خمراً ثم أسلم المقرض فلا شيء له من قيمتها. ولو أسلم المستقرض ففيه روايتان: في رواية يسقط، وفي أخرى تجبر قيمتها، كذا في «البدائع» وجلود الميتة كالخمر لأنها لرغبة الناس فيها صارت مالاً من وجه، كذا في «المحيط» واختار البزدوي أنها كالميتة.

(و) لم يجز أيضاً بيع (الحر وأم الولد والمدبر) المطلق (والمكاتب) أمّا الحر فلعدم المالية وفي قران أم الولد وما بعدها به إيماء إلى بطلان المبيع فيهم، وعليه جرى في «الهداية» حيث قال في قول القدوري إنه فاسد معناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت في حق أم الولد بقوله عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»<sup>(١)</sup> وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت، والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى وقد ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله لحقه وقد رضي بإسقاطه.

أمّا إذا بيع بغير رضاه بإجازة لم يجز رواية واحدة لأن إجازته لم تتضمن فسخ الكتابة قبل العقد، كذا في «السراج».

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/١٣١)، والحاكم في المستدرک (٢/٢٣) رقم (٢١٩١).

فلو هلك عند المشتري لم يضمن.....

وفي «الخانية» لو بيع بغير رضاه فأجاز بيع مولاه لم ينفذ في الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ، وقيدنا المدبر بالمطلق أخذاً من الإطلاق لأن المقيد اتفاقاً ومعتق البعض كالحر ولد المدبر كأبيه ولد أم الولد والمكاتب لهما، كذا في «السراج».

وأورد لو كان باطلاً لبطل بيع القن المضموم إليه كالحر، وسيأتي أنه لا يبطل والحق في الجواب أنهم ليسوا كالحر من كل وجه لأنه باطل ابتداء وبقاء لعدم المحلية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها فدخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلاً له في الجملة، ثم خرجوا منه لتعلق حقهم بقني القن بحصته من الثمن والبيع بالحصّة بقاء جائز، ولم يملكوا بالقبض اتفاقاً نظراً للبقاء.

واعلم أن صاحب «الهداية» صرح فيما لو جمع بين عبد وحر ومدبر ومكاتب وأم ولد بأن البيع فيهم موقوف ولداً ينعقد في المكاتب برضاه في الأصح، وفي المدبر بقضاء القاضي، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ففي أول الباب جعله باطلاً، وفي آخره جعله موقوفاً، وأجاب في «العناية» بأنه باطل إذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد، وفي «الفتح» أن إنفاذه في أم الولد أيضاً هو أصح الروايتين، وفي «البرازية» الأظهر فيها عدم النفاذ أولى لما سيأتي (فلو هلك) أي: المبيع في المسائل كلها (عند المشتري لم يضمن).

اعلم أن المبيع لو هلك في يد المشتري في البيع الباطل يكون أمانة في رواية الحسن عن الإمام اختارها أبو نصر أحمد الطواويسى لأن العقد غير معتبر فبقي مجرد القبض بإذن المالك وذلك لا يوجب الضمان، واختار السرخسي وغيره أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء وهو قول الأئمة الثلاثة، وفي «القنية»: أنه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب، وقيل: الأول قول أبي حنيفة، والثاني قولهما كالخلاف الكائن بينهما في أم الولد والمدبر إذا مات عند المشتري لا يضمننا عند الإمام ويضمنها عندهما.

قال في «الهداية»: وهو رواية عنه، ورده في «النهاية» وعليه جرى في «الدرية» و«العناية» بأن رواية المعلا عنه إنما هو في المدبر، وأمّا أم الولد فاتفقت الروايات أنها لا تضمن بالبيع والغصب، لكن في «العناية» من باب كتاب العبد المشترك أن في تقوم أم الولد روايتان وعلى هذا فدعوى الاتفاق ممنوعة لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما فيه خلاف المكاتب لأنه في يد

والسمك قبل الصيد والطيير في الهواء.....

نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض، وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصار كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم إليهما، كذا هذا وهو ظاهر في أن المكاتب غير مضمون على المشتري اتفاقاً، هذا واختلف المشايخ في قيمة المدبر فذكر السغدي أنه ثلثا قيمة القن، قال الحدادي: وهو الأصح وعليه الفتوى وقيمة أم الولد الثلث، واختار خواهر زاده أنها نصف قيمة القن. قال في «الصغرى»: هو الأصح وعليه الفتوى / وقد مر في العتاق فإذا احتيج إلى تقويمها نظر إلى المضموم إليهما فعلى ما ذكرنا.

### فـرـع

لو باع الحربي بنته أو أباه ذكر في أول سير «القنية» قولان في أنه فاسد أو باطل، (و) يجوز أيضاً بيع (السمك) في البحر (قبل الصيد) بل هو باطل لعدم ملكه له، فلو كانت له حظيرة أي حوض أو بركة فدخلها السمك فإن أعدها لذلك فما دخلها ملكه ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطيد جاز بيعه، وللمشتري الخيار وإلا فلا، وإن لم يكن أعدها لا يملكه إلا إذا سد الحظيرة فيملكه، ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة جاز بيعه وإلا فلا.

ولو اصطاده ثم أرسله في الحظيرة ملكه فإذا باعه فعلى هذا التفصيل، ثم في كل موضع لا يجوز البيع مع الملك لو سلمه فعلى الروايتين في الآبق إذا سلمه البائع، واعلم أن في المصر بركا صغيرة كبركة الفهادة تجمع فيها الأسماك هل تجوز إجارتها لصيد السمك منها؟ نقل في «البحر» على الإيصاء عدم جوازها ونقل أولاً عن أبي يوسف في كتاب «الخراج» عن أبي الزناد قال: «كتبت إلى عمر بن الخطاب في بحيرة يجمع فيها السمك بأرض العراق أي يؤجرها، فكتب أن افعلوا»، وما في «الإيضاح» بالقواعد الفقهية أليق.

(و) لا يجوز أيضاً بيع (الطيير) جمع طائر وقد يقع على الواحد والجمع طيور وأطيوار، كذا في «القاموس» (في الهواء) بالمد الجسم المسخر بين السماء والأرض وقد قيل: إنه الدنيا ويقال على الشيء الخالي وبالقصد ميل النفس إلى الشيء في استعمال في ميل مذموم أطلقه ما إذا لم يأخذه أو أخذه فأرسله غير أن عدم الجواز في الأول لعدم الملك، وفي الثاني لعدم القدرة على التسليم، وما إذا كان يرجع إليه أو لا على الظاهر كما في «العناية» و«السراج» و«الفتح».

## والحمل والنتاج واللبن في الضرع

وفي «الخانية» إن كان ذا جنس يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز، وجزم به الشر مقيداً به إطلاق «الكتاب» ويوافق قوله في «الهداية»: «والحمام إذا علم عودها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم، وارتضاه في «الفتح» في شرح هذا المحل حيث قال: أمّا إذا كانت في برجها ومخارجها مسدودة إشكال في جواز هل يبيعهما؟ وأمّا إذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة أنها تجوز فكذلك البيع المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ.

وأقول: فيه نظر لأن من شروط صحة البيع القدرة على التسليم عقبه، ولذا لم يجز بيع الآبق كما سيأتي وهو باطل أو فاسد قولان، وأثر الخلاف يظهر فيما لو أخذه وسلمه فمن قال بالأول قال: إنّه لا يعود صحيحاً وعليه البلخيون، ومن بالثاني قال: إنّه يعود، وعليه الكرخي وطائفة كما سيأتي بإطلاق المص أولى.

(و) لم يجز أيضاً بيع (الحمل) بسكون الميم ما في البطن من الجنين «لنهييه عَلَيْهِ السَّلَامُ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع»<sup>(١)</sup> رواه أحمد والترمذي وابن ماجه، (و) لا بيع (النتاج) مصدر نجت الناقة بضم التاء نتاجاً بفتح النون وكسرها أريد به المنتوج، وهو ما يحمل هذا الحمل لخبر «الصحيحين» و«السنن»: «نهى عَلَيْهِ السَّلَامُ عن بيع حبل الحبل»<sup>(٢)</sup> وكان بيعاً تبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج التي في بطنها، والحبل مصدر حبلت المرأة حبلاً فهي حبلى فسمى به المحمول كما سمي بالحمل وأدخلت عليه التاء إشعاراً لمعنى الأنوثة فيه، لأن معناه أن يبيع ما سوق يحمله الجنين إن كان أنثى، كذا في «العناية»، وقيل: إنّها للمبالغة كما في سخره ويحتمل أن يكون جمع حابلة، ففي «المحكم» امرأة حابلة من نسوة حبله، وروى بعض الفقهاء حملة بكسر الميم ولم يثبت، كذا في «البنية» وشرح «الهداية» للعيني.

(و) لا يجوز أيضاً بيع (اللبن في الضرع) لنهييه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما في ضروع الأنعام إلا بكيل<sup>(٣)</sup> ولأن فيه غرر الجواز أن يكون الضرع منفتحاً يظن لبناً، على أنه يجوز بتقدير أن يكون لبناً أن يحدث لبناً قبل الحلب فيختلط مال البائع

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٩٦)، وأحمد في مسنده (١١٣٩٥)، والترمذي (١٥٦٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٦)، ومسلم (١٥١٤)، وأبو داود في سننه (٣٣٨٠)، والترمذي في سننه (١٢٢٩)، والنسائي في سننه (٤٦٢٣)، وابن ماجه (٢١٩٧).

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٩٦)، والدارقطني في سننه (١٥/٣)، وأبو يعلى في مسنده

(٣٤٥/٢) رقم (١٠٩٣).

واللؤلؤ في الصدف والصفوف على ظهر الغنم لما روينا والجذع في السقف.....

بمال المشتري على وجه يعجز عن التخلص والفرع لذات الظلف كالثدي للمرأة، والجمع ضرور مثل فلس وفلوس.

(و) لم يجوز أيضاً بيع (اللؤلؤ) أي: الدرّ واحده بها (في الصدف) محرراً الدر الواحد بها والجمع أصداف، كذا في «القاموس»، وإنما لم يجوز لأنه لا يعلم وجوده فيه ولأنه لا يمكن تسليمه إلا بكسر الصدف، وعن الثاني الجواز لأن الصدف لا ينتفع به إلا بعد كسر فلا يعد ضرراً، وعرف من هذا أن كل ما بيع في غلافه لا يجوز كاللحم في الشاة الحية أو شحمها أو ألبتها أو كارعها أو جلودها أو دقيقاً في هذه الحنطة أو سمناً في هذا اللبن، ونحو ذلك من الأشياء التي في غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها إلا بإفساد / الغلفة ويستثنى من ذلك الحبوب في قشرها، والذهب والفضة [٢١/٣٨١] في ترابهما بخلاف جنسهما وينبغي أن يكون من ذلك الجوز الهندي.

(و) يجوز أيضاً بيع (الصفوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان لأنه يقوم به، أو لأنه غير المقصود فكان الوصف منها وهو لا يقر بالبيع ولأنه ثبت فيختلط المبيع بغيره بخلاف قوائم الخراف ككتاب وتشديد اللام من لحن العوام شجر الصفصاف سمي بذلك لأن الماء أتى به سبباً فيثبت مخالفاً لأصله، ولأنها تنمو من أعلاها فلا يلزم الاختلاط لإمكان تمييزه، لكن قال الفضلي: الصحيح عندي أنه لا يجوز أيضاً لأنه وإن ثبت من الأعلى إلا أن موضع القطع مجهول، كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة القطع.

قال في «الفتح»: وما ذكر في منع بيع الشجرة ليس متفقاً عليه بل منهم من منعها إذ لا بد للقطع من حفر الأرض ومنهم من أجازها للتعامل، وفي «الصغرى» القياس في بيع القوائم أن يجوز ولكن للتعامل وبيع الكراث وإن كان ينمو من أسفله للتعامل أيضاً، وبه يحصل الجواب عما استدل به الفضلي على المنع في القوائم لمن تأمل. (و) لم يجوز أيضاً بيع (الجزع)، وهو القطعة من النخل وغيره توضع عليها الأخشاب (في السقف) لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحقه، ولا فرق بين أن يكون معيباً أو لا، وأورد أنه ضرر لزمه بالتزامه.

وأجيب بأنه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول فخر الإسلام: وإن رضي فله أن يرجع فيبطل البيع إلا أن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل قبض البيع فينقلب صحيحاً كذلك فإن الرجوع لا يمكنه مع الملزوم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر، كما في «الفتح».

وأقول: لا نسلم أنه لا يمكنه الرجوع إذ هذا الالتزام غير لازم، قال الشارح:

وذراع من ثوب وضربة القانص والمزابنة.....

والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع انتهى . وإطلاقهم يفيد أنه إذا سلمه ينقلب صحيحاً سواء كان معيناً أو لا، وذكر الزاهدي عن « شرح الطحاوي » أنه في غير المعين لا ينقلب بالتسليم صحيحاً .

وجزم به في « إيضاح الإصلاح » وهو ضعيف لأنه في غير المعين معلل بلزوم الضرر والجهالة فإذا تحمل البائع الضرر وسلمه زال المفسد وارتفعت الجهالة أيضاً، ومن ثم جزم في « الفتوح » فيما إذا لم يكن معيناً لأنه لو قلع الجزع قبل نقض البيع وسلمه عاد صحيحاً لزوال المفسد لا بعد نقصه .

(و) لم يجز أيضاً بيع (ذراع من ثوب) ولو عين موضع القطع لأن القطع يضره حتى لو لم يضره جاز، فكذا لا يجوز بيع حلية من سيف أو نصف ذرع لم يدرك ولو قطع الذراع فيما يضره القطع وسلمه قبل فسخ المشتري عاد البيع صحيحاً، بخلاف ما لو باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ وكسرها وسلم قبل الفسخ لا يصح لأن الفساد للضرر إذ في وجودها احتمال فكان كبيع المعدوم . وفي « المجتبى » وفي جواز بيع التين قبل أن يداس، والأرز لا يبيع قبل الدق، والحنطة قبل الدرس، وحب القطن في قطن بعينه، ونوى تمر في تمر في عينه روايتان، وجزم الولوالجي في بيع حب القطن بالجواز، والأوجه بيع نوى التمر لو تمرأ بعينه الفساد .

(و) لم يجز أيضاً بيع (ضربة القانص) بالقاف والنون أي الصائد من قنص قنصاً من حد ضرب صاد والقنص محرقة الصيد وبالتسكين مصدر قنصه، كذا في « الصحاح » بأن يقول : بعثك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا، وقيل : بالغين المعجمة قال الأزهري في « تهذيبه »: نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقال : أغوص غوصاً فما أخرجته من اللآلئ فهو لك بكذا والبيع فيهما باطل لأنهما مجهول كان فيه غرراً لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وأن لا يخرج من الغوص شيء .

واعلم أن الشر فسر ضربة القانص بما يخرج من الصيد بضربة الشبكة أو بغوص الصائد في الماء انتهى، وهذا يوهم شمول القانص للغائص والواقع ما قد علمته، وجعل في « السراج » القانص صياد البر والغائص صياد البحر انتهى، والحق أن الصائد بالآلة وهو القانص بالقاف أعم من كونه في البحر انتهى، أو البر بخلاف الغائص .

(و) لم يجز أيضاً بيع (المزابنة)، وهو بيع الثمر بالمثلثة على النخل بتمر بالمثلثة مجدوذ مثل كيل ما على النخل من التمر حرزاً وظناً لخبر « الصحيحين »:

والملاسة وإلقاء الحجر وثوب من ثوبين.....

«نهى ﷺ عن بيع المزبنة والمحاكلة»<sup>(١)</sup> لأنها تؤدي إلى النزاع والمدافعة من الزين وهو الرفع فكان فاسداً لشبهة الربا، وما روي من أنه رخص في العشرية أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً، فنقل الطحاوي عن الإمام أنه قال: معنى ذلك عندنا أن يعري الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك له حتى يبدو له فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه فخرصه تمراً.

قال الطحاوي: وهذا التأويل أسد مما قال مالك وقوله: أن يعري الرجل، أي: يهب وهذا بيع مجازاً لأنه لم يملكه فيكون براً ومبتداً، ومعني الرخصة هو الخروج من أخلاق الوعد بإعطاء هذا التمر خرصاً وهو غير الموعد دفعا للضرر عنه، ولو أريد أن هذا التأويل ينز عنه ما جاء في حديث زيد / بن ثابت: «نهى ﷺ عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا»<sup>(٢)</sup> فإن السياق يدل على أن المراد البيع. وأجيب بأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والمحاكلة، وهي بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً. (و) لم يجز أيضاً بيع (الملاسة) وهي أن يتساوما سلعة ويتفقان على أنه إذا لمسها المشتري فقد باعها منه.

(و) لم يجز أيضاً بيع (إلقاء الحجر) وهو أن يلقي حصة وثمة أثواب فاي ثوب وقع عليه كان هو المبيع، ولا فرق بين كونه معيناً أو غير معين لكن لا بد أن يسبق تراضيهما على الثمن، وكذا المنابذة وهو أن ينبذ كل منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعاً وهذه بيوع تعارفها أهل الجاهلية، نهى رسول الله ﷺ عنها<sup>(٣)</sup> لتعليق التمليك بالحظر لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري: أي ثوب لمستته بيدك وأي ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعته، وأن يقول المشتري: أي ثوب نبذته إلي فقد اشتريته.

(و) لم يجز أيضاً بيع (ثوب من ثوبين) أي: قيميين إذ بيع عبد من عبيدين كذلك لجهالة المبيع إلا أن يقول على أنك بالخيار وتأخذ أيهما شئت فيجوز، ولم يقيد به إحالة على ما قدمه في خيار الشرط ولو قبض أحدهما بإذن البائع وهلك ضمن قيمته. قال في «الدراية»: ولو قبضهما وهلكا معاً ضمنا قيمة نصف كل واحد لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد، والآخر أمانة وليس أحدهما بأولى من الآخر، وكذا لو كان البيع صحيحاً ضمن ثمن كل واحد، والفاسد

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٥)، ومسلم (١٥٣٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٢)، ومسلم (١٥٣٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٥٩)، والترمذي في سننه (١٣١٠).

## والمراعي وإجارتها.....

معتبر بالصحيح ولو مرتين ضمن قيمة الأول، ولو حررهما معاً عتق أحدهما، ولو حرر أحدهما لم يصح، أي: لو قال البائع أو المشتري أحدهما حر ولو متعاقباً عتقا والبيان إلى المشتري والقول في المضمون للضامن قيد بالقيمي لأن بيع المبهم في المثلي جائز. قال في «التلخيص»: باب بيع المبهم، ولو اشترى أحد عبيدين أو ثوبين فسد لجهل يورث نزاعاً ضد المثلي فلو قبضهما ملك أحدهما الآخر أمانة.

(و) لم يجز أيضاً بيع (المراعي) أي: الكلاً، ولو قاله لكان أولى لأن المرعى يطلق على موضع الرعي أيضاً، أعني الأرض وعلى مصدر رعى ولا شك في جواز بيع الأرض بخلاف الكلاً لعدم ملكه إياه لقوله ﷺ كما رواه أحمد وغيره: «المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلاً والنار»<sup>(١)</sup> ومعنى الشركة في الماء الشرب وسقي الدواب والاستسقاء من الآبار والحياض والأنهار والمملوكة، وفي الكلاً أن له احتشاشه وإن كان في أرض مملوكة وإذا منعه رب الأرض من الدخول كان عليه أن يحششه له أو يستقي ويدفعه له إذا طلب، وفي النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب لا أخذ الجمر وإطلاقه.

يفيد أنه لا فرق بين أن ينبت بنفسه أو أنبته رب الأرض بأن سقى الأرض وأعدّها لذلك وهو اختيار القُدوري لأن الشركة ثابتة، وإنما تنقطع بالحياسة وسوق الماء ليس بحياسة، إلا أن أكثر المشايخ على أنه يملكه فيجوز له بيعه وهو اختيار الشهيد ذكره في «الذخيرة» وغيرها.

قال في «الفتح»: وعلى هذا فلقائل أن يقول: ينبغي أن حافر البئر يملك الماء بتكلفه الحفر والطبي لتحصيل الماء، كما لا يملك الكلاً بتكلفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقي، وإن لم يكن في أرض مملوكة له انتهى.

وأقول: ويمكن أن يفرق بينهما بأنه بسقي الكلاً كان سبباً في إنباته فنبت، بخلاف الماء فإنه موجود قبل حفره فلا يملكه بالحفر (و) لا (إجارتها) لوقوعها في عين غير مملوكة، أو لانعقادها على استهلاك العين المباحة، ولو عقدت على استهلاك المملوكة بأن استأجرت بقرة ليشرب ألبانها لا يجوز فهذا أولى، وهل فاسدة أو باطلة؟ ذكر في الشرب أنها فاسدة حتى ملك الآخر الأجرة بالقبض ونفذ عتقه فيه، والظاهر أن البيع باطل كبيع السمك قبل الصيد بجامع عدم الملك فيهما فيحتاج إلى الفرق بينه وبين الإجارة والحيلة في جوازها أن يستأجر الأرض ليضرب فيها فسطاطه،

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٧)، وأحمد في مستده (٢٣١٣٢).

والنحل وبياع دود القز وبيضه.....

أو ليجعلها حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصوده. لم يجز أيضاً بيع (النحل) وهو دودة العسل هذا قولهما، وقال محمد: يجوز بيعه إذا كان محرزاً لأنه ينتفع به حقيقة وشروعاً مقدور التسليم، وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه من هوام الأرض فلا يجوز بيعه كالوزغ والعقرب ولا نسلم أنه ينتفع به بل بما يخرج منه، والفتوى على قول محمد للحاجة كما سيأتي.

واختلف المشايخ في بيعه تبعاً للكوارات على قولهما: إذا كان فيها عسل لا مطلقاً كما يوهمه ما في «الشرح»، وذكر القدوري في «شرحه» أنه يجوز، وحكي عن الكرخي أنه أنكره قائلاً: إنما / يدخل في البيع ما كان من حقوقه، والنحل ليس كذلك ومنعه في «الفتح» بأن التبعية لم تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود، والنحل تابع له بالبيع والكوارات بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل إذا سوي من طين كذا في «الفتح»، وفي «المصباح»: إنها بالضم والتخفيف والتثقيب لغة عسلها في الشمع وقيل بيتها إذا كان فيه العسل، وقيل: هو الخلية وكسر الكاف مع التخفيف لغة انتهى، ولم يذكر فتح الكاف مع التخفيف، وقد ذكره الزمخشري.

(وبياع دود القز) أي: الإبريسم (وبيضه) وهو البزر الذي يكون منه الدود وهذا قول محمد، أما في الدود فلكونه منتفعاً به. وأما في البيض فلمكان الضرورة وعليه الفتوى، وأجاز السلم فيه كيلاً إذا كان وقته وجعل ينتهي الأجل في وقته، واختاره المصنف هنا دون النحل وقد علمت أن الفتوى على قوله فيه أيضاً وكأنه لقوة المدرك عنده في النحل، وما في «البحر» لعله لم يطلع على ترجيح قوله مع أنه في «الخلاصة» فأبعد من البعيد.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز البيع فيهما لأنه من الهوام وبيضه غير منتفع به بل مما يحدث منه وهو معدوم في الحال، وأبو يوسف معه في الدود إلا إذا ظهر فيه القز فيجوز بيعه تبعاً، ومع محمد في البيض لمكان الضرورة.

واعلم أنه يحتاج على قول الإمام إلى الفرق بين النحل والدود حيث أجاز بيعه تبعاً للدور، ولا إشكال على ما روي عن الكرخي أنه لا يجوز في النحل تبعاً، ولا خلاف أن ما سواهما من الهوام لا يجوز بيعه كالحيات والعقارب والوزغ ونحوهما، ولا يجوز بيع شيء من البحر إلا السمك كالضفدع والسلطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك.

تتمة: أعطت امرأة لأخرى بزر القز بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالتعليق لصاحبة البزر لأنه حدث من بزرها، ولها على صاحبة البزر قيمة الأوراق وأجرة مثلها،

والآبق إلا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده.....

ومثله ما لو دفع لآخر بقرة ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحبها قيمة العلف وأجرة مثله، وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف، كذا في «الفتح»، والمتعارف في أرياف مصر دفع البيض ليكون الخارج منه بالنصف مثلاً وهو وزان دفع القز بالنصف الخارج كله لصاحب البيض وللعامل أجر مثله والله أعلم.

ولم يجز أيضاً بيع الآبق للنهي عنه كما رواه ابن ماجة<sup>(١)</sup> وغيره، وإطلاقه يعم ما لو باعه لولده الصغير أو ليتيم في حجره، ولو وهبه لهما صح، والفرق أن شرط البيع القدرة على التسليم عقبه وهو منتف وما بقي له من الملك يصلح لقبض الهبة لا للبيع لأنه بإزاء مال مقبوض من مال الابن بخلاف الهبة فكفت تلك اليد له نظراً للصغيرة. ووقع في «الخانية» في بعض النسخ عكس هذا الحكم وفي بعضها كما ذكرنا وهي المعول عليها وكان الأولى تحريف، ولم يطلع صاحب «البحر» على الثانية فجزم بالأولى، وقالوا: لو أعتقه نغد عتقه ولو عن كفارة اشترط في إجزائه عنها العلم بحياته، ولو عاد وسلمه لا ينقل بالبيع صحيحاً في ظاهر الرواية وهو مختار الثلجي ومشايخ بلخ، وعن الإمام أنه يعود، واختاره الكرخي وجماعة، والاختلاف مبني على أنه باطل أو فاسد فمن قال بالأول قال: إنه لا يعود ومن قال بالثاني قال: إنه يعود، لأن ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحاً وخرج الآبق المرسل في حاجة المولى فإنه يجوز بيعه لأنه مقدور التسليم وقت العقد حكماً إذ الظاهر عوده، ولو أبق بعد البيع قبل القبض خير المشتري في فسخ العقد.

(إلا أن يبيعه ممن) أي: من شخص (يزعم) ذلك الشخص وهو المشتري (أنه عنده) فيجوز، لأن المقصود من القدرة على التسليم ثبوت السلم، فإذا كان ثابتاً حصل المقصود، وقوله: عنده شامل لما إذا كان في منزله أو كان يقدر على أخذه ممن هو عنده، فإن كان لا يقدر على الأخذ إلا بخصومة عند الحاكم لم يجز بيعه، كما في «السراج» وهل يصير قابضاً له بمجرد العقد؟ إن قبضه لنفسه يصير قابضاً عقب الشراء بالاتفاق، كما في «العناية». وإن قبضه للرد إن أشهد لا يصير قابضاً لأنه أمانة في يده، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال الولي، وإن لم يشهد يجب أن يكون قابضاً لأنه قبض غصب فينوب. وفي «الذخيرة»: اشترى ما هو أمانة في يده بوديعة وعارية لا يكون قابضاً إلا

ولبن امرأة وشعر الخنزير وينتفع به للخرز.....

إذا ذهب المودع المستعير إلى العين وانتهى إلى مكان يتمكن من قبضه إلا أن يصير المشتري قابضاً بالتخلية، فإن هلك بعد يهلك من مال المشتري انتهى، وهذا لا يفيد إطلاقهم السابق قيد بقوله ممن يزعم إلخ، لأنه لو باعه ممن يزعم أنه عند غيره لا يصح أيضاً لكنه فاسد أي اتفاقاً يملك بالقبض بخلاف بيع الآبق المطلق فإن فيه / ما مر من [ب/٣٨٢] الخلاف، واعلم أنه يستثنى من إطلاقهم ما لو أبق من الغاصب فباعه المالك منه فإنه يصح مع أنه أبق عند التعاقدين، كما في «الذخيرة» معللاً بأن بيعه إنما يصح إذا كان التسليم محتاجاً إليه، أما إذا لم يكن محتاجاً إليه كما في مسألتنا فإن البيع يجوز.

(و) لم يجوز أيضاً بيع (لبن المرأة) في قدح كما في «الهداية» وهذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله كيلا يظن أن امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره، كذا في «الفتح»، قال في «الحواشي السعدية»: وهذا بعيد جداً بعدما تقدم أن بيع اللبن في الضرع لا يجوز انتهى.

وبيانه أن امتناع بيعه في الضرع قد علم مما مر، فذكر منع بيع لبن المرأة بعده نص في المنع بعد الانفصال فلا حاجة إلى التقييد به، وبه اندفع ما في «البحر» من أن ذكر القيد أولى لأن حكم اللبن في الضرع قد تقدم، على أننا لا نسلم أنه مستفاد مما تقدم لما قدمناه في أن الضرع خاص بذوات الأربع كالثدي للمرأة وح<sup>(١)</sup> فإنما أطلقه المصنف ليعم ما قبل الانفصال وما بعده لأنه جزء آدمي مصون عن الابتذال بالبيع، وقد استدل محمد على فساد بيعه بجواز إجارة الظئر لأن جوازها يثبت أنه من المنافع لا الأموال إذ المال لا يجوز إجارته، ألا ترى أنه لو استأجر بقرة على أنه يشرب لبنها لم تجز الإجارة؟ وعلى هذا فلا يضمن متلفه لا فرق بين كونها حرة أو أمة في ظاهر الرواية وفي حل التداوي به في العين قولان، كذا في «الفتح».

وفي موضع آخر قال أهل الطب يثبتون نفعاً للبن البنت في العين وهذه من أفراد مسألة الانتفاع بالمحرم للتداوي كالخمر، واختار في «الهداية» «والخانية» الجواز له إن علم أن فيه شفاء ولم يجدوا لغيره والله الموفق.

(و) لم يجوز أيضاً بيع (شعر الخنزير) لأنه نجس العين إهانة له قال في «الفتح»: ويرد على هذا التعليل بيع السرقيين فإنه جائز للانتفاع به مع أنه نجس العين انتهى، بل الصحيح عن الإمام أن الانتفاع بالعدرة الخالصة جائز كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الكراهية (وينتفع به) أي: يجوز الانتفاع به (للخرز) أي: نخرز النعال

(١) هكذا العبارة في الاصل، والله أعلم بمراد المؤلف.

وشعر الإنسان وجلد الميتة قبل الدبغ وبعده يباع وينتفع به.....

فإن الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه، وعن الثاني أنه يكره لتأتيه بغيره، والأول هو الظاهر فإن الضرورة ببيع اللحم فالشعر أولى، ثم أن يوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع حتى لو لم يوجد إلا بالشراء. قال أبو الليث: ينبغي أن يجوز شراؤه لشمول الحاجة إليه لكن لا يطيب للبائع الثمن، كذا في «العناية» وينبغي أن يطيب له على قول محمد القائل بأن إطلاق الانتفاع دليل طهارته حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده، وعلى قول أبي يوسف يفسده وهو الصحيح، لأن حكم الضرورة لا يتعدها وهي في الخرز فتكون بالنسبة إليه والغرض أنه لا يوجد إلا بالشراء فقد باع للخرز ما يحل الانتفاع به فيه، وعلى هذا فيطيب له على قوله أيضاً إلا أن يقال إن في أصله خبثاً فتدبره، وقول لا بأس للأساقفة أن يصلوا مع شعر الخنزير، ولو كان أكثر من قدر الدرهم مخرج على قول محمد لا على قول أبي يوسف، نبه عليه في «الفتح» وهو ظاهر.

(و) لم يجز أيضاً بيع (شعر الإنسان) ولا الانتفاع به لأن الآدمي غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً مبتذلاً وهذا الإطلاق يعم الكافر، وقد صرح في «الفتح» في غير هذا المحل بأن الآدمي مكرم ولو كان كافراً، وعن محمد جواز الانتفاع به لأنه عليه الصلاة والسلام حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به، ولو كان بخساً لما فعله الأول هو الظاهر، وحرمة الانتفاع به لكرامة لا للنجاسة حتى لو وقع في الماء القليل لا ينجسه، وتقسيمه ﷺ شعره بينهم للتبرك به لا للانتفاع كيف وقد لعن ﷺ الواصلة والمستوصلة<sup>(١)</sup>، والأولى هي التي تصل الشعر بشعور النساء، والثانية هي المعمول بهذا برضاها وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به لا للتكثير، ألا ترى أنه خص فيما يتخذ من الوبر ليزيد من قرون النساء للتكثير.

(و) لم يجز أيضاً بيع (جلد الميتة قبل الدبغ) للنهي عن الانتفاع بإهاب الميتة، وهو اسم لغير المدبوغ كما مر في الطهارة ولا خفاء أن نجاسته من الرطوبات المتصلة بأصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس، والدهن النجس حيث يجوز بيعه لأن نجاسته عارضة فلا يتغير حكم الثوب بها فيه (وبعده يباع وينتفع به) لطهارته

(١) أخرجه البخاري في اللباس (٥٩٣٧)، ومسلم في اللباس والزينة (١١٩).

كعظم الميتة وعصبتها وصفوها وقرنها ووبرها .....

بالدبغ كما مر قيد بجلد الميتة لأن جلود المذكاة يجوز بيعها لطهارتها بها، ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدبغ فيجوز بيعها والانتفاع بها في غير الأكل في «التجنيس» المختار للفتوى جواز بيع لحم المذبوح من السباع، وكذا الكلب والحمار لأنه طاهر وينتفع به في إطعام سنورة (كعظم الميتة) أي: كما يباع عظم الميتة وينتفع به، (و) كذا / (عصبتها وصفوها وقرنها ووبرها) [١/٣٨٣] وریشها ومنقارها وظلفها وحافرها لطهارتها لأن الحياة لا تحلها فلا يحلها الموت .

قال في «الهداية»: والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به، أي في الحمل والمقاتلة والركوب، وفي «العناية» ولو بيع عظمه إنما يجوز إذا لم يكن عليه دسومة، أمّا إذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيع انتهى، وهذا ينبغي أن يكون جارياً في عظم كل ميتة وما جزم عن محمد مخالف لما ذكره الكرخي أجمعوا على جواز بيع الفيل، وفي «العيون» روى ابن رستم عن محمد في امرأة صلت في عنقها قلادة فيها سن كلب أو أسد أو ثعلب فصلاتها تامة لأنها تقع عليها الزكاة، وروي أنه صلى الله عليه وسلم «اشترى لفاطمة سوارين من عاج»<sup>(١)</sup> فظهر استعمال الناس له من غير تكبير حتى حكى بعضهم إجماع العلماء على جواز بيعه والله الموفق .

## فـرـع

هل يجوز بيع القرد؟ روى أبو يوسف عن الإمام منع بيعه، وروى الحسن عنه جوازه وهو المختار لأنه ينتفع به في بعض الأشياء، كذا في «الفتح» قال ابن وهبان: وينبغي أن يحمل قول أبي حنيفة بجواز البيع لمن يحفظ به ذكاته أو متاعه وعدم الجواز لمن يلعب به ويطوف به في الأسواق ويسخر به فإن ذلك حرام ونظر فيه في «عقد الفرائد» لما في «البزازية» بيع القرد وسائر السباع يجوز للانتفاع بجلدها فبين أن العلة في الجواز ليس حفظ المتاع ولا بد .

وفي «التجنيس» بيع القرد يجوز، وكذا جميع الحيوانات سوى الخنزير وهو المختار ولأنه ينتفع به، وكذا ينتفع بجلده وشراء الفيل جائز لأنه منتفع به يحمل عليه المتجر بالقرد، وإن كان حراماً لا يقتضي المنع من بيعه فقد قالوا: يجوز بيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمراً مع الكراهة، وكذا بيع الأورد ممن يعلم أنه يعصى به وقصارى ما ذكره كراهة البيع انتهى .

(١) ذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية (١٣٣٦/٢) .

وعلو سقط وأمة تبين أنه عبد.....

(و) لم يجز أيضاً بيع (علو) بضم العين وكسرهما بيع خلاف السفل (سقط) لأن حق التعلي ليس بمال قيد بسقوطه لأن بيعه قبله صحيح نظراً إلى البناء القائم، ولو سقط قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات، ومنفرداً في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء وهذا يضمن بالإتلاف حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته، كذا في «الشرح» ومحل الاتفاق في بيعه تبعاً للأرض ما إذا كان الشرب شرب تلك الأرض أما إذا باع أرضاً مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ، وحكي عن أبي نصر بن سلام أنه لا يجوز قال أبو جعفر: وإليه أشير في الكتاب وظاهر الرواية أن بيعه منفرداً لا يجوز كما في «الخانية» وهو الصحيح، كما في «الفتح» وظاهر كلامهم أنه باطل، وعليه فرع قاضي خان ما لو قبضه المشتري ثم باعه مع أرض له قال أبو جعفر: لا يجوز البيع في الشرب إلا أن يخيره البائع لأن بيع الشرب لا يقع على موجود بل ما يحدث وقتاً بعد وقت، وكذا لو باعه تبعاً جاز وإن كان الماء منقطعاً وقت البيع فإذا لم يشترط شيئاً موجوداً لا يملك بالقبض فلا يجوز بيعه ثانياً لأنه على ملك الأول.

قال قاضي خان: وعندني هذا الجواز مشكل وينبغي أن يكون بيعه ثانياً أنه على ملك بيعه يجوز في رواية، وبه أخذ بعض المشايخ وجرت العادة ببيعه في بعض البلدان فكان حكمه حكم الفاسد يملك بالقبض فإذا باعه بعد القبض وجب أن يجوز، ويؤيده ما في «الأصل» لو باعه بعبد وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه ولو يكن الشرب محلاً للبيع لما جاز عتقه، كما لو اشترى بميتة أو دم وأعتقه لا يجوز عتقه انتهى.

وأما تضمينه بالإتلاف بالمعنى الذي ذكره الشر فهو إحدى الروايتين والفتوى على أنه لا يضمن كما في «الذخيرة»، وفي «الظهيرية» وهو الأصح، وعن الشيخ جلال الدين ابن صاحب «الهداية» أنه قصر ضمانه بالإتلاف على ما إذا شهد به وآخر ثم رجع بعد القضاء وقال: لا وجه للضمان بالإتلاف إلا بهذه الصورة لأنه لو ضمن لغيرها فإما بالسقي أو بمنع حق الشرب لا وجه للأول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث، وإلى الثاني لأن منع حق الغير ليس سبباً للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد كذا في «الفتح». وسكت المص عن بيع الطريق وهبته وقد قالوا: إنه يجوز بخلاف مسيل الماء والتفصيل في «الهداية».

(و) لم يجز أيضاً بيع (أمة تبين أنه عبد) وبأن قال: بعثك هذه الأمة فإذا هي

وكذا عكسه وشراء ما باع .....

عبد (أو عكسه)، بخلاف ما لو باعه هذا الكبش فإذا هو نعمة حيث ينعقد البيع ويتخير المشتري، ومبنى الفرق ما مر في النكاح لمحمد فيما لو تزوجها على هذا الخل فإذا هو خمر من أنه متى اجتمعت التسمية والإشارة، فإن كان المسح مع المشار إليه جنسين مختلفين تعلق الحكم بالتسمية فيبطل البيع لعدم المبيع الذي هو المسمى وقيل: / يفسد والأول هو الظاهر أخذاً من قول محمد لا بيع بينهما وإن اتحداً جنساً إلا أن الاختلاف بالصفة فاحش كالخل مع الدبس كان كاختلاف الجنس، وإن كان قليلاً اعتبرت الإشارة فينعقد البيع ويتخير وهذا الأصل متفق عليه هنا وفي سائر العقود من النكاح والإجارة والصلح عن عمد والخلع على ما سيأتي. وقد جعل الفقهاء الذكر والأنثى من بني آدم جنسين لفحش تفاوت الأغراض منهما وإن اتحداً جنسها عند أهل المعقول بخلاف الذكر والأنثى من البهائم، فإن المقصود من هذا الجنس إنما هو الركوب والحمل والأكل والذكر والأنثى في ذلك سواء، وعلى هذا تفرع ما ذكره الكرخي من أنه لو باعه فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل فجعله من اختلاف الجنس.

قال في «الفتح»: ولو باعه ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح، ويتخير كما إذا باع عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب، كذا ذكره المص يعني صاحب «الهداية» وإن كان صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز فكأنه ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيراً من الصفة التي عينت أولاً في ثبوت الخيار، وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص، وصح الأول لفوات غرض المشتري وكان مستند الفصلين ما تقدم فيمن اشترى على أنه كافر فإذا هو مسلم لا خيار لأنه خير مما عين وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد لا يتفاوت بين مسلم، وكافر بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة فإنه يفيد أن حاجته التي لأجلها اشترى هي هذا الوصف.

قال في «البحر»: وقد ظهر لي من كلامهم أن المشتري لو ادعى اشتراط كون الفص ياقوتاً وأنكر البائع فإن كان ما ظهر من خلاف جنس الياقوت تحالفاً وفسخ البيع لأن الاختلاف في جنس المبيع، وإن كان من جنسه وأن الغائب إنما هو الوصف فإن كان المبيع بمرأى من المشتري وقت البيع فلا خيار له، ولو أقر البائع بالشرط وإلا فالقول للبائع وقد صارت حادثة الفتوى وأجبت بما ذكرنا انتهى.

(و) لم يجز أيضاً (شراء ما باع) أي: ما باعه هو أو وكيله لنفسه وإن كان وكيلاً

بالأقل قبل النقد وصح فيما ضم إليه .....

في بيعه وأطلق الشراء فعم شراء الكل أو البعض، كما في «القنية» وشراؤه من كل وجه أو من وجه كشراء من لا تجوز شهادته له فإنه كشرائه خلافاً لهما في غير العبد والمكاتب، والشراء من وارث المشتري كالشراء منه بخلاف شراء وارث البائع أو وكيله عند الإمام، والفرق أن وارث المشتري قام مقامه في ملك العين وهذا من أحكامها، بخلاف وارث البائع لأن ملكه كان ثابتاً له قبل موت مورثه (بالأقل) خرج بذلك المساوي والأكثر وإنما يظهر ذلك عند اتحاد جنس الثمنين حتى لو اختلفا جاز.

وإن كان الثاني أقل والدرهم مع الدنانير هنا جنس واحد استحساناً احتياطاً وكون المبيع لم ينقص في يد المشتري، فإن نقص جاز وجعله ما نقص من الثمن في مقابلة ما حدث في يده، ولا بد أن يكون النقصان ذاتياً حتى لو كان بتغير الأسعار لم يجز الشراء لأنه غير معتبر في حق الأحكام كما في الغصب وغيره، كذا في «الشرح» وشمل إطلاقه الأقل وصفاً حتى لو باعه بألف نسيئة إلى سنة ثم اشتراه إلى سنتين. لم يجز أيضاً (قبل النقد) أي: فقد جميع الثمن لقول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة من زيد بن أرقم: «أبلغيه أن الله أبطل حجه وجهاده معه ﷺ إن لم يتب»<sup>(١)</sup> ولو خرج المبيع عن ملكه ثم عاد فإن بحكم ملك جديد كالإقالة قبل القبض أو بعده أو بالشراء أو الهبة أو بالميراث فشراؤه بالأقل جائز وإن بما هو فسخ لعوده بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده لا يجوز، كذا في «السراج».

(وصح) البيع (فيما ضم إليه) حتى لو اشترى أمة بخمسمائة ثم باعها مع أخرى من البائع قبل نقد الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشترياً للأخرى بأقل مما باع ولم يسر الفساد إلى الثانية لأنه ضعيف لكونه مجتهداً فيه، أي: محل اجتهاد وقابل له، وإلا فخلاف الشافعي إنما جاء بعد المسألة فكيف يوضع على شيء لم يقع بعد؟ ويجوز أن يكون الخلاف واقعاً بل هو الأظهر ونوقض بما إذا باعها بألف وخمسمائة فإن البيع فاسد، نص عليه شمس الأئمة وفخر الإسلام، ولو كان الفساد في مسألة الكتاب لما ذكر لما فسد لأنه عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة.

قال في «الفتح»: والحق أن بينهما فرقاً فإن هناك الموجبات تحققه وهنا المجنون موقوف على الاعتبار / فإذا اعتبر واحد أمكن اعتبار لكنه لا يزيد النظر إلا [١/٣٨٤]

وزيت على أن يزنه بظرفه وي طرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً وصح لو شرط أن يطرح بوزن الظرف وإن اختلفا في الزق فالقول للمشتري ولو أمر ذمياً بشراء خمر أو بيعها صح

وكادة فإن الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يحمل المجوز الذي وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فليتأمل .

(و) يجز أيضاً (بيع زيت على أن يزنه بظرفه وي طرح) أي: يسقط (عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً) لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين، فإن زنة الظرف قد تكون أقل فيكون النفع للمشتري أو أكثر فيكون للبائع إلا إذا عرف مقدار وزنه فيجوز، كما في «شرح الدرر» .

(وصح) البيع (لو شرط) أي: المشتري (أن يطرح) عنه (بوزن الظرف) لأنه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر البيع من غير أن يخص بالثمن، (وإذا اختلفا في الزق) بالكسر الظرف والجمع أزقاق وزقاق ككتاب وزعقان تفرع على ما قبله أي اختلفا في وزنه بعد ما رده المشتري وهو عشرة أرطال فقال البائع: هو غير هذا وزنته خمسة (فالقول للمشتري) مع يمينه إلا أن يبرهن البائع على ما ادعى، لأنه إن اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض وإن في قدر المبيع المقبوض رجوع إلى الاختلاف في قدر الثمن والقول فيه للمشتري لإنكاره الزيادة والاختلاف في الثمن، وإن أوجب التحالف إلا أن محله ما إذا كان قصداً لا ضمناً كما هنا لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق، والفقهاء فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن إنما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما يدعي عقداً آخرًا وما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجب .

(ولو أمر) مسلم (ذمياً) أي: وكله (بشراء خمر) أو خنزير (أو بيعها صح) أي: صح توكيله عند الإمام مع كراهة التحريم حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك الموكل المسلم فيجب عليه أن يخلل الخمر أو يريقها، ويسيب الخنزير، وكذا لو وكله ببيعها بأن أسلم عليهما أو مات قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرًا ببيعهما غير أن عليه أن يتصدق بثمانهما وقالوا: لا يصح وعليه هذا الخلاف توكيل المحرم حلالاً ببيع صيده لهما أن الموكل لا يليه فغيره لا يولييه، ولأن ما ثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه ونقض قولهما بمسائل منها الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك أن يوكل فيه، ومنها للقاضي أن يأمر ذمياً ببيع خمر تركها ذمي وإن لم يملك بيعها، ومنها وصي الذمي إذا كان مسلماً يملك أن يوكل ذمياً ببيع خمره وإن لم يملكه الموكل . قال في «الفتح»: بقي أن يقال: إذا كان حكم هذه الوكالة بالبيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن

وأمة على أن يعتق المشتري أو يدبر أو يكتب أو يستولد.....  
 يسبب الخنزير ويريق الخمر أن يخللها بقي تصرف غير معقب لفائدته وكل ما هو كذلك ليس بمشروع انتهى.

وأقول: لا نسلم أن مثله ليس بمشروع، أمّا في البيع فلأن عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة إذ قد مر قريباً أن شعر الخنزير إذا لم يوجد مباح الأصل جاز بيعه وإن لم يطب ثمنه، وأمّا في الشراء فقد أفاد فائدة في الجملة على تخليل الخمر ومثله لا يعد غير مشروع.

(و) لم يجز أيضاً بيع (أمة على أن يعتق المشتري أو) على أنه (يدبر أو يكتب أو يستولد) الأمة شروع في الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط لنهيه ﷺ عن بيع وشرط<sup>(١)</sup> لكن ليس كل شرط يفسد البيع، بل لا بد أن لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارف وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين وللمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق، ولم يرد الشرع بجوازه وما يقتضيه كاشتراط تسليم الثمن أو حبس المبيع إلى قبضه ويلائمه كالبيع بشرط كفيل أو رهن بالثمن معينين فيقال للمشتري: ادفع الرهن أو عجل الثمن، وفي «القدوري» إمّا الرهن أو قيمته أو يفسخ العقد، ولو امتنع عن تسليم الكفيل لا يجبر وإنما يؤمر بدفع الثمن، فإن لم يدفعهما خير البائع في الفسخ.

وفي «البحر» معزياً إلى «الذخيرة» اشترى عبداً على أن يعطي البائع للمشتري كفيلاً بالدرك فإن كان الكفيل مجهولاً فسد البيع، وإن كان معيناً حاضراً، وقيل: أو كان غائباً فحضر قبل التفريق، وقيل: جاز انتهى، ولم يذكر الرهن على الدرك لأنه غير جائز.

وفي «الفتح» يصح البيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة، أو بأن رهنه به رهناً معلوماً بالإشارة أو بالتسمية ولو لم يكن الكفيل حاضراً فحضر وقيل قبل أن يتفرقا جاز، ولو لم يكن الرهن مسمي ولا مشاراً إليه، ولا يجوز بالاتفاق وشرط الحوالة كالكفالة انتهى، أو كان متعارفاً كشراء نعل على أن يحذوه أو لم يكن فيه منفعة لأحد كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة أو ورد الشرع بجوازه كالبيع بشرط الخيار والأجل لا يفسد ويعتبر الشرط لاشتراط أن لا يبيعه فيبطل في ظاهر المذهب، وعن الثاني أن البيع يبطل أيضاً.

وفي «الخلاصة» / اشترى عبداً على أن يبيعه جاز ولو قال من فلان لا يجوز،

أو إلا حملها .....

وفي «البرازية» لو قال على أن يطعمه يفسد، ولو قال: خبيصاً فسد، وفي «الذخيرة» اختلف المشايخ لو قال: على أن يعطي ثمنها من مال فلان وإن عرف هذا فاشترط العتق وتوابعه مما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمعقود عليه، ولو وفى بالشرط ففي العتق بعد القبض ينقلب البيع جائزاً عند الإمام خلافاً لهما حتى يجب على المشتري الثمن وعندهما القيمة لا في توابعه.

والفرق أن شرط العتق بعد وجوده يصير ملائماً للعقد لأنه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر والفساد لا تقرر له فيكون صحيحاً ولا كذلك شرط توابعه إذا وفى بها لأنه يتعين انتفاع ورود الملك عليه، ولم يوجد لجواز أن يحكم قاضٍ بصحة بيعه فيتقرر الفساد، وأجمعوا أنه لو أعتقه قبل القبض لا يعتق.

وأفاد في «الظهيرية» أن المشتري لو أمر البائع بالعتق فقد طلب منه أن يسلمه على القبض، فإذا أعتق بأمره صار قبض القبض فإذا أعتق بأمره صار قبض المشتري سابقاً عليه لأن البائع سلطه عليه، وأجمعوا أنه لو هلك في يد المشتري قبل العتق أو باعه أو وهبه يلزمه القيمة، كذا في «السراج» قيد بكون الشرط لفظ على لأنه لو كان أن فسد البيع في جميع الصور إلا فيما إذا قال: إن رضي أبي أو فلان في ثلاثة أيام، والظاهر من كلامهم أن قوله بشرط كذا بمنزلة على ولا بد أن لا يقولها بالواو حتى لو قال: بعتك كذا على أن تقرضني كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطاً، وأن يكون الشرط في صلب العقد حتى لو ألحقاه به لم يلتحق في أصح الروايتين، كذا في التاسع والثلاثين من «جامع الفصولين» بهذا ظهر خطأ بعض حنفية العصر إذا أفتى في رجل باع لآخر قصب سكر قدرأ معيناً وأشهد على نفسه بأنه يستعيه ويقوم عليه بأن البيع فاسد لما أنه شرط تركه على الأرض نعم الشرط غير لازم والله الموفق.

وقيد بالشرط لأنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد وصوره الولوالجي بأن قال: اشتري حتى أبنى الحوائط وخرج بكون الشرط فيه منفعة لما ذكرنا ما لو كان فيه مضرة كان ثوباً على أن لا يخرقه، أو جارية على أن لا يطأها، أو داراً على أنه يهدمها فعند محمد البيع جائز والشرط باطل، وقال أبو يوسف: البيع فاسد، كذا في «الجوهرية» ومثله في «البحر» ما فيه مضرة بما إذا اشترى ثوباً على أن لا يبيعه ولا يهبه، والبيع في مثله جائز عندهما خلافاً لأبي يوسف ويكون المنفعة لأحد المتعاقدين لأنها لو كانت لأجنبي كاشتراط أن يقرض البائع أجنبياً كذا ويجوز البيع، وذكر القدوري أنه يفسد وما لو كان خالياً عنهما كان اشترى طعاماً ما بشرط أن يأكله أو ثوباً بشرط أن يلبسه، كذا في «الفتح». (أو) أن يبيع أمة (إلا حملها) لأن ما

أو يستخدم البائع شهراً أو داراً على أن يسكن أو يقرض المشتري درهماً أو يهدي له أو يسلمه إلى كذا، أو ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً.....

لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه، والحمل لا يصح إفراده لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة فلا يصح استثنائه، وإذا لم يصح بقي شرطاً فاسداً وفيه نفع للبائع والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن كالبيع تبطل بشروط الفاسدة لأنها عقود معاوضة إلا أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد بخلاف الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد حيث لا تبطل، وإنما يبطل الاستثناء إلا في الوصية فتصح، ومن فروع القاعدة بعثك هذه الصرة إلا قفيزاً منها بكذا جاز، وهذا القطيع من الغنم إلا شاة لا يجوز، وكذا الحال في كل عددي متفاوت، وأورد عليها أن الخدمة يصح إفرادها بالوصية لا يصح استثنائها بأن أوصى بجارية إلا خدمتها وإلا غلتها.

وأجيب بأن هذا إيراد على العكس وهي غير منعكسة، وبأن الوصية ليست عقداً حتى صح قبول الموصى به بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح، (أو) باع عبداً على أن (يستخدم البائع) المبيع أو المشتري، ويجوز أن يكون في يستخدم ضمير يعود على المشتري والبائع هو المفعول (شهراً، أو داراً على أن يسكن) فيه شهراً (أو) متاعاً على أن (يقرض المشتري) البائع (درهماً أو يهدي له) هدية (أو) على أن (يسلم المبيع إلى كذا أو) يبيع (ثوب على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً) لأنها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة لأحد المتعاقدين، وقد ورد في عين بعضها نص خاص وهو «نهيه ﷺ عن بيع وسلف»<sup>(١)</sup> أي: قرض ومن الشروط الفاسدة ما لو اشتراه على أن يؤدي الثمن من بيعه أو قال: على أن يدفع المبيع إليه قبل نقد الثمن أو على أن يدفع الثمن في بدل آخر.

[١/٣٨٥]

وفي «النوازل» بعث منك هذا على أن / أحط من ثمنه كذا جاز، ولو قال: على أن أهب منك كذا لم يجز، لأن الحط ملحق بما قبل العقد ويكون البيع بما وراء المحطوط، ومقتضاه أنه لو شرط أن يزيده المشتري في الثمن أن يصح أيضاً، ولو لم يفعل ذلك ينبغي أن يخير البائع أو المشتري على قياس أمر فتدبره.

وفي «القنية» اشترى بطيخة على أنها حلوة أو شاة على أنها تحلب كذا أو زيتاً أو سمساً على أن فيه كذا مناً أو شاة أو ثوراً على أن فيه كذا مناً من اللحم فسد

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١٣٣٩)، والنسائي في الكبرى (٥٠٢٧).

وصح بيع نعل على أن يحذوه أو يشركه لا البيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إن لم يدر المتعاقد أن ذلك.....

البيع في الكل لتعذر معرفته قبل العمل وعجز البائع عن الوفاء به، (وصح بيع نعل على أن يحذوه) البائع، أي: يقطعه من حذوت النعل بالنعل قدرت كل واحدة على صاحبته والمراد اشترى أديماً على أن يجعله البائع نعلًا له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار الأول، ويحتمل أن يراد حقيقة، أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها، أي: يجعل معها مثلاً آخر ليتم نعلًا للرجلين ويدل عليه قوله (أو يشركه) من شرك النعل وضع عليها الشرك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فجعلها مقابلاً لقوله نعلًا ولا معنى لا يشتري أديماً على أن يجعل له شراكاً، فلا بد أن يراد حقيقة النعل، كذا في «الفتح»، ولقائل أن يقول: لم لا يجوز أن يراد به الصرم وضمير يشركه للنعل بالمعنى الحقيقي على طريق الاستخدام وهذا استحسان وتسمير القبقاب كالتشريك.

وفي «البزازية» اشترى ثوباً أو خفاً خلقاً على أن يرقعه البائع ويسلمه صح انتهى، بخلاف خياطة الثوب لعدم التعارف (لا) يصح (البيع) بثمن مؤجل (إلى النيروز) أما تأجيل المبيع فمفسد ولو إلى أجل معلوم، والنيروز أول يوم من طرف الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل، والأصل نوروز فعرب وقد تكلم به الفاروق رضي الله تعالى عنه فقال: «كل يوم لنا نوروز» حين كان الكفار يبتهجون به (والمهرجان) معرب مهر كان يوم في طرف الخريف وهو أول يوم من الشتاء تحل فيه الشمس الميزان.

وفي «السراج» النيروز هو أول يوم من الصيف تحل فيه الشمس برج الحمل والمهرجان أول يوم من الشتاء تحل فيه الشمس الميزان انتهى، وهذا إنما يتم بناء على أن الربيع من الصيف والخريف من الشتاء، وقد مر في الصلاة نظيره وإلا فالفصول أربعة كما لا يخفى وقيل: سمي عيدان المجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود)، قيل: تخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم معلوم، كذا في «الفتح».

وفي «السراج» فإن قيل: لم خص الصوم بالنصارى والفطر باليهود؟ قيل: لأن صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم، واليهود بعكسهم مع أنه إذا باع إلى صوم اليهود فالحكم فيه كذلك لا يتفاوت فيكون معناه إلى صوم النصارى وفطرهم إلى فطر اليهود وصومهم فاكتفي بذكر أحدهما، وقوله: (إن لم يدر المتعاقد أن ذلك) بيان

وإلى قدوم الحاج والحصاد والقطاف والدياس ولو كفل إلى هذه الأوقات صح ولو أسقط الأجل قبل حلوله صح.....

لجهة الفساد وهو الجهالة وفيه إيماء إلى أنها لو انتفت بالعلم بخصوص هذه الأوقات جاز للعلم بمدته وهي خمسة وخمسون يوماً، واعلم أن صحة تأجيل الثمن إذا كان الأجل معلوماً في الثمن الدين أما العين فيفسد البيع، كذا في «الفتح» .

(و) لا يصح أيضاً (إلى قدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع (والدياس) وهو وطء المحصول بقوائم الدواب (والقطاف) بكسر القاف والفتح فيه لغة قطع العنب من الكرم للجهالة المفضية إلى المنازعة بتقدم هذه الأوقات وتأخرها، زاد في «الهداية» الجذاذ وفسره الشارح بجذ الصوف قال: وكذا إلى أنجد الصوف بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص بالنخل .

وفي «العناية» الجذاذ قطع الصوف والنخل والزرع والشعر (ولو كفل إلى هذه الأوقات) المتقدمة (صح) التكفيل، لأن الجهالة اليسيرة متحملة بها، ألا ترى أنها تتحمل في أصل الدين؟ بأن يكفل بما ذاب على فلان فنفي وصفه أو لا بخلاف الفاحشة كالكفالة إلى هبوب الريح ونحوه، وهذا يشير إلى اليسرة ما كانت في التقدم والتأخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح كذا في «العناية» .

وفي «السراج» التأجيل إلى نحو هبوب الريح ليس تأجيلاً لأن الأجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح قد يتصل بكلامه، فعرفنا أنه ليس بأجل انتهى . ولما كان مبنى البيع على المماسكة لم تتحمل فيه الجهالة اليسيرة (وإذا أسقط الأجل) أي: أسقط المشتري الأجل في البيع إلى هذه الأوقات (قبل مجيئها) بناه للمجهول، لأن قول القدوري: فإن تراضيا على إسقاطه مما يوهم أن التراضي شرط وليس كذلك قاله العيني وليس في عبارته ما يعين البناء للمجهول والظاهر بناؤه للمعلوم، وإلى ذلك يشير قول الشر ثم أسقط المشتري الأجل وجزم بأن قول القدوري تراضيا وقع اتفاقاً لا مخرج الشرط وهو الأولى (صح) البيع لارتفاع المفسد قبل تقررهِ، ولو باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات جاز، لأن هذا التأجيل الدين والجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في صلب العقد كذا في «الهداية» / . وفي «الخانية» قال

ابن الفضل: يفسد البيع، وعن محمد لا يفسد ويصح التأجيل وينبغي أن يخرج هذا على ما لو ألحق به شرطاً فاسداً وقد منّا ترجيح أنه لا يلتحق قيد بهذه الآجال، لأنهما لو تبايعا إلى هبوب الريح ثم أسقطاه لا ينقلب جائزاً لأن الفساد في صلب العقد، كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد حيث لا ينقلب جائزاً، وقياس هذا أنه لو باعه بألف ورطل في خمر ثم أسقط الرطل أنه لا ينقلب جائزاً .

ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك .

وحكى في «جامع الفصولين» الإجماع عليه، إلا أن المذكور في «فتح القدير» عن نص محمد انقلابه صحيحاً، وأجاب بأنه تبع للآلف الثمن في بيع المسلم، بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن، (ومن جمع بين حر وعبد) وباعهما (أو) جمع (بين شاة ذكية وميتة) كذلك (بطل البيع فيهما) أي: في الجمعين وإن فصل الثمن عند الإمام، وقالوا: إن فصله صح فيما يقبل البيع وبطل في الآخر لتعدد الصفقة بتفصيله فلا يسري الفساد، وله أن العقد عليهما صفقة واحدة، ألا ترى أنه لا يملك القبول في أحدهما دون الآخر؟ وحينئذ يكون قبول العقد فيما لا يصح العقد فيه شرطاً لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطاً فاسداً، وفيه بحث من وجوه الأول لا نسلم اتحادها مع بيان الثمن ليلزم ما ذكر الثاني أن الشرط المفسد كما مر فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود في الحر وإنما يكون شرطاً لقبوله في العبد إذا صح الإيجاب فيهما لكنه لم يصح إلا في أحدهما .

وأجيب عن الأول بأن تقررهما عنده لا بد فيه من تفصيل الثمن ومن تكرار لفظ البيع، وعن الثاني بأن فيه نفعاً لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خالياً عن العوض فيكون ربا، وما أجيب من منع اشتراط النفع في إفساد الشرط فليس بشيء، وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح في العقد والشرط جميعاً فلا يكون مما نحن فيه، (وإن جمع بين عبد ومدبر) أو مكاتب ولم يقل أم ولد لأنه لا يرى نفاذ القضاء ببيعها، وقدمنا عن البزازي أنه الأظهر وهكذا قال الأستروشتي في «فصوله» .

وفي قضاء «الجامع» أنه يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر إن أمضاه مضي وإن أبطل بطل وهذا أوجه الأقاويل قاله العيني، (أو بين عبده أو عبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك) لف ونشر مرتب وهذا قول الثلاثة، وقال زفر: يفسد في الكل كالجمع الأول، ولنا أنه باعهما بثمن معلوم فانعقد عليهما جملة واحدة فنفذ في القن والملك بالحصصة وتوقف في المدبر ونحوه على القضاء كما مر، وفي عبد الغير على إجازة مولاه .

وأما في الملك والوقف ففيه روايتان وما جزم به المصنف هو الأصح لأن الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الأموال بخلاف المسجد حيث يبطل فيما ضم اليد لأنه ليس بمال فصار كالحر، ولذا لو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح، وفي

## فصل

قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع.....

«المحيط» قيل: يصح في الملك وهو الأصح، واستشكله الشيخ بأن المسجد كالحرف كيف يجوز البيع فيما ضم إليه؟ ولا سبيل لهذا إلا إذا جعل استثناء للمساجد فيكون كأنه باعه غير مواضع المسجد.

تكميل: قد علمت أن الأصح في الجمع بين الوقف والملك أنه يصح في الملك وقيده بعض موالي الروم وهو مولانا أبو السعود جامع أشتان العلوم تغمده الله برضوانه أنه بما إذا لم يحكم بلزومه فأفتى بفساد البيع في هذه الصورة، ووافق بعض علماء العصر من المصريين ومنهم شيخنا الأخ إلا أنه قال في شرحه هنا يرد عليه ما صرح به قاضي خان من أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه، وليس هو الحر بدليل أنه لو ضم إلى ملك لا يفسد البيع في الملك وهكذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع إلى الحق وهو الإطلاق الوقف لأنه بعد القضاء، وإن صار لازماً بالإجماع لكنه يقبل البيع بعد لزومه إما بشرط الاستدلال على المفتى به من قول أبي يوسف، أو بورود غصب عليه ولا يمكن انتزاعه ونحو ذلك.

## فصل في أحكام البيع الفاسد

ولما كان حكم الشيء يعقبه ذكر أحكام الفاسد عقيب (قبض المشتري المبيع) ولو وكيلاً، وفيه إيماء إلى أنه ليس مقبوضاً له حتى لو كانت وديعة حاضرة ملكها كما في «جميع التفاريق» وهل التخلية قبض؟ اختلفت الروايات، والأصح أنها ليست بقبض كذا في «المجتبى» و«العمادية»، وفي «الخلاصة»: التخلية كالقبض في البيع الفاسد وفي بيع «الجامع الكبير» وصححه في «الخانية».

وأقول: يجب أن يكون ما في «التفاريق» مخرجاً على أن التخلية قبض وإنما قيد بكونها حاضرة، وإلا فقد مر أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع فتنبه لهذا وعم كلامه القبض الحكمي لما قدمنا من أن أمر البائع بالعتق قبله صحيح لاستلزامه القبض (في البيع الفاسد) وفي بيع الوصي مال اليتيم بغبن / فاحش فهو باطل أو فاسد؟ كما في «القنية» وفيها أن بيع التلجئة باطل. قال في «البحر»: وينبغي أجر القولين في استبدال الوقف بمسوغ بغبن فاحش وترجيح الفساد فيهما، لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف (بأمر البائع) أي: بإذنه في ظاهر المذهب ولم يقل برضاه ليعم المكروه غير أنهما ما داما في المجلس اكتفي به ولو دلالة كسكوته عند قبض المشتري استحساناً هو الصحيح وبعده لا بد من صريح

وكل من عوضه مال ملك المبيع.....

الإذن إلا إذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به فإنه يكون إذناً بالقبض دلالة لأن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه قبل الافتراق ولم ينهه كان الحكم كالتسليط إلا أنه لضعفه عن إفادة حكمه تقيد بالمجلس، ولو أمر البائع أن يعمل فيه عملاً ينقصه أو لا كالقصار والغسل بأجرة أو بغير أجرة فما كان ينقصه فهو قبض وما لا فلا، وللبائع الأجر في الوجهين هلك المبيع أو لا، كذا في «السراج».

ومن فروع المسألة ما لو كان برأ ف جعله البائع طعاماً بأمر المشتري صار قابضاً وعليه مثله، كما في «جامع الفصولين» (وكل من عوضه مال) أي: متقوم لتحقيق ركن البيع أعني مبادلة المال بالمال خرج به البيع بالمعينة ونحوها، والبيع مع نفي الثمن في رواية فإنه باطل، وهذه الرواية جزم بها في «الهداية» وغيرها.

أمّا مع السكوت عنه ففاسد ويثبت الملك بالقبض موجباً للقيمة لأن مطلق البيع يقتضي المعاوضة فإذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته، وكان باعه بقيمته فيفسد البيع وهذا القيد يعني قوله وكل إلى آخره مستغنى عنه بقوله في البيع الفاسد لأن فساده لا يوجد بدون هذا الشرط لا يقال: إنه يوجد بدونه في البيع المسكوت فيه عن الثمن لأن أحد العوضين القيمة كما قد علمت وهي مذكورة حكماً، وحاول في «البحر» الجواب بأن بعضهم أطلق على بيع الخمر ونحوه اسم الفاسد فربما توهم أنه يملك بالقبض فصرح بما يخرج.

وأقول: هذا مما لا حاجة إليه بل الفاسد أعم على ما التزمه في أول الباب وحينئذ فلا بد من التصريح بهذا القيد لإخراج الباطل وهذا مما يجب أن يفهم من كلامهم في هذا المقام، ومن تأمل ما في «الهداية» وغيرها وجده كالتصريح به ثم رأيت في «الحواشي السعدية» قال في قول صاحب «الهداية» شرط أن يكون العوضان كل منهما مال ليتحقق ركن البيع يعني ليظهر تحققه فإن الفاسد قد يستعمل في المعنى العام للباطل أيضاً، وهذا طبق ما فهمته فتنبه له، وعلى هذا فقول الشر أن قوله في البيع الفاسد احترازاً عن الباطل مما لا ينبغي إذ الباطل إنما خرج بقوله وكل من عوضه مال كما قد علمت (ملك المبيع) هذا قول البلخييين، وقال العراقيون: إنما يملك التصرف فيه فقط بحكم تسليط البائع لقول محمد إنما جاز بيعه لأن البائع سلطه على ذلك، ولذا لا يحل له أكله ولا وطء لأمة ولا يطيب له ريحه فإن فعل وجب العقرب عليه بعد التوبيخ ولا شفعة للشفيع وجه الأول وهو الأصح. وفي «الفوائد» وهو المختار أن الأب أو الوصي لو باع للصغير عبداً بيعاً فاسداً فأعتقه المشتري فعند عتقه نفذ ولا يملك الإعتاق ولا التسليط عليه، وقد نص محمد في

بقيمته ولكل منهما فسخه.....

كتاب «الشهادات» على أنه يملك الرقبة، ولذا كان له الولاء بإعتاقه إيّاه واستحق المشتري الشفعة بالجوار وعلى البائع الاستبراء عند الرد وهذا فرع ثبوت ملكه، وتسليطه البائع إنما كان بتمليكه وإنما لا يحل له الأكل ونحوه لما فيه من الإعراض عن الرد الواجب شرعاً وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد.

وفي «المحيط» باع من ابنه الصغير فاسداً أو اشترى عبده لنفسه فاسداً لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله انتهى، ومن فوائد قوله ملكه أنه لو سرقه البائع قطع به، كذا في «السراج» وهو مشكل ففي «الظهيرية» تزوجها البائع بعد قبض المشتري لم يجز. وفي «الفتية» لو لم يقبضها فزوجها البائع منه صح، وهذا يقتضي قيام شبهة ملك له وإلا لصح نكاحه فعدم القطع بالقواعد أليق (بقيمته)، قيل: أراد بها البدل لأنه إذا هلك إنما تجب قيمته لو كان قيمياً يوم قبضه وقال محمد يوم أتلفه ويجب مثله لو كان مثلياً والواجب قبله إنما هو رد العين.

وفي «جامع الفصولين» قال البائع: أبرأتك عن القن ثم مات عندي المشتري برئ إذ القيمة تجب بهلاك المبيع قبله لا يصح الإبراء، لكن بالإبراء خرج عن كونه مضموناً وعلى هذا لو أبرأ الغاصب عن القيمة حال قيام المغصوب صح انتهى، وهذا معنى قولهم البراءة عن الأعيان لا تصح لكن تصيرها أمانة، والقول في القيمة للمشتري مع اليمين والبينة للبائع وإنما ملكه لوجود ركن البيع من الأهل والمحل والنهي يقرر الشرعية عنده لاقتضاه التصور، كذا قالوا وفيه نظر (ولكل) واحد (منهما فسخه) رفعا للفساد، كذا في «الهداية» وهذا يقتضي أن الواجب أن يقال: وعلى كل واحد منهما فسخه غير أنه أراد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوق تعليله أخص من دعواه، كذا في / «الفتح» وجعل الشر اللام بمعنى على، ومنه وإن أسأتم فلها وكان صاحب «الهداية» أراد هذا المعنى فعلم بما سمعتم وعليه فليس التعليل أخص من الدعوى وبه عرف أن هذا الجعل لا بد منه في كلام «الهداية» وهو الأرجح في كلام المصنف لأنه وإن جاز أن يريد بيان ثبوته ولاية الفسخ إلا أنه حينئذ يكون ساكتاً عن إفادة وجوبه وعلى ذلك الجعل يكون كلامه مفيد للشيعين، إذ الوجوب قدر زائد على ثبوت الولاية ثم إطلاقه يفيد أن له ذلك سواء كان قبل القبض أو بعده.

أمّا الأول فظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه غير أنه لا بد من عمله دون رضاه، وأمّا الثاني فلا يخلو إما أن يكون الفساد لمعنى في أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين أو بشرط فاسد كاشتراط ما ينتفع به أحد العاقدين والبيع إلى النيروز ونحوه، فإن كان الأول كان كالذي قبل القبض وجوزه الثاني بغير علم الآخر،

إلا أن يبيع المشتري أو يهب.....

وإن كان الثاني كان لمن له منفعة الشرط أن يستقل بفسخه بعلم صاحبه عند محمد واقتصر عليه في «الهداية».

وعلله في «الذخيرة» بأنه يقدر على إسقاط الشرط فيصح العقد، فإذا فسخه فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد، والعقد إذا كان لازماً يتمكّن كل من فسخه انتهى، وهذا يفيد اختصاص المنفعة الموجبة للاستقلال بالفسخ بالمتعاقدين وقالوا: لكل منهما حق الفسخ بعلم الآخر وأفاد كلامه أن الوارث يحلفه في ذلك، كما في «القنية» وأنه لا يشترط القضاء في الفسخ، كما في «البرزانية» وفيها لو أصر على إمساكه وعلم القاضي به كان له الفسخ حقاً للشرع.

### فروع

رده المشتري للفساد فلم يقبله البائع وأعاره المشتري إلى منزله وهلك عنده لا يلزمه ثمن ولا قيمة، وقيده ابن سلام بأن يكون فساد البيع متفقاً عليه، فإن كان مختلفاً فيه لا يبرأ إلا بقبوله أو قضاء القاضي، وقال الإسكاف: يبرأ في الوجهين وما قاله ابن سلام أشبه كخيار البلوغ ومنح الإجارة للعذر، كذا في «القنية».

وفي «البرزانية» مات البائع وعليه دين آخر فالمشتري أحق به من الغرماء، كما في «الصحيح» (إلا أن يبيع المشتري) فيمتنع الفسخ لتعلق حق العبد بالثاني ونقل الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته وإطلاقه يفيد أنه لا فرق بين أن يقبضه المشتري أو لا لكنه مقيّد بقيود الأول: أن لا يكون فيه خيار شرط، الثاني: أن يكون صحيحاً، فلو كان فاسداً لم يمتنع الفسخ، الثالث: أن يكون من غير بائعه، فلو باعه كان منه نقضاً للأول وشرط في «المحيط» أن يقبضه البائع، ولم يشترطه قاضي خان وجزم به في «البرزانية» وفيها باع فاسداً وسلم ثم باع من غيره وادعى أن الثاني كان قبل فسخ الأول وقبضه، وزعم المشتري الثاني أنها كان بعد الفسخ والقبض فالقول له لا للبائع وينفسخ الأول بقبض الثاني، وأفاد فيها أن الفساد لو كان للإكراه فإن تصرفات المشتري كلها تنتقض بخلاف سائر البياعات الفاسدة وهو حسن والمستأجر فاسداً يملك الإجارة بعد القبض صحيحة هو الصحيح، لأن للمؤجر الأول نقض الثانية لأنها تفسخ بالأعذار (أو) إلا أن (يهب) المبيع ويسلمه أو يتصدق به أو يرهنه لما قلنا: والحاصل أن تصرفاته كلها نافذة فيه ينقطع بها حق البائع في الاسترداد سواء كان تصرفاً يقبل الفسخ أو لا يقبله إلا الإجارة والنكاح لأنه تفسخ بالعذر، وفساد الشراء عذر والنكاح بعد الفسخ يبقى على حاله، كذا في «الشرح».

أو يحرر أو يبني.....

واستشكله في «البحر» مسألة النكاح بما في «اللولوجية» لو زوج المبيعة قبل قبضها وانتقص البيع فإن النكاح يبطل في قول أبي يوسف هو المختار انتهى، فيحمل على أنه قول محمد ويظهر بينهما فرق انتهى، ولو زال المانع كان رد المبيع بقضاء ويرجع الواهب ولو بغير قضاء أو فك لرهن أو عجز المكاتب عاد حق الفسخ هذا إذا كان قبل القضاء بالقيمة على المشتري، أما بعده فلا يعود (أو يحرر) أي: يعتق لأنه استهلاك له فوجب القيمة وبقي توابعه من التدبير والاستيلاء والكتابة، قال في «البحر»: وصرح بالاستيلاء في «جامع الفصولين» وبالكتابة الشر وغيره ولم أر من صرح بالتدبير.

وأقول: قد رأيت له ولله الحمد، قال في «السراج» ما لفظه وإن كان المبيع عبداً فأعتقه المشتري أو دبره صح عتقه وتدبيره، وكذا إذا كانت جارية فاستولدها صارت أم ولد له ويغرم القيمة ولا يغرم العقر في رواية كتاب «البيوع»، وفي رواية أخرى يرد العقر واتفقت الروايات أنه إن وطئها المشتري ولم تعلق منه أنه يرد الجارية والعقر انتهى، وسكت كثير عن الوقف والمنقول في فصول الأستروشتي أنه لو وقفه أو جعله مسجداً لا يبطل حق الفسخ ما لم يبين خلافاً لهما وغرس الأشجار على هذا انتهى، وتبعه قاضي سماونة في «جامع الفصولين».

إلا أن الذي جزم به الخصاف أن الوقف حيث كان صحيحاً انقطع به / حق البائع من قبل أنه استهلك العين حين وقفها وأخرجها عن ملكه، والظاهر أن ما في «الفصول» رواية (أو) إلا أن (يبني) شروع، فيما يقطع حق الاسترداد من الأفعال الحسية بعد الفراغ من القولين وهذا عند الإمام، وقالوا: ينقض البناء وترد الدار، وعلى هذا لو غرس لهما أن حقه في الاسترداد أكد من حق الشفيع وحقه لا يبطل مع ضعفه فهذه أولى، ولأن البناء والغرس مما يصد بهما الدوام وقد حصل بتسليط من البائع فينقطع به حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع، قال في «الفتح»: وقولهما أوجه وكون البناء يقصد به الدوام يمنع للاتفاق في الإجارة وعلى إيجاب القلع فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا.

وأقول: البناء الحاصل بتسليط البائع إنما يقصد به الدوام بخلاف الإجارة إذ لا تسليط فيها، وبهذا عرف أن محط الاستدلال إنما هو التسليط من البائع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كما نبه عليه في «العناية»، وليس البناء بقيد بل كان بفعل ينقطع به حق المالك في الغصب إذا فعله المشتري في البيع فينقطع به حق البائع في الاسترداد كما إذا طحن بالحنطة، ونبه به على أن الزيادة إذا كانت متصلة

وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن منه وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري.....

غير متولدة من الأصل فإنها تمنع الفسخ ومنه الصبغ والخياطة ولت السويق بخلاف المتولدة، فللبائع أخذ الزائد ولا يطيب له ولو نقص في يد المشتري بأفة سماوية أخذ البائع مع الأرش، وكذا لو بفعل المشتري أو المبيع أو بفعل البائع صار مسترداً حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد منه حيس عن البائع هلك على البائع، ولو بفعل أجنبي يخير البائع إن شاء أخذه من المشتري وهو يرجع على الجاني، وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري به كالفصب، كذا في «جامع الفصولين».

(وله) أي: للمشتري بعد التفاسخ أي (يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن) لأن المبيع مقابل به فيصير محسوساً كالرهن قيل: أراد بالثمن القيمة التي أخذها وليس بلام بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي تراضيا عليه عرضاً كان أو ثمنناً نقداً، فإن كان قائماً أخذ عينه لتعيين الدراهم في الفاسد على الأصح، كما في «الهداية» وإلا فمثله وعلى هذا الإجارة الفاسدة والرهن والقرض ولم يذكروا الصرف والسلم التقاء بذكر البيع لأن هذه عقود معاوضات، وفيها تجب التسوية بين البديلين، ولو مات واحد من هؤلاء كان أحق بما في يده من العين من سائر الغرماء، إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى فما فضل فللغرماء بخلاف ما لو مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة حيث لا يختص بدين الحوالة أو الوديعة، لأن الاختصاص إنما يوجبه ثبوت الحق مع اليد ولا يد للمحتال، كذا في «الفتح» والإجارة الصحيحة كالفاسدة ففي «الخلاصة» و«الخانية» ولو مات وعليه ديون فالمستأجر أحق بالمستأجر على غرمائه، وهكذا في بيوع «الجامع» إلا أنه صورها في العبارة الطويلة.

قال في شرح «المنظومة»: والتقيد بها خرج مخرج الغالب، وفي بيوع «الجامع» أيضاً لو تفاسخا الشراء والإجارة فالذي في يده الغبن أحق بها من سائر الغرماء تباع في دينه، فإن فضل شيء أخذه بقية الغرماء انتهى.

واعلم أن إطلاق «الكتاب» مقيد بما إذا كان الثمن بنقود، أما إذا لم يكن كما إذا اشترى من مدينه عبداً بدين سابق شراء فاسداً وقبضه بالإذن فأراد البائع أخذه بحكم الفاسد ليس للمشتري حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والإجارة الفاسدة، وكذا الرهن الفاسد على هذا بخلاف ما إذا كانت العقد صحيحاً في الأبواب الثلاثة، والفرق في «الكافي» (وطاب للبائع ما ربح) فالثمن (لا للمشتري) ما ربح في المبيع بأن باعه بأزيد مما اشترى، والأصل في هذا أن المال منه مالاً يتعين في المعاوضات كالدراهم والدنانير وما يتعين وهو ما سواهما، والخبث يكون لعدم الملك في المبدل

ولو ادعى على آخر دراهم فقضاه إياها ثم تصادقا أنه لا شيء له عليه طاب ربحه.....

أو لفساده، فالأول يعمل في النوعين حتى أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب والوديعة سواء كان عرضاً أو نقداً أو أديا ضمانهما وفضل الربح تعين التصديق به عند الإمام ومحمد، والثاني إنما يعمل فيما يتعين كالمبيع لتعلق العقد الثاني بالعين فتمكن الخبث فيه دون ما لا يتعين لعدم تعلق العقد الثاني بالعين فلم يتمكن الخبث، وهذا إنما يتم على رواية عدم تعين النقد، وقد مر أن رواية التعين هي الأصح وحينئذ فالأصح وجوب التصديق على البائع بما ربح، غير أن التفصيل الواقع في «الكتاب» هو صريح الرواية في «الجامع الصغير» وحينئذ فالأصح أن الدراهم لا تتعين في الفاسد، كذا في «الفتح» ملخصاً.

قال صدر الشريعة: ويمكن التوفيق بأن لهذا العقد شبهين شهماً بالغصب وشهماً بالبيع فإذا كانت قائمة اعتبر شبهة الغصب سعيماً في رفع العقد الفاسد، وإذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيئاً يعتبر شبه البيع حتى لا يسري / الفساد إلى بدله. [٣٨٧/ب]

قال يعقوب باشا: هذا التوفيق إنما يفيد دليل للمسألة لا يرد عليه ما يرد عليها فالمناسب أن يقال: إنَّ كلام صاحب «الهداية» في المسألة الأخيرة على الرواية الصحيحة لا على الأصح وهي أنها تتعين في البيع الفاسد كما يشير إليه في «العناية» إلا أن يقال: مراد القائل بالتعين الذي هو الأصح التعيين في صورة لونها قائمة لا تعيينها مطلقاً لكنه في الفاسد خلاف ما صرحوا به انتهى، وعبارته في «العناية» هذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي لا تتعين على الأصح وهي التي تقدمت أنها تتعين.

قال في «الحواشي السعدية»: وفيه بحث فإن عدم التعيين سواء كان في المغصوب أو ثمن البيع الفاسد إنما هو في العقد الثاني ولا يضر تعيينه في الأول فقله إنما يستقيم إلخ فيه ما فيه، وقد أخذ صاحب «البحر» قول يعقوب باشا إلا أن يقول إلخ فقال: وقد ظهر لي أن لا منافاة بينهما فالتعيين بالنسبة إلى رد العين وعدمه بالنسبة إلى طيب الريح، وقد علمت ما فيه.

(ولو ادعى على آخر دراهم) فصدقه على ذلك (فقضاه) أي: وفاه (إياها ثم تصادقا) بعد ذلك (أنه لا شيء له عليه) مما ادعى به (طاب) له، أي: للمدعي (ربحه) أي: ما ربح فيها لأن الخبث هذا لفساد الملك لأن الدين وجب بالإقرار ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوكاً ملكاً فاسداً فلا يعمل فيما لا يتعين خبثاً فطاب له الربح، والدليل على أنه مملوك أن من اشترى عبداً بجارية فأعتق العبد واستحققت الجارية نفذ عتقه، ولو لم يكن مملوكاً لم ينفذ فلو حلف لا يفارقه حتى لا يستوفي حقه فباعه المديون عبداً لغيره بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا حنث لأن

وكره النجش والسوم على سوم غيره.....

المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفياً حقه، ذكره قاضي خان في «الجامع الكبير». قال في «الفتح»: واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلاً عما يزعم أنه ملكه، أما لو كان في أصل دعواه الدين معتمداً الكذب فدفع إليه لا يملكه أصلاً لأنه متيقن أنه لا ملك له فيه، قال في «الفتح»: فظاهر إطلاقهم خلافه أن المنظور إليه وجوبه بالإقرار لا زعم المدعي.

وأقول: قد صرحوا في الإقرار بأن المقر له إذا كان يعلم أن المقر كاذباً في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه، أما لو اشتبه الأمر عليه حل له الأخذ عند محمد خلافاً لأبي يوسف كما سيأتي وح<sup>(١)</sup>، فلا يطيب له ربحه ويحمل كلامه هنا على ما إذا ظن أن عليه ديناً بإرث من أبيه مثلاً ثم تبين أن وكيله أوفاه لأبيه فتصادقاً أن لا دين حينئذٍ يطيب له، وهذا فقه حسن فتدبره.

(وكره النجش) لما كان المكروه شعبة من شعب الفاسد لاستوائهما في البيع إذ المكروهات هنا كلها تحريمية ألحقه به وأخره لأنه أدنى حالاً منه في فساد العقد، وهذا لأن الفاسد فيه لمعنى لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة فكان صحيحاً، واستشكله في «الكافي» بأن البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد إلا أن يؤول الخارج بالمجاور والنجش بفتححتين ويروى بالسكون، كذا في «المغرب» أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره، كذا في «الهداية»، قيل: أو يمدح المبيع بما ليس فيه ليروجه.

قال القرماني في شرح «المقدمة»: وفي «القاموس» ما يفيدته حيث قال: هو أن يتواطأ رجلاً إذا أراد بيعاً في أن يمدحه أو أن يريد الإنسان أن يبيع بياعة فتساومه بها بثمن كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها، أو أن ينفر الناس عن الشيء لا غيره وإشارة الصيد والبحث عن الأعشى وأمانة والجمع والاستخراج والإيعاد وكالنجاشة وإنما كره للنهي، عنه كما في «الصحيح» وحمله المشايخ على ما إذا كان الطالب يطلبها بقيمتها، فإن طلبها بأنقص لا بأس بأن يزيد إلى أن تبلغ قيمتها.

(و) كرهه أيضاً (السوم) وهو طلب المبيع بالثمن من الثمن الذي دفعه غيره بلا عذر (على سوم غيره) لخبر «الصحيحين» لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه<sup>(٢)</sup> وهو محمول عندنا في البابين على ما إذا تراضى العاقدان على مبلغ فيعطيه آخر أكثر منه أو مثله فيبيعه له أو يزوجه لوجهته فإنه لم يركن أحدهما

(١) هكذا في الأصل ولم يصرح المؤلف رحمه الله بمراده من هذين الحرفين.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٣)، ومسلم في صحيحه (١٤١٢).

وتلقى الجلب وبيع الحاضر للبادي والبيع عند أذان الجمعة.....

إلى الآخر فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد أو يتزوج كذلك ولم يقل كما في الحديث على سوم أخيه تنبيهاً على أنه فيه ليس قيماً بل لزيادة التنفير لقوله في الغيبة: «ذكرك أخاك بما يكره»<sup>(١)</sup> إذ لا خفاء في منع غيبة الذمي، وكذا السوم على سومه وينبغي أن يكون المستأمن كذلك وصورة البيع على بيع أخيه أن يتراضيا على ثمن سلعة فيقول آخر: أنا أبيعك مثلها بأنقص وأدخله بعض الشافعية في السوم.

(و) كره أيضاً (تلقى الجلب) بفتح اللام بمعنى المجلوب زاد في «المجمع» إذا أضر ولبس عليهم لأن النهي عنه الوارد في الصحيحين محمول على ذلك، وصورة الأول أن يتلقى الميرة فيشتري منه ثم يبيعه بما شاء من الثمن، والثاني أن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر المصير وهم غافلون عنه لما في الأول من الأظهر وفي الثاني من الضرر حتى لو لم يضره لم يكره.

(و) كره أيضاً / (بيع الحاضر للبادي) لخبر الشيخين «لا يبيع حاضر لباد»<sup>(٢)</sup> [١/٣٨٨]

وفسره ابن عباس بأن لا يكون له سمساراً وهو المتوسط بين البائع والمشتري، ومن ثم فسره في «الاختيار» بأن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعهها له بسعر أعلى من الموجود وقت الجلب، وقول الحلواني: هو أن يمنع السمسار القروي من البيع ويتوكل له وبيعه ويتغالي، ولو تركه يبيع لنفسه لرخص على الناس قريب منه وهذا التفسير هو الأصح، كما في «المجتبى» وعلى هذا تفسير ابن عباس ليس تغييراً لصورة النهي بل لضعفها وهي الجائزة فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن كمية نهى بيع الحاضر للبادي قال: المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه بالسمسار، كذا في «الفتح» وقول صاحب «الهداية» هذا إذا كان له أهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد طمعاً في الثمن الغالي يقتضي أن الحاضر هو المالك البائع وعلى الأول فهو السمسار.

(و) كره أيضاً (البيع عند أذان الجمعة) وهو الواقع بعد الزوال على ما مر لقوله تعالى: ﴿وذروا البيع﴾ [الجمعة: ٩] ولأن فيه إخلالاً بالواجب أعني السعي بتقدير جلوسهما أو فوقهما له، ومن هنا قال أبو اليسر في «أصوله»: لو تبايعا وهما يمشيان فلا بأس به، وجزم به في «الحواشي اليعقوبية» وتبعه في شرح «الدرر»، واستشكله الشرع بأن الله تعالى نهى عن البيع مطلقاً، فمن جوزه في بعض الوجوه يكون تخصيصاً وهو

(١) أخرجه مسلم في البر والصلة (٢٥٨٩)، والترمذي في البر والصلة (١٩٣٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٣)، ومسلم في صحيحه (١٥٢٠).

لا بيع من يزيد ولا يفرق بين صغير وذو رحم محرم منه.....

نسخ فلا يجوز. قال في «الحواشي اليعقوبية»: وفيه بحث ولعل وجهه أن النهي حيث كان معللاً بالإخلال بالسعي فإذا انتفى انتفى والله الموفق.

(لا) يكره (بيع من يزيد) وهو صفة البيع في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة كيف وقد صح «أنه عليه السلام أتاه رجل من الأنصار يسأله صدقة فقال: أما في بيتك شيء؟ فقال: جلس ألبس بعضه ونيسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء، قال: أتني بهما، فأخذهما عليه السلام وقال: من يشتري هذين؟ فقال رجل: أنا أخذهما بدرهم، قال: ومن يزيد على درهم مرتين أو ثلاثاً؟ فقال رجل: أنا أخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه»<sup>(١)</sup> الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة، (ولا يفرق) المالك هذا نوع من البيع المكروه وأخره، لأن الكراهة فيه بمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه بخلاف ما مر وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع، أي: لا يفرق ببيع أو هبة أو قسمة ميراث أو غنيمة أو وصية ولا ينتظر فيها أن يتأخر بعد الموت إلى انقضاء زمان التحريم لأن ذلك يوهم (بين صغير وذو رحم محرم منه) سواء كان صغيراً أو كبيراً، أو الأصل ما فيه ما رواه الدارقطني وابن ماجه: «لعن رسول الله من فرق بين الوالد وولده وبين الأخ وأخيه»<sup>(٢)</sup> ونبه بقوله وذو رحم محرم أن مناط المنع القرابة المحرمة للنكاح فخرج المحرم إذا كان غير قريب كمحرم الرضاع وامرأة الأب والقريب غير المحرم كابن العم ولا يرد عليه ابن العم إذا كان من الرضاع، فإنه وإن كان رحماً محرماً لكنه لا يعطى هذا الحكم لأن المراد المحرم من جهة الرحم.

وقولنا: لا يفرق ببيع إلخ يخرج ما لو كان التفريق بإعتاق على مال وتوابعه وبيعه ممن حلف بعته أو كان بحق كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين أو بإتلاف مال إنسان ورده بالعيب، ومنه ما في «المبسوط» ذمي زوج عبده أمة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغيراً أجبر على بيعه مع ابنه لأنه صار مسلماً بإسلام أبيه وإن لزم منه التفريق بينه وبين أمه قالوا: ولو كان في ملكه ثلاثة أحدهما صغير جاز له بيع أحد الكبيرين، ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب، فإن اختلفت قرابتهما لا يفرق كالأبوين بأن ادعياه معاً من أمة بينهما والأب والأم والأخت لأب والأخت لأم فإن اتحدت جهة قرابتهما كالأخوين اكتفي بأحدهما، وإن كان أحدهما أقرب لا يعتد بالأبعد ولو باع الأم على أنه بالخيار ثم الولد يكره التفريق، ولو اشترى الأم بالخيار

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٤١) وابن ماجه في سننه (٢١٩٨)، والترمذي في البيوع (١٢١٨)،

والنسائي في البيوع (٤٥٠٨).

(٢) أخرجه الدارقطني في العلل (١٣٠١) (٢١٧/٧)، وابن ماجه في التجارات (٢٢٥٠).

## باب الإقالة

والولد في ملكه كان له ردها اتفاقاً هذا إذا كان المالك مسلماً حراً أو مكاتباً أو مأذوناً، فإن كان كافراً لم يكره، كذا في «النهاية» معللاً بأن ما هو عليه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع .

قال في «الفتح»: والوجه أنه إن كان ملتهم حلالاً يتعرض لهم وإلا فلا يجوز وإذا عرف هذا بقوله في «الفتح» أو لا لو كان إلخ في المستأمن فباع أحدهما فللمسلم أن يشتريه مع أن المنع كما هو للبائع كذلك للمشتري المراد به الكافر، ولو كان الصغير مراهقاً ورضيت أمه بيعه جاز فتحصل من هذا أنه مكروه إلا بالإعتاق وتوابعه وبيعه ممن حلف بعته وكان بحق أو كان لكافر أو رضيت أمه به وكان مراهقاً فتلك إحدى عشرة صورة اقتصر في «الفتح» منها على ثمانية .

واعلم أن فسخ المكروه واجب على كل منهما أيضاً كما صرح به في «النهاية» صوتاً لهما عن المحظور ولو قاله المص كما في الفاسد لكان أولى (بخلاف الكبيرين والزوجين) حيث يجوز تفريقهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص ليثبت فيه المنع إلحاقاً بالدلالة إذا كان أصله / على خلاف القياس وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام أهدي له المقوس مارية وسيرين - بالسين المهملة - فوهب سيرين لحسان لكن جاء في بعض الطرق أنه وهبها لجهم بن قيس العبدى وجمع بينهما بأن المهدي كان ثلاث كما رواه البيهقي<sup>(١)</sup>.

## باب الإقالة

لا شك أن الإقالة بيان لكيفية رفع العقد وهو فرع ثابتة ثبوته والأبواب المتقدمة كلها مع الفاسد والمكروه بيان له فأعقب الرفع معظم أبواب الإثبات، واشتقاقها من القيل لا من القول وإن الهمزة للسلب كما قد يتوهم لقولهم قلته بالكسر، وإن كان قليلاً والكثير قلته فدل على أن العين ياء لا واو، وأيضاً ذكر في «مجموع اللغة» قال: البيع قبلاً فسخته، وفي «المصباح» هذا لغة وأقال الله عشرته إذا رفعه من سنوطه، ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد انتهى .

وفي «السراج» هي لغة: الرفع، وشرعاً: رفع العقد، أي: عقد البيع وما في «البحر» من أن هذا تعريف للأعم من إقالة البيع والإجارة ونحوهما ففيه نظر، وركنها

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٨).

هي فسخ

الإيجاب والقبول الدالين عليها بماضيين أو أحدهما كالنكاح وقال محمد: لا بد من الماضيين كالبيع، وجعله في «الخانية» قول الإمام محمد وفي «الخلاصة» واختاروا قول محمد وقول أبي يوسف مشكل لأنه يقول بيع كما سيجيء والبيع لا ينعقد بذلك كما مر، وجوابه أنه إنما لم يعطها حكمه لأن المساومة لا تجري فيها فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع والقبول يكون القبول بالفعل أيضاً كما إذا قطعه قميصاً في فور قول المشتري أقلتك ولا يتعين لفظ الإقالة. بل لو قال: تركت البيع أو فسخته وقال: الآخر رضيته أو أجزته تمت فينعقد بالتعاطي أيضاً ولو من أحد الجانبين هو الصحيح، كما في «البرازية» شرائطها رضى المتعاقدين وكون المبيع قابلاً للفسخ بخيار من الخيارات، فلو زاد زيادة تمنع الفسخ لم تصح خلافاً لهما واتحاد المجلس، وأن لا يبرأ البائع المشتري عن الثمن بعد قبض المبيع فإن فعل لم تصح الإقالة، كما في «القنية» وأن لا يكون البيع بأكثر من القيمة في بيع الوصي أو شرائه، فإن كان لم تصح إقالته.

وفي بيوع «القنية»: اشترى المأذون غلاماً بألف وقيمته ثلاثة آلاف لم تصح إقالته ولا رده المبيع بعيب، وكذا الوصي والمتولي على الوقف، وكذا لو أجره ثم قال: ولا صلاح فيها وفي «العناية» وشرطها أن يكون بالثمن الأول انتهى. لكن سيأتي أن اشتراط غيره لغو، ولو كان شرطاً لها لانفتت بانتفائه فالظاهر أنه من أحكامها، ومن الشرائط أيضاً قبض بدل الصرف في إقالته وقيام المبيع كما سيأتي وهي مندوب إليها لخبر «من أقال نادماً بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة»<sup>(١)</sup> وقد مر أن رفع العقد المكروه واجب كالفاسد وينبغي أن تكون واجبة أيضاً فيما إذا أخره البائع يسيراً، أما إذا كان فاحشاً كان له الرد على الأصح كما سيأتي، وقد بين حكمها بقوله: (هي فسخ) في أحد المتعاقدين هذا إذا كانت قبل القبض بالإجماع، أما بعده فهو قول الإمام إلا إذا بعد زمان ولدت المبيعة فيبطل وقال أبو يوسف: هي تبع إلا إذا تعذر بأن وقعت قبل القبض في منقول فيكون فسخاً إلا إذا تعذر أيضاً بأن ولدت المبيعة والإقالة قبل القبض فتبطل وقال محمد: هي فسخ إن كانت بالثمن الأول أو بأقل ولو بأكثر أو بجنس آخر فبيع، والخلاف مقيد بما إذا كان بلفظ الإقالة، أما لو كانت بلفظ المفاسخة أو المتاركة أو الرد لا يكون بيعاً اتفاقاً.

قال في «السراج»: ولو كانت بيعاً إجماعاً كما إذا قال له بعني ما اشتريت فقال: بعث ثم فائدة كونها فسخاً يظهر في مسائل أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة إلا أنه لا يصح تعليقها بالشرط كما في «البرازية» ولو باعه المبيع منه ثانياً بعدها قبل

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات من غير قوله «نادماً» (٢١٩٩).

في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وتصح بمثل الثمن الأول وشرط الأكثر أو الأقل بلا تعيب.....

القبض جاز، وكذا لو وهبه منه ولو كان المبيع مكيفاً فقبضه بعدها من غير كيل جاز، ومقتضى قول أبي يوسف أنها بيع أنه لا يجوز، وكذا قال في «البدائع» هذا على يطرد على أصل أبي موسى وعليه رد الثمن الأول وتسمية غيره باطللة كما سيجيء.

واعلم أن هذا غير مجرى على إطلاقه بل فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط، أما إذا لم يكن منها بل وجب بشرط زائد فالإقالة فيه تعتبر بيعاً (في حق المتعاقدين) أيضاً، كما اشترى بالدين المؤجل عيناً قبل حلول الأجل ثم تقايلا عاد الدين حالاً كأنه باعه منه وكما إذا أعاده رجل بعد الإقالة وشهد المشتري بذلك لم يقبل لأنه هو الذي باعه، ثم شهد أنه لغيره ولو كانت فسخاً لقليت، ألا ترى أن المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع آخر وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته؟ إذ بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متعلقاً من جهة المشتري لكونه فسخاً من كل وجه كذا في «الشرح».

وفي «الصغرى» لو رد المبيع بعيب بقضاء عاد الأجل كما كان كفيلاً لا تعود الكفالة انتهى بيع جديد في حق ثالث هذا باتفاق / الثلاثة وجعلها زفر فسخاً في حق الكل كما في «السراج» وفائدته تظهر في مسائل أيضاً لو كان المبيع عقاراً وله شفيع سلم يقضى له بها بعد التقايل، ولو باعه من آخر ثم تقايلا أو اطلع على عيب كان في يد باعه ليس له الرد ولو لم ينقد إليه الثمن حتى باعه ثم تقايلا جاز له بيعه منه بأقل من الأول، ولو كان المبيع موهوباً ليس للواهب الرجوع بعد التقايل، ولو اشترى بعرض التجارة بعد الحول عبداً للخدمة فرده بعيب بغير قضاء واسترد العوض فهلك لم تسقط الزكاة عليه، كذا في «الشرح»، زاد في «النهاية» سادسة: هي ما مر أن قبض بدل الصرف شرط لصحة الإقالة بعد الرهن.

فأجبت بأنها موقوفة كالبيع أخذاً من قولهم: إنها (بيع) جديد (في حق ثالث) وهو هنا المرتهن وهي سابقة، وعلى هذا لو أجره ثم تقايلا فهي ثامنة (وتصح) الإقالة (بمثل الثمن الأول) حتى لو كان الثمن عشرة دنانير فدفع إليه دراهم عوضاً عنها ثم تقايلا وقد رخصت رجوع بالدنانير لا بما دفع، وكذا لو رد بالعيب، وكذا في الإجارة لو فسخت ولو عقداً بدراهم وكسدت ثم تقايلا رد الكاسد، كذا في «الفتح».

(وشرط الأكثر) من الأول (و) شرط (الأقل) منه (بلا تعيب) قيد به لأنه لو تعيب جاز اشتراط الأقل وجعل الحط بإزاء ما فات بالعيب ولهذا يشترط أن يكون

وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الأول وهلاك المبيع يمنع وهلاك بعضه بقدره.

النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب، ولا يجوز أن ينقص أكثر منه كذا في «الشرح» وذكر تاج الشريعة أن الزيادة والنقصان بقدر ما يتغابن فيه يجوز.

(و) شرط (جنس آخر) من خلاف الثمن الأول (لغو ولزمه الثمن الأول) عند الإمام لأن الفسخ إنما يرد على عين ما ورد عليه العقد، فاشتراط خلافه لفور الإقالة صحيحة، وعندهما مع شرط الأكثر يكون بيعاً لكونه الأصل عند أبي يوسف ولتعذر الفسخ عند محمد، وكذا في شرط الأقل عنده وعند محمد فسخ بالثمن الأول ولا خلاف أنه مع السكوت عن الثمن يجب الأول، ولو أجل المشتري الثمن بعد الإقالة بطل التأجيل.

ولو تقايلا ثم أجله ينبغي أن لا يصح الأجل عند الإمام فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصله عنده، كذا في «القنية» وفيها أن مونة الرد بعد الإقالة على البائع وهلاك الثمن لا يمنع الإقالة، (وهلاك المبيع) ولو حكماً (يمنع) صحة الإقالة ابتداء وبقاء حتى لو أبق المبيع من يد المشتري بعدها وعجز عن تسليمه بطلت، وكذا لو هلك بعد الإقالة يعني قبل القبض لأن رفع البيع يقتضي قيامه وهو بالمبيع دون الثمن، ولذا كان هلاكه لا يمنع لعدم تعيينه.

وقلنا بصحتها بعد هلاك البدلين في الصرف لأن المعقود عليه ما وجب لكل واحد بذمة صاحبه وهذا باق (وهلاك بعضه) يمنع بعذر لأن الجزء معتبر بالكل فيتقدر (بقدره)، وليس منها ما لو اشترى، صابوناً ثم تقايلا بعدما قبض وزنه بالجفاف لا يجب على المشتري شيء لا كل المبيع باق كما في «الفتح» نعم منه ما لو اشترى أرضاً مع زرعها وحصده المشتري ثم تقايلا صحت في الأرض بحصتها من الثمن بخلاف ما لو تقايلا بعد إدراكه فإنها لا تجوز، كذا في «القنية». ولو تقايضا أي: تباعاً مقايضة فهلك أحدهما جازت الإقالة في الباقي لأن كلاهما مبيع وثمن وكان على المشتري قيمة الهالك أو مثله وعلى هذا تفرع ما اشترى عبداً بنقرة فضة أو بمصوغ يتعين فتقايلا بعد هلاك العبد صحت وعلى البائع رد الفضة بعينها، ويسترد قيمة العبد ذهباً لا فضة كي لا يكون ربا، ولو هلك بعد الإقالة رد الثمن واسترد قيمته فضة إن شاء لأن القيمة هنا إنما أوجبت بدلاً للعبد ولا ربا بين العبد وقيمه، كذا في «السراج».

وقالوا: لو تقايلا بعد هلاك رأس سلم العرض صحت ويضمن قيمة الهالك أو مثله باعتبار أن الثمن في هذا كبيع المقايضة لأن المسلم فيه وإن كان ديناً حقيقة لكن له حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه.

## باب التولية

هي بيع بثمن سابق والمرابحة.....

تنمة: إقالة الإقالة جائزة إلا إقالة السلم فلا يجوز كما نص عليه الشر في التحالف ويجوز الإقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قولهما كالإبراء خلافاً لأبي يوسف، ولا يجوز إقالة الوكيل بالبيع والسلم بالشراء إجماعاً وفسخ الموكل مع المشتري جائز. وفي جمع «التفاريق»: إقالة الوارث جائزة ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا يفسخ البيع، ولو وهبه انفسخ يعني إذا قبل ولو قال البائع قبل القبض: أعتقه فاعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند الإمام وقال أبو يوسف: العتق باطل وفي «الصفري» جحد ما عدا النكاح فسخ وعليه ما فرع في «الخانية» وغيرها باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها إلا إذا عزم البائع على ترك الخصومة لأنه مع العزم يتم الفسخ.

ولو ادعى المشتري أنه باعه من بئعه بأقل من الثمن الأول قبل نقده وأنه فسد وقال البائع: بل أقلنا به، فالقول للمشتري يدعي الإقالة يحلف كل مع يمينه في إنكار الإقالة، فلو كان البائع هو المدعي / لذلك والمشتري يدعي الإقالة يحلف كل واحد على دعوى صاحبه كذا في «الفتح».

## باب التولية

قدم أحكام المبيع لأصالته ثم أعقبه ببيان أنواع الثمن من التولية والمرابحة والربا والصرف والبيع إلى أجل، ولم يذكر المساومة وهي التي لا التفات فيها إلى الثمن الأول، والوضيعة وهي البيع بأنقص من الثمن الأول لظهورهما والحاجة ماسة إلى هذا النوع إذ المعنى يحتاج إلى فعل الذكي العارف بالتجارة فتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح وقد صح «أنه ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين فقال له عليه الصلاة والسلام: ولني أحدهما، فقال هو لك بغير شيء فقال له: أما بغير ثمن فلا»<sup>(١)</sup> وذكر السهيلي عن بعض أهل العلم أنه إنما لم يقبله إلا بالثمن وقد اتفق عليه أبو بكر أضعافه لتكون هجرته بنفسه وماله رغبة منه في استكمال الهجرة إلى الله تعالى، وأن تكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن، والتولية لغة مصدر ولى غيره وجعله والياً فكان البائع جعل المشتري والياً فيما اشتراه، وعرفاً (هي بيع بثمن سابق، والمرابحة) مصدر رابح.

(١) ذكره الزيعلي في نصب الراية (٤/٣١).

به وبزيادة.....

قال في «المصباح»: بعث المتاع واشتريته مرابحة إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحاً بيع (به) أي: بالثمن السابق (وزيادة) هذا التعريف غير مطرد ولا منعكس، أما الأول فلأن من اشترى دنانير بالدرهم لا يجوز له بيعها مرابحة، وكذا من اشترى شيئاً بثمن نسيئة لا يجوز له أن يربح عليه مع صدق التعريف عليهما، وأما الثاني فلأن المغصوب الأبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيع الغاصب له مرابحة بأن يقول: قام علي بكذا ولا يصدق التعريف عليه لعدم الثمن، وظاهر ما في «الشرح» يعطي أن تعريف المص صادق عليه فقال: هذا أحسن من قول بعضهم يريد القدوري هنا نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح أو من غير زيادة ربح لأنه يرد عليه الغصب، إذ لا عقد فيه وقد علمت وروده على كلام المص أيضاً، ومما أورد أيضاً ما لو رقم في الثوب مقداراً ولو أزيد من الثمن الأول ثم رابحه عليه جاز، فإن غبن المشتري فمن جهله، وكذا لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقومه قيمة ثم رابحه على تلك القيمة جاز ولا يصدق التعريف عليهما.

وأجيب عن الأول بأن البيع يستلزم مبيعاً وكون مقابله ثمناً مطلقاً يفيد أن ما ملكه بالضرورة مبيع متعين وبدلي الصرف لا ينفيان فلم يصدق التعريف عليه، وكذا قول القدوري نقل ما ملكه أي مما هو مبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الأول كما في «الفتح»، وهو أولى مما في «العناية» إذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل، وعن الثاني بأن الثمن مقابل بشيئين فلم يصدق في أحدهما أنه بثمن أول، قال في «البحر»: والسؤال ليس بوارد كما ادعاه في «الفتح» لأنها جائزة إذا بين أنه اشتراه نسيئة.

وأقول: بل هو وارد وإنما الجواز إذا بين فلا اختصاص له بهذا بل هو في كل ما يجوز فيه المرابحة كما لو اشترى من أصوله أو فروعه إذا بين جاز كما سيأتي، وعن الثالث بأن المراد بالثمن ما قام عليه من غير خيانة لما سيأتي من أنه يضم أجرة القصار ونحوه، وعبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحة فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة فيدخل فيه المغصوب في قول القدوري بالعقد لأنه أعم من أن يكون ابتداء أو انتهاء، وإذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقد أجنبي لم يقدر المالك على رد القيمة وأخذه، وما ملكه بالإرث إنما يدخل الثمن بالتأويل المذكور، كما صرح به في «العناية» وإن لم يكن بد من التأويل فلا حاجة لقوله بالعقد الأول بل يكفي أن يقال: نقل ما ملكه بالثمن الأول وهذا ما قاله المص فكان أحسن فتدبره، وذكر في «البحر» تعريف أطال فيه بذكر الشروط وغير خاف عنك خروجها عن الماهيات فقط

وشرطهما كون الثمن الأوّل مثلياً وله أن يضم إلى رأس المال أجر القصار والصبغ والطرّاز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم.....

وتقرير تعريف المص على هذا المنوال من خواص هذا الشرط بفضل الكبير المتعال (وشرطهما كون الثمن الأوّل) وهو ما ملك به المبيع (مثلياً) كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب، أما إذا لم يكن له، مثل بأن اشترى ثوباً بعبد مقايضة مثلاً ما لو رابحه أو ولاه إياه كان بيعاً بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهو مجهول قال في «الهداية»: ولو كان المشتري مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو شيء من المكيل موصوف جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزم انتهى، وصورته اشترى داراً بثوب ثم إن بايع الدار ملك الثوب من آخر فباع مشتري الدار إياها من الذي اشترى الثوب بهذا الثوب وربح درهماً جاز، ولو باعه به وبعشر قيمته أو ثمنه البيع لا يجوز، ولو كان البدل مثلياً فباعه به وبعشرة إن كان المشتري يعلم جملة ذلك صح، وإلا فإن علم في المجلس خير وإلا ففسد، واعلم أن [١/٣٩٠] المعتبر في المحاربة ما وقع العقد عليه / دون ما وقع عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها ديناراً أو ثوباً قيمته عشرة أو أقل أو أكثر كان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب، كذا في «الفتح».

وفي «الظهيرية»: اشترى بالجياد ونقد الزيوف رابح بها في قول الإمام وقال أبو يوسف: الجياد وجزم به في «المحيط» من ذكر خلاف كما في «الفتح»، وفي «السراج»: لو رابح في المثلي على بعضه جاز كقفيز من قفيزين بخلاف القيمي، وفي «المحيط» لو كان ثوباً ونحوه لا يبيع جزءاً منه معيناً، ولو باع جزءاً شائعاً جاز وقيل: يفسد البيع (وله) أي: للبائع (أن يضم إلى رأس المال أجر القصار) للثوب (و) أجره (الصبغ) بأي لون كان (و) أجره (الطرّاز) بكسر الطاء وتخفيف الراء العلم في الثوب كذا في «المغرب»، (و) أجره (الفتل) من فتلت الحبل أفتله أخرجت له طرة وهي ما يفعل بأطراف الثياب والمناديل بحرير أو كتان، (و) أجره (حمل الطعام) في بر أو بحر من موضع الشراء.

(و) أجره (سوق الغنم) إلى منزله والغنم مثال والمراد المواشي، والأصل إن كان ما يزيد في المبيع كالصبغ ونحوه أو قيمته كقتل الطعام يلحق به عملاً بالعرف ومن هنا قالوا: إنه يضم أيضاً أجره الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وتطيينها وطي البئر وكري الأنهار والقناة والكراب وكسح الكروم وسقيها وسقي الزرع والكرم وغرس الأشجار وأجره المخزن وأجره ذبح الحيوان وسلخه واتخاذ الخشب أبواباً وثقب اللؤلؤة وثنم الثياب للرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفاً وزيادة وأجره السمسار في ظاهر

ويقول: قام عليّ بكذا ولا يضم أجره الراعي والتعليم وكراء بيت الحفظ فإن خان في مرابحة أخذه بكل ثمنه أوردّه وحط في التولية.....

الرواية وفي «جامع البرامكة» أنه لا يضم، وفي «الشرح» إن كانت مشترطة في العقد تضم وإلا فأكثرهم على عدم الضم ولا تضم أجره الدلال بالإجماع، وفي الفرق بينهما هو أن السمسار هو الدال على مكان السلعة وصاحبها والدال هو صاحب السلعة غالباً، قال في «الفتح»: كل هذا ما لم تجر عادة التجار أي بالضم ويضم علف الدواب فإن عاد عليه شيء منها كلبن ونحوه أسقط بقدر ما عاد عليه وضم ما زاد، وعلى هذا لو أصاب بيضا من دجاجة قيد بالأجرة لأنه لو عمل هذه الأعمال بنفسه لا يضم شيئاً منها، وكذا لو تطوع متطوع بها أو بإعارة.

(ويقول قام علي بكذا) دون اشتريته بكذا تحرزاً عن الكذب (ولا يضم أجره الراعي والتعليم) للعبد صناعة أو قرآناً أو علماً أو شعراً (وكراء بيت الحفظ) لأن الراعي والبيت للحفظ لا يزيد في العين ولا في القيمة بخلاف سوق المواشي، وعلى هذا لا تضم أجره سائق الرقيق وحافظهم، وكذا حافظ الطعام وقد مر أن أجره المخزن تضم وكأنه للعرف وإلا فالمخزن وبيت الحفظ على حد سواء في عدم الزيادة في العين وثبوت الزيادة في التعليم لمعنى في نفسه هو ذكاؤه فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجباً للزيادة كذا قالوا، ولا يخفى ما فيه إذا لا شك الخلاف حصول الزيادة بالتعلم لما أنه سبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب المصبغ فلا تمنع نسبته إلى التعليم والذي علل به في «المبسوط» نفي الضم فيه إنما هو عدم العرف حتى لو كان ثمنه عرف ظاهر ضم، ولذا لا تضم أجره الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق وأجرة الختان والفداء في الجناية وما يؤخذ في طريق من الظلم إلا إذا جرت العادة بضمه.

(فإن خان في مرابحة) بأن ضم إلى الثمن ما لا يجوز ضمه كما في «المحيط»، أو أخبر بأنه اشتراه بعشرة ورايح على درهم فتبين أنه اشتراه بتسعة إما بإقراره أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري هذا هو المختار، وقيل: لا يثبت إلا بالإقرار لأنه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور بينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب والحط كذا في «الفتح»، (أخذه) أي: المبيع (بكل ثمنه أو رده وحط) المشتري ما خان به البائع (في التولية) وهذا عند الإمام لأنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية بخلاف المرابحة، فإن عدم الحط فيها لا يخرجها عن كونها مرابحة وقال أبو يوسف: يحط فيهما، وقال محمد: يخير فيهما وأومئ بقوله أو رده إلى تصوره حتى لو هلك أو حدث به ما يمنع الرد سقط خياره في الروايات الظاهرة ولزمه كل

ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله، وإن أحاط  
بشمنه لم يربح.....

الشمن لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط، وقضية هذا أنه لا يورث وأطلق في الحط فعم حالة هلاك المبيع أو امتناع الرد لأنه لا خيار وإنما يلزمه الشمن الأول، والظاهر أن الوارث في هذا يقوم مقام المورث، ولو وجد المولى بالمبيع عيباً ثم حدث عنده آخر لا يرجع بالنقصان لأنه بالرجوع يصير الثاني أنقص من الأول، وقضية التولية أن يكون مثل الأول (ومن اشترى ثوباً) أي: قيمياً وكذا لو كان مثلياً بعشرة مثلاً (فباعه بربح) خمسة (ثم اشتراه) بعشرة ممن باعه بعد التقابض (فإن باعه بربح مرة أخرى طرح عنه) أي: عن الثوب (كل ربح قبله) عند الإمام فيبيعه في هذه الصورة مرابحة على خمسة، ويقول: قام علي بخمسة.

(وإن أحاط الربح) أي: استغرق (بشمنه) بأن باعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه /  
ممن باعه بعشرة (لم يربح) أصلاً عند الإمام إلا أن يبين فيقول: كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة، وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الأخير وهو عشرة في الفصلين من غير بيان لهما أن الثاني عقد متجدد فيقطع الأحكام عما قبله فيجوز بناء المرابحة عليه، كذا إذا تخلل ثالث وله أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب فيرده فيزول الربح عنه والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً بخلاف إذا ما تخلل ثالث، لأن التأكيد حصل بغيره وما قاله الإمام أو ثق، وما قاله أرفق، وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة في ظاهر الرواية كما في «المحيط».

وأجيب بأن البيع الثاني وإن كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت هذه الوكادة إلا في عقد جرى فيه الربا، وأشار بقوله بربح إلا أن البيع كان بجنس الثمن الأول فأفاد أنه لو باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة كان له أن يبيعه مرابحة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة فلا مدخل لها في المرابحة، ولذا قلنا: لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن كذا في «الفتح»، وأراد بالأشياء القيميات، أما لو اشترى كيلياً أو وزنياً ثم أراد أن يبيع قفيزاً مرابحة جاز اتفاقاً، لأن القفيز من القفيزين لا يتفاوت فتصير حصة كل قفيز معلومة كذا في «السراج»، وفي آخر الباب من «الفتح» اشترى ثوباً ليس له أن يربح على ذراع منه، ولو رابع على ماله كنسبة معلومة كنصفه أو ثلثه جاز، وقيد بقول لم

ولو اشترى مأذون مديون ثوباً بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس ولو كان مضارباً يبيع مرابحة رب المال باثني عشر ونصف .....

يرابح لأن له أن يبيعه مساومة، وأما يبيعه تولية فبخمسة لقولهم: صار بالعقد الثاني كأنه اشترى ثوباً وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بإزاء الخمسة والثوب بخمسة، وفي «المحيط»: خرج عن ملكه ثم عاد إليه قديم ملكه كالرجوع في الهبة أو بخيار شرط أو رؤية أو عيب أو إقالة أو في البيع الفاسد يبيع مرابحة بما اشترى، وإن بسبب آخر كالإرث والهبة لا يبيع مرابحة لأنه عاد إليه بسبب جديد بخلاف ما لو رد عليه بغير قضاء فإنه يعتبر بيعاً جديداً في حق الثالث فكأنه اشترى ثانياً بعشرة بعد أن باعه بعشرة وهذا يطلق له المرابحة انتهى.

(ولو اشترى مأذون مديون) ولو مكاتباً أو مدبراً (ثوباً بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا) حكم (العكس) وهو أن يشتري المولى ثوباً بعشرة فيبيعه من عبده المذكور بخمسة عشر يبيعه العبد بعشرة كل ذلك باتفاق الثلاثة لأن هذا العقد وإن كان صحيحاً لإفادته ملك العين أو التصرف إلا أن فيه شبهة العدم، لأن الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى، ولذا كان له أن يتبقى ما في يده ويقضي دينه، وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة بعجزه فصار كأنه باع أو اشترى ملك نفسه من نفسه فاعتبر عدماً في حكم المرابحة نفيًا للتهمة، ولذا قال الإمام: لو اشترى شيئاً من أصله أو فروعه أو زوجته أو اشترى شيئاً منه لا يبيع واحد منهم مرابحة على ما اشترى من هؤلاء وخالفاه، ولو بين جاز اتفاقاً، وكذا في مسألة «الكتاب» ثم كونه مديوناً بما يحيط برقبته صرح به محمد في «الجامع الصغير» عن الإمام ومن المشايخ من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد وتبعه المص وشمس الأئمة في «المبسوط» لم يذكر الدين أصلاً قال في «العناية»: والحق ذكره لأنه إذا لم يكن عليه دين لم يصح البيع، والتحقيق أن ذكر الدين وعدمه بالنظر إلى المرابحة سواء لأنها إذا لم تجز مع الدين فمع عدمه أولى، وأما بالنظر إلى صحة العقد وعدمه فله فائدة والباب لم يعقد إلا للمرابحة فصنيع شمس الأئمة أقعد.

(ولو كان مضارباً) معه عشرة بالنصف اشترى بها ثوباً وباعه من رب المال بخمسة عشر (يبيعه رب المال باثني عشر ونصف) لأن هذا البيع وإن كان شراء ماله بماله، ولذا منعه زفر لكن أخرناه لما فيه من استفادة ولاية التصرف بعد انتفائها عنه بالتسليم إلى المضارب من رب المال وهو المقصود، والانعقاد يتبع الفائدة إلا أن فيه شبهة العدم فاعتبر الثاني عدماً في حق نصف الربح قيد بكون المضارب بائعاً لما سيأتي في المضاربة من أنه لو كان مشترياً بأن اشترى من رب المال عبداً بألف اشتراه

ويرايح بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب .....

بنصفه رابح بنصفه، وعلله في «الهداية» بأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة، وإن كان بيع ملكه يملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين انتهى، وإنما لم يضم للمضارب نصيب / رب المال وضم نصيبه لأن العقدين وقعا لرب المال ولم يقع لمضارب منه [١/٣٩١] إلا قدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة وفيما يقع لرب المال لم يقع الربح لاحتمال بطلان العقد الثاني، كذا في «البنية» .

وإذا عرف هذا فقول الشر في المضاربة، ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبداً بخمسائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن البيع الجاري بينهما كالمعدوم فتبني المرابحة على ما اشترى به المضارب كأنه اشتراه له وناوله إياه من غير بيع انتهى، مخالف لما صرحوا به هنا وجزم في «البحر» بأنه سهو قال: وكنت حملت كلامه في المضاربة على أنه اشترى ببعض رأس المال، وكلامهم هنا على أنه اشترى بالجميع لتصريحه في «المبسوط» بأن الربح لا يظهر إلا بعد تحصيل رأس المال، وقد صرح في «الهداية» في الموضوعين بضم حصة المضارب إلى المال وهو يناقض منه أيضاً لموافقته على ذلك وتصريحهم بالضم في بابها ولم أر له سلفاً ولا على من نبه على ذلك في الموضوعين .

وأقول: لا تحريز في هذا الكلام والتحقيق بأن يقال: إنما ضمت حصة المضارب هنا لظهور الربح ببيعه لرب المال، وإذا كان مشترياً من رب المال لم يظهر ربح، فلذا جزم في المضاربة بأن المضارب يبيعه مرابحة على ما اشترى رب المال، وفي «السراج» من أنه يضم يعني المضارب حصته هنا أيضاً مخالفة لصريح الرواية التي جزم بها المصنف تبعاً لصاحب «الهداية» في المضاربة وما قاله الشر: إن رب المال لا يضم حصة المضارب فيما إذا كان بائعاً فمحمول على رواية وكون صاحب «الهداية» تناقض وهم فاحش أو قد أعاد المسألة في المضاربة وجزم بأن المضارب إذا كان بائعاً ضم رب المال حصته إلى رأس المال، وإن كان مشترياً فلا ضم أصلاً، وظاهر أن عدم ضم حصة رب المال في المسألتين لما فيه من شبهة أنه اشترى أو باع ماله بماله فأحكم هذا فإنه ينفعك عن كثير من القيل والقال والله أعلم بحقائق الأحوال .

(ورايح بلا بيان بالتعيب) بأفة سماوية أو بصنع المبيع (ووطء الثيب) الذي لم ينقصها، فإن نقصها كانت كالبكر الآتية لأن الغائب وصف وهو لا يقابله شيء من الثمن وكذا منافع البضع ومعناه أنه يرايح بلا بيان أنه اشتراه سليماً بكذا من الثمن،

وبيان بالتعيب ووطء البكر ولو اشترى بألف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري.....

أما بيان نفس العيب فواجب ودل كلامه أنه لو رضي بالعيب أو بالخيانة في المرابحة كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به، كما في «الفتح». وعن أبي يوسف أنه لا يرابع بلا بيان وهو قول زفر، قال أبو الليث: وهو أجود وبه نأخذ وفي «الفتح» واختياره هذا حسن لأن مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للمشتري، أي الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معينة إلا بحطيطة ثم قال: لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب أن يبين أنه اشتراه في حال غلائه، وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ إلزام قوي انتهى قوله.

وأقول: إلخ في نسخة المؤلف التي بخطه فلعله ألحقها في نسخة المؤلف التي بخطه فلعله ألحقها في نسخة أخرى والذي في خطه بعد في الموضوعين، وقدم على «السراج» أنه لو اشترى من مضاربة منه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين وحصه المضارب من الربح انتهى، ولو قال: وحصه الآخر لكان أولى ليشمل رب المال.

وأقول: إنما لم يقل ذلك دلالة على أن حصه رب المال لا تحسب، وبذلك صرح في المضاربة واقتصار في المال عليه يدل على ذلك أيضاً إذا قال نحو أن يكون مال المضاربة ألفاً ومائتين فاشترى بها المضارب سلعة فباعها من رب المال بألف ومائتين، فإن رب المال بألف وما يبيعه مرابحة بألف درهم أقل الضمانين وحصه المضارب من الربح وهي مائة إلا أن يبين انتهى.

وأقول: وقد يفرقا بأن الإيهام مع تغير السعر واصفرار الثوب أو توسخه ضعيف لا يعول عليه بخلاف ما لو اعورت الجارية فربحه على ثمنها فإنه قوي جداً فلم يغتفر (و) يرابع (ببيان بالتعيب) مصدر عيبه أحدث فيه عيباً سواء كان بفعله أو بفعل أجنبي بأمره، أو لا أخذ الأرش أو لا لأن الأوصاف صارت مقصودة بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن (و) كذا في (وطء البكر) لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها.

(ولو اشترى بألف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه كذلك (خير المشتري) بين أخذه بكل الثمن حالاً أو تركه لأن للأجل شبهة بالمبيع، ألا ترى أنه يزداد في الثمن لأجله والشبهة في المرابحة ملحقة بالحقيقة؟ فكأنه اشترى شيئين بألف وباع أحدهما بها على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما إذا كانت مبيعاً حقيقة،

فإن أتلف فعلم لزم بألف ومائة وكذا التولية ومن ولي رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد البيع ولو علم في المجلس خير .

فإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وقد علمت أنها ملحقة [٢٩١/ب] بالحقيقة / هنا، هذا إذا كان الأجل مشروطاً في العقد، فإن لم يكن لكنه كان معتاداً التنجيم قيل: لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل: لا يلزمه البيان وهو قول الجمهور، كما في «الشرح»، قال في «البحر»: وعلى كل من القولين لو لم يكن مشروطاً ولا معروفاً وإنما أجله بعد العقد لا يلزمه بيانه انتهى .

وأقول: إنما لم يلزمه البيان لما مر من أن الأصح أنهما لو ألحقا به شرطاً لا يلتحق بأصل العقد فيكون تأجيلاً مستأنفاً على القول بأنه يلتحق ينبغي أن يلزمه البيان، (وإن أتلف)، أي: استهلك المشتري المبيع، وكذا لو هلك ولو قال: تلف لكان أولى (فعلم) بعد ذلك بالأجل (لزم) المبيع (بألف ومائة) حالة لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعترار شبهة الخيانة يفسخ إذا كان المبيع قائماً، فإما أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك وإلا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك باطل، (وكذا التولية) حكمها كالمراوحة من الخيار ما دام المبيع قائماً وسقوطه بعد الهلاك، وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد الثمن كما إذا استوفى دينه زيوفاً وهو لا يعلم بذلك حتى أنفقها، فإنه يرد عنده مثلها من الزيوف ويسترد الجياد وقيل: يقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما، قال أبو جعفر: وهو المختار للفتوى للعرف .

(ومن ولي رجلاً شيئاً) أو باعه له تولية أو مراوحة (بما قام عليه)، أي: بما اشتراه مع ما لحقه من المؤن أو بما اشتراه به (ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد البيع) لجهالة الثمن، (ولو علم) المشتري بكم قام عليه (في المجلس) أي: مجلس البيع (خير) بين أخذه وتركه لأن الفساد، وإن كان في صلب العقد لكنه لم يتقرر، وإنما يتقرر بانقضاء المجلس وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسداً له عرضية الصحة وهو الصحيح، خلافاً لما روي عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد وينبغي أن يظهر أثر الخلاف في حرمة مباشرته وعدمها، كذا في «البحر»، ولما كان المجلس جامعاً للمتفرقات اعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معاً وإنما يتخير بعد العلم في المجلس لأن الرضى لم يتم قبله فلم يتم البيع، كما في خيار الرؤية .

## فصل

صح بيع العقار قبل قبضه لا بيع المنقول.....

## فصل

في التصرف في المبيع والضمن قبل القبض والزيادة والحط فيهما والتأجيل وأوردها بفصل على حدة لأنها ليست من المرابحة، غير أن صحتها لما توقفت على القبض كان لها ارتباطاً بالتصرف بالمبيع قبل القبض والباقي استطراد، (صح بيع العقار قبل قبضه عندهما خلافاً لمحمد لإطلاق النهي ما لم يقبض كما رواه أحمد<sup>(١)</sup>).

قلنا: النهي عن بيع ما لم يقبض كما رواه أحمد. قلنا: النهي معلول بفور انفساخ العقد بالهلاك وهذا في العقار نادر حتى لو لم يكن بأن كان على شط نهر أو كان علواً أو في موضع لا يؤمن أن يغلب عليه الرمال لم يجز بيعه قبل القبض، كما في «الفتح» ولم يقل نقد وإلا لزم لتوقفهما على نقد الثمن فإن لم ينقده توقف الثاني في الصحيح كبيع المرهون كما في «المحيط» يعني إما على نقد الثمن أو على رضى البائع لأن الحق له فإن لم ينقده كان له إبطال البيع، وكذا كل تصرف يقبل النقص إذا فعله المشتري بغير إذن البائع، ومنه الكتابة أيضاً لأنها تحتل الفسخ فلم ينفذ في حق البائع ما لم يقبض الثمن نظراً له إجماعاً بخلاف ما لا يقبله كالعقود والتدبير والاستيلاء واختلف في إجارته، والأصح أنها لا تجوز إجماعاً لأن المعقود عليه المنافع وهلاكها غير نادر، (لا) يصح (بيع المنقول) قبل قبضه من البائع قيدنا بالبيع لأنه لو وهبه أو تصدق به أو أقرضه أو رهنه أو أعاره من غير البائع جاز عند محمد وهو الأصح، خلافاً لأبي يوسف وأجمعوا على صحة الوصية به قبله.

أما تجويز الأمة فجائز وإذا فسخ البيع انفسخ النكاح على قول أبي يوسف وهو المختار ودخل في البيع الإجارة، وفي «الإيضاح» كل عوض ملك بالعقد ينفسخ العقد بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالبيع والأجرة إذا كانت عيناً، وبدل الخلع إذا كان معيناً وما ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الصلح والعقود على مال وبدل الصلح عن عمد وعم كلامه ما لو باعه من البائع ولا ينتقض البيع الأول، ولو وهبه منه انتقض لأنها مجاز عن الإقالة بخلاف البيع، وصرح في «السراج» بأن بيع المنقول قبل قبضه من البائع أو من غيره باطل هذا في تصرف المشتري.

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٨٩٢)، والنسائي في البيوع (٤٦٠٣).

ولو اشترى مكيلاً كيلاً حرم بيعه وأكله حتى يكيله.....

وأما تصرف البائع فإن كان بأمر المشتري بأن يهبه من فلان أو يؤجره أياً كان ففعل جاز، ولو أمره بوطء الجارية أو بأكل الطعام ففعل كان فسحاً، ولو بالبيع بأن قال: بعه لنفسك أو بعه ففعل كان فسحاً أيضاً، وإن قال بعه لي لا يجوز ولو قال: ممن شئت فلذلك في قول الإمام وقال محمد: لا يكون فسحاً ولو رهنه أو أجره أو / [١/٣٩٢] أودعه بغير أمره فمات انفسخ العقد، ولو أعاره أو وهبه فمات، أو أودعه فاستعمله المودع فمات فإن شاء المشتري أمضى البيع وضمن هؤلاء، وإن شاء فسخ البيع الكل في «الخانية» وفيها من هذا النوع فروع يطول الكلام بذكرها، (ومن اشترى مكيلاً) قيد بالشراء لأنه لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية جاز له التصرف فيه قبل الكيل، والمطلق من البيع ينصرف إلى الكامل وهو الصحيح منه حتى لو باع ما اشتراه فاسداً بعد قبضه مكيلاً لم يحتج المشتري الثاني إلى إعادة الكيل.

قال أبو يوسف: لأن البيع الفاسد يملك بالقبض كالقرض، ولو استقرض طعاماً بكيل ثم باعه مكيلاً لم يحتج المشتري إلى إعادة الكيل، كذا في «السراج» وبكونه مبيعاً لأنه لو كان ثمناً جاز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لأنهما من تمام القبض والتصرف في الثمن قبله جائز فقيل تمامه أولى، كذا في «المحيط» وقد مر الضابط عن «الإيضاح» بما فيه لهذا زيادة إيضاح (كيلاً) قيد به لأنه لو اشتراه مجازفة جاز بيعه قبل الكيل لأن الزيادة له وفيه نظر، إذ لا يتصور في المجازفة وعنه أجوبة في شروح «الهداية».

وأما البائع فإن اشتراه مجازفة فكذلك وإلا لم يجز له البيع إلا أن يكيله في ظاهر الرواية، وروى ابن سماعه أنه يجوز ومن المجازفة ما لو اشتراه مكيلاً بإناء بعينه لا يعرف قدره، كما في «السراج» وقد مر (حرم) أي: كره تحريماً (بيعه أو أكله حتى يكيله)، أي: المشتري لرواية ابن ماجه: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، صاع البائع وصاع المشتري»<sup>(١)</sup> وظاهر الحديث يعطي أن البائع لو اكتاله بعد البيع بحضرة المشتري لا يكتفى فيه وهو قول البعض، والأصح هو الاكتفاء به لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سيأتي في السلم.

ثم في قوله حرم بيعه إيماء إلى أنه فاسد وبه صرح في «الجامع الصغير» وفيه أنه لو أكله لا يقال: إنه أكل حراماً لأنه أكل مال نفسه إلا أنه أثم لتركه ما أمر به من

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٢٨)، والبيهقي في الكبرى (١٠٤٨١) (٥/٣١٦).

ومثله الموزون والمعدود لا المذروع وصح التصرف في الثمن قبل قبضه والزيادة فيه والحط منه .....

الكيل فكان هذا أصلاً في سائر البياعات بيعاً فاسداً إذا قبضها فملكها ثم أكلها وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه فاسداً. وهذا يبين أن ليس كل مالٍ يحل أكله إذا أكله أن يقال فيه: إنه أكل حراماً، كذا في «الفتح» ويوافقه ما في أيمان «الخلاصة» لو أكل من الكرم الذي دفع معامله وقد حلف لا يأكل حراماً لا يحنث.

أمّا عندهما فلا يشكّل، وأمّا عند أبي حنيفة كذلك لأن ذلك عقد فاسد عنده فقد أكل ملك نفسه (ومثله) أي: مثل شراء المكيل كيلاً شراء (الموزون) وزناً (والمعدود) عدداً فيمتنع عليه البيع والأكل حتى يعيد الوزن والعدد عن الإمام أنه يجوز في المعدود، قيل: العد وهو قولهما كذا في «السراج» والأول أظهر الروایتين عن الإمام، كما في «الفتح» وهذا في غير بيع التعاطي والدرهم والدنانير.

أمّا إذا كان البيع بالتعاطي فلا يحتاج في الموزون إلى إعادة الوزن، كذا في «القنية» وفي «الخلاصة» وعليه الفتوى أو كان الموزون الدرهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن، كما في «الإيضاح» (لا المزروع) أي: لا يحرم بيع المزروع ولا التصرف فيه قبل زرعه بعد القبض لأن الزيادة للمشتري وفي النقصان يثبت له الخيار وبالبيع بتقدير النقص يكون مسقطاً له، قال الشر: هذا إذا لم يبين لكل ذراع ثمناً، فإن بينه التحق بالقدر في حق ازدياد الثمن حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعض وتلزمه الزيادة فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه.

(وصح) أي: جاز (التصرف في الثمن قبل قبضه)، أي: تمليكه ممن عليه الدين بعوض كالبيع والإجارة، أو بغير عوض كالهبة والوصية لقيام المطلق مع أمن الانفساخ بالهلاك، أمّا من غير من عليه الدين فلا يجوز كما في «الشرح» وسواء كان مما يتعين أو لا سوى بدل الصرف والسلم لأن المقبوض حكم عين المبيع في السلم والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز، وكذا في الصرف وسائر الديون كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها، وكذلك الموروث والموصى به كالثمن، كذا في «الفتح».

وفي «الجوهرة»: وكذلك بدل الخلع وبدل العتق على مال (و) صح (الزيادة فيه) أي: في الثمن (والحط منه) ويلتحقان بأصل العقد، وقال زفر: لا يلتحقان بل الزيادة أبرأً مقيداً والحط إبراءً من بعض الثمن إذ لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأنه يصير ملكه عوض ملكه وكذلك الحط لأن الثمن صار مقابلاً بكل المبيع.

قلنا: إنما يلزم ما ذكرتم لو التحق بالعقد مع عدم تغييره لكنه مع التغيير عن المقدار الأول إلى الثاني وقد رأينا الشارع أثبت لهما ولاية الرفع بالإقالة فأولى أن

يكون لهما ولاية التغيير، وأثر الالتحاق يظهر في التولية والمرابحة فيصححان على الكل في الزيادة وعلى الباقي بعد المحطوط وفي الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط وإنما كان له أن يأخذ بدون الزيادة / لما فيها من إبطال حقه الثابت قبلها، وفي الاستحقاق حتى كان للمشتري أن يرجع على البائع بالكل، ولو أجاز المستحق البيع أخذ الكل وفي حبس المبيع حتى لو كان له ذلك حتى يقبض الزيادة وفي فساد الصرف بالحط والزيادة للربا، وفيما لو وجد بالثياب المبتاعة عيباً رجع بحصته من الثمن مع الزيادة فيما إذا زاد في الثمن ما لا يجوز الشراء به وفي المبيع ما لا يجوز بيعه فقيل: فسد العقد، كذا في «السراج».

ثم قال بعده: لو اشترى عبداً بمائة ثم زاد المشتري رطلاً من خمر فقبله البائع صححت الزيادة ولا يفسد البيع لأن الزيادة لا تلتحق بل لأن في تصحيح ذلك إفساد البيع انتهى، والأول بالقواعد أولى، وفي التاسع والثلاثين من «جامع الفصولين» باع فضة بفضة وتقابضاً ثم زاد في الثمن درهماً جازت الزيادة وفسد الصرف، وكذا لو شرط الخيار وكذا لو باع قنأً بألف درهم ثم زاد رطلاً من خمر هذا عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز الزيادة، والعقد الأول باقٍ على الصحة انتهى، وفيها لو زاد زوج الأمة مهرها بعد عتقها حتى كانت الزيادة للمولى أطلق الزيادة فشمّل ما إذا كانت من جنس الثمن أم من غيره في مجلس العقد أو بعده بشرط قبول البائع في المجلس حتى لو لم يقبل حتى تفرقا بطلت ولا فرق بين كونها من العاقد أو من وارثه، كذا في «الخلاصة».

وفيها لو زاد الأجنبي فإن بأمر المشتري أو بإجازته لزمته، وإن لم يجز بطلت، ولو كان حين زاد ضمن عن المشتري أو أضافها إلى مال نفسه لزمته الزيادة، ثم إن كانت بأمر المشتري رجع وإلا فلا، وفي قوله والحط منه إيماء إلى أن حط الكل لا يجوز لأنه تبديل لأصله إذ يصير البديل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة إلى عقد التبرع، والتحاق الحط بأصل العقد مقيد بما إذا لم يكن من الوكيل.

ففي «الخانية» الوكيل يبيع الدار لو حط عن المشتري مائة صح وضمن للموكل ويأخذها الشفيع بجميع الثمن لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد انتهى، وبما إذا لم يكن المحطوط تبعاً، فإن كان لم يلتحق حتى لو اشترى داراً بألف جياذ ونقد زيوفاً أو نهرجة برضى البائع أخذ الشفيع بالجياذ، وكذا في «الشرح» وإطلاقه صحة الحط أنه لا فرق بين كونه قبل قبض الثمن أو بعده وفي إبرائه عن البعض بعد القبض خلاف.

والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله وتأجيل كل دين .....

ففي «الذخيرة» أنه لا يصح لانصراف المطلق منه إلى براءة الاستيفاء حتى لو أبراه براءة إسقاط صح، وذكر السرخسي أن الإبراء المضاف إلى الثمن صحيح مطلقاً وهو المناسب للإطلاق وعرف من هذا أنه لا خلاف في رجوع الواقع بما أداه أبراه براءة إسقاط وفي عدم رجوعه، وأن الخلاف مع الإطلاق وعلى هذا تفرع ما لو علق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق، فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع ورجع عليها، كذا في «الأشباه» وهذا كله قول الإمام.

وقال أبو يوسف: لا يجوز الحط ولا تصير هبة مبتدأة، ووافقه محمد في الزيادة وقال: في الحط تكون هبة مبتدأة هذا وشرط في ظاهر الرواية لصحة الزيادة قيام المبيع حتى لو هلك حقيقة بأن مات العبد، أو حكماً بأن أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو آجر أو رهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن أو طبخ اللحم أو طحن أو نسخ الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشتري الخمر لا تصح الزيادة لفوات محل العقد، وكذا لو زاد في مهرها بعد موتها لا تصح.

وروى الحسن في غير رواية «الأصول» أنها تصح بعد هلاك المبيع وعلى هذه الرواية تصح الزيادة في المهر بعد الموت (و) صحت (الزيادة في المبيع) أيضاً، ويلتحق بأصل العقد حتى يصير لها حصة من الثمن يسقط منه بقدرها لو هلكت قبل القبض، ولا يشترط فيها قيام المبيع بخلاف الزيادة في الثمن ولم يذكر الحط منه وهو ظاهر في عدم صحته، لكن المصرح به في «المحيط» أنه إن كان ديناً يصح، وإن كان عيناً لا يصح لأنه إسقاط وإسقاط العين لا يصح، كذا في «البحر».

وفي «الشرح» ولا تجوز الزيادة في المسلم فيه لأنه معدوم حقيقة، وإنما جعل موجوداً في الذمة لحاجة المسلم إليه وهي لا تدفع لحاجته بل تزيد فيها (ويتعلق الاستحقاق بكله) أي: بكل ما وقع العقد عليه من الثمن والزيادة ولو رد المبيع بعيب أو بخيار رؤية أو شرط رجوع المشتري بالكل، وقد مر ما لو استحق (و) صح (أيضاً) تأجيل كل دين) سواء كان الثمن مبيعاً أو غيره لأنه له الإبراء منه فتأخير المطالبة به أولى بشرط قبول المديون حتى لو رد بقي حالاً، وفي «الخانية» لو قال: أبطلت الأجل أو تركته صار حالاً، ولو قال: برئت منه أو لا حاجة لي منه أو لا حاجة لي فيه لم يكن إبطالاً، ولو قضى الدين قبل الأجل فاستحق المقبوض أو وجده زيوفاً فرد كان عليه إلى أجله، ولو اشترى شيئاً من مديونه بالدين وقبضه ثم تقايلا البيع لا يعود الأجل وقد مر / ولو وجد به عيباً فرده بقضاء عاد الأجل، ولو كان به كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين.

## غير القرض .

وفي «الذخيرة» لو قال رب الدين: إن دفعت إلي غداً خمسمائة فإلخمسائة الأخرى مؤخرة عنده إلى سنة فهو جائز، وفي «الخلاصة» إبطال الأجل يبطل الشرط الفاسد ولو قال: كلما دخل نجم ولو تود فمالي حال صح والمال يصير حالاً (غير القرض) لأنه عارية ابتداء، ولذا صح بلفظ العارية ولم يملكه من لم يملك التبرك كالوصي والصبي معاوضة انتهى، لأن الواجب فيه إنما هو رد المثل فعلى الأول لا يلزم، وعلى الثاني لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم نسيئة وهذا يقتضي فساده وهو خلاف الإجماع، فقلنا بجوازه غير لازم وهذا التقرير يوجب بأن يكون المستثنى منه اللزوم لا الصحة كما هو ظاهر في «الكتاب» إلا أن يراد بها اللزوم أو يكون الاستثناء منقطعاً.

قال في «الفتح»: وليس منه تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة إذ باستهلاكها لا تصير فرضاً والحيلة في لزوم تأجيله أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزمه حينئذ انتهى. وفي «القنية» لو قضي بلزوم الأجل والقرض بعدما ثبت عنده معتمداً على قول مالك وابن أبي ليلى يصح ويلزم الأجل، وفي تلخيص «الجامع» كفل بالحال مؤجلاً تأخر عن الأصيل وإن كان قرضاً لأن الدين واحد وهذه حيلة تأجيل القرض كذا في «البحر» .

لكن في «السراج» قال أبو يوسف: إذا أقرض رجلاً مالاً فكفل به رجل عنه إلى وقت كان على الكفيل إلى وقته وعلى المقرض حالاً، وقالوا: لو أوصى أن يقرض فلان من ماله ألف درهم إلى سنة لزم من ثلثه ولا يطالب قبل المدة لأنه وصيته بالتبرع، وفي «القنية» التأجيل في القرض باطل إلا أن يوصي أنه يؤجل في قروضه على الناس بعد وفاته فيجوز من الثلث، وفي «الأشباه» عن صرف «الظهيرية» القرض المجحود يلزم تأجيله .

وقالوا: لو حل الدين بموت المديون فأجل رب الدين وارثه لم يصح، وكذا لو أجل المشتري الشفيع في الثمن، وفي «القنية» أجل المشتري البائع سنة عند الإقالة صحت الإقالة وبطل الأجل، ولو تقايلاً ثم أجله ينبغي أن لا يصح عند أبي حنيفة، فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده انتهى. وظاهر كلامهم يعطي أن في هذه المسائل لا يصح التأجيل أصلاً لا أنه يصح ولا يلزم كما هو ظاهر ما في «البحر» إذ جعله ملحقاً بالقرض ثم قال: والحاصل أن تأجيل المديون على ثلاثة أوجه باطل وهو تأجيل بدل الصرف والسلم، وصحيح غير لازم وهو القرض وما ألحق به، ولازم وهو ما عدا ذلك وقد علمت ما هو الواقع.

## باب الربا

هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال وعلته.....

## باب الربا

ألحقه بالمرابحة لما أن في كل منها زيادة إلا أن تلك جائزة وهذه منهيّة والإباحة أصل فقدمت، وهو بكسر الراء وفتحها خطأ مقصور على الأشهر لغة مطلق الزيادة ومنه: ﴿فلا يربوا عند الله﴾ [الروم: ٣٩] أطلق في التنزيل تارة على الزائد نفسه ومنه قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] أي الزائد في القرض وفي بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وأخرى على نفس الزيادة بالمعنى المصدرية ومنه: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] أي حرم أن يزداد في القرض على القدر المدفوع، وفي بيع الأموال بجنسها قدرًا ليس مثله في الآخر وعرفاً (هو فضل مال) ولو حكما فدخل ربا النسبة والبيوع الفاسدة كالبيع بشرط فإنهم جعلوها من الربا وهذا أولى من قول بعضهم المقصر تعريف الربا المتبادر عند الإطلاق وذلك إنما هو رد الفضل (بلا عوض) خرج به ما سيأتي في الصرف من أنه لو باعه كبرٍ وشعير بضعفهما جاز بصرف الجنس إلى خلاف جنسه فضل قفيزي شعير على قفيز بر فإنه بعوض (في معاوضة مال) خرج به الهبة.

زاد في «الوقاية» مشروط لأحد المتعاقدين، لأنه لو شرط لغيرهما لا يكون من باب الربا، والأولى أن يقال في أحد البدلين لأن العاقد قد يكون وكيلاً وفضولياً والمعتبر كون الفضل للبايع أو المشتري، وعرفه في «جمع العلوم» بأنه عبارة عن عقد فاسد وإن لم يكن فيه زيادة لأن بيع الدراهم بالدرهم نسيئة ربا، وإن لم يكن فيه زيادة انتهى، وقد علمت جوابه غير أن كونه عقداً فاسداً ظاهر في أن الدرهم الزائد يملك بالقبض.

وفي «القنية» عن البزدوي من جملة صور البيع الفاسد جملة العقود الربوية يملك فيها بالقبض ورد به على من أفتى من علماء عصره بأن الإبراء من الدرهم الزائد بعد استهلاكه لا يصح، بل يجب رده حقاً للشرع بأنه إذا كان مملوكاً للقباض بالقبض فإذا استهلك على ملكه ضمن مثله، فلو لم يصح الإبراء ورد مثله يكون ذلك رد ضمان ما استهلك لا رد عين ما استهلكه / وبرد ضمان ما استهلك لا يرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيداً للملك من فضل الربا فلم يكن في رده فائدة نقض عقد الربا ليجب بذلك حق الله تعالى، وإنما الذي يجب حقاً للشرع رد عين الربا إن كان قائماً لا رد ضمانه انتهى، وهو حسن (وعلته) أي: علة الربا المنهي عنه، وفي «الفتح»

## القدر والجنس.....

أي: علة تحريم الزيادة (القدر) أي: الكيل والوزن وهذا أعني التعبير بالقدر أشمل كما في «الهداية».

قال في «الفتح»: لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل الزرع والعد وليس من أموال الربا، ورده في «البحر» بأنهم بعدما وضعوا القدر بإزاء الكيل والوزن كيف يشمل غيرهما؟ وأنت خيرير بأن هذا في خير المنع غاية الأمر أنهم أرادوا هذا المعنى من اللفظ وهذا لا يفيد عدم شموله لغيره وضعا نعم في «الحواشي السعدية» يمكن أن يقال: الألف واللام في القدر للعهد والمراد الكيل والوزن (والجنس) وهو عبارة عن مشاكلة المعاني، كذا في «الدراية».

قال في «الفتح»: واختلافه يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا لأن أفراد كل منهما في الحديث يدل على ذلك والثوب الهروي والمرووي بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقيام الثوب بها، وكذا المرووي المنسوج ببغداد وخراسان والبلد الأرمني والطالقاني والتمر كل جنس واحد والحديد والرصاص والشبه أجناس، وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والألية واللحم وشحم البطن أجناس ودهن البنفسج والجير جنسان والأدهان المختلفة أصولها أجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ بطيب لأن الطيب زيادة انتهى.

وفي «السراج»: لحوم الإبل جنس واحد وكذا المشاقة والكتان وعن أبي يوسف في لحم الطيور يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا وإن كان من نوع واحد لأنه لا يوزن في العادة وثمار النخيل كلها جنس واحد وكذا ثمار الكروم والرطب جنس واحد أيضاً، والأصل في هذا الباب ما رواه الستة إلا البخاري عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل فمن زاد واستزاد فقد أربى»<sup>(١)</sup>، وليس فيه البداية بالحنطة وإنما هي من رواية محمد عن أبي حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري وقال: جاءت الرواية بالرفع أي بيع الحنطة فحذف المضاف إليه مقامه أو ابتاع الحنطة وكلاهما خبر بمعنى الأمر....<sup>(٢)</sup> أي بيعوا، وروى مثل بالرفع على الخبرية وبالنصب على الحالية، وكذلك جاء الوجهان في يد بيد فالرفع عطف على

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٤)، والترمذي في السنن (١٢٤٠)، وأبو داود في سننه

(٣٣٤٩)، والنسائي في الكبرى (٦١٥٦)، وابن ماجه بنحوه (١٨).

(٢) بياض في الاصل.

فحرم الفضل والنساء بهما والنساء فقط بأحدهما.....

الخبر أي مثل ومقبوض كذا في «البحر»، وكأنه حذف العاطف لكن بابه الشعر كما قالوا والنصب على الحال بتأويله بمشتق أي متناجزين (فحرم الفضل) أي: الزيادة (والنساء) بفتح النون والمد لا غير التأخير (بهما) لتمام العلة.

(و) حرم (النساء فقط بأحدهما) أي القدر وحده كالحنطة بالشعير أو الجنس كالهروي بالمروي لما روينا في قوله فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يبدأ بيد وروى أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»<sup>(١)</sup> وهذا دليل على أن وجود أحد جزئي علة الربا علة تامة لتحريم النساء وإن كان بعض علة لحرمة الفضل إلا أن مقتضاه أن لا يجوز إسلام النقود في الموزونات كالزعفران ونحوه مع أنه جائز إجماعاً، وجوابه أنهما لا يتفقان في صفة الوزن فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مئمن يتعين بالتعيين، والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين، ولو باع بالنقود وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه وتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة كذا في «الهداية»، ولا يخفى أن الزعفران والمسك والزياد توزن بالسنجات أيضاً والتعيين وعدمه مما لا يتعلق للوزن به، والاختلاف الحكمي وحده أعني جواز التصرف قبل وزنه، بخلاف المبيع لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده إلى السمع كما مر.

ثم يستثنى إسلام النقود في الموزونات بالإجماع كيلا يفسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن يسلم في الموزونات، وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزنياً بالصنعة إلا في الذهب والفضة، فلو أسلم سيفاً فيما يوزن جاز إلا في الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزوناً ومنعه في الحديد / لاتحاد الجنس، ولذا يجوز بيع الإناء من غير النقدين بمثله من جنسه يبدأ بيد نحاساً كان أو حديداً أو إن كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيه ربا الفضل، وإن كانت لا تباع وزناً لأن صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا تخرج عن الوزن بالمعادن، وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ إسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن.

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٢٣٧)، وأبو داود في سننه (٣٣٥٦).

وحلا بعدمهما وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب إلى الرطل.....

أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد سلماً فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعاً قيل: إن كان بلفظ البيع يجوز بيعاً بثمن مؤجل، وإن كان بلفظ السلم فقد قيل: لا يجوز، وقال الطحاوي: ينبغي أن ينعقد بيعاً، وأما إسلام الفلوس في الموزون ففي «فتح القدير» مقتضى ما ذكره في زماننا لأنها وزنية، وذكر الإسيبجاني جوازه لأنها عددية بخلاف ما إذا أسلم فلوساً في فلوس فإنه لا يجوز لأن الجنس بانفراده محرم النساء.

وأقول: ينبغي أن يقال: إن كانت كاسدة لا يجوز لأنها وزنية حينئذ وعليه يحمل ما في «الفتح»، وإن كانت رائجة يجوز لأنهم في هذه الحالة أجروها مجرى النقود حتى أوجبوا الزكاة فيها، وعليه يحمل ما في الإسيبجاني وهذا يجب أن يعول عليه (وحلا) أي التفاضل والنساء (بعدمهما) أي: بعدم القدر والجنس فيجوز بيع هروي بمرويين لعدم العلة وهي وإن كانت لا توجب عدم الحكم لكن إذا اتحدت لزم من عدمها لا بمعنى أنها تؤثر لعدم بل لا يثبت الوجود لعدم علته فيبقى عدم الحكم على عدمه الأصل وإذا عدم سبب الحرمة والأصل، في البيع الإباحة كان الثابت الحل كذا في «الفتح».

(وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح وصح أيضاً بيع الموزون كالنقدين وما ينسب إلى الرطل) بكسر الراء وفتحها أي يقع عليه كيله أو إلى الأوقية فهو وزني قال في «المبسوط»: يريد بذلك الأدهان ونحوها لأن الرطل إنما يعدل بالوزن غير أنه يشق عليهم وزنها بالأمناء والسنجات في كل وقت لأنها لا تستمسك إلا في وعاء حرج فاتحد الرطل لذلك تيسيراً فعرّفنا أن كيل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به انتهى، ومن ثم قال بعضهم: المراد هنا مواعين معلومات الوزن.

قال في «الهداية»: وإذا كان موزوناً فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة، واستشكله الشر بأن الشيعين إذا استويا في كيل واحد يلزم أن يستويا في كيل آخر أيضاً، ولا تأثير لكونه معلوماً أو مجهولاً في ذلك إذ لا يختلف ثقله فيهما، وقدمنا عن «الفتح» أنه لو باع الفضة بجنسها كفة ميزان بكفة ميزان جاز لانتفاء احتمال التفاضل وهذا يؤيد ما ادعاه الشر، وعن «الصيرفية» أيضاً لو تبايعا تبراً بذهب مضروب كفة بكفة لا يجوز ما لم يعلموا وزن الذهب لأنه وزني، وهذا يشهد لصاحب «الهداية» والظاهر أنهما قولان متقابلان والله الموفق.

بجنسه متساوياً لا متفاضلاً وجيده كرديته.....

وفي «النهاية» قال الإسيبجاني: فائدة هذا لو باع ما ينسب إلى الرطل (بجنسه) متفاضلاً في الكيل (متساوياً) في الوزن يجوز وهذا أحسن وهو قياس الموزونات، غير أنه يؤدي إلى أنه لا يجوز بالأوقية أيضاً إذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بيننا، ولا يندفع هذا الإشكال إلا إذا رفع الجواز في الكيل انتهى.

وفي «الفتح»: الرطل والأوقية مختلف فيها عرف الأمصار ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات، فالرطل الآن بالإسكندرية وزن ثلاثمائة درهم واثنى عشر درهماً يوزن كل عشرة سبعة، وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهماً، وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله، وفي حلب أكثر من ذلك، وتفسير أبي عبيدة الرطل بأنه مائة وثمانية وعشرون تفسير الرطل في العراق الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات، ثم في الإسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان مائتا درهم يوزن سبعة وكل رطل في عرف ديار مصر والشام وأقطاره اثني عشر أوقية وحينئذ لا يشكل اختلاف كمية الأوقية باختلاف الرطل، وفي زمنه عليه السلام كانت أربعين درهماً، ثم الأوقية مثلاً اثني عشر كما ذكرنا. وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل أن هذه الأسماء مع اسماً آخر توفيقية من جهة الاصطلاح يعرف بالاستكشاف والسؤال فيعرف بجنسه مستوياً من حيث الكيل إذا كان مكيلاً، ومن حيث الوزن إذا كان موزوناً فهو كذلك أبداً، وإن ترك الناس ذلك حتى لو باع المكيل وزناً والموزون كيلاً لا يجوز وإن تساوى فيما بيعا به حتى يعلم تساويهما بالأصالة وما لا نص فيه تعتبر العادة، وعن أبي يوسف أن العرف على خلاف المنصوص عليه معتبر.

قال في «الحواشي السعدية»: وعلى هذا فاستقراض الدراهم عدداً وبيع الرقيق وزناً على ما هو المتعارف في أزماننا / ينبغي أن يكون مبنياً على هذه الرواية انتهى، أي يبيعه بمثله وزناً، وظاهر ما في «الفتح» يفيد ترجيحها ثم مقتضى ما قال امتناع السلم في الحنطة وزناً وهو رواية الحسن عن أصحابنا، واختار الطحاوي الجواز لأن المسلم فيه معلوم وعليه الفتوى.

وقوله في «الكافي»: الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلاً وأسلم وزناً لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل إذا اتفقا على معرفة كيل أو وزن أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع كذا في «الفتح»، (لا متفاضلاً) لوجود علة الربا (وجيده) أي: جيد مال الربا و(كرديته) فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً للنهي عن ذلك، وقد اعتبروا الجودة في الأموال الربوية في مال اليتيم فلا يجوز للوصي بيع جيده برديء، وينبغي أن يكون الوقف كذلك وفي مال المريض

ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف وضح بيع الحفنة بالحفنتين .....  
 حتى اعتبرت من الثلث وفي القلب الرهن إذا انكسر ونقصت قيمته فللراهن تضمين  
 المرتهن قيمته ذهباً ويكون رهناً، ذكره الزيلعي كذا في «البحر» .

(ويعتبر التعيين دون التقابض) في الربويات (في غير الصرف) لأنه مبيع متعين  
 فلا يشترط في صحته القبض كالثوب بالثوب، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو  
 التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر  
 بخلاف الصرف لأن التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض، ومعنى قوله في الحديث: «يد  
 بيد»<sup>(١)</sup> «عيناً بعين»<sup>(٢)</sup> كما رواه مسلم، وأورد أن فيه إما تعميم المشترك أو الجمع  
 بين الحقيقة والمجاز لأن يداً بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى التعيين في  
 غيره. وأجيب بأن يداً بيد فسر بالتعيين والاستدلال به على التقابض في الصرف لا  
 ينفيه لأنه لا يكون فيه إلا به، بقي أن يقال: حمل يداً بيد على معنى عيناً بعين  
 محكم فكان تفسيراً له قال في «الفتح»: ولقائل أن يمنع الاحتمال بل هو ظاهر في  
 التقابض ويجب أن يحمل عيناً بعين عليه لأن القبض أخص من التعيين وكل قبض  
 يتضمن تعيناً، وليس كل تعيين قبضاً، وباب الربويات احتياط فيجب أن تحمل  
 العينية على القبض هذا إذا كانا عينين، فإذا كان أحدهما ديناً والآخر عيناً إن كان  
 العين هو المبيع جاز، ويشترط إحضار الدين والقبض في المجلس قبل التفرق  
 بالأبدان لأن الدين لا يتعين، إلا بالقبض ولو قبض الدين فقط ثم تفرقا جاز، وإن كان  
 الدين هو المبيع لم يجز وإن أحضره في المجلس كاشتريت منك قفيز حنطة بهذا  
 القفيز وما دخل عليه الباء فهو ثمن، ولو تبايعا دراهم بفلوس فالقبض في أحد  
 الجانبين شرط كذا في «السراج» .

(وضح بيع الحفنة) وهي ما يملأ الكفين كما هو في «الصحاح» (بالحفنتين)  
 لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة وهو نصف الصاع قد جعلوا ما دونه في حكم  
 الحفنة، لأن الشارع لم يقدر بعض المقدرات في الواجبات المالية كالكفارات  
 وصدقة الفطر بأقل منه، وعرف من هذا أنه لو وضعت مكاييل أصغر منه كربع القدر  
 وثلثه كما في مصر لا يعتبر التفاضل بها هذا إذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع،  
 فان بلغ لم يجز وفي «جمع التفاريق»<sup>(٣)</sup> قيل: لا رواية في الحفنة بقفيز، واللب

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٤)، والبخاري في صحيحه (٣٧٢٤) .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٧)، وأحمد في مسنده (١١٥٧٣) .

(٣) وهو في الفروع للإمام زين المشايخ أبي الفضل محمد بن أبي القاسم البقالي الخوارزمي الحنفي  
 المتوفى سنة (٥٨٦) هـ. كشف الظنون (١/٥٩٥) .

والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمر بالتمرتين والفلس بالفلسين بأعيانهما واللحم بالحيوان.....

بالجوزتين والصحيح ثبوت الربا، كذا في «الفتح». (والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمر بالتمرتين) لأن هذه الأشياء ليست بمكمل ولا موزون فانعدمت العلة بانعدام أحد شرطيهما، ولذا كانت مضمونة بالقيمة عند الإلتلاف هذا في غير الجوز من العدي المتقارب، أمّا فيه فكلام فخر الإسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العددان، وكذا التمرة لا في حكم الربا قيد بالتفاضل لأن النساء فيها لا يجوز.

قال في «الفتح»: ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفتين، أمّا إذا كانت مكاييل أصغر منها كما مر فلا شك وكونه لا تقدير في الشرع بما دونه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداؤه، ولو أعجب غاية العجب من كلامهم هذا، وروى المعلى عن محمد أنه يكره التمرة بالتمرتين وقال: كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام.

(و) صح أيضاً بيع (الفلس بالفلسين) وبما زاد عليهما (بأعيانهما) قيد في الكل وهذا عندهما، وقال محمد: لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كان بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما أن الثمنية يتعين بالتعيين ولا يعود وزنياً كبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد كذا في «الهداية»، واعترض عليه بأنها إذا/ كسدت باصطلاح الكل لا يكون ثمناً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما مع اتفاق ما سواهما على الثمنية.

وأجيب بأنها في الأصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد وعلى خلافه فلا يجوز، وأمّا إذا اصطلحا على أنها عروض فهو على الأصل فيجوز وإن كان من سواهما على الثمنية وفيه نظر لأن هذا ينافي قوله أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إلى آخره قيد بكون البدلين معينين لأنهما لو كانا غير معينين أو أحدهما لا يجوز اتفاقاً، غير أن عدم الجواز عند انتفاء تعيينهما باق، وإن تقابضا في المجلس بخلاف ما لو كان أحدهما فقط وقبض الدين فإنه يجوز، كذا في «المحيط»، وسيأتي عند قوله: ولو كسدت أفلس القرض بقيت أحكام الفلوس.

(و) صح أيضاً بيع (اللحم بالحيوان) عندهما سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساوياً لما في الحيوان أو لا بشرط التعيين، أمّا نسيئة فلا لأنها إن

والكرباس بالقطن والرطب بالرطب أو بالتمر متمثالاً.....

كانت في الحيوان أو في اللحم كان مسلماً وهو في كل منهما غير صحيح، وقال محمد: إن بغير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية جاز كيف ما كان، وإن كان بجنسه كلحم شاة بشاة حية فلا بد أن يكون اللحم المقرر أكثر من الذي في الشاة لتكون الشاة بمقابلة السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجلد والأكارع، ولهما أنه باع موزوناً بما ليس بموزون وعلائية اتحاد المجلس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب لكن اتحاده مع اختلاف المقدر به إنما يمنع النساء به وقد قلنا به.

وادعى بعض المشايخ أن لحم الشاة مع الشاة الحية جنسان أخذاً من قوله تعالى... (١) وعليه فلا إشكال وأجمعوا أن الشاة لو كانت مذبوحة مسلوخة قصد السقط منها جاز إذا تساويا، وأنه لو باع مذبوحة بحية جاز أيضاً، أمّا على قولهما فظاهر، وأمّا على قول محمد فلأنه لحم بلحم وزيادة اللحم مع أحدهما مع سقطها بإزاء السقط، وعلى هذا فيجوز بيع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بمذبوحة لأن زيادة لحم الشاة بإزاء الجلد على وزان ما مر، وفي «شرح الطحاوي» ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم شاة فالجواب في قولهم جميعاً كما قال محمد.

وفي «الحاوي»: لو باع شاة في ضرعها لبن بجنس لبنها فهو على الاختلاف الذي في اللحم، والمذكور في «الشرح» أنه لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو لبن بشرط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة، وفي «السراج» ولا خلاف بينهم أنه لا يجوز بيع اللبن بشاة في ضرعها لبن إلا على وجه الاعتبار فما في «الحاوي» ضعيف.

(و) صح أيضاً بيع (الكرباس) جمع كرابيس ثياب كان يبيعه الإمام محمد بن محمد الكرابيسي، وإليها نسب (بالقطن) لاختلافهما فهما جنسان لأن الثوب لا ينقض فيعود قطناً لأنه موزون والثوب غير كذلك، وأفهم كلامه جواز بيعه بالغزل بالأولى، ولو باع القطن بقوله جاز عند محمد لاختلاف الجنس لما قلنا، ومنعه أبو يوسف إلا مساوياً لأن غزل القطن قطن وقول محمد أظهر، ولو باع المحلوج بغيره جاز إذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر، ولو باع غير المحلوج بحب القطن فلا بد أن يكون الحب الخالص أكثر من الذي في القطن ليكون الزائد مقابلاً بالقطن، كذا في «الشرح».

(و) صح أيضاً بيع (الرطب بالتمر) حال كونه (متمثالاً) كيلاً، كذا في غير

والعنب بالزبيب

كتاب وقال العيني: وزناً، أما بيع الرطب بالرطب فبالإجماع، وأما بالثمر فهو قول أبي حنيفة وقالوا: وبه قالت الأئمة الثلاثة لا يجوز متساوياً لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حين سئل عنه قال: «أينقص إذا جف فقيل نعم قال: لا إذا»<sup>(١)</sup> رواه مالك وغيره، فبين العلة في المنع وهو كونه ينقص في ثاني الحال عن المساواة وله أنه تمر لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حين أهدى إليه رطباً: «وكل تمر خبير هكذا» ورد بأن المهدي إنما كان تمر كما أخرجه الشيخان<sup>(٢)</sup> والمحكي عن الإمام أنه حين دخل بغداد سئل عن ذلك وكان أشد عليه لمخالفته الخبر إنما استدل عليهم بأن الرطب إما أن يكون تمراً أو لا، فإن كان جاز لقوله «التمر بالتمر»<sup>(٣)</sup> وإلا فبقوله «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»<sup>(٤)</sup> فأورد عليه الحديث المتقدم فأجاب بأن مداره على زيد بن عباس وهو لا يقبل حديثه، وقد رد ترديده وطعنه بأن هناك قسماً ثالثاً وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر لعدم تسوية الكيل بينهما لأنها إنما تكون في حال اعتدال البدلين وهو أن يجف الآخر، وأما زيد بن عباس فوثقه غير واحد والمذكور في كتب الحديث عن الإمام أنه قال: هو مجهول. قال ابن الجوزي: إن كان هو لا يعرفه فقد عرفه أئمة النقل.

وأجيب عن الأول بأن الإمام إنما يعتبر التساوي في حالة العقد وعروض / النقد [ب/٣٩٥] بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجه أمراً خلقياً، وقد أجيب أيضاً بأن المراد بتقدير صحة المسند النهي عن بيعه نسيئة لما في «أبي داود»: «نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الرطب بالتمر نسيئة»<sup>(٥)</sup> ورد بأنه يبقى قوله: «أينقص إذا جف؟»<sup>(٦)</sup> عرفياً عن الفائدة وما ذكروا من أن فائدته، أن الرطب ينقص إلى أن يحل الأجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الإشفاق مبني على أن السائل كان ولي اليتيم ولا دليل عليه، كذا في «الفتح».

(و) صح أيضاً بيع (العنب بالزبيب) متماثلاً كلاً عند خلاًفهما والوجه لكل ما مر وقيل: لا يجوز اتفاقاً كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق له على هذه

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٢٢٦٤) (٤٤/٢)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٩٧) (٣٧٢/١١).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٩)، ومسلم في صحيحه (١٥٩٣).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٢)، ومسلم (١٥٨٨).

(٤) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٤).

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٦٠)، الدارقطني في سننه (٤٩/٣).

(٦) تقدم تحريجه.

واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب وشحم البطن بالألية أو باللحم والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلاً.....

الرواية أن إطلاق اسم التمر على الرطب استعمل كما مر ولا كذلك الزبيب، وقيل: يجوز اتفاقاً وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار فصار في المسألة أربع روايات قيد بالزبيب لأن بيعه كالرطب بمثله كجائر عندنا، وكذا كل ثمرة لها جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والإجاص يجوز بيع رطبها ويابسها، وكذلك يجوز بيع الباقلاء الأخضر بمثله وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة، كذا في «الفتح».

(و) صح أيضاً بيع (اللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً) يداً بيد قيد باختلافهما، لأن التفاضل عند اتحاد الجنس لا يجوز كلحم البقر والجاموس والمعز والضأن وكذا ألبانها إلا إذا اختلف المقصود كشعر المعز وصفو الضأن، وكذا إذا نبذ بالصنعة كالزيت المطبوخ بغيره والدهن المربي لأن المقاصد تختلف بالتبدل أيضاً فيجوز التفاضل، وقد مننا عن الثاني أن لحم الطير يجوز التفاضل فيه وإن كان نوعاً واحداً لأنه لا يوزن عادة، وبه جزم الشارح وغيره هنا، قال في «الفتح»: وينبغي أن يستثنى منه الدجاج والأول لأنه يوزن في عادة ديار أهل مصر بعظمه انتهى، وهذه العادة لم تعرف إلا بمصر وإنما كانت في زمنه.

(و) صح أيضاً بيع (لبن البقر والغنم) متفاضلاً منه بذلك علي أن الأجزاء تتبع الأصول في الاختلاف وعدمه حتى جاز لبن البقر والغنم متفاضلاً دون لبن المعز والضأن. (و) صح أيضاً بيع (خل الدقل) بفتح الدال والقاف الرديء من التمر وخصه وإن كان خل تمر كذلك جرياً على عادتهم في جهل الخل منه (بخل العنب) متفاضلاً بخلاف جنسهما.

(و) صح أيضاً بيع (شحم البطن بالألية) مخففة (أو باللحم) متفاضلاً، لأنها وإن كانت كلها من الضأن إلا أنها أجناس مختلفة لاختلاف الأسماء والمقاصد. (و) يصح أيضاً بيع (الخبز بالبر وبال دقيق متفاضلاً) في أصح الروايتين عن الإمام قيل: هو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة وعليه الفتوى عدداً ووزناً كيف ما اصطلحوا عليه لأنه بالصنعة صار جنساً آخر، والبر والدقيق مكيلان فانتفت العلتان، ولا يخفى أن هذا في الحنطة ظاهر لأنها مكيلة والخبز إما موزون أو معدود. وأما الدقيق فوزني في عرفنا ومع هذا يجوز التفاضل لاختلاف الجنس بالصنعة فقط هذا إذا كان يداً بيد، فإن كانت نسيعة إن كانت الحنطة هي المتأخرة جاز لأنه أسلم موزوناً في مكيل، وفي عكسه لا يجوز عند الإمام لأنه لا يتوقف على حد له فإنه يتفاوت في الصنعة عجننا

لا بيع البر بالدقيق أو بالسويق والزيتون بالزيت والسمن بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمن وستفرض الخبز وزناً لا عدداً.....

وخبزاً، وكذا عند محمد لأنه عددي عنده، ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزني عنده أو يجوز بشرط الوزن وإن كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن مضبوط نوعيهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر، واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه وقبل ذلك فالأحوط المنع.

(لا) يصح (بيع البر بالدقيق أو بالسويق) وهو ما يجرش من الحنطة والشعير وغيرهما يعني ولا متساوياً لأنه جنسه من جنس المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوّ لهما فكان فيه شبهة الربا، بخلاف بيع السمن بالسمن حيث يجوز لأن المعيار فيه الوزن وهو مسوّ، ودل كلامه أن بيع الدقيق بالدقيق متساوياً جائز سواء كان أحدهما أخشن وأدق، وكذا بيع النخالة بالنخالة لا متفاضلاً لاتحاد الاسم والصورة والمعنى في بيعه بمثله وزناً روايتان، وفي «الصغرى» بيع النخالة بالدقيق عند أبي يوسف يجوز على طريق الاعتبار بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة في الدقيق، وعند محمد لا يجوز بطريق الاعتبار بل إذا تساوى كَيْلاً قيد بالبر لكن بيع الدقيق بالسويق لا يجوز عنده مطلقاً ويجوز عندهما مطلقاً لاختلاف.

(و) لا يصح أيضاً بيع (الزيتون بالزيت و) لا بيع (السمن بالشيرج / حتى يكون الزيت) الخالص (والشيرجي أكثر مما في الزيتون والسمن) ليكون الخارج منه من الدهن المفرد والزائد بمقابلة الشيرج، ومن هذا النوع بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه، والعنب بعصيره، والتمر بدبسه، وطريقة معرفة ذلك العلم حتى لو جهل أو علم أنه أقل أو مساوٍ لا يجوز.

وفي «الخانية» هذا إذا النقل له قيمة، فإن كان لا قيمة كما في الزبد بعد إخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد يروى ذلك عن الإمام، (ويستفرض الخبز وزناً لا عدداً) عند أبي يوسف لأن الوزن يوجب التساوي دون العدد، وعند محمد يجوز بهما للتعامل بين الجيران بذلك مهددين تفاوته والحاجة تدعو إلى ذلك بينهم والقياس يترك بالتعامل.

قال في «الفتح»: وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف، وأنا أرى أن قول محمد أحسن انتهى. وفي شرح «المجمع» لابن الملك وعليه الفتوى، وفي «المجتبى» باعه رغيفاً نقداً برغيفين نسيئة يجوز، ولو باع الرغيفان نقداً والرغيف

ولا ربا بين المولى وعبيده وبين الحربي والمسلم ثمة .

نسيئة لا يجوز، ولو باع كسيرات الخبز يجوز نقداً ونسيئةً كيفما كان (ولا ربا) يتحقق (بين المولى وعبيده) ولو مدبراً أو أم ولد لأنه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا لعدم تحقق البيع، بخلاف المكاتب لأنه ضار كالحريداً وتصرفاً في كسبه وهذا الإطلاق قيده في «الهداية» بما إذا لم يكن مأذوناً مديوناً، فإن كان تحقق الربا بينهما، أمّا عند الإمام فلعدم ملكه لما في يده، وأمّا عندهما فلتعلق حق الغرماء، والمص تبع صاحب «المبسوط» في الإطلاق وهو التحقيق، كما في «الدراية» .

إلا أن على المولى أن يرد ما أخذه من العبد لأن أخذه من العبد بغير عوض لا للربا، ولو أعطاه العبد درهماً بدرهمين لا يجب عليه الرد على المولى، كما في صرف «المحيط» قال الشر: وكذا لا ربا بين المتفاوضين، وكذا شريكي العنان إذا تبايعا من مال بالشركة .

(و) لا (بين المسلم والحربي ثمة) أي في دار الحرب حتى لو باع مسلماً دخل إليهم مستأماً درهماً بدرهمين لا يجب عليه الحل، وكذا إذا باع منه ميتة أو خنزيراً أو قامرهم وأخذ المال وهذا عندهما، وقال أبو يوسف: لا يحل وبه قالت الثلاثة لإطلاق النصوص المحرمة للربا وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصلي والذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا .

وأما إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم لم يجز الربا معه، وعلى هذا فلو قال: ولو في دار الحرب لكان أولى وكذا لو أسلما ولم يهاجر كما في «إيضاح الكرمانى» ولهما ما روي أنه عليه السلام قال: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»<sup>(١)</sup> وقد طعن في هذا الحديث وجعله في «المبسوط» من مراسيل مكحول وهو ثقة والمرسل من مثله مقبول ولأن مالهم مباح ويعقد الأمان عنهم لم يصير معصوماً إلا أنه التزم ألا يتعرض لهم لغدره، ولا لما في أيديهم لغير رضاهم فإذا أخذ برضاهم أخذ مالاً مباحاً بلا عذر ويملكه بحكم الإباحة الأصلية كذا قالوا، وأنت خبير بأن هذا إنما يفيد حل العقد إذا كانت الزيادة ينالها المسلم والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الزائد من جهة المسلم أيضاً، وجوابه المسألة بالحل عام في الوجهين وعرف من هذا أن الربا يجري بين المسلم والمستأمن منهم في دارنا لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان .

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٤) .

## باب الحقوق

العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق وبشراء منزل إلا بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه.....

## باب الحقوق

حق هذا الباب أن يذكر قبل الخيار إلا أن المص كصاحب «الهداية» اقتفى أثر محمد في «الجامع الصغير» في ذكره هنا لأنها توابع فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع، وأراد بها حقوق المبيع العلو وهو خلاف السفل بضم العين وكسرهما، كذا في «المصباح» وفي غيره مثلث العين وقيل بكسرهما لا غير واللام ساكنة، واعلم أن الأسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار، بدأ المص ببيان الأول فقال: لا يدخل بشراء بيت، أي (إذا اشترى بيتاً) فوقه بيت (لا يدخل العلو)، ولو قال: (بكل حق) هو له أو بكل قليل وكثير ما لم ينص عليه لأن البيت اسم لمسقف واحد جعل البيات فيه، فمنهم من يقتصر على هذا، ومنهم من يزيد له دهليزاً والعلو مثله في أنه مسقف بيات فيه والشيء لا يستتبع مثله بل هو أدنى منه.

(و) لا يدخل العلو أيضاً (بشراء منزل إلا) أن يقول المشتري (بكل حق هو له أو) كقوله (بمرافقه) جمع مرفق بكسر الميم وفتح الفاء لا غير كالمطبخ والكنيف ونحوه على التشبيه باسم الآلة، بخلاف المرفق في العضو فإن فيه فتح الميم وكسر الفاء وبالعكس، وكذا المرفق يعني ما ارتفعت به، كذا في «المصباح». (أو) يقول (بكل قليل وكثير هو فيه أو منه) لأن المنزل اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلاً أو نهاراً وله مطبخ وموضع لقضاء الحاجة فيسكن العيال مع ضرب قصور إذ ليس له إصطبل فلشبهه بالدار يدخل العلو تبعاً عند ذكر التوابع بلا تنصيص والشبهة بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة.

اعلم أن الحق في العادة يذكر فيما هو تبع / للمبيع ولا بد له منه ولا يقصد إلا [ب/٢٩٦] لأجله كالطريق والشرب للأرض، والمرافق عبارة عما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء وقوله: كل قليل وكثير يذكر على وجه المبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع مما يتصل به، كذا في «الذخيرة». والمذكور في «جامع الفصولين» من الفصل السابع أن الحقوق عبارة عن مسيل وطريق وغيره وفاقاً، والمرافق عند أبي يوسف عبارة عن منافع الدار، وفي ظاهر الرواية المرافق هي الحقوق انتهى.

ودخل بشراء دار كالكنيف لا الظلة إلا بكل حق ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب إلا بنحو كل حق.....

وإلى هذا يشير قوله أو يقول بمرافقة (ودخل) أي: العلو (بشراء دار) بلا ذكر زيادة على شرائها لأنها اسم لساحة أدير عليها الحدود تشتمل على بيوت وعلو، ولا فرق بين كون الأبنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب، كذا في «الفتح» وغيره، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل بلا ذكر.

قالوا: هذا في عرف أهل الكوفة فيدخل العلو من غير ذكر الصور كلها سواء كان المبيع بيتاً فوقه علواً، أو منزلاً كذلك لأن كل مسكن يسمى خانة في العجم، ولو علواً سواء كان صغيراً كالبيت أو غيره إلا دار الملك انتهى. فتسمى سراي (كالكنيف) أي: كما يدخل الكنيف في شراء الدار بلا ذكر لأنه منها عادة، ولو كان خارجها على الظلة وهو المستراح وبعضهم يعبر عنه ببيت، وفي «المصباح» أي الكنيف الساتر ويسمى الترس كنيفاً لأن يستر صاحبه، وقيل للمرحاض كنيف لأنه يستر قاضي الحاجة، وكذا يدخل بعر الماء والأشجار التي في صحنها والبستان الداخل، وأما الخارج فإن كان أصغر منها فكذلك، وإلا بان كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل إلا بالشرط (لا) تدخل (الظلة) بالضم كهيئة الصفة وبالكسر البيت الكبير من الشعر، كذا في «الصحاح».

وفي «المغرب» قول الفقهاء ظلة يريدون السدة التي فوق الباب وادعى في «إيضاح الاصطلاح» أن هذا وهم بل هي السابات الذي أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى وعلى الأسطوانات التي في السكة، وعليه جرى في «فتح القدير» وغيره وإنما لم تدخل لأنها مبنية على الطريق فأخذت حكمه وقالوا إن كان مفتحتها من الدار دخلت (إلا) أن يقول (بكل حق) أو نحوه مما مر.

(ولا يدخل الطريق والمسيل) وهو موضع جري الماء من المطر ونحوه، (والشرب) وهو النصيب من الماء في بيع المسكين أو الأرض (إلا بنحو بكل حق) كالمرافق وكل قليل وكثير لأن هذه الأشياء تابعة من وجه من حيث أنها تقصد بالانتفاع بالمبيع دون عينها أصل من وجه من حيث أنها يتصور وجودها بدون المبيع فلا تدخل إلا بذكر الحقوق أو المرافق. قال في «المحيط»: المراد الطريق الخاص في ملك إنسان، فأما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى الطريق العام فيدخل، وعلله فخر الإسلام بأنه ليس من هذه الدار فلا يدخل إلا بذكر الحقوق وهذا يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في «الكتاب» فالحق أن كلا منهما لا يدخل، لأنه وإن كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار وإنما اشترى شيئاً معيناً منها

بخلاف الإجارة.

## فصل

البينة حجة متعدية لا الإقرار.....

فلا يدخل ملك البائع أو الأجنبي إلا بذكره كذا في «الفتح» فإن ذكر الحقوق وقال البائع: ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يردها بالعيب (بخلاف الإجارة) حيث يدخل الطريق والمسيل والشرب في إجارة الدار والأرض بلا ذكر الحقوق لأن المقصود منها إنما هو الانتفاع بغير هذه الأشياء والبيع ليس كذلك، فإن المقصود منه في الأرض ملك الرقبة لا خصوص الانتفاع بل إما هو أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها فلم تتعين فائدة البيع، ولذا جاز بيع الجحش كما ولد، والأرض السبخة دون إجارتها ولو اشترى علواً أو استثنى الطريق جاز بخلاف الإجارة.

تتمة: الإقرار بدار والصلح عليها والوصية بها كالبيع لا يدخل الطريق فيها إلا بذكر الحقوق أو المرافق كما في «الخانية»، وفي «الخلاصة» يدخل الطريق في الرهن والصدقة الموقوفة كالإجارة وفي القسمة ولو لم يذكر طريقاً، فإن أمكنه فتح باب صحت وإلا فسدت، كذا في «البحر». والمذكور في نظم ابن وهبان أنه إذا لم يمكنه فتح باب وقد علم ذلك وقت القسمة صحت، وإن لم يعلم فسدت، وفي «الفتح» ولا يدخل الطريق والمسيل فيها إلا برضى صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق وينبغي أن تكون الهبة والنكاح والخلع والعق على دار كالبيع لا يدخل الطريق فيها إلا بذكر الحقوق والمرافق والوجه فيها لا يخفى، وفي «الحواشي اليعقوبية» ينبغي أن يكون الرهن كالبيع إذ لا يقصد به الانتفاع وهو جيد إلا أنك قد علمت أن المنقول خلافه.

## فصل الاستحقاق

وهو طلب الحق ذكره بعد الحقوق للمناسبة بينهما لفظاً ومعنى، ولولا هذا لكان ذكره عقب الصرف أولى يقال استحق فلان الأمر / استوجبه فالأمر مستحق بالفتح اسم مفعول، ومنه خروج المبيع مستحقاً (البينة حجة متعدية) على الغير لا تصير حجة إلا بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة (لا الإقرار) لأنه يتوقف على القضاء، وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه، كذا في «الشرح».

قال في «البحر»: وهو ظاهر في أن معنى التعدي كونه قضاء على الكافة في كل

ما قضي فيه بالبينة وليس كذلك، وإنما يكون على الكافة في الحرية والنكاح والنسب والولاء خاصة، واختلف المشايخ في الوقف، كما في «الخلاصة»، وصحح العمادي أنه ليس على الكافة، وأما القضاء بالملك فقضاء على المدعى عليه وعلى من تلقى الملك عنه، كذا في «الخلاصة» أيضاً.

وفي «فتح القدير» القضاء باستحقاق المبيع من يد المشتري قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحد منهم أنه ملكه وعلى الوارث قضاء المورث بشرطه، وذكر ملا خسرو أن الحكم بالحرية الأصلية حكم على الكافة لا تسمع دعوى الملك من أحد، وكذا العتق وفروعه وفي الملك المؤرخ على الكافة من التاريخ لا قبله يعني، إذا قال زيد لبكر: إنك عبدي ملكتك منذ خمسة أعوام فقال بكر: إني كنت عبد بشر ملكي منذ ستة أعوام فأعتقني وبرهن عليه اندفع دعوى زيد، ثم إذا قال عمرو لبكر: إنك عبدي ملكتك منذ سبعة أعوام وأنت ملكي الآن فبرهن عليه يقبل ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكاً لعمرو، ويدخل عليه أن قاضي خان قال في أول البيوع من شرح «الزيادات» فصارت مسائل الباب على قسمين: العقد عتق في ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الأصل والقضاء به قضاء على كافة الناس، والثاني القضاء بالعتق في الملك المؤرخ وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ولا يكون الكافة قبله فليكن هذا على ذكر منك فإن الكتب المشهورة خالية عن هذه الفائدة انتهى.

وفي «الحواشي اليعقوبية»: هذا مشكل على قول الإمام لأن الجزئية بعناق عارض حق العبد عنده إلا أن يقال إن عموم حكم الحرية وفروعها على قولهما وهو بعيد انتهى، ثم ذكر ما قاله ملا خسرو وعزاه إلى «الزيادات» وغيرها من الكتب وإذا عرف هذا فالأولى أن يفسر تعديها بعدم اقتصارها على المدعى عليه أعم من كونه القضاء بها على الكافة أو لا بخلاف الإقرار، واعلم أنه عند اجتماع الإقرار والبينة ما الذي يقضى به ففي «فتاوى رشيد الدين» لو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق، ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لا بالإقرار، وذكره في آخر كتاب «الدعوى» ادعى عينا في يد رجل وأنكر المدعى عليه فاقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضي القاضي للمدعي ببينة أقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضى بالبينة أو بالإقرار؟ اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: بالإقرار، وقال بعضهم: بالبينة، والأول أظهر وأقرب إلى الصواب.

قال في «الفتح»: وهذا يناقض ما ذكره أولاً إلا أن نخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع وتحصل من هذا أن عند ثبوت الحق بهما يقضي بالإقرار على الأظهر إلا

والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية.....

عند الحاجة فبالبينة (والتناقض)، وهو كما في «المصباح» التدافع يقال: تناقض الكلامان تدافعا كأن كل واحد نقض الآخر وفي كلامه تناقض كأن بعضه يقتضي إبطال بعض (يمنع دعوى الملك) أي: ملك العين أو المنفعة لما في «الصغرى» طلب نكاح الأمة مانع من دعوى تملكها، وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها، وكما يمنعها لنفسه يمنعها لغيره وعلى ذلك تفرغ ما في «البرزانية» ادعى أنه فلان موكله بالخصومة ثم ادعى أنه لفلان آخر وكله بالخصومة لا يقبل إلا إذا وفق وقال لفلان الأول وقد وكلني بالخصومة ثم باعه من الثاني ووكلني أيضاً، والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس وجاء بعد فوت مدة، وبرهن على ذلك على ما نص عليه الحصري في «الجامع» دل أن الإمكان لا يكفي انتهى.

وقيل: إنَّ إِمكان التوفيق كافٍ حكاها في «الخلاصة»، واختار الخجندي أنه إن كان من المدعي فلا بد من التوفيق بالفعل، وإن كان من المدعى عليه فالإمكان كاف لأن الظاهر عند الإمكان وقوعه وهو حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعى عليه دافع والظاهر يكفي في المدفع لا في الاستحقاق والمدعى عليه، ويقال: إن تعددت الوجوه لا يلغى الإمكان، وإن اتحدت يكفي، كذا في «البرزانية».

ومن فروع التناقض ادعى عيناً في يد إنسان أنها لزيد وقد وكلني بالخصومة ثم ادعاه لنفسه وبرهن لا يقبل، ولو لنفسه ثم لفلان وبرهن قبل ومنها ادعى نفقة بالأخوة فأنكر أنه أخ له ثم مات فطلب إرثه مدعياً أنه أخ له لا يقبل، وفي الأبوة والبنوة والمسألة بحالها يقبل ويقضى له بالميراث، ومنها ادعى عليه ديناً معلوماً فأنكر، ثم إنه ادعى شركة لا يقبل وفي عكسه يقبل لأن مال الشركة / يجوز أن يكون ديناً [ب/٣٩٧] والدين لا يصير مال الشركة الكل في «الظهيرية»، وفروع التناقض كثيرة وسيأتي في الدعوى شيء منها أيضاً إن شاء الله تعالى. (لا) يمنع التناقض دعوى (الحرية) حتى لو ادعى المكاتب بدل الكتابة ثم برهن على إعتاق المولى قبلها قبلت ورجع بما أدى، وكذلك العبد لو انقاد للبيع ثم ادعى العتق بعده أو أنه حر الأصل وبرهن على ذلك قبل برهانه استحساناً، كذا في «المبسوط» وغيره.

قال في «جامع الفصولين»: وتفسير الانقياد أن ينقاد لتسليم المشتري يعني إذا أسلم للمشتري لا يأبى وسكت، أما السكوت عند البيع فليس انقياد انتهى، وكما لا يمنع التناقض دعوى الحرية وفروعها من العبد لا يمنعها من المشتري حتى لو برهن المشتري على أنها حرة الأصل وهي تدعي ذلك، أو أنها ملك لفلان وقد أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها تقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض في

## والنسب والطلاق.....

الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى، كذا في فروع «فتح القدير». وظاهر أن قوله وهي تدعي ذلك اتفاقي (والطلاق) حتى لو برهنت على الثلاث بعدما اختلعت قبل برهانها واستردت قبل الخلع لاستقلال الزوج بذلك بدون علمها، وكذلك لو قاسمت المرأة ورثت زوجها وقد أقروا بالزوجية كباراً ثم برهنوا أن زوجها كان طلقها في صحته ثلاثاً فإنهم يرجعون عليها بما أخذت، ومن هذا النوع استأجر داراً، ثم ادعى أن والده كان اشتراها له في صغره وبرهن قبلت، كذا في «العمادية» وغيرها. وفي «البرزانية» ادعى شراء من أبيه فقل أن يزكي شهوده برهن على أن ورثها منه يقبل، وعلى العكس لا ولو ادعى عليه عيناً له وعليه قيمته ثم ادعى أن العين قائم في يده وعليه إحضاره يقبل، وكذلك على القلب لأنه مكان الخفاء فيعفى فيه التناقض.

(و) لا يمنع أيضاً دعوى (النسب) كما لو باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعى البائع الأول أنه ابنه تسمع دعواه ويبطل الشراء الأول والثاني لأن النسب ينسبني على العلوق فيخفى عليه فيعذر في التناقض قاله العيني، وقدمنا أن التناقض كما يعفى في الفروع يعفى في الأصول أيضاً.

وأما من عداهم فإنهم لا يعفى فيه كالأخوة وقد صح عد ذلك البزازي في الدعوى حيث قال: ادعى على آخر أنه أخوه لأبويه، إن ادعى إرثاً أو نفقة وبرهن عليه يقبل ويكون قضاء على الغائب أيضاً حتى لو حضر الأب وأنكر لا يقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأنه يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب، وإن لم يدع مالا بل ادعى الأخوة المجردة لا يقبل لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أبي المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ، وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه وأب ابنه والابن غائب أو ميت لا يصح ما لم يدع مالا، فإن ادعى مالا فالحكم على الحاضر والغائب جميعاً كما مر، بخلاف ما لو ادعى عليه أنه أبوه أو ابنه أو على امرأة أنها زوجته، أو ادعت عليه أنه زوجها أو ادعى العبد على عربي أنه مولى عتاقه أو ادعى عربي على آخر أنه معتقه، أو ادعت على رجل أنها أمته، أو كانت الدعوى بولاء الموالاة وأنكر المدعى عليه فبرهن المدعي على ما قال يقبل ادعى به حقاً أو لا، ألا ترى أنه لو أقر بأنه أبوه أو ابنه أو زوجته صح؟ أو بأنه أخوه لا لكونه حمل النسب على الغير انتهى، وإذا عرف هذا فدعوى نحو الأخوة من قبيل دعوى الملك لكونها لا تصح إلا في ضمن مال، وفيها معزياً إلى «الذخيرة» ادعاه مطلقاً فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيتة قبل هذا مقيداً: وبرهن عليه فقال المدعي: ادعيتة الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع انتهى، وبه عرف أن المتناقض لو قال: أبطلت أحد الكلامين يقبل

مبيعة ولدت فاستحقت ببينة تبعها ولدها وإن أقر بها لرجل لا.....

منه ولا يحتاج إلى التوفيق ولا إلى النظر في إمكانه، كذا في «البحر» وفي الاستخراج تأمل فتدبره. وفي «الصغرى» ادعى بحدوث إرث ثم ادعاه ملكاً مطلقاً لا تسمع إذا كانت الدعوى الأولى عند قاضي، أما إذا لم تكن فهذا والأول سواء هذا على الرواية التي ذكروا بأن التناقض إنما يتحقق إذا كان كلا الدعوتين عند القاضي، فأما من اشترط أن يكون الثاني عند القاضي يكتفى في تحقق التناقض بكون الثانية عند الحاكم. وفي «البرازية»: ذكر مسألة ثم قال: المسألة أنه لا يشترط في التناقض كون المبتدأ تعين في مجلس الحكم بل يكتفى بكون الثاني في مجلس الحكم انتهى. والأوجه عندي اشتراطهما عند الحاكم إذ من شرائط الدعوى كونها لديه كما سيأتي والله الموفق.

(مبيعة ولدت) لاستيلاء منه قيد به في «العناية» «والكافي» ولا بد منه (ببينة تبعها ولدها) وأرشها، (وإن أقر بها لرجل لا) أي: لا يتبعها، والفرق ما مهده من الأصل وهو أن البينة حجة متعدية لا الإقرار إلا أن هذا مقيد / بما إذا لم يدعه المقر له، فإن ادعاه كان له أيضاً وظاهر قوله تبعها ولدها أنه لا يحتاج إلى القضاء به، والأصح أنه لا بد من القضاء به أيضاً لأنه أصل القضاء لانفصاله واستقلاله، وإلى هذا أشار محمد بقوله: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعلم بالزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم، وكذا إذا كانت في يد غائب حيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز، عرف أنه يشترط القضاء بالولد بخصومة.

وفي «البرازية» شهدا على رجل في يده جارية أنها لهذا المدعي ثم غابا أو ماتا ولها ولد في يد المدعى عليه يدعي عليه أنه له وبرهن على ذلك لا يلتفت الحاكم إلى برهانه ويقضي بالولد للمدعي، فإن حضر الشهود وقالوا: الولد للمدعى عليه، ضمن الشهود قيمة الولد لأنهم رجعوا، فإن كانوا حضوراً وسألهم عن الولد فإن قالوا: إنه للمدعى عليه ولا ندري لمن الولد يقضي بالأم للمدعي دون الولد انتهى، وهذا يفيد أن القضاء بالولد محله ما إذا بينا أنه للمدعى عليه، وقالوا: لا ندري لا يقضي به، واعلم أن القضاء باستحقاق المبيع لا يوجب انفساخ العقد لكن يوجب توقفه على إجازة المستحق، كما في «النهاية» وتبعه الجماعة واعترضه شارح بأن غايته أن يكون بيع فضولي وفيه إذا وجد عدم الرضى يفسخ العقد وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضى.

قال في «الفتح»: وما ذكره صاحب «النهاية» هو المتصور وقول إثبات الاستحقاق دليل عدم الرضى بالمبيع فليس بلازم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضى

وإن قال عبد لمشتري اشتري فأنا عبد فاشتره فإذا هو حر فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة فلا شيء على العبد وإلا رجع المشتري على العبد والعبد.....

بأن يذهب من يده مجاناً وذلك لأنه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بد له فإثباته ليحصل العقد إما بالعين أو البدل بأن يجير ذلك البيع هذا واختلف في البيع متى يفسخ؟ والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعدما قضى له أو بعدما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح .

وقال الحلواني: الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخاً للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء، وعن الإمام لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القاضي، وفي ظاهر الرواية لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح، (وإن قال عبد): أي إنسان (لمشتري اشتري فأنا عبد) لزيد (فاشتره) معتمداً مقاله (فإذا هو حر) أي: ثبتت حرية بدعواه مع البرهان عقب شرائه على وزان خرجت فإذا الأسد بالباب قيل: المسألة منه للتناقض .

وأجيب بأنها موضوعة في حرية «الأصل» وفيها لا تشترط الدعوى لتضمنه تحريم فرج أمة على السيد وأخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى، وجعله في «العناية» قول عامة المشايخ، والمذكور في «الشرح» أن عامتهم على أن دعوى العبد شرط عنده في الأصلية والعارضية وهو الصحيح، لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى بها، أمّا في حرية الأصل فلحقاً حال العلوق، وأمّا في الإعتاق فلأن المولى ينفرد به والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه .

وفي «البرزانية» أجمعوا على أن اشتراط الدعوى للتحليف في الحرية الأصلية، ولو ادعاهها ثم ادعى العارضية يعفى التناقض، (فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة) بأن علم مكانه وظاهر إطلاقهم ولو بعد بحيث لا يوصل إليه عادة كأقصى الهند (فلا شيء على العبد) للتمكن من الرجوع على القابض (وإلا) بأن لم تكن معروفة (رجع المشتري على العبد) بالثمن، وعن أبي يوسف أنه لا يرجع وجه الظاهر أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره فكان مغروراً من جهته، والتقرير في المعاوضات يجعل سبباً للضمان فكان بتقريره ضامناً لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع قيد بالأمر والإقرار، لأنه لو أمره بالشراء ولم يقر أو أقر ولم يأمره لا يرجع على المشتري اتفاقاً، كذا في «الحواشي اليعقوبية» تبعاً «للعناية» وغيرها ويرجع العبد على العبد لأنه أدى عنه دينه وهو مضطر إلى أدائه .

(و) في شرح «الجامع الصغير» لقاضي خان هذه المسألة دليل على أن (العبد)

على البائع بخلاف الرهن ومن ادعى حقاً في دار فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشيء ولو ادعى كلها رجع عليه بقسطه.....

إذا كفل بثمن نفسه (على البائع) صحّت الكفالة انتهى، فإن أريد بالعبد الذي ظهر أنه حر فلا إشكال في صحة الكفالة حتى لو قال: اشتري فأنا عبد وقد ضمنت لك الثمن وظهر أنه حر كان للمشتري الرجوع عليه بالثمن، ولو كان البائع حاضراً وإن أريد به الذي لم تظهر حرّيته وقد استحق من يد المشتري فسيأتي أنه يطالب بالكفالة بعد العتق ولا كلام في الصحة.

وفي «الخانية» المغرور يرجع بأحد أمرين، إما بعقد المعاوضة، أو بقبض بكون الدافع كالوديعه والإجارة إذا هلكت العين فيهما ثم جاء مستحق واستحق العين أو ضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع / بما ضمن (بخلاف الرهن)، أي: بخلاف ما لو قال: ارتهني فأنا عبد فارتنهني فإذا هو حر حيث لا يرجع على العبد بحال لأنه ليس بعقد معاوضة بل عبد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن بيد الصرف والمسلم فيه، فلو هلك يقع استيفاء للدين، ولو كان معاوضة لا يجعل الأمر به ضماناً إذ ليس تعزيراً في عقد معاوضة.

(ومن ادعى حقاً) أي مجهولاً (في دار فصولح على مائة فاستحق بعضها) أي بعض الدار (لم يرجع) المدعى عليه (بشيء) على المدعي لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي، وإن قل قيد باستحقاق بعضها لأنه لو استحق الكل رجع بما أدى لأننا تيقنا بأنه أخذ عوض ما لا يملك ونكر الحق لأنه لو قدره بجزء معلوم كربع ونحوه لا يرجع عليه ما دام في يده ذلك المقدار، وإن بقي أقل منه رجع بحساب ما استحق منه.

قالوا: دلت المسألة على أمرين أحدهما أن الصلح عن مجهول على معلوم جائز لأن الإبراء عن مجهول جائز عندنا لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة، والثاني أن صحة الدعوى ليست شرطاً في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعي به، ولذا لو أقام بينة لا تقبل نعم لو ادعى إقراره بالحق قبلت لأن الإقرار بالمجهول صحيح يعني ويجبر على البيان.

تكميل: اشترى شيئاً ثم قال: هو ملك فلان وصدّقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البائع، بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لأن النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول إذا لم يعلم عيبه ولا سلامته، (ولو) أقام المشتري بينة على أنه ملك فلان لا تقبل لتناقضه، ولو برهن على إقرار البائع أنه ملك فلان يقبل لعدمه، كذا في «الفتح».

وفي «البنازية» ذكر القاضي (ادعى عليه) أنها له، ثم ادعى أنها وقف عليه

ومن باع ملك غيره فللمالك أن يفسخه ويجيزه إن بقي العاقدان والمعقود عليه.....  
 -----  
 تسمع لصحة الإضافة بالأخصية انتفاعاً كما لو ادعى لنفسه ثم ادعى لغيره ذلك أو ادعاه بالوكالة عن غيره، ولو ادعى أولاً الوقف ثم ادعاه لنفسه لا تسمع كما لو ادعاه لغيره ثم لنفسه.

### فصل في بيع الفضولي

ذكره بعد الاستحقاق لأن بيعه صورة من صوره لأنه يتضمن، إما دعواه إن بايعك باع ملكي بغير أمري الغصب، أو فضولي بضم الفاء لا غير جمع فضل غلب على هذا الجمع في الاشتغال بما لا يعنيه ولا ولاية له فيه، قال في «الفتح»: فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر، ولما كان علماً بالغلبة على هذا المعنى لم يرد في النسبة إلى الواحد، وإن كان هو القياس كالأنصاري كما في «البنية» وفي «المغرب» هو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الخطأ انتهى. والأولى ما قيل: هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي إذ الولي المجبر ليس بوكيل (ومن باع ملك غيره) يعني لغيره.

أما إذا باع لنفسه لم ينعقد، كذا في «البدائع» وأراد بغير أمره لقوله (فللمالك أن يفسخه أو يجيزه)، وأفاد أنه صحيح لكنه موقوف على الإجازة لخبر الترمذي عن حكيم بن حزام دفع له ﷺ ديناراً ليشتري به أضحية فاشتري شاة ثم باعها بدينارين واشتري واحدة بدينار وجاء بالشاة والدينار إليه وأخبره بذلك فقال: «بارك الله في صفقتك، فأما الشاة فضح بها، وأما الدينار فتصدق به»<sup>(١)</sup> ولأن هذا التصرف عار عن الضرر بل فيه نفع العاقد بصون كلامه عن الإلغاء بل وحصول الثواب إذا نوى الإعانة على حصول الرفق لأخيه المسلم والمالك باكتفائه مونة طلب المشتري ونفاق سلعته والمشتري بوصوله إلى المبيع قيد بالمالك لأن الفضولي ليس له غير الفسخ دفعاً للحقوق عن نفسه، ثم لإجازة المالك شروط نبه عليها بقوله: (إن بقي العاقدان والمعقود عليه) لأنها تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام من ذكر، ولو لم يعلم حال المعقود عليه وقت الإجازة جاز في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد، وفي قوله الآخر لا يجوز ما لم يعلم قيامه وقتها لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك. قال في «البحر»: ولا يشترط قيام المبيع وفي مسألة في لقطة «الخلاصة» الملتقط إذا باع اللقطة فهلك العين فأجاز المالك بعد الهلاك صح.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٦)، والترمذي في سننه (١٢٥٧).

وله وبه لو عرضاً،

وأقول: لم أجد لها في «الخلاصة» وإنما الذي فيها ما لفظه: الملتقط إذا باع اللقطة بغير أمر القاضي ثم جاء صاحبها بعدما هلكت العين إن شاء ضمن البائع، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية، وبه أخذ عامة المشايخ، وذكر السرخسي أن المودع إذا باع الوديعة وهلكت وضمنه المالك فهو كاللقطة انتهى. وهكذا في «البرزانية» وليس هذا من إجازة البيع الفضولي في شيء بل إنما نفذ بيعه لثبوت الملك للبائع بأداء الضمان ضرورة فلا استثناء حينئذ فتدبره.

وفي «فروق الكرابيسي» لو شرط الفضولي الخيار للمالك بطل العقد لأنه لو بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلاً انتهى، وكان ينبغي أن يكون الشرط لغواً فقط فتدبره والمعقود له لتوقفه على إجازته حتى لم ينفذ بإجازة غيره كالوارث بخلاف القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير فإنها / تجوز بإجازة ورثته بعد موته [١/٣٩٩] عندهما استحساناً لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة، وقال محمد: لا تجوز بإجازة ورثته وهو القياس قال في بيع مقايضة واشترط قيامه أيضاً لأن له شبهة بالمبيع وبالإجازة يكون الفضولي مشترياً للعرض من وجه الشراء حيث وجد نفاذاً لا يتوقف فيصير العرض مملوكاً له، والإجازة إجازة نقد على معنى أنه أجاز الفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض كأنه قال: اشتر هذا العرض لنفسك وانعقد ثمنه من مالي هذا قرضاً عليك، فإن كان مثلياً فعليه مثله، وإن كان قيمياً كجارية فيصير مستقرضاً للجارية والقرض، وإن لم يجز في القيميات لكن إذا كان قصداً وهو هنا ضمناً مقتضى كصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير، قيد بالعرض لأن غيره لا يشترط قيامه وقت الإجازة وبها يصير الثمن في يد الفضولي أمانة، واختلف المشايخ فيما لو هلك قبلها هل يرجع المشتري عليه بمثله، والأصح أنه إن علم أنه فضولي لا يرجع وإلا رجع، كذا في «القنية» وجزم الشارح بأنه أمانة مطلقاً قيد بقوله باع، لأنه لو اشترى لغير نقد عليه إلا إذا كان المشتري صبياً أو محجوراً عليه فيتوقف هذا إذا لم يصفه الفضولي إلى غيره، فإن أضافه بأن قال بع هذا العبد لفلان فقال البائع: بعته لفلان توقف، والصحيح أنه يكفي في التوقف بأن يضاف في أحد الكلامين إلى فلان، كما في «البرزانية».

وفي «فروق الكرابيسي» لو اشترت لفلان بكذا والبائع يقول: بعث منك بطل العقد في أصح الروايتين انتهى، وعلى هذا فالإكتفاء بالإضافة في أحد الكلامين مقيد بأن لا يضاف إلى الآخر، واعلم أن الإجازة تكون بالفعل كتسليم المبيع وأخذ الثمن وبالقول كطلب الثمن، ولو قال: أصبت أو أحسنت أو وفقت فليس بإجازة.

وصح عتق مشتر من غاصب بإجازة بيعه لا بيعه، .....

وفي «المنتقى» لو قال: بئس ما صنعت كان إجازة كما لو وهب الثمن للمالك أو تصدق به على المشتري كان المبيع قائماً، وفي «فروق الكرايسسي» أسأت إجازة.

تتمة: فضوليان باع أمة كل من رجل فأجيز انتصفت بينهما ولكل منهما خيار الأخذ أو الترك، ولو باعها فضولي وأجرها آخر وزوجها أو وهبها وأجيزاً معاً ثبت الأقوى وهو البيع ويبطل ما عداه، ولذا ثبت الهبة إذا وهبه فضولي وأجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها أنها لأزمنة بخلاف غيرها، والإجازة أقوى من البرهان من الرهن، والبيع أقوى من الهبة، كذا في «فتح القدير» آخر الباب.

(وصح عتق مشتر من غاصب بإجازة بيعه) عندهما استحساناً، والقياس أن لا يجوز وهو قول محمد، والخلاف مبني على أن بيع الفضولي لا ينعقد عند محمد في حق الحكم وهو الملك لانعدام الولاية فكان الإعتاق لا في الملك فيبطل، وعندهما يوجب موقوفاً لأن الأصل إيصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه ولا نسلم أن الإعتاق يحتاج إلى الملك وقت ثبوته بل وقت نفاذه، والمراد بقوله ﷺ «لا عتق لابن آدم فيما لا يملك العتق»<sup>(١)</sup> وهو ثابت هنا فإننا لم نوقفه قبل الملك قيد بعتق المشتري لأن عتق الغاصب لا ينفذ بأداء الضمان لأن الغصب ليس سبباً موضوعاً لإفادة الملك، وإنما ثبت الملك ضرورة أداء الضمان فيقتصر على ذلك وليس الإجازة قيد لأنه يصح أيضاً بأداء الضمان من الغاصب في الأصح، كما في «الهداية» وكذا من المشتري في الصحيح كما في «الشرح»، فلو قال: أداء الضمان لكان أولى وكذا لو قال من فضولي بدل غاصب لكان أولى لأنه لا يشترط أن يكون غاصباً لأنه لو لم يسلم المبيع فالحكم كذلك ولعله إنما ذكره لأجل البيع لأن بيع العبد قبل قبضه فاسد، كذا في «البحر».

(لا) يصح (بيعه) لبطلان عقده بالإجازة، فإن بها ثبت الملك للمشتري باتاً، والبات إذا ورد على موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماعهما على محل واحد على وجه يطرأ فيه البات وهذا القيد لا بد منه وإلا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف، وأورد ما مر من أن الغاصب لو باع ثم أدى الضمان ينفذ بيعه مع أنه طراً ملك بات على موقوف لغيره.

وأجيب بأن ملك الغاصب ضروري فلم يظهر في إبطال ملكه المشتري، وهذا التقرير صريح في أن بيع المشتري من الغاصب موقوف والمصرح به في «المعراج»

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١١٨١)، والحاكم في المستدرک (٢٨٢٠) (٢/٢٢٢).

ولو قطع يده عند المشتري فأجيز فأرشه لمشتريه وتصدق بما زاد على نصف الثمن ولو باع عبد غيره بغير أمره.....

أنه غير موقوف لأن فائدته النفاذ ولا تحقق له وهذا معنى ما في «البدائع» من أن الفضولي إنما ينعقد بيعه موقوفاً إذا باعه لمالكه، أمّا إذا باعه لنفسه لا ينعقد وعلى هذا فقولهم في توجيه المسألة إذا طرأ ملك بات على موقوف لغيره مشكل إلا أن يقال على ما من شأنه أن يكون موقوفاً لعدم إذن المالك، وإن لم يكن موقوفاً هنا وفيه بعد ظاهر (ولو قطعت يده)، أي: يد العبد المومأ إليه يعتق، والقطع مثال إذ الحكم كذلك فيما لو أصابه جراحة توجب أرشاً (عند المشتري فأجيز)، أي البيع (فأرشه) أي: القطع ولا يجوز أن يعود الضمير على اليد كما هو ظاهر ما في العيني / للزوم التأنيث حينئذ لأنها مؤنثة سماعاً (لمشتريه) لأن قطع اليد لا يمنع صحة الإجازة إذا لم يفت المقصود عليه بذلك، فإذا أجيز ظهر أنه قطع في ملكه فيستحق أرش اليد وعن هذا.

قلنا: لو قطعت يده والخيار للبائع فأجاز البيع يكون الأرش للمشتري أيضاً، وعلى هذا كل ما يحدث منه من كسب أو ولد أو قعر بخلاف ما لو قطعت يده عند الغاصب ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الأرش له لأن الغصب لم يوضع سبباً للملك، وإنما يثبت له ضرورة على ما مر فلم يظهر في حق الزوائد، (وتصدق) المشتري (بما زاد على نصف الثمن) إن كان نصف القيمة أكثر من نصف الثمن لأن الزائد لم يدخل في ضمانه فكان ربح ما لم يضمن، وهذا لأن الداخل فيه ما كان في مقابلة الثمن واليد من الأدنى نصفه فما زاد على نصف الثمن لم يقابله شيء فلا يطيب له.

قال في «الهداية»: وفيه شبهة عدم الملك، ووجهه أن الملك ثبت يوم القطع مستنداً إلى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك والأول أولى، لأنه لو وجب التصديق بهذا الزائد لوجب في الكل، وجعل في «الكافي» الأول فيما إذا لم يكن العبد مقبوضاً، والثاني فيما إذا كان المقبوض وأنت خبير بأن الأول كان لإثبات المطلوب في الموضوعين فلا حاجة إلى الثاني.

(ولو باع عبد غيره بغير أمره) هذا القيد أعني عدم الأمر، وإن وقع في «الجامع الصغير» إلا أنه ليس في صورة المسألة في شيء فبرهن المشتري على إقرار البائع والبائع على إقرار المشتري، كما في «الخلاصة» وغيرها أو برهن المشتري على إقرار رب العبد أنه، أي: رب العبد لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم يقبل بينة لعدم دعواه بالتناقض، إذ الإقدام على الشراء والبيع دليل على دعوى الصحة وأنه يملك البيع ودعوى الإقرار بعدم الأمر يناقضه، وقبول البينة ينبئ على صحة الدعوى، ولو لم يكن له بينة كان القول لمدعي الأمر إذ غيره متناقض فلا تصح دعواه، ولذا لم يكن

ولو أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك .....

لاستحلافه فرق بين هذا، وما في «الزيادات» من أن المشتري لو صدق المستحق على دعواه ثم برهن على إقرار البائع بأنه للمستحق يرجع بالثمن يقبل بأن المبيع هنا في يد المشتري، وفيما في «الزيادات» في يد المستحق، كذا في «الهداية». ونظر فيه بأن وضع المسألة فيها أن المبيع في يد المشتري أيضاً، ولئن سلم أنه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض، والأولى ما في «الفوائد الظهيرية» عن بعض المشايخ أن ما هنا محمول على أن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع، أما إذا أقامها على إقراره بعد البيع فيقبل لعدم التناقض، ومسألة الزيادات يجب أن تحمل على هذا أيضاً فلا يحتاج إلى الفرق.

قال صاحب «النهاية»: ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر، ونظر فيه في «غاية البيان» بأن التوفيق فيما هو ممكن لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر ثم ظهر له بأن قال عدول: سمعناه قبل البيع أقر بذلك، وأجاب في «البحر» بأن قولهم: إن إمكان التوفيق يمنع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن ساعياً في نقض ما تم من جهته، فإنه في «الخلاصة» وغيرها بعدما ذكر الفرع قال: وأصله أن من سعى في نقض ما تم لا يقبل إلا في موضعين اشترى عبداً وقبضه ثم ادعى أن البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن تقبل، الثاني: وهب جاريتة واستولدها الموهوب له ثم ادعى الواهب أنه كان دبرها أو استولدها وبرهن يقبل ويستردها والعقر انتهى، ووجه الفرع الأول بأنه لما أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على إقرار البائع أنه ملك الغائب، لأن البيع إقرار من البائع بانتقال الملك إلى المشتري، والثاني: أن التناقض فيما مر من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاء لا يمنع صحة الدعوى.

قال في «الفتح»: وعندي أن هذا غير صحيح لأن التناقض إنما قبل في دعوى الحرية لأنها مما قد يخفى على المتناقض بعد إقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير والاستيلاء لا يخفى عليه فعل بنفسه فيجب أن لا يقبل تناقضه، وأجاب في «البحر» بأنه إنما فعل ذلك ثم ندم وتاب إلى الله تعالى فأقر باستيلادها، (وإن أقر البائع بذلك عند القاضي) شر إنما قيد به لأن البينة إنما تكون حجة عند القاضي اتفاقي إذ الإقرار عند غيره كذلك كما صرح به بعضهم ص<sup>(١)</sup> (بطل البيع إن طلب المشتري ذلك) ش<sup>(١)</sup> لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة للمشتري أن يساعده ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فيبطل في حقها لا في حق رب العبد إن ادعى أنه كان، فيطالب البائع

(١) هذين الرمزین لم أدر مراد المؤلف بهما ولعله أراد به «ص» المصنف، و«ش» الشارح. الزيلعي.

ومن باع دار غيره فأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع .

## باب السلم

بالمثل عندهما لأنه وكيله دون المشتري، وعند أبي يوسف له أن يطالبه فإذا أدى رجوع على البائع، ولو أنكر المالك التوكيل وتصادقا عليه، فإن برهن الوكيل فيها وإلا استحلف المالك، فإن نكل لزمه لا إن حلف .

ولو غاب المالك بعد الإنكار / وطلب البائع الفسخ فسخه القاضي، ولا يؤخره [٤٠٠/١] لحلف المالك، فإن جاء وحلف أخذ العبد، وإن نكل عاد البيع، ولو كان الغائب هو المشتري لم يأخذ العبد وللبائع أن يحلف رب العبد أنه لم يأمره بالبيع، وإن نكل لزمه، وإن حلف ضمن البائع ونفذ بيعه، ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وبرهن على إقرار المالك أنه لم يأمره لم يقبل التناقض، ولو على إقرار مشتريه بذلك بعد موته يقبل بخلاف ما لو كان معه في الإرث آخر فادعى جحود المالك تسمع ولمشتريه أن يحلفه على نفي العلم، فإن نكل ثبت الأمر وإن حلف أخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن وخير في النصف الآخر ص .

(ومن باع دار غيره)، أي: عرضته بغير أمره يعني وأقبضها المشتري كما في «البنية» (فأدخلها المشتري في بنائه) ش قيد بها ليعلم ما إذا لم يدخلها بالأولى (لم يضمن البائع) ش قيمة الدار، ومعنى المسألة كما قال فخر الإسلام: أن يعترف البائع بالغصب ويكذبه المشتري لأن إقرار البائع لا يسري عليه بل لا بد من البرهان، فإذا لم يوجد كان التلف مضافاً إلى عجزه عنه لا إلى عقد البائع وهذا قولهما، وقال محمد: يضمن البائع وهي مسألة غصب العقار عندهما لا يتحقق، وعنده يتحقق وسيأتي في الغصب إن شاء الله تعالى .

## باب السلم

شروع فيما يشترط فيه قبض أحد العوضين أو قبضهما وقدم السلم على الصرف لأنه بمنزلة المفرد من المركب، وخص باسم السلم لتحقق إيجاب التسليم شرعاً فيما صدق عليه، أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف به أليق لكن لما كان وجوده في زمنه ﷺ هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له، وهو لغة: كالسلف وزناً ومعنى وأسلمت إليه: بمعنى أسلفت أيضاً، وفي «المغرب»: سلف في كذا وأسلف وأسلم إذا قدم الثمن فيه انتهى، والهزمة فيه للسلب أي أزال سلامة الدرهم بتسليمها إلى مفلس، كذا في «الدراية» .

ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه وما لا فلا فيصح في المكيل  
والموزون المثمن.....

قال في «الفتح»: وهو بعيد ولا وجه له إلا باعتبار كون المدفوع هالكاً، وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة توائه عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء، وشرعاً كما في «النهاية» وعليه جرى الشر: أخذ عاجل بآجل، وردة في «العناية» و«الفتح» وغيرهما لصدقة على البائع بثمن مؤجل بل هو بيع عاجل بآجل، ولذا انعقد بلفظ البيع في الأصح ولم يحك في «القنية» خلافاً في انعقاد البيع والشراء بلفظ السلم، وجزم في «البحر» بأن الأول تحريف وبعده لا يخفى. لكن في «الحواشي السعدية» قال: يجوز أن يقال: المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوي، إذ الأصل هو عدم التعبير إلا أن يثبت بدليل وبه اندفع ما في «البحر» من أنه تحريف، وركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه، وحكمه ثبوت الملك في المسلم إليه في الثمن ولرب السلم في المستلم فيه الدين الكائن في الذمة.

أمّا في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى والمؤجل المطالبة بما في الذمة وقالوا: إن شرعيته على خلاف القياس لأنه بيع المعدوم، وردة ابن الغرانية على وقفه كالبيع بثمن مؤجل، وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وبين الآخر.

قال في «الفتح»: وحاصله مبني على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم وليس كلامهم هذا بل هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلي فيه، وكونه معدوماً لا يقدر على تحصيله عادة ليس معتبراً في مفهوم السلم عندهم، بل هو زيادة (ما أمكن) أي: شيء أمكن (ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه) لأنه لا يقضى (وما لا) يمكن فيه ذلك (فلا) يصح السلم فيه لأنه دين وهو لا يعرف إلا بالوصف، فإذا لم يكن ضبطه به يكون مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون، وعبارته في «الوافي» أفود مما هنا وأخصر حيث قال: صح ولو بلفظ البيع فيما تضبط صفته ويعرف قدره كوزن مثمن وكيلي وعددي متقارب ثم بين الفصلين فقال: (فيصح) السلم (في المكيل) كالحنطة والشعير.

وفي «القنية» أسلم زبيباً في كراء حنطة لا يجوز ثم رقم يجوز، فأبو الفضل جعل الزبيب كيلياً، وهما جعلاه وزنياً، وفي «البرازية» لو أسلم في التبن كيلاً أو وزناً جاز لأنه ليس بمكيل ولا موزون، ولا خير في السلم في الأواني المتخذة من الزجاج وفي المكسورة يجوز وزناً (والموزون) كالعسل والزيت غير (المثمن) قيد بذلك

## والعددي المتقارب كالجوز والبيض .....

احتراز عن إذا كان المسلم فيه ثمناً، فإنه إذا كان رأس المال كذلك كان العقد باطلاً اتفاقاً، وإن كان غيره كثوب في عشر دراهم لم يصح سلماً اتفاقاً. وهل ينعقد بيعاً في الثوب بثمن مؤجل؟ قال أبو بكر الأعمش: ينعقد، وعيسى ابن أبان: لا وهو الأصح، لأن تصحيح العقد إنما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لا يوجباه إلا في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب، ولم يوجباه فيه فكان في غير محله.

قال في «الفتح»: إلا أن الأول عندي أدخل في الفقه لأن حاصل المعنى الصادر / [٤٠٠/ب] بينهما إعطاء صاحب الثوب ثوبه إلى الآخر بدراهم مؤجلة وهذا من أفراد البيع بلا تأويل وفيه تصحيح تصرفهما انتهى، إلا أنه لا يتم إلا بالتزام أن أبا بكر قائل بانعقاد البيع بلفظ السلم، وألا يجوز أن يكون قائلاً يقابل الأصح من أنه لا يجوز وحينئذ فلا يتم المطلوب وفيه نظر إذ صاحب الثوب وإن أعطاه له بدراهم مؤجلة لكن على أنها مبيعة لا على أنها ثمن ليلزم أن يكون من أفراد المبيع، وذكر باقي شروط السلم قرينة على إرادة هذا المعنى فتأمل والتبر كالثمن في قياس رواية كتاب الصرف لأنه ألحقه بالمضروب وعلى قياس رواية كتاب الشركة يجوز لأنه ألحقه بالعروض، كذا في «النهاية».

ولو أسلم في المكيل وزناً روى الطحاوي عن أصحابنا أنه يجوز، وروى الحسن أنه لا يجوز وعلى هذا الخلاف، لو أسلم في الموزون كياً وفي «الخلاصة» والفتوى على ما رواه الطحاوي، وفتوى الإمام خالي عن رواية الحسن، كذا يصح السلم أيضاً في (العددي والمتقارب) عدداً وهو الذي لا يتفاوت يفضي إلى المنازعة (كالجوز والبيض)، وفي «الدراية»: ما ضمن مستهلكه بالمثل متقارب وبالقيمة متفاوت، وأجازه في الباذنجان والكاغد عدداً.

قال في «الفتح»: وفيه نظر ظاهر ويحمل على كاغد بقالب خاص وإلا لا يجوز، وكون الباذنجان مهدراً لتفاوت لعله في باذنجان ديارهم، وفي ديارنا ليس كذلك وظاهر الرواية أن بيض النعام من المتقارب، وروى الحسن عن الإمام أنه لا يجوز ادعاء لتفاوت آحاده والوجه أن ينظر إلى الغرض في عرف الناس، فإن كان الغرض منه الأكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية، وإن كان الغرض حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بهذه الرواية انتهى ملخصاً.

ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضاً قيد بالتقارب لأن المتفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والروس والأكارع والسفرجل لا يجوز السلم في شيء منها عدداً إلا إذا

والفلس واللبن والآجر إن سمي ملبن معلوم والذرعى كالثوب إن بيّن الذراع والصفة.....

ذكر ضابطاً غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك، وكلما أجاز السلم فيه عدداً جاز كيلاً أيضاً عندنا فورياً أولى وما وقع من التخلل في الكيل بين كل نحو بيضتين مفتقراً رضا رب السلم بذلك حيث أوقع العقد على مقدار ما يملأ هذا الكيل (والفلس) لأنه عددي يمكن ضبطه قيل: هذا على قولهما وعند محمد لا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين لأنها أثمان، إلا أن ظاهر الرواية عنه كقولهما وهو الأصح، ولذا لم يحك في «الجامع الصغير» خلافاً، والفرق له بين البيع والسلم أن من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثنياً فإذا قدما على السلم فقط تضمن إبطالهما اصطلاحهما على الثمنية بقيت على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العد، إلا أن يهدره أهل العرف كما في زماننا فإنها أثمان في زماننا ولا تقبل إلا وزناً فلا يجوز السلم فيها إلا وزناً، وقد كانت قبل هذه الأعصار عديدة أيضاً، كذا في «فتح القدير»، ولقائل أن يقول لم لا يجوز السلم فيها عدداً بل وكيلاً كما مر، وكونها لا يتعامل بها إلا وزناً لا يمنع من السلم فيها كيلاً أو عدداً فتدبره.

(واللبن) بكسر الموحدة وقد تخفف فتصير كحمل، كما في «المصباح» وهو الطين الني . (والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد وهو أشهر من التخفيف (إن سمي ملبن معلوم) لأن آحادها لا تتفاوت بعد ذكر الأبله، كذا قالوا وهذا تصريح أنه اسم آلة ويحتمل أن يكون اسماً لما يضرب منه اللبن، كذا في «البنائة»، وفي «الجوهره» إنما يصير اللبن معلوماً إذا ذكر طوله وعرضه وسمكه انتهى .

وشرط في «الخلاصة» ذكر المكان الذي يعمل فيه اللبن وفي «الذخيرة» لو باع آجره من ملبن لم يجز من غير إشارة، لأن اللبن من المعدود المتقارب في اعتبار قدره ومن المتفاوت باعتبار نضجه فاعتبر الأول في السلم للحاجة، والثاني في البيع (و) يصح السلم أيضاً في (الذرعى) أي: فيما يذرع (كالثوب) والبساط والحصير إلحاقاً لها بالمكيل والموزون بجامع الحاجة، وهي لا تختلف، وأراد به غير المخيط، أمّا المخيط فلا يجوز السلم فيها كالفراء والقلائس والخفاف، كذا في «الفتح» .

(إن بيّن) جنس (الذراع) من أي جنس الذرعان قاله العيني، وفي «الهداية» المذروعات يمكن ضبطها بذكر الذرع قال في «الفتح»: أي قدره انتهى، وهذا أولى مما قاله المص لأن بيان الطول والعرض لا بد منه، وأمّا جنس الذراع فلا يلزم بيانه حتى لو شرط كذا ذراعاً، ولم يبيّن جنسه كان له ذراع وسط، واختلف المشايخ في ذلك فقيل: المراد به الاسم وقيل: المصدر يعني لا يمد ولا يرخى كل الإرخاء قال شيخ الإسلام: والصحيح أن يكون له الوسط منهما، كذا في «التتارخانية». (والصفة)

والصنعة لا في الحيوان وأطرافه والجلود عدداً والحطب حزماً والرطب جزراً والجوهر

بأنه كتان أو قطن أو مركب منهما أو حرير (والصنعة) بأنه عمل الشام أو مصر أو زيد وإن كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك جرم بالشيء وغيره وهو [١/٤٠١] الصحيح، كما في «الظهيرية» ولو ذكر الوزن دون الزرع لا يجوز، وقيد خواهر زاده بما إذا لم يبين لكل ذراع ثمناً فإن بينه جاز كذا في «التتارخانية».

(لا) يصح السلم (في الحيوان) دابة كان أو رفيقاً لما أخرجه الحاكم والدارقطني حديث ابن عباس «نهى ﷺ عن السلم في الحيوان»<sup>(١)</sup> وقال صحيح الإسناد ولأنها متفاوتات تفاوتاً فاحشاً في المعاني الباطلة ولا سيما في بني آدم من العقل والأخلاق والمروءة ويدخل فيه جميع أجناسه حتى الحمام والقمرى والعصافير هو المنصوص عن محمد رحمه الله تعالى، إلا أنه يخص من عموم السمك فإن السلم فيه جائز كما سيأتي (و) لا في (أطرافه) كالرأس والأكارع المتفاوتات الفاحش قيل: هذا قول الإمام وعندهما يجوز، وقيل: لا يجوز اتفاقاً، وفي «الفتح» وعندى أنه لا بأس بالسلم في الرؤوس والأكارع وزناً بعد ذكر النوع وباقى الشروط فإن الأكارع والرؤوس من جنس واحد وحينئذ لا تتفاوت تفاوتاً فاحشاً انتهى.

وفي «السراج» لو أسلم فيه وزناً اختلفوا فيه (و) لا في (الجلود عدداً) للتفاوت الفاحش إلا إذا بين ضرباً معلوماً من طول وعرض وصفة معلومة من الجودة والرداءة بعد ذكر النوع كجلود البقر والغنم، كذا في الأديم كطائفي وبرغالي فيصح قال الشر: وكذا الورق ولو كانا بياعين وزناً جاز السلم فيهما وزناً (و) لا في (الحطب حزماً) بضم الحاء وفتح الزاي جمع حزمة، وليس المراد عدم جوازه أصلاً بل المراد لا يجوز بها العد لكونه مجهولاً إلا إذا بين ما تشد به الحزمة شبراً أو ذراعاً فيجوز، ولو قدر بالوزن جاز أيضاً، في ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الإسلام فيه وزناً وهو أضيظ وأطيب، كذا في «فتح القدير».

(و) لا في (الرطبة)، وهي البرسيم رطباً كان أو يابساً قاله العيني، وفي «الصحاح» الرطبة: القصب خاصة ما دام رطباً والجمع رطبان (جزراً) بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جزرة الحزمة من الرطبة حال منتظرة كحزماً لما قلنا حتى لو بين الصفة والوزن جاز أيضاً، وفي «الذخيرة» وأمّا الرياحين الرطبة والبقول والقصب والخشب والحشيش فهذه لم تكن مثلية فلا يجوز فيها السلم، ولا بأس به في الجزوع إذا بين ضرباً معلوماً والطول والعرض والغلظ، وكذا الساج وصنوف العيدان وفي

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٨) (٣/٧١)، والحاكم في المستدرک (٢٣٤١) (٢/٦٥).

والخرز والمنقطع والسّمك الطري وصح وزناً لو مالحاً واللحم.....

«الشامل» ويجوز في...<sup>(١)</sup> لأنه يباع وزناً (و) لا في (الجوهر) كالياقوت والبلخش والفيروزج (والخرز) بالتحريك الذي ينظم، وخرزات الملك جواهر تاجه وكان إذا ملك عاماً زيدت في تاجه خرزة ليعلم عدد سنين ملكه، قاله الجوهرى: وذلك كالعقيق والبلور لتفاوت آحادها تفاوتاً فاحشاً وكذلك لا يجوز في اللآلئ الكبار ويجوز في الصغار وزناً لعدم ذلك.

(و) لا يجوز أيضاً في (المنقطع) حين العقد أو المحل بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول، والفتح مكان التسليم وحكى ثعلب فيه الكسر أيضاً أو ما بينهما، فإن وجد في الأوقات الثلاثة صح، ولو انقطع بعد الحل قبل التسليم لا يبطل إلا أن يخيره رب السلم بين الفسخ وانتظار وجوده ثم الانقطاع الذي يفسد العقد إلا في السوق الذي يوجد فيه، وإن كان يوجد في البيوت، ولو انقطع في إقليم دون آخر لا يصح في الإقليم الذي لا يوجد فيه، كذا في «الفتح».

(و) غيره لا يجوز أيضاً في (السّمك الطري) يعني في بلد ينقطع فيها في الشتاء وكان السلم فيه حتى لو كان في بلد لا ينقطع فيها، أو أسلم في الصيف وكان منتهى الأجل لا يبلغ الشتاء جاز وزناً لا عدداً وهذا معنى قول محمد: لا خير في السّمك الطري إلا في جنبه، وطعن بعضهم عليه بأن الاصطيد يتحقق في كل حين مدفوع فإن الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطيد لبرد ما ذكر. وفي «الفتح»: لو أسلم في طري حي قلنا: إن تمنع جوازه (و) صح السلم (وزناً لو) كان السّمك (مالحاً) لعدم انقطاعه، وفي «الإيضاح» الصحيح جوازه في الصغار كيلاً أيضاً، وفي الكبار روايتان وفي «المغرب» يقال: سمك مليح ومملوح ولا يقال: مالح إلا في لغة رديئة قال بعضهم لكن قال الشاعر:

بصرية تزوجت بصرياً      أطعمها المالح والطريا

وكفى بذلك حجة للفقهاء، وهذا الاستدراك غير مفيد إذ ما أنشده لا ينافي ما في «المغرب» على ابن دريد قال: لا التفات إلى قول الراجز لأنه مولد لا يؤخذ بلغته.

(و) لا يصح أيضاً في (اللحم) عند الإمام ولو منزوع العظم في أصح الروايتين لاختلافه باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدي إلى المنازعة وجوازه فيه إذا وصف منه موضعاً معلوماً بصفة معلومة بعد أن بين جنسه وسنه وقدره جاز، وفي «العيون» على قولهما وقيل: لا خلاف بينهم فمنع الإمام فيما إذا أطلقا السلم وتجويزهما فيما إذا بينا ما ذكرنا، والأصح أن الخلاف ثابت حتى لا يجوز عنده ولو بينا ما هو ولا خلاف

ومكيال أو ذراع لم يدر قدره وبر قرية وتمر نخلة بعينه.....

بينهم في جوازه في الألية والشحم. وأما لحم / الطير فيجوز عند الكل لأن ما فيه في العظم يعتبره الناس وهو الصحيح، فإذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلاً وجب أن يعين الموضع بعد كونه بعظم، فإن من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول: أوراكاً أو غير الصدر أو ينص على صدرها وأوراكها، فإن أطلق وقال من لحم الدجاج السمين وجب أن لا يجوز للمنازعة باختلاف أغراض الناس كذا في «الفتح»، وفي «الظهيرية» وإقراض اللحم عندهما يجوز كالسلم، وعن الإمام روايتان وهو مضمون بالقيمة في ضمان العدوان إذا كان مطبوخاً بالإجماع، وإن كان نيئاً فكذلك هو الصحيح.

(و) لا يصح أيضاً (بمكيال) معين (أو ذراع) كذلك وقوله: (لم يدر قدره) قيد فيهما لأنه يحتمل هلاك ما قدر به فيتعذر الإيفاء، وأفاد أنه لو عرف قدره جاز لضبط المقدار، ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاص مثلاً، فإن كان مما ينكس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه، كذا عن أبي يوسف، كما في «الهداية» قاله الشر، وهذا لا يستقيم في السلم لأنه إذا كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كيف ما كان، وإن كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكس وغيره؟ والتجوز في قرب الماء وإنما يستقيم هذا في البيع إذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز بإناء لا يصرف قدره ويشترط في ذلك الإناء أن لا ينكس ولا ينبسط ويفيد فيه استثناء قرب الماء انتهى. وعلى ما في «الهداية» جرى الحدادي، ولم يتعقبه في «فتح القدير» بل أقره وهذا لأنه إذا أسلم في مقدار هذا الوعاء برأ وقد عرف أنه ونبه مثلاً جاز، غير أنه إذا كان ينقبض وينبسط لا يجوز، لأنه يؤدي إلى النزاع وقت التسليم في الكبس وعدمه وقول الشر إنه لا يتعين مع بقاء عينه ممنوع نعم هلاكه بعد العلم بمقداره لا يفسد العقد، ولم أر من أوضح هذا فتدبره والله الموفق.

(و) لا يجوز أيضاً في (بر قرية) بعينها كالمحلة والمنصورة مثلاً بمصر، (أو تمر نخلة بعينه) لأنه قد يعتريهما آفة فتنتفي قدرة التسليم وإلى ذلك الإشارة بقوله عليه الصلاة والسلام «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه»<sup>(١)</sup> وتعيين البستان كتعين النخلة قيد بالقرية لأنه لو عين حنطة إقليم كالصعيدية

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٢٢٥٨) (٤٣/٢).

وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والأجل وأقله شهر.....

والعراقية والشامية صح، إذ لا يتوهم انقطاع الحنطة ثمة، ولو كانت النسبة إلى القرية لبيان النوع بأن كان له نظير فلا بأس به. وفي «شرح الطحاوي» لو أسلم في حنطة جديدة أو ذرة جديدة لم يجز لأنه لا يدري أن يكون في تلك السنة شيء أو لا، والتعليل بما في «شرح الطحاوي» أولاً إذ مقتضى هذا أنه لو عين جديد إقليم كجديدة في الصعيد مثلاً أن يصح إذ لا يتوهم عدم طلوع شيء فيه أصلاً، ومقتضى ما في «شرح الطحاوي» الفساد مطلقاً وعلى هذا فما يكتب في وثيقة السلم من قوله جديد عامه مفسد له، ولكن ينبغي حمله على ما إذا كان قبل وجود الجديد.

أما بعده فيصح على ما يشير إليه التعليل نبه عليه في «البحر»، (وشرطه) أي: شرط جوازه (بيان جنسه) نبه بذلك على أن الكلام في الشروط التي يحتاج إلى بيانها في العقد فلا يرد أن له شروطاً أخرى سكت عنها المص لأن تلك لا يشترط ذكرها بل وجودها وبيان الجنس كحنطة أو شعير من مثله بصعيدية أو بحرية فقد وهم بل ذلك ما أشار إليه بقوله: (والنوع) ومنه أيضاً سقيه أي مستقيه وهي ما تسقى سيحاً، وكذا نجسية وهي ما تسقى بالمطر النجس لأنها منجوسة الخط من الماء بالنسبة إلى السيح غالباً.

وفي «الخلاصة» وبيان النوع فيما لا نوع له لا يشترط انتهى، (والصفة) كجديد وسط مشعر سالم من الشعير (والقدر) كعشرة أرداد أو أرتال أو عدداً وهذه الأربعة تشتترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل، فكل ما يجوز كونه مسلماً فيه يجوز كونه رأس السلم، ولا ينعكس لأن النقود تكون رأس مال فقط (والأجل) والأصل في هذه الخمسة قوله ﷺ: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»<sup>(١)</sup> وباقي الخمسة يثبت بالدلالة لظهور إرادة الضبط المنافي للمنازعة، ولما اختلف في مقداره، فروى الطحاوي عن أصحابنا اعتباره بشرط الخيار وقيل: أكثر من نصف يوم فيه على ما هو المذهب فيه بقوله: (وأقله شهر)، روى عن محمد وبه يفتى لأن ما دونه مؤجل والشهر وما فوقه أجل، وذكر الشهيد في طريقته المطولة الصحيح ما رواه الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه.

قال في «الفتح»: وهو جدير بأن لا يصح لأنه ضابط تحقق فيه، وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢٦)، ومالك في الموطأ (١٥٤٣).

وقدر رأس المال في المكييل والموزون والمعدود ومكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة من الأشياء.....

مثله كل هذا تفتح فيه المنازعة بخلاف المقدار المعين في الزمان، وما في « البحر » من أنه جدير بأن يصحح / ويعول عليه فقط لأن من الأشياء ما لا يمكن تحصيله في شهر فيؤدي التقديرية إلى عدم حصول المقصود منه الأجل، وهو القدرة على تحصيله مدفوع بأن الشهر أدناه لا أنه أقصاه لئتم ما ادعاه.

(و) بيان (قدر رأس المال) إذا تعلق العقد بمقداره، كما (في المكييل والموزون والمعدود) المتقارب ولم يقيد به حالة ما مر هذا قول الإمام، وقالوا: لا يحتاج إلى ذلك حيث كان معيناً لأنه صار معلوماً بالإشارة، وله ما روي عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس ولأنه ربما ظهر فيه زيوفاً فيختار الاستبدال به ورده وربما كان أكثر في النصف، فإذا استبدل ورده في المجلس فسد السلم عنده لأنه لا يرى الاستبدال في أكثر من النصف خلافاً لهما، وقد لا يتفق الرد في مجلس العقد فينفسخ العقد في مقدار المردود، فإذا لم يكن القدر معلوماً لم يدر في كم انتقض وفي كم بقي فيه فيصير المسلم فيه مجهول المقدار.

ومن فروع المسألة أسلمه مائة درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لأنه ينقسم عليهما باعتبار القيمة، وهي إنما تعرف بالحدز فلا يصح بخلاف المزروع لأن الزرع وصف فلا يتعلق العقد بمقداره (ومكان الإيفاء) أي: إيفاء المسلم فيه (فيما له حمل من الأشياء) بفتح الحاء، أي: نقل ما يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال وهذا عند الإمام، وقالوا: لا يحتاج إلى بيانه ويسلمه في موضع العقد لأنه مكان الالتزام فتعين الإيفاء ما التزمه كموضع القرض والاستهلاك، وله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والاستهلاك، وله أن التسليم وإذا لم يتعين بقي مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة لاختلاف القيم باختلاف الأماكن، فلا بد من البيان دفعاً للمنازعة فصار كجهالة الصفة وعن هذا قال بعضهم: إن الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده.

وقيل: لا يوجب والقول للمسلم إليه لأنه ليس من مقتضيات العقد كأجل، وعندهما يوجب لأنه في مقتضياته، وعلى هذا الخلاف الاختلاف في الثمن والأجرة والقسمة بأن اشترى أو استأجر داراً بمكييل أو موزون موصوف في الذمة أو اقتسماها لو أخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم بمقابلة الزائد بمكييل أو موزون كذلك إلى أجل فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء وهو الصحيح، وعندهما لا يشترط ثم إذا عين

وما لا حمل له يوفيه حيث شاء وقبض رأس المال قبل الافتراق.....

مصرراً جازاً هذا إذا لم يبلغ نواحيه فرسخاً، فإن بلغته فلا بد في بيان ناحية منه، ولو شرط أن يوفيه إلى منزله جاز استحساناً.

ولو شرط الحمل إلى منزله قيل: يجوز وقيل: لا يجوز ولو مكاناً وشرط أن يحمله إلى منزله لا يجوز وفي «البيزانية» شرط الإيفاء خاصة أو الحمل خاصة الإيفاء بعد الحمل جائز لا اشتراط الإيفاء بعد الإيفاء على قول عامة المشايخ كشرط أن يوفيه في محلة كذا ثم يوفيه في منزله، ولو شرط الإيفاء أو الحمل لم يجز، وفي بعض الفرائد شرط الحمل بعد الحمل لا يصح لأن الحمل لا يوجب الملك لرب السلم فكما شرط الحمل ثانياً صار كشرطه مرة وكذلك الإيفاء بعد الحمل والإيفاء بعد الإيفاء، ولما شرط ذلك صار الإيفاء الأول منفسخاً.

وفي «الصحيح» اشترى طعاماً من جنسه واشترط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالإجماع كيف ما كان، ولو شرط أن يوفيه إلى مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء إلى الموضع المشروط صار قابضاً، ولا يجوز له أخذ الكراء، وإن شاء رده إليه ليسلمه إليه في المكان المشروط لأنه حقه، وفي «القنية» لقي رب السلم المسلم إليه بعد حلول الأجل في غير البلد الذي شرط الإيفاء فيه فله مطالبة بالمسلم فيه إن كانت قيمته في ذلك المكان بمثل قيمته في المكان المشروط أو دونه لأن شرط المكان في حق رب السلم دفعا لمونة الحمل قال رضي الله تعالى عنه.

وأفتى بعض مفتي زماننا بأنه لا يتمكن من مطالبة لأن تعيين المكان حق المسلم إليه دفعا لمونة الحمل وهذا الجواب أحب إلي، إلا في موضع الضرورة وهو أن يقيم المسلم إليه في بلد آخر فيعجز رب السلم عن استيفاء حقه ثم قال: هداانا الله تعالى إلى الرواية المنصوصة (وما لا حمل له) قد مر ما له بيان ما له حمل ومونة ومنه يعلم ما لم يكن له حمل ولا مونة وقيل: هو الذي لو أمر إنساناً بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجاناً وقيل: ما يمكن رفعه بيد واحدة كالمسك والزعفران يعني القليل منه وإلا فقد يسلم في أمان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالاً لا (يوفيه حيث شاء)، نبه بذلك على أنه لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء وهذا الإجماع وعلى أن مكان العقد لا يتعين وقيل: يتعين والأول أصح، كذا في «الهداية» وصح في «المحيط» الثاني.

قال في «الفتح»: ومعناه إذا كان مما يتأتى التسليم فيه وما لا يتأتى فيه ذلك بأن أسلمه درهماً في مركب من البحر أو جبل فإنه يجب في أقرب الأماكن التي يجب فيها منه، ولو عين مكاناً قيل: لا يتعين لأنه لا يفيد وقيل: يتعين لأنه يفيد سقوط خطر/ الطريق وهو الأصح (وقبض رأس المال قبل الافتراق) هذا ظاهر في أنه

شرط للانعقاد لكنه قول البعض والأصح أنه شرط البقاء على الصحة وإطلاقه يعم ما لو كان عيناً أيضاً لأنه إذا كان نقداً يلزم من عدم قبضه قبل الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه .

وأما إذا كان عيناً فاشتراط القبض جواب الاستحسان إعمالاً لمقتضى الاسم الشرعي، وفي «الواقعات» باع عبداً بثوب موصوف إلى أجل جاز لوجود شرط السلم، فلو افتراقاً قبل قبض العبد لا يبطل العقد لأنه يعتبر مسلماً في حق الثوب بيعاً في حق العبد، ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض، وكما في قول المولى: إن أديت إلي ألفاً فانت حر وأراد بالافتراق الافتراق بالأبدان حتى لو مكثا إلى الليل أو سارا فرسخاً أو قام أحدهما أو قاما لم يكن فرقة، ولو دخل الدار لإخراج الدراهم إن توارى عن المسلم إليه بطل وإلا لا، وصحت الكفالة والحوالة والارتهان برأس المال، كما في «البرزانية» فإن قبض المسلم إليه رأس المال من المحال عليه أو الكفيل قبل افتراق العاقدين صح وإلا لا، وبطلت الحوالة والكفالة وأما الرهن فإن لم يهلك فكذلك قبل الافتراق وكانت قيمته مثل رأس المال أو أكثر تم العقد وإن كانت أقل تم بقدره وبطل في الباقي، وكذا الحكم في بدل الصرف، كذا في «البدائع» .

وفي «الخلاصة» لو أبى المسلم إليه قبض رأس المال أجبر عليه ودل كلامه أنه لا يثبت فيه خيار شرط، فإن وجد فيه أبطله، فإن أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم في يد المسلم إليه صح وإن هالكاً لا يتقلب صحيحاً، كذا في «البرزانية» .

قالوا: ولا يثبت في المسلم فيه خيار العيب ويثبتان في رأس المال إذا كان عيناً تميم: بقي من الشرائط أن يكون رأس المال منقوداً عنده كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجله إعلام قدره، كذا في «الفتح»، وفي «الغاية» إن اشتراطه للاحتراز عن الفساد لأنه إذا رد بعضه بعيب الزيادة ولم ينفق الاستبدال في مجلس الرد انفسخ العقد بقدر المردود. قال في «البحر»: يشكل على هذا قولهم في تعليل الإمام أن الإشارة إلى رأس المال لا تكفي لاحتمال أن يجد البعض زيوفاً فيحتاج إلى الرد ولا يتسر الاستبدال إلا بعد المجلس فإن هذا يقتضي عدم اشتراط الانتقاد أولاً انتهى. وأنت قد علمت أن اشتراطه لدفع توهم الفساد وهذا القدر ثابت مع بيان المقدار أيضاً، والموهوم هنا كالمحقق وأن لا يشتمل البديلين إحدى علتني الربا لأن انفراد أحدهما يحرم النساء والقدرة على تحصيل المسلم فيه فلا يصح المسلم في المنقطع كما مر .

والحاصل أن الشرائط سبعة عشر قيل ستة منها في رأس المال وفيه نظر إذ قد علمت أن بيان الجنس والنوع والصفة والقدر مما يشتركان فيه، أما قبض رأس المال

فإن أسلم مائتي درهم في كَرَبْرَ مائة ديناً عليه ومائة نقداً فالسلم في الدين باطل.....

وكون الدراهم منقذة فخاصان برأس المال، وأمّا بيان الأجل وقدره ومكان الإيفاء فيما لو حمل وإلا ينقطع وأن يكون مضبوطاً بالوصف أن يكون العقد باتاً وأن لا يشمل البدلين إحدى علتى الربا فمن شرائط المسلم فيه خاصة، كما في «الغاية» وإذا عرف هذا فقول صاحب «الهداية» وغير وجملة الشروط جعلوها في قولهم:

إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله

وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله غير واف بحملتها إذ الإعلام في رأس المال والمسلم فيه وإن كان يعلم الجنس والنوع والصفة والقدر وبالقدرة على تحصيله بأن لا يكون منقطعاً فهو اثنا عشر لكن بقي كما قد علمت كون رأس المال مما يتعين بالتعيين فلا يجوز بالنقود وأن لا يكون حيواناً وانعقاد رأس المال إذا كان نقداً عند الإمام وأن لا يشمل البدلين إحدى علتى الربا وعدم الخيار (فإن أسلم مائتي درهم في كَرَبْرَ) تفريع على اشتراط قبض رأس المال، والكُرْبُ بضم الكاف وتشديد الراء ستون قفيزاً وقيل: أربعون والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف (مائة) نصب على الحال.

وقوله: (دينياً عليه) صفة كمائة (ومائة نقداً) أي: منقودة صفة لمائة الثانية قال العيني: ويجوز أن يكون بدلاً من مائتي، وفي عامة النسخ دين أي منها مائة دين ومنها مائة منقودة (فالسلم في الدين)، أي في حصة الدين (باطل) لافتراقهما عن دين بدين وليس المعنى أنه انعقد باطلاً في حصة الدين بل صحيح والمفسد طارئ عليه بافتراقهما فلم يسر الفساد إلى حصة المائة الثانية ولذا قلنا: لو نقد الكل قيل الافتراق صح والتقييد بإضافة العقد إليهما ليس احترازياً لأنه لو أضافه إلى مائتين مطلقاً ثم جعل المائة قصاصاً بما في ذمته من الدين فالحكم كذلك في الأصح قيد بكونها ديناً عليه له لا لو قال: والمائة التي لي على فلان فسد العقد في الكل وإن نقد الكل لاشتراط تسليم بعض الثمن على غير العاقد، ويكون الدين من جنس النقد لأنه لو أنقده عشرة / دنانير والمائة التي له عليه فسد في الكل أيضاً لجهالة ما يخص حصة النقد عند الإمام خلافاً لهما بناء على مسألة إعلام رأس المال.

ومعنى قوله: مائة دينار أن يجعلها من رأس مال السلم حتى لو لم يجعلها من رأس مال السلم ففيه تفصيل نبه عليه في «البدائع» حيث قال: لو وجب على المسلم إليه دين مثل رأس المال، فإنما أن يجب بالعقد أو بالقبض فإن كان الأول بأن كان له عليه عشرة ثمن ثوب لم يقبضها حتى أسلم إليه عشرة في كَرَبْرَ فإن تراضيا بالقاصة صارت قصاصاً إلا أن أبى أحدهما، وإن كان الثاني كالغصب والقرض صار قصاصاً

ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية فإن تقيلاً السلم لم يشتر من المسلم إليه برأس المال شيئاً.....

جعلاه أولاً بعد أن كان وجوب الدين متأخراً عن العقد، ولو تفاضل الدينان وإلى أحدهما القصاص فالعبرة لصاحب الأكثر والمقاصة بدل الصرف على هذا انتهى. وأما المقاصة بالمسلم فيه بدين على رب السلم فإن وجب بقبض مضمون كالغصب والقرض صار قصاصاً إن كان قبل العقد، وإن بعده فجعله قصاصاً جاز، ولو وجب بالعقد لم يصير قصاصاً إن كان قبل العقد وإن بعده فجعله قصاصاً جاز، ولو وجب بالعقد لم يصير قصاصاً تقدم أو تأخر ولو كان عند رب السلم وديعة فجعله المسلم إليه قصاصاً لم يكن قصاصاً إلا أن يكون بحضرتها أو يخلي بينهما وبينه ولا يصير المغصوب قصاصاً لم يكن قصاصاً إلا أن يكون بحضرتها أو يخلي بينهما إذا كان مثل المسلم فيه، فإن كان أجود أو أردئ فلا بد من رضاهما، كذا في «الإيضاح».

(ولا يصح التصرف في رأس المال و) لا في (المسلم فيه قبل القبض)، أما الأول فلما فيه من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق، وأما الثاني فلأنه بيع منقول، وقد مر أن التصرف فيه قبل القبض لا يجوز، وفي «المبسوط» لو أبرأ رب السلم المسلم إليه عن طعام السلم صح إبرأؤه في ظاهر الرواية، وروى الحسن أنه لا يصح ما لم يقبل المسلم إليه فإن قبله كان فسخاً لعقد السلم، ولو أبرأ المسلم إليه رب السلم من رأس المال وقيل: الإبراء يبطل السلم وإن رده لا والفرق أن المسلم فيه لا يستحق قبضه في المجلس بخلاف رأس المال.

وفي «الظهيرية»: وهب رب السلم المسلم إليه عن طعام السلم كان أقله ولزمه رد رأس المال إذا قيل وهذا لا يرد على الإطلاق، وفي «الصغرى» إقالة بعض السلم وإبقاؤه في البعض جائز (بشركة) بأن يقول رب المال لغيره: أعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك (وتولية) بأن يقول: أعطني مثل ما أعطيت المسلم إليه ليكون المسلم فيه لك ودل كلامه على منع المرابحة بالأولى وقيل: تجوز التولية والمرابحة.

وجزم به في «الحاوي» والمذهب الإطلاق قيد بما قبل القبض لأن كلاً من الشركة والتولية والمرابحة والوضعية بعده جائز، (فإن تقيلاً السلم لم يشتر) رب السلم (من المسلم إليه شيئاً برأس المال)، أي: قبل قبضه لرواية الدارقطني «من أسلم في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله»<sup>(١)</sup> قيد بالسلم لأن بدل الصرف بعد

(١) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع (٣/٤٥).

ولو اشترى المسلم إليه كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح، وصح لو قرضاً أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل ولو أمره رب السلم أن يكيّله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع ولو أسلم أمة في كر وقبضت الأمة فتقايلاً فماتت أو ماتت قبل الإقالة بقي وصح.....

إقالته يجوز له أن يشتري منه ما شاء ببدله ويجب قبض بدله في المجلس بخلاف السلم لأن تعيين بدل الصرف لا يحصل بالقبض لما أنه يجوز له التصرف فيه ولا كذلك السلم.

(ولو اشترى المسلم إليه) في (كر) من الحنطة (وأمر) المشتري (رب السلم بقبضه قضاء) أي: لأجل القضاء مما عليه (لم يصح) أمره به حتى لو هلك بعد ذلك من مال المسلم إليه وللمسلم أن يطالبه بحقه لأنه اجتمع صفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، صاع البائع المشتري والموزون والمعدود إذا اشتراه بشرط العد كالمكيل وقيل: في المعدود روايتان، (وصح لو) كان الكر (قرضاً) لأنه إعارة فكان المقبوض عين حقه تقديراً فلم يكن استبدالاً (أو أمره) أي: أمر المسلم إليه رب السلم (بقبضه له) أي: للمسلم إليه بأن يكيّله له (ثم لنفسه) بأن يعيد الكيل ثانياً (ففعل) صح أمره بقبضه قضاء مما عليه، (ولو أمره)، أي: أمر (رب السلم) المسلم إليه (أن يكيّله في ظرفه) أي: في وعاء رب السلم (ففعل) المسلم إليه (وهو) أي: والحال أن رب السلم (غائب لم يكن قضاء) للمسلم فيه لأن حقه الذي في الذمة لا يملك إلا بالقبض فلا يصادق أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم إليه مستعيراً للظرف فيجعل ملكه فيه، وإطلاقه يعم ما لو كان فيه طعام على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضاً (بخلاف المبيع) إذا أمر المشتري البائع أن يكيّله في ظرفه وهو غائب حيث يكون قابضاً لأن ملكه بالشراء فصح أمره، وأورد أنه لو وكل البائع بالقبض صريحاً لم يصح فعدم الصحة هنا أولى.

وأجيب بأنه لما صح أمره لكونه مالكاً صار وكيلاً له ضرورة وكم من شيء يثبت ضمناً لا قصداً، (ولو أسلم أمة في كر) حاصل هذه المسألة والتي بعدها، الفرق بين / الإقالة في السلم والمبيع بالثمن ففي السلم يجوز الإقالة قبل هلاك الجارية وبعد بخلاف المبيع (وقبضت الأمة) قيد بذلك لأنهما لو تفرقا لا عن قبضها لم تصح الإقالة لعدم صحة السلم (فتقايلاً) عقد السلم (ثم ماتت) الأمة قبل قبض رب السلم (أو ماتت قبل الإقالة بقي) عقد الإقالة في الأولى، (وصح) في الثاني يعني بعد موتها لأن حصتها تعتمد بقاء العقد وهو بقاء المبيع إلى أن يقبض ولا شك في وجوده في

وعليه قيمتها وعكسها شراؤها بألف والقول لمدعي الرداءة والتأجيل لا لنا في الوصف والأجل.....

الذمة فهلاك الأمة وعدمه لا يعدم المسلم فيه، وإذا صحت انفسخ في الجارية (و) كان (عليه قيمتها) يوم القبض لعجزه عن رد عينها (وعكسها) أي: عكس مسألة السلم (شراؤها) أي: الأمة (بألف)، فإن الأمة لو ماتت بعد الإقالة قبل القبض بطلت أو تقايلا بعد موتها لم تصح لأن هلاك المبيع قبل القبض يبطلها ولا صحة له بعد هلاكه، ولو كان المبيع مقابضة بقيت الإقالة بعد هلاكها إذا كان العرض الآخر باقياً لأن كلا منهما بيع من وجه.

وفي الصرف تصح الإقالة على كل حال لأن المعقود عليه فيه ما وجب لكل منهما في ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه فظهر بما ذكرنا أن قيام الثمن ولو معيناً ليس شرطاً في صحتها إلا إذا أبرأه منه فلا يصح، كما في «القنية» لبطلان السلم كما مر وفيها اشترى أيضاً مع زرعها فأدرك الزرع في يده ثم تقايلا لا تجوز الإقالة لأن العقد إنما ورد على القصيل دون الحنطة.

ولو حصد المشتري الزرع ثم تقايلا صحت الإقالة في الأرض بحصتها من الثمن، ولو اشترى أرضاً فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الإقالة بجميع الثمن ولا شيء للبائع في قيمة الأشجار وتسليم الأشجار للمشتري هذا إذا علم البائع بقطع الأشجار، فإن لم يعلم به وقتها يخير إن شاء أخذها بجميع الثمن فإن شاء ترك (القول لمدعي الرداءة) هذا صادق بما إذا قال أحدهما: شرطنا ردياً فقال الآخر: لم نشط شيئاً وبما إذا ادعى الآخر اشتراط الجودة وقال الآخر: إنما شرطنا ردياً والمراد الأول ولذا أردفه بقوله لا لنا في الوصف وإفادة أن الرداءة مثال حتى لو قال أحدهما: شرطنا جيداً وقال الآخر: لم نشط شيئاً فالحكم كذلك، وبه اندفع ما في «البحر» (والتأجيل) بأن قال أحدهما شرطاً آجلاً ونفاه الآخر (لا لنا في الوصف والأجل). قال في «القاموس»: الأجل غاية الوقت في الموت وحلول الدين ومدة الشيء والجمع أجال والتأجيل تحديد الأجل انتهى. والتحديد بمعنى التقدير ولو اختلفا في مقداره فالقول للطالب وينبغي فيتعين أن يكون التأجيل بمعنى الأجل مجازاً بدليل الثاني، كذا في «البحر».

وأقول: لا نسلم أنه يتعين ما ادعاه بل المناسب لوضع المسألة أن يكون الأجل بمعنى التأجيل حتى لو اختلفا في تحديده بأن قال أحدهما: أجلناه إلى هبوب وقال الآخر: إلى شهر فالقول لمدعي التحديد. وأمّا ما ذكره فليس من المسألة في شيء فتدبره، واعلم أن الأصل هنا أنهما إذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما

وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وقمقم وله الخيار إذا رآه.....

مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلاً اتفاقاً والقول لمدعي الصحة وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال الإمام قول من يدعي الصحة أيضاً إذا اتفقا على عقد واحد، وإن كان خصمه هو المنكر وقالوا القول للمنكر وإن أنكر الصحة وعليه تخرج الزرع، فإذا ادعى المسلم إليه الوصف أو رد السلم الأجل ونفاه الآخر كان القول له اتفاقاً، وفي العكس القول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر قيد باختلاف في أصل التأجيل، لأنهما لو اختلفا في مقدار القول لمدعي الأقل مع يمينه إلا أن يبرهن مدعي الأكثر، وإن أقامها فبينه مثبت الزيادة أولى، ولو في مضيه فالقول للمسلم إليه مع يمينه إلا أن يبرهن الآخر، ولو برهننا فبينه المطلوب أولى هنا والاختلاف في مقدار الأجل لا يوجب التحالف عندنا خلافاً لفرز بخلاف الصفة لأن الوصف جار مجرى الأصل.

وفي «الخلاصة» أنكر الطلاق أن يكون الثوب جيداً فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصفة فإن قالوا: إنّه جيد أجبر على القبول وهو أجود والواحد يكفي، ولو اختلفا في السلم يتحالفان استحساناً ويبدأ بيمين المطلوب عند الثاني، وقال محمد: بيمين الطالب، وإن رهن أحدهما قضي له ولو برهن فبينه رب السلم أولى ويقضي بسلم واحد عند أبي يوسف والمسألة على ثلاثة أوجه بينها في «فتح القدير»، (وصح السلم والاستصناع) وهو طلب عمل الصنعة (في نحو خف وطست وقمقم).

[١/٤٠٤] أمّا السلم فإمكان ضبط صفته، فأما الاستصناع بأن يقول اعمل / خفاً طوله كذا وعرضه كذا أو طستا زنته كذا يسع كذا على هيئة كذا بكذا دفع له الثمن أو لا فيقبل الآخر فهو استحسان للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من له ﷺ إلى اليوم بلا نكير، وهو بهذه الصفة يندرج في قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»<sup>(١)</sup> (وله الخيار إذا رآه) أي: المصنوع له فيه إيماء إلى أنه معاودة لا مواعدة كما قال أخاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة والأول هو قول العامة وهو الصحيح، لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان ولا يجزيان في المواعدة وأثبت له الخيار معللاً بأنه اشترى ما لم يره وأورد أن بيع المعدوم لا يصح. وأجيب بأنه اعتبر موجوداً حكماً كناسي التسمية عند الذبح للعامل، وجزم في «الهداية» بأن العقود عليه العين دون العمل ولذا لو جاء به...<sup>(٢)</sup> من صنعته أو من صنعته قبل العقد وأخذه جاز، وأورد أن بطلان بموت الصانع ينافي كونه بيعاً.

(٢) بياض في الاصل.

(١) أخرجه ابن ماجه في الفتن (٣٩٥٠).

وللصانع بيعه قبل أن يراه ومؤجله سلم.

## باب المتفرقات

### صح بيع الكلب.....

وأجيب بأنه إنما بطل بموته لشبهة بالإجارة، وفي «الذخيرة» هو إجارة ابتداء بيع انتهى. فكن قبل التسليم وأورد بأنه لو انعقد إجارة لأجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى. وأجيب بأنه إنما لم يجبر لأنه لا يملكه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه والإجارة تفسخ بهذا العذر، ألا ترى أن الزراع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته؟ وكذا رب الأرض وفي قصر الخيار عليه إيماء إلى أنه لا خيار للصانع بعد رؤية المصنوع له وهو الأصح، (وللصانع بيعه قبل أن يراه) أي: المستصنع لأنه لا يتعين إلا باختياره قيل بقوله قبل أن يراه، لأنه لو رآه ورضي به امتنع عليه بيعه (ومؤجله سلم) عند الإمام وقصره على ما لا يتعامل فيه، فإن كان فيه تعامل كان استصناعاً ويحمل الأجل فيه على الاستعجال وله أنه دين يحتمل السلم فحمل عليه وهو أولى لثبوته بالأصول الثلاثة.

وأما الاستصناع فقد علمت أن جوازه للتعامل وأراد بالأجل ما مر وهو شهر فإن لم يصلح كان استصناعاً إن جرى فيه تعامل وإلا ففاسد إن ذكره على وجه الاستمهال وإن للاستعمال بأن قال: على أن أفرغه غداً أو بعد كان صحيحاً ثم إذا كان مسلماً اشترط فيه شرائط السلم في القبض قبل الافتراق وعدم الخيار ونحو ذلك مما مر. وفي «القنية» دفع مصحفاً ليذهبه من عنده وأبرأه الذهب أنموذجاً من الأعيان والأخماس ورؤوس الآي وأوائل الصور فأراد رب المصحف أن يذهبه كذلك بأجرة معلومة لا يصح انتهى، وكأنه لعدم التعامل والله الموفق بمنه.

### مسائل منشورة

نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها هنا (صح بيع الكلب) أطلقه في «الأصل» وعليه جرى المص والقدوري فعم المعلم والعقور سواء قلنا بنجاسة عنه أو بطهارته لأنها إنما تمنع حرمة أكله لا تمنع بيعه، وأما عدم جواز بيع الخمر فلنص... (١) وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها» (٢) ونص في «نوادير هشام» عن محمد على جواز بيع العقور وتضمين القاتل قيمته، واختار السرخسي عدم جواز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم قال: وهو الصحيح من

(١) بياض في الأصل. (٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٧٩)، ومالك في الموطأ (١٥٤٣).

والفهد والسباع والطيور والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير.....

المذهب وهكذا نقول في الأسد، أمّا الفهد والبازي فيقبلان التعليم فيجوز بيعها على كل حال انتهى. قال في «الفتح»: فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشره لا يقبل تعليمًا، وفي بيع القرد روايتان والصحيح الجواز، وفي «التجنيس» وهو المختار لأنه يمكن الانتفاع بجلده، وحمل ابن وهبان رواية الجواز على ما إذا كان يحفظ دكانه وعدمه على ما إذا كان يلعب به، ورده ابن الشحنة بأن علة الجواز حيث كانت للانتفاع بجلده لم يختلف الحكم بين ما إذا كان يلعب به أو لا. لكن صحح في «البدائع» عدم الجواز لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة بل للتلهي به وهو حرام وهذا هو وجه رواية إطلاق بيع الكلب والسباع فإنه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده وعظمه يجوز بيعه، ولذا أعطف عليه بقوله (والفهد والسباع) بسائر أنواعها فدخلت الهرة لأنها تصاد الفأرة والهوام المؤذية (والطيور) إلا الخنزير فلا يجوز بيعه إذ لا ينتفع بشيء من أجزائه وعن قال أبو الليث: يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها لا إن لم ينتفع بها، كذا في «الفتح».

لكن في «البدائع» وهذا غير سديد لأن المحرم شرعاً لا يجوز الانتفاع به للتداوي كالخمر فلا تقع الحاجة إلى شرع البيع وقالوا: يجوز بيع الفيل إجماعاً لأنه ينتفع به للحمل والركوب والدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين، وفي «التجنيس» المختار للفتوى بيع لحم المذبوح من السباع وكذا الكلب والحمار لأنه [ب/٤٠٤] طاهر ينتفع به في طعام سنورة بخلاف لحم الخنزير المذبوح.

### فرع في بيع الأجناس

لا ينبغي لأحد أن يتخذ كلباً في داره إلا أن يخاف من لصوص أو غيره فلا بأس أن يتخذه، وكذلك الأسد والفهد والضبع وجميع السباع بمنزلة الكلب في جميع ذلك، أما اقتناؤه للصيد وحراسته الماشية والزرع فيجوز بالإجماع، (والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير) لأنه مكلف محتاج فكل ما جاز للمسلم من البياعات يجوز له وما فلا إلا الخمر والخنزير فإن عقده فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة، قال في «إيضاح الإصلاح»: والتي هتفت أو جرحت في غير موضع الذبح وذبائح المجوس كالخنزير فالمستثنى غير مختص بهما كما يفهم من «الهداية» انتهى.

أقول: ولا هو مختص بما ذكره لأن الكافر لو اشترى مسلماً أو مصحفاً أو شقصاً منهما أجبر على بيعه، ولو كان المشتري صغيراً أجبر عليه، ولو لم يكن له ولي أقام القاضي له ولياً كذا في «السراج» وينبغي أن عقد الصغير في هذا لا يتوقف

ولو قال: بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى.....

على الإجازة، وجوابه في «البحر» عما في «الإيضاح» بأنه في «البرازية» إنما ذكر جواز بيع المجوسي ذبيحة أو ما هو عنده كالذبح والخنق من كافر عن أبي يوسف وظاهره جواز قالا بخلافه ممنوع لجواز أن يكون بنسبته إليه لأنه هو المخرج له، ولا قول لهما فيه وقد التزم مثله في طلاق «فتح القدير» والمعنى يشهد له لأن ما ذكر لا ينزل عن مرتبة الخنزير إذا ذبحه الذمي ولا كلام أنا لا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم وفيهما بيع متروك التسمية عمداً من كافر لا يجوز، وما في «الملتقط» كل شيء منع منه المسلم امتنع منه الذمي إلا الخمر والخنزير يرد عليه أنه لا يمنع من لبس الحرير والذهب بخلاف المسلم، وفي كلامه إيماء إلى أن الذمي لا يحسد بشرب الخمر وأنها ترد عليه إذا غصبت ويضمن متلفها بالإرابة إلا أن يظهر بيعها بين المسلمين أو يكون المتلف إماماً يرى ذلك.

قيل: وينبغي أن يكون إظهار شربها كإظهار بيعها، وفي حدود «البرازية» ويمنع الذمي عما يمنع منه المسلم إلا شرب الخمر فإن غنوا وضربوا العيذان منعوا كالمسلمين لأنه لم يستثن عنهم انتهى، وفي «السراج» اشترى الذمي عبداً مسلماً جاز وأجبر على بيعه صغيراً كان المالك أو كبيراً ويجبر ولي الصغير على بيعه، فإن لم يكن له ولي أقام القاضي له ولياً، وكذا إذا اشترى مصحفاً لأنه يستبدل العبد بالخدمة ويخاف منه إتلاف المصحف بما لا يحل انتهى. قال في «البحر»: ولم أرَ حكم وقف الكافر مصحفاً.

وأقول: تعليقه في «السراج» جبره على البيع وفيه إيماء إلى أنه ليس قرينة عندهم فلا يصح وقفه وهذا لأن ما يتقرب إيقافه لا يخشى إتلافه بما لا يحل كحرق ونحوه، ثم قال في «السراج»: وكذا إذا أسلم عبداً لذمي ولو أعتقه جاز ولو دبره أو كانت أمة فاستولدها سعياً في قيمتها ويوجع ضرباً بوطء المسلمة، ولو كاتبها جازت المكاتبة فإن عجزت أجبر على بيعها، وكذا إذا ملك شقصاً من مسلم لأنه يملك استخدامه بالمهياة انتهى. وقال في «إيضاح الكرمانى»: لو باعه من كافر أجبر على رده والبائع على بيعه.

فرع حسن: قال في «المحيط»: من خيار الشرط الفاسق المسلم إذا اشترى عبد أمرد وكان في عادته اتباع المرد أجبر على بيعه رفعاً للفساد انتهى، بلفظه ولو استقرض الكافر خمراً فأسلم المقرض سقطت الخمر لتعذر قبضها فصار كهلاكها مستنداً لمعنى فيها، وإن أسلم المستقرض فعن الإمام سقوطها وعنه أن عليها قيمتها وهو قول محمد لتعذره لمعنى من جهته.

(ولو قال) لغيره: (بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة) مثلاً (سوى

الألف فباع صح بألف وبطل الضمان، وإن زاد من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده.....

الألف فباع) العبد من زيد يعني بإيجاب وقبول، وما في «النهاية» فيقول صاحب العبد: بعته وقوله بعته: جواباً لكل ولو لم يكن إباء ولا مساومة ولكن إيجاب العبد بألف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان كذلك استحساناً، أما ضمانه بعد الإباء والمساومة فيصح قياساً واستحساناً انتهى، يفيد أن قوله: بعته هو الإيجاب فيحتاج إلى القبول، وفي بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول استحساناً فكذا هذا.

قال في «الفتح»: وما في «النهاية» هو الصواب لأن لفظة الأمر لا تكون في البيع إيجاباً على ما مر انتهى، يعني أنه مر أنها لا تكون من المشتري فكيف بالأجنبي؟! فلذا كان ما في بعض الشروح خطأ (صح) البيع (بألف وبطل الضمان) أي: ضمان المائة لأنها حيث لم تكن من الثمن كانت التزام مال ابتداء يعطيه إياه وهذه رشوة إذا لم يقابل بالمبيع، (وإن زاد) بعد قوله مائة (من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن) لأنه أضاف التزامه زيادة في الثمن إلى بيعه وهي جائزة.

ولو من الأجنبي والضمان جائز الإضافة، فإن كان بأمر المشتري / كان للبائع حبس المبيع حتى يأخذه من الضامن، وللمشتري أن يرايح على ألف ومائة ولو كان داراً أخذها الشفيع كذلك، ولو رد بعيب أو تقايلاً رد البائع الزيادة على الضامن، ولو كان بغير أمره لم يثبت في حق المشتري فلا يحبس المبيع عليها ويرايح على ألف والشفيع كذلك، ولو تقايلاً أو رد المبيع بعيب بالتراضي كان للأجنبي أن يستردها قيد بقوله سوى الألف لأنه لو حذفه كان كفيلاً بمائة من الثمن ولا يثبت الزيادة وبكونها في العقد لأنها بعد العقد لا تجوز إلا بإجازة المشتري أو يعطي الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها إلى نفسه، وإن زاد بأمر المشتري جاز ولا يلزمه شيء ولا يظهر في حق الشفيع، كذا في «الشرح».

(ووطء زوج) الأمة (المشتراة قبض) لأنه حصل بتسليط من المشتري فصار منسوباً إليه، ودلت المسألة على أن تزويجها قبل قبضها صحيح بخلاف البيع لأنه يفسد بالغرور وبخلاف النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك والنكاح لا يفسخ به حتى لو لم يطأها الزوج حتى ماتت وجب المهر للمشتري، كذا في «النهاية».

(لا) يكون (عقده) قبضاً استحساناً، والقياس أن يكون قبضاً لأنه تعيب حكمي، ألا ترى أنه لو وجد المشتراة مزوجة يردها بالعيب؟ وجه الاستحسان أنه لم

ومن اشترى عبداً فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع وإلا يبع بدينه.....

يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج فعل تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كتنقصان السعر وأورد على هذا الإعتاق والتدبير فإنه يصير بهما قابضاً وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي .

وأجيب بأن القابض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه إنهاء للملك، ومن ضرورة أنها للملك كونه قابضاً والتدبير من واديه لأن به يثبت حق الحرية للمدبر، ولو انتقض البيع بعد ما زوجها قبل القبض بطل النكاح وفي قول أبي يوسف وهو المختار خلافاً لمحمد، وقيد القاضي الإمام بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما إذا يكن بالموت حتى لو ماتت بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح، وإن بطل البيع ويجب المهر للمشتري، (ومن اشترى عبداً) أراد به المنقول، أما العقار فلا يبيعه القاضي كما في «النهاية» وغيرها (فغاب)، أي: المشتري قبل القبض وهذا القيد لا بد منه حتى لو غاب بعد القبض لا يبيعه القاضي لأن حقه غير متعلق بمالته بل بذمة المشتري، وقيده في «جامع الفصولين» بما إذا لم يخف عليه التلف، فإن خيف جاز له البيع حيث قال للقاضي: إيداع مال غائب ومفقود وله إقراضه وبيع منقوله لو خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو علم انتهى .

والذي ينبغي أن يقال: إن خوف التلف يجوز للبيع علم مكانه أو لا وقد منا نحوه في خيار الشرط فارجع إليه، (فبرهن البائع على بيعه) من الغائب وأنه لم ينقد إليه الثمن (وغيبته معروفة) بأن كانت البلدة التي خرج إليها معروفة وإن بعدت (لم يبع بدين البائع) لأنه يتوصل إلى حقه بالذهاب إليه (وإلا)، أي: فإن لم تكن غيبته بأن لن يدر مكانه (بيع) العبد (بدينه) لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولاً لحقه فإذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه وهذا البيع منه ليس لهذا البرهان الذي أقامه لأنه لا يقام لإثبات الدين على الغائب، بل فائدته إنما هي كشف الحال ليحجبه إلى البيع نظراً للغائب، فإن لم يوف به اتبع البائع المشتري فيما بقي وفي «جامع الفصولين» باع دابة ولا يوقف على المشتري فللحاكم أن يأذن في بيعها فيأخذ ثمنه من ثمنها، ولو كان في جنسه، ولو أذن أن يؤجرها ويعلفها من أجزائها، وهو ظاهر في أن إذن القاضي للبائع في البيع كان يعني بعد البرهان على البيع والغيبة وهل للقاضي أن يبيعه بعرض؟ لم أره في كلامهم وظاهر قولهم فيأخذ ثمنه من ثمنها لو كان من جنسه يفيد أن للمأذون أن يبيع بخلاف جني الثمن فالقاضي أولى، كذا في «البحر». وأنت خبير بأن هذا البيع ليس إلا للحاجة إلى إيفاء

ولو غاب أحد المشتريين للحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه ومن باع  
أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان.....

الثمن وحيث لم يوف منه فينبغي أن لا يجوز، وظاهر كلامهم في أنه لو باعه غير  
القاضي ومأذونه كان بيع فضولي، فإن سلمه المشتري كان كل منهما غاصباً ولم أر  
ما لو كان البيع مقايضة، وأرى أن القاضي يفسخ البيع بينهما حيث كانت غيبته غير  
معروفة إذ لا أثر لبيع القاضي له فتدبره، ثم في «جامع الفصولين» أيضاً استأجر إبلاً  
إلى مكة ذاهباً وجائياً ودفع الكراء ومات رب الدابة في الذهاب حتى انفسخت  
الإجارة، فإذا أتى مكة ورفع الأمر إلى القاضي فرأى أن يبيع الدابة ويدفع بعض الأجر  
إلى المستأجر جاز وللمستأجر أن يركبها إلى مكة ولا يضمن وعليه الكراء إلى مكة.

ولو غاب الراهن غيبة منقطعة فرفع المرتهن الأمر إلى القاضي حتى يبيع الرهن  
بدينه / فإنه يبغي أن يجوز، ولو مات ولم يعلم وارث فباع القاضي داره جاز، ولو  
علم بموت الوارث جاز ويكون حفظاً ألا ترى أنه لو باع الآبق يجوز؟ انتهى.

(ولو غاب أحد المشتريين) قبل دفع الثمن وقبض المبيع بحيث لم يدر مكانه  
(فللحاضر دفع كل الثمن)، ويجبر البائع على قبول حصة الغائب وعلى دفع كل المبيع  
إليه وهو المراد بقوله (وقبضه)، أي: قبض كل المبيع (وحبسه) أي: المبيع (حتى  
ينقد شريكه) الثمن، ولو بقي درهم عندهما وقال أبو يوسف: ليس له الحبس لأنه  
قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعاً فلا يرجع وإذا لم يكن له قبض حصته ولهما  
أنه مضطر في دفع حصة الغائب لأنه لا يمكنه الانتفاع بملكه إلا بأداء الجميع  
والمضطر يرجع وله حق الحبس. قيد بالمشتريين لأن أحد المستأجرين لو غاب قبل  
نقد الأجرة فنقد الحاضر جميعها كان متبرعاً لأنه غير مضطر إذ ليس للأجر حبس  
الدار لاستيفاء الأجرة، ذكره التمرتاشي وينبغي أن يقال: إذ يشترط تعجيل الأجرة.

(ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما)، أي: الذهب والفضة (نصفان)  
فيجب عليه خمسمائة مثقال من كل منهما لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء  
فيجب من كل واحد منهما نصفه ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها، بخلاف ما  
لو قال بألف من الدراهم والدنانير حيث لا يشترط بيان الصفة وينصرف إلى الجياد  
قيد بالمثقال لأنه لو قال بألف من الذهب والفضة أو بألف من الدراهم والدنانير كان  
عليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم فضة لأنه المتعارف من الدراهم  
فينصرف إليه، كذا في «المبسوط»، وكذا عند الانقسام في كل ما يقربه من المكيل  
والموزون والمعدود والمذروع قضاء أو سلماً أو غصباً أو ودیعة أو مهراً أو وصية أو  
كفالة أو جعلاً في خلع، ومنه ما لو قال: كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث

من كل. واعلم أن كون اسم الدراهم ينصرف إلى الفضة محلله ما إذا كان هو المتعارف في بلد العقد وفي عرف مصر لفظ الدراهم إلا أن ينصرف إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس إلا أن يقيد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فإن ما دونه نقل أو خف يسمونه نصف فضة، كذا في «الفتح».

قال في «البحر»: وعلى هذا لو شرط بعض الواقفين بمصر للمستحق دراهم ولم يقيدها ينصرف إلى الفلوس النحاس، وأمّا إذا قيدها بالنقرة كواقف الشيخونية والصرغشمشية فينصرف إلى الفضة لما في «المغرب» النقرة القطعة المذابة من الفضة أو الذهب، ويقال: نقرة فضة على الإضافة للبيان، وفي «المصباح» النقرة: القطعة المذابة من الفضة وقيل الذوب هي تبرانتهى، ولا يخفى أن كون الدراهم تنصرف إلى الفلوس في شروط الواقفين في مصر مطلقاً أخذاً مما في «الفتح» فيه نظر إذ غاية ما فيه الإحالة على زمنه ولا يلزم منه أن يكون كل زمن كذلك، والذي ينبغي أن لا يعدل عنه اعتبار زمن الواقف إن عرف، فإن لم يعرف صرف إلى الفضة لأنه الأصل.

وأما قيمة كل درهم منها فقال في «البحر»: بعدما أعاد المسألة في الصرف قد وقع الاشتباه في أنها خالصة أو مغشوشة وكنت استفتيت بعض المالكية عنها يعني به علامة زمانه ناصر الدين اللقاني فأفتى بأنه سمع ممن يوثق بأن الدرهم منها يساوي نصفاً وثلاثة من الفلوس قال: فليعمل على ذلك ما لم يوجد خلافه، وقد اعتبر ذلك في زماننا لأن الأدنى متيقن به وما زاد عليه فهو مشكوك فيه، ولكن الأوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما في «جامع الفصولين» من دعوى النقرة لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد، فلو ادعت مائة درهم وجب لها مائة وسط انتهى، فينبغي أن يعول عليه انتهى.

ورأيت في فتاوى بعض الشافعية أن قيمته باعتبار المعاملة الآن بنصف وثلث، وأنت قد علمت بأن القيمة تختلف باختلاف الأزمان ولا شك في اختلاف أزمنة الواقفين فينبغي اعتبار زمن الواقف والله الموفق، ثم رأيت رسالة للإمام الحافظ المقريري سماها «شذور العقود في ذكر النقود»، وأن الملك الكامل ناصر الدين بن العادل بن أيوب في ذي القعدة سنة اثنتين وعشرين وست مائة أمر بضرب دراهم مستديرة وجعل الدرهم منها ثلاثة ثلثيه من فضة خالصة وثلثه من نحاس فاستمر بذلك بمصر والشام مدة أيام بني أيوب فلما انقضوا وقامت مماليتهم الأتراك من بعدهم أبقوا سائر شعائرهم وأبقوا بهم في جميع أحوالهم، وأقروا نقدهم على حاله

وإن قضى زيف عن جيد وتلف فهو قضاء.....

من أجل أنهم كانوا يفتخرون بالانتماء إليهم. فلما ولي الملك الظاهر بيبرس البنقداري الصالحي النجمي ضرب دراهم ظاهرية وجعلها من سبعين درهماً فضة خالصة وثلاثين نحاساً فلم تزل الكاملية والظاهرية بمصر إلى أن فسدت في سنة / ٤٠٦ هـ [١] إحدى وثمانين وسبعمئة بدخول الدراهم الحموية فكثرت تعنت الناس فيها، وكان ذلك في إمارة الظاهر برقوق فلما تسلطن أكثر من ضرب الفلوس وأبطل ضرب الدراهم إلى أن قدم الملك المؤيد شيخ من الشام في رمضان سنة عشر وثمان مائة فوصل مع العسكر وأتباعهم من الدراهم البندقية والبندروزية فتعامل الناس بها وحسن موقعها، فضربت الدراهم المؤيدية في شوال فتعامل الناس بها انتهى، وعلى هذا فقيمة الدرهم في الشيخونية والصرغشمشية ونحوهما نصفان، وهذا النقل هو المعول عليه دون غيره والله أعلم.

(وإن قضى زيف) وهو ما زيفه بيت المال، أي رده (عن) دراهم (جيد) كانت عليه (وتلف) بأن هلك أو استهلكه في الإنفاق، وما في «البحر» قيد بتلفها ليعم حكم ما لو أتلفها بالأولى فيه وهذا عندهما، وقال أبو يوسف: له أن يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد والخلاف مقيد بما إذا لم يعلم رب الدين بذلك حين القبض، فإن علم ورضي بذلك (كان قضاء) اتفاقاً ولو قال له: أنفقها، فإن لم ترد فردها علي كان له أن يردها استحساناً ولو قال البائع للمشتري حين أراد المبيع بعيب: بعه فإن لم يسترده فعرضه على البيع بطل خياره، والفرق أن المقبوض إذا لم يتجاوز به بقي على ملك الدافع فصح أمره في التصرف فيه، أما العين فهي ملكه تصرفه فيها لنفسه فبطل خياره لهما أنه من جنس حقه حتى لو تجاوز به فيما لا يجوز الاستبدال به كالصرف جاز، فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه إلا في الجودة ولا يمكن تداركها بعد الهلاك، وله أن حقه في الوصف مرعي كهو في الأصل ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه وجب المصير لما قلنا، وكون الجودة لا يمكن تداركها ممنوع هل ممكن بما ذكرنا لو وجدها ستوقه أو نيهجة فهلكت، فإنه يرد مثلها اتفاقاً، فإن قال: الستوقه ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضياً بالزيف وهن هذا قال فخر الإسلام: ما قاله قياس وما قاله استحساناً.

وفي «إيضاح الإصلاح»: قول محمد الأول مع الإمام، وقوله الآخر مع أبي يوسف وفي «الحقائق» نقلاً عن «العيون» ما قاله أبو يوسف حسن دفعا للضرر فاخترناه للفتوى، وفي رهن «الجوهرة» علم لها قبل الإنفاق وأخذ بدلها كان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف، ولو كان له درهم فأعطاه درهمين صغيرين وزنهما

وإن أفرخ طير أو باض أو تكنس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذه.....

درهم جاز، ويجبر على القبض ولو كان له دينار فأعطاه دينارين وزنهما دينار لم يجبر. وفي «النهاية» عن «الأجناس» اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد قال أبو حنيفة: لا يحنث، وقال أبو يوسف: يحنث انتهى، ولعل وجه قوله إن المتبادر من حلفه أنه اشترى بجياد أنه أنقد منها إلا أنه عقد عليها فقط كما هو وجه قول الإمام، وفي صرف «الذخيرة» قال الإمام: والثاني لا بأس ببيع المغشوش إذا بين أو كان ظاهراً يرى وقال في رجل معه وضية نحاس: لا يبيعهما حتى يبين ولا بأس أن يشتري سوقة إذا بين وأرى أن للسلطان أن يكسرها لعلها تقع في أيدي من لا يبين وكل شيء لا يجوز فإنه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه إذا أنفق وهو يعرفه.

(وإن أفرخ طير) أي: أخرج فرخه من بيضة (أو باض أو تكنس ظبي)، قال في «المغرب»: كنس الظبي دخل في الكناس كنوساً من باب طلب، وتكنس مثله ومنه الصيد إذا تكنس (في أرض رجل) أي: استتر، ويروى تكسر وانكسر انتهى. وفي «المصباح» الكناسة بالكسر بيته وفي الفتح تكسر أي: وقع فيها فتكسر وتحرز به عما لو كسره رجل فيها (فإنه) لذلك الرجل لا للأخذ ولا يختص بصاحب الأرض في أرض رجل أو في داره أو من أخذه لأنه مباح سبقت يده إليه ولأنه صيد، وإن كان يؤخذ بلا حيلة، والصيد (لمن أخذه)، كما في الحديث والبيض أصل الصيد ملحق به وجواب المسألة مقيدة بقيدتين، أن لا يكون صاحب الأرض هيأ أرضه لذلك، فإن هيأها له كان له لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد، ألا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد لا يملكه؟ وعلى هذا لو دخل صيد داره أو وقع النثار في ثوبه بخلاف معسل النحل في أرضه حيث يملكه، وإن لم يهيئ أرضه لذلك لأنه من إنزالها، والثاني: أن يكون بعيداً من الصيد، فإن قرب منه بحيث يقدر على أخذه كان لصاحب الأرض لأنه صار آخذاً له بتقدير التمكنة من الأخذ حقيقة، كذا في «شرح الطحاوي» و«الذخيرة».

وفي «فتح القدير»: وهو ظاهر في أن غيره لو أخذه بأن سبقت يده إليه لا يملكه، وبه صرح في «المنتقى» حيث قال: لو نصب حباله فوقع فيها صيداً فاضطرب وأقفلت فأخذه غيره فهو له جاء صاحب الحباله ليأخذه فلما دنا منه بحيث يقدر عليه أخذه انفلت فأخذه غيره فهو لصاحب الحباله، والفرق أن صاحب الحباله فيهما وإن صار آخذاً له إلا أنه / في الأول بطل الأخذ قبل توكده، وفي الثاني بعد تأكده وكذلك صيد البازي والكلب إذا انفلت فهو على هذا التفصيل.

وفي «الأصل»: إذا رمى صيداً فصرعه فاشتد رجل فأخذه فهو لمن رماه لأنه لما

ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع.....

رماه صار آخذاً له فصار ملكاً، ولو أثنى صيداً بحيث لا يستطيع براحاً فقتله آخر فالصيد للأول، وإن كان يطير مع أصحابه من السهم الأول فرماه الثاني فقتله فهو أحق به، ولو أرسل كلبه على صيد فاتبعه الكلب حتى أدخله أرض رجل أو داره كان لصاحب الكلب، وكذا لو اشتد على صيد حتى أخرجه فأدخله دار إنسان فهو له.

قال في «الفتح»: ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حظيرة فدخل الماء والسّمك ملكه، ولو اتخذها لحاجة أخرى فمن أخذ السمك فهو له، وكذا في حفر الحفيرة إن حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فلأخذ، وكذا صوف وضع على سطح بيت فانبل بالمطر فعصره رجل، فإن كان وضعه للماء فهو لصاحبه وإلا فالماء للأخذ (ما يبطل بالشرط الفاسد، ولا يصح تعليقه بالشرط البيع) لأن مبادلة مال بمال وكل ما كان كذلك لا يصح تعليقه بالشرط، وأيضاً التعليق بالشرط لا يجوز فيما هو في التملكيات، ويجوز فيما هو من الإسقاطات أو من الإطلاق والولايات أطلق الشرط وهو مقيد، كما في الشرط بأن يكون بكلمة إن كان يقول: بعث منك هذا إن كان كذا فيبطل البيع سواء كان الشرط نافعاً أو ضاراً إلا في صورة واحدة هي أن يقول: بعث منك هذا إن رضي فلان به فيجوز إذا كان وقته بثلاثة أيام لأن اشتراط الخيار للأجنبي جائز.

أقول: وهذا يفيد أن المعلق إنما هو لزوم البيع برضى فلان وفي «جامع الفصولين» لو قال: بعث منك بكذا إن شئت فقال: قبلت تم البيع انتهى. قال الشر: وإن بكلمة على فإن كان مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر وجري التعامل به كما إذا شرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل والخيار لا يفسد، ويجوز الشرط وكذا لو اشترى النعل على أن يحذوه البائع وإن انتهى ذلك فإن كان فيه منفعة لأهل الاستحقاق فسد وإلا فلا.

وفي «جامع الفصولين» تعليق القبول بالبيع بعدما أوجب الآخر، كما إذا قال: إن أدبت ثمن هذا فقد بعث منك يصح البيع استحساناً إن دفع الثمن إليه، وقيل: هذا خلاف ظاهر الرواية والصحيح أنه لا يجوز انتهى. وفي بيوع «الذخيرة» اشترى حطباً في قرية شراء صحيحاً وقال: موصولاً بالشراء من غير شرط في الشراء أحمله إلى منزلي لا يفسد العقد لأنه ليس بشرط في البيع بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع فلا يوجب فساده.

قال في «البحر»: وعلى هذا لو استأجر أرضاً للزراعة ثم قال بعد تمامها: إن الحرث على المستأجر لا يفسد انتهى. والذي ينبغي حمل ما في «الذخيرة» على

والقسمة والإجارة والإجازة.....

إحدى الروایتین مع أنهما لو ألحقا به شرطاً فاسداً لا يلحق وعلى أنه لا يلحق هي مجرد وعد لا يلزم الوفاء به والله الموفق.

(القسمة) لأن فيها معنى المبادلة فصارت كالبيع فإذا قسموا التركة عيناً ودينياً وشرطوا أن يكون الدين لأحدهم والعين للباقيين فسدت، قال العيني: فهو رهن تعليقها بالشرط بأن اقتسموا الدار وشرطوا فيها رضى فلان فهذا فاسد أيضاً، فإن قلت: مقتضى ما مر قريباً منه لو وقته أعني رضى فلان بثلاثة أيام أن يصح كالبيع ويكون اشتراطاً للخيار فيها، وقد مر في المنظوم أنه يدخل فيها.

قلت: دخوله فيها ليس مطلقاً بل فيه تفصيل نبه عليه الولوالجي حيث قال: وأما خيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة لا جبر فيها على الأبوي وهو القسمة في الأجناس المختلفة، وأما في قسمة يجبر الأبوي عليها كالقسمة في ذوات الأمثال في الجنس الواحد فإنه لا يثبت انتهى. وذكر لفسادها بالشرط فروع فلتراجع (والإجارة) لأن فيها تملك المنفعة والأجرة، فإذا أجره داره على أن يطينها أو مرمها أو إدخال جذع فيها على المستأجر فسدت، وكذا لو استأجر حانوتاً احترق على أن يعمره ويحسب ما ينفقه من الأجرة لأن اشتراط العمارة على المستأجر يفسد العقد فعليه أجر المثل وله ما أنفقه، ومن صور فسادهما ما لو قال: على أن تردها على مكروية أطلقه في «الكافي»، والصحيح أنه إن شرطه في المدة فسدت وإلا بأن قال: أجرتك بكذا على أن تكرمها بعد المدة فتردها مكروية لا يفسد، وإن قال: على أن تكرمها في المدة فهي فاسدة، كذا في «الولوالجية» وصورة تعليقها ما لو أجرها له إن قدم زيد.

أقول: ويستثنى من تعليقها مسألة في «العمادية» هي ما لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك داري هذه بكذا فإنه يجوز، وإن كان فيه تعليق وعليه الفتوى وهو قول الفقيه أبي الليث وأبي بكر الإسكافي واختاره صاحب «المحيط» وقال الصفار: لا تصلح للتعليق وعليه إطلاق المص وصرحوا بأنه لو قال الغاصب داره فرغها وإلا فأجر كل شهر كذا فسكت ولم يفرغ وجب المسمى.

قال في «البحر»: وهذا / ينبغي أن يستثنى من عدم صحة تعليقها فإن في هذه الصورة تعليقاً بعدم التفرغ، (والإجارة) بالمعجزة بأن باع فضولي عبده فقال أجرته بشرط أن تقرضني أو يهدى إلي أو علق إجازته بشرط لأن الإجارة بيع معنى قاله العيني، وهذا يفيد أن ال في الإجارة بدل عن المضاف إليه.

ولذا قال في «الدرر»: والبيع وإجازته إلا أن الظاهر عدم قصرها على ذلك بل كل ما لا يصح تعليقه بالشرط لا يصح تعليق إجازته ويدل على ذلك ما في

والرجعة والصلح عن مال .....

«البزازية» وتعليق الإجازة بالشرط باطل كقوله: إن زاد فلان في الثمن فقد أجرت، ولو زوج بنته البالغة بلا رضاها فبلغها الخبر فقالت: أجزت إن رضيت أمي بطلت الإجازة إذ التعليق يبطل الإجازة اعتباراً بابتداء العقد (والرجعة) بأن قال لمطلقته الرجعية: راجعتك على أن تقرضيني كذا، وإن قدم زيد لأنها استدامة الملك فتكون معتبرة بابتدائه وكما لا يجوز تعليق ابتدائه، فكذا لا يجوز تعليقها أيضاً كذا ذكر العيني .

قال في «البحر»: وهو سهو ظاهر وخطأ صريح فسيأتي قريباً أن النكاح لا يبطل الشرط الفاسد، فكيف يصح أن يقال: إنها تبطل الشرط الفاسد؟ وأصل النكاح لا يبطل به والمذكور في «الظهيرية» و«التارخانية» و«الجوهرة» و«البدائع» أنه لا يصح تعليقها بالشرط والمص لم ينفرد بذلك بل جرى على ذلك في «الخلاصة» و«البزازية» و«العمادية» وابن قاضي سماونة و«فتح القدير» ولم أر أحداً نبه على ذلك وقد كنت توقفت في تخطئة هؤلاء ثم جزمت بها، وكان يجب أن تذكر الرجعة مع النكاح في القسم الثاني، ومما يدل على بطلان قول المص ومن وافقه ما في «البدائع» من الرجعة أنها تصح مع الإكراه والهزل واللعب والخطأ كالنكاح، ولو بطلت بالشرط الفاسد لما صحت مع الهزل لأن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة، وما لا يصح تبطله الشروط الفاسدة كما ذكره الأصوليون في بحث الهزل انتهى .

وأقول: أما كون ما قاله العيني سهو وخطأ فممنوع إن ما ذكره من التوجيه مأخوذ مما في «الشرح» وهو توجيه صحيح لعدم صحة تعليقها كما أن النكاح كذلك، وأما بطلانها بالشرط فمسكوت عن توجيهه وحيث ذكر الثقات بطلانها بالشرط لم يبق الشأن إلا في السبب الداعي للتفرقة بينها وبين النكاح وكأنه لأنها فارقت كما مر في أنه لا يشترط لها شهود ولا يجب بها عوض مالي ولا أن يراجع الأمة على الحرة التي تزوجها بعد طلاقها، وتبطل بالشرط الفاسد بخلاف النكاح (والصلح عن مال) بمال لأنه معاوضة مال بمال، كذا في «السراج» وهذا يقتضي تخصيص المسألة بما إذا كان بيعاً، وقرر في الصلح بأنه إنما يكون إذا كان عن مال بمال على خلاف الجنس، وإن كان على جنسه فإن كان أقل من المدعى به كان خطأ وإبراء، وإن بمثله كان قبضاً واستيفاءً وإن بأكثر منه كان ربا انتهى، وأراد بالبيع ما يعم الصرف، وكذا لو كان المدعى به ذهباً أو فضة فصالحه على جنسه لم يجز إلا مثلاً بمثل، واشترط التقابض، وإن على خلاف جنسه جاز التفاضل واشترط التقابض أيضاً إلا أن

والإبراء عن الدين وعزل الوكيل .....

الظاهر هو الإطلاق حتى لو كان عن سكوت أو إنكار كان فداء في حق المنكر كما سيأتي، ولا يجوز تعليقه .

وفي «البزازية» عليه ألف صالحه على مائة إلى شهر وعلى مائتين إن لم يعطه إلى شهر لا يصح لجهالة المحطوط لأنه على تقدير الإعطاء تسعمائة وعلى تقدير عدمه ثمان مائة انتهى، وهذا يؤيد الإطلاق (والإبراء عن الدين) لأنه تملك من وجه حتى يرتد بالرد وإن كان فيه معنى الإسقاط، ويكون معتبراً بالتمليكات فلا يجوز تعليقه، ومن فروع المسألة ما في «المبسوط» قال الطالب لمديونه: إن حلفت فأنت بريء كان باطلاً لأن هذا تعليق البراءة بخاطر وهي لا تحتمل التعليق، ويستثنى من ذلك ما إذا علقه بالموت لإخراجه مخرج الوصية وعلى ذلك تفرع ما في «الخانبة» قال لمديونه: إذا مت فأنت بريء من الدين جاز وتكون وصية من الطالب .

ولو قال: إن مت يعني بفتح التاء فأنت بريء من ذلك الدين لا يبرأ وهذا مخاطرة كقوله: إن دخلت الدار فأنت بريء مما لي عليك لا يبرأ ولو قالت المريضة لزوجها: إن مت من مرضي هذا فأنت في حل من مهري فماتت كان مهرها عليه انتهى . وكان ينبغي أن يقال: إن أجازه الورثة يصح لأن المانع من صحة الوصية كونه وارثاً ويستثنى أيضاً ما إذا علقه بأمر كائن كقوله: إن كانت الشمس طالعة فأنت بريء من الدين لقولهم: إن التعليق تنجيز ويشهد له في «البزازية» قال لمديونه: دفعت إلى فلان فقال: إن كنت دفعت إليه فقد أبرأتك صح لأنه تعليق بأمر كائن انتهى، وما إذا كان الشرط متعارفاً ومنه ما في «القنية» أبرأته مطلقته بشرط الإمهار صح التعليق لأنه متعارف، وتعليق الإبراء بشرط متعارف جائز فإن قبل الإمهار وهو أن يمهرها فأبت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ لفوات الإمهار الصحيح، ولو أبرأته المبتوتة بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة لا يبرأ بدون الشرط .

واعلم أنه سيأتي في الصلح أنه لو كان له عليه ألف فقال: أد إليّ غداً نصفه على أنك بريء من الفضل / ففعل برئ، ولو قال: إن أو إذا أو متى أديت لا يصح وفرق الشر بينهما بأنه في الأول لم يعلق البراءة بصريح الشرط وإنما أتى بالتقييد، وفي الثاني بصريحه وهي لا تحتمل التعليق بالشرط وببقية تفاريعها ستأتي إن شاء الله تعالى .

(وعزل الوكيل) به بأن قال لو كيلاه: عزلتك على أن تهدي إلي شيئاً أو إن قدم زيد علل الشر بأنه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه وهذا أعني عدم جواز تعليقه بالشرط هو إحدى الروايتين وفي رواية السرخسي يجوز، قال في «البحر»: وعندني أن

والاعتكاف والمزارة والمعاملة.....

كونه يبطل بالشرط الفاسد خطأ وأنه يجب أن يذكر في القسم الثاني لأنه إنما يبطل به ما كان من باب التملك والعزل ليس منه وهذا هو الحق انتهى .

أقول: وما مر من الأصل الثاني يؤيد ما قاله السرخسي (والاعتكاف) أي: إيجابه كقوله: علي أن أعتكف إن شفى الله مريضتي، وإن قدم زيد وهذا ينافي ما مر في الاعتكاف من صحة تعليق المنذور منه بل في «الخانية» ما يفيد الإجماع عليه حيث قال: أجمعوا على أن النذر لو كان معلقاً بأن قال إن قدم غائبي أو شفى الله مريضتي فله علي أن أعتكف شهراً فعجل شهراً قبل ذلك لم يجز.

وفي «القنية» قال: لله علي اعتكاف شهر إن دخلت الدار ثم دخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا، وإذا صح تعليقه يبطل بالشرط الفاسد قال في «جامع الفصولين»: ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطل بالشرط الفاسد، كذا في «البحر» وفيه هذا هو الموضوع الثالث مما أخطؤوا فيه في بيان ما لا يصح تعليقه، والخطأ هنا أقبح من الأولين وأفحش لكثير الصرائح بصحة تعليقه والعجب من كونهم تداولوا هذه العبارات متوناً وشروحاً وفتاوى ولم ينبهوا على ما اشتملت عليه من الخطأ، ولا عيب بذلك على المذهب لأن ضابطه محمد بن الحسن لم يذكر جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط، وما يصح على هذا الوجه ويرحم الله صاحب «الهداية» لم يلتفت إلى جمع هذه الأشياء وهو دليل على كمال ضبطه ولو حذفها المص لكان أولى .

وأقول: تعقبه بعض أهل العصر بأن ما هنا في تعليق الاعتكاف لا في تعليق النذر فيه وهو مردود بما في هبة «النهاية» جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ثلاثة عشر موضعاً وعد منها تعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط، ويمكن أن يجاب عنه بأن يكون معناه ما إذا قال: أوجبت علي الاعتكاف إن قدم زيد لكنه بخلاف الظاهر فتدبره، وعلى كل تقدير فالتأدب مع ساداتنا الأعلام وحسن الظن بهم واجب بلا كلام، والحق أن كلامهم هنا محمول على رواية في الاعتكاف وإن كانت الأخرى هي التي عليها الأكثر، وكون محمد لم يذكرها مجموعة لا يقدح في ثبوت كل فرد منها لذكره لها متفرقة والعذر لصاحب «الهداية» حيث لم يذكرها مجموعة أنه التزم الجمع بين القدوري و«الجامع الصغير»، وليس فيهما ذلك ومن ثم حذفها في «المجمع» لالتزامه المنظومة والقدوري (والمزارة والمعاملة) يعني المساقاة لأنها إجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط الفاسد، ولا يجوز تعليقهما بالشرط كما لو قال: زارعتك أرضي أو ساقيتك كرمي علي أن تقرضني ألفاً، وإن قدم زيد وقبل الآخر ولو تعاقدنا عقد المزارة على أن يكون الحصاد أو الدياس على

## والإقرار والوقف والتحكيم

أحدهما فسدت فهذا في الشرط النافع لأحدهما، ولو شرطاً ما لا ينفع كما لو شرطاً أن لا يسقي أحدهما حصته لا تفسد، ولو أبطل الشرط المفسد فإن في صلب العقد لا ينقلب جائزاً وإلا عاد جائزاً، كذا في «البنزائية»، (والإقرار) لأنه ليس مما يحلف به فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما إذا علق الإقرار بموته أو بمجيء الوقت، فإنه يجوز ويحمل على أنه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود ودعوى الأجل فيلزمه للحال، كذا في «الشرح».

وفي «العمادية» له علي ألف إن مت لزمه الألف عاش أو مات، ومن فروع المسألة ما في «المبسوط» ادعى عليه مالا فقال المطلوب إن لم أتك غداً فهو علي لم يلزمه إن لم يأت به غداً لأن تعليق الإقرار بالشرط باطل، وفيه في باب اليمين والإقرار لفلان علي ألف درهم إن حلف أو على أن يحلف أو إذا حلف أو متى حلف أو حين حلف أو مع يمينه أو في يمينه أو بعد يمينه فحلف فلان وجحد المقر المال لم يؤخذ بالمال لأن التعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إقرار.

قال في «البحر»: وظاهر إطلاق المص يعم الطلاق والعتاق، فلو قال: إن دخلت الدار فأنا مقر بطلاقها أو بعته لم يصح ويدل على ذلك ما مر من أنه لو أكره على إنشاء الطلاق والعتاق وقع، ولو على الإقرار به فأقر لم يقع، واعلم أن الشرح حكى في كتاب الإقرار عن «النهاية»: أن الإقرار المعلق باطل، وعن «المحيط» أنه صحيح ويبطل الشرط، ونقل عن «المبسوط» ما يشهد لما في «المحيط» وهو مخالف لما هنا.

قال في «البحر»: والحق تضعيفه لتصريحهم هنا بأن الإقرار لا يصح تعليقه وأنه يبطل بالشرط الفاسد وأنت خير / بأن هذا يلزمه في عزل الوكيل والاعتكاف [١/٤٠٨] (والوقف) لأنه ليس مما يحلف به فلو قال: إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفاً لأن شرطه أن يكون منجزاً، جزم به في وقف «فتح القدير» و«الإسعاف» حيث قال: لو قال إذا جاء غداً أو رأس الشهر وإذا كلمت فلانا أو إذا تزوجت فلانة فأرضي صدقة موقوفة يكون باطلاً لأنه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر، وفيه أيضاً وقف أرضه على أن له أصلها أو على أن لا يزول ملكه عنها أو على أن يبيع أصلها أو يتصدق بثلثها كان الوقف باطلاً، وحكى في «البنزائية» وغيرها أن عدم صحة تعليقه رواية، والظاهر ضعفها لجزم المص وغيره بها (والتحكيم) كما إذا قال المحكمان لعبد: إذا اعتقت فأحكم بيننا لأنه تولية صورة، وصح معنى إذ لا يصار إليه إلا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فبالاعتبار الأول يصح تعليقه، وبالاعتبار الثاني لا يصح فلا يصح بالشك، وهذا قول أبي يوسف قال

وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والإيضاء والوصية والشركة والمضاربة.....

في قضاء «الخانية»: وعليه الفتوى، وقال محمد: يصح تعليقه لأنه تفويض وتولية فصار كالوكالة وبقي إبطال الأجل.

قال في «البرازية»: إنه يبطل بالشرط الفاسد (وما لا يبطل بالشرط) لكونه ليس بمعارضة مالية القرض كأقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهراً، وفي «البرازية» وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم انتهى، وهو محمول على ما لو علقه بشرط فيه منفعة للمقرض لنهيهِ ﷺ عن قرض جر<sup>(١)</sup>، والذي في «الخلاصة» عن كفالة «الأصل» (والقرض) بالشرط حرام انتهى، (والهبة والصدقة) كوهبتك هذه المائة أو تصدقت عليك بها على أن تخدمني سنة، (والنكاح) كتزوجتك على أن لا مهر علي أو على أنني بالخيار أو إن أجاز أبي أو أرضى فقالت: قبلت لا يصح لأنه تعليق والنكاح لا يحتمله، كذا في «الخانية».

قال في «الظهيرية»: فلو كان الأب حاضراً فقبل في المجلس جاز، وهو مشكل والحق ما في «الخانية» (والطلاق) كطلقتك على أن لا تتزوجي بفلان، (والخلع والعتاق) كخالعتك وأعتقتك على أنني بالخيار على ما مر (والرهن) كما إذا قال: أخذته رهناً على أنه إن ضاع ضاع بغير شيء فقال الراهن: نعم صح، وبطل الشرط وكذا لو قال: أوفيتك متاعك إلى كذا وإلا فالرهن لك بمالك بطل الشرط وصح الرهن، كذا في رهن «البرازية» (والإيضاء) كقوله جعلتك وصياً على أن لك مائة درهم كان وصياً ولغي الشرط.

قال في «البرازية»: والمائة له وصية يعني إن قبلها كانت له وإلا لا والأولى ما صوره العيني وصيت إليك على أن تتزوج ابنتي إذ الكلام في الشرط الفاسد الذي لا يفسد العقد، وما هنا صحيح (والوصية) كأوصيت لك بثلاث مالي بشرط أن تزوج أبي بابنتك وقول العيني صورتها أوصيت لك بثلاث مالي إن رضي فلان ففيه نظر لأن هذا مثال تعليقيها بالشرط وليس الكلام فيه، كذا في «البحر».

(والشركة) كشاركتك على أن تهدي إلي كذا (والمضاربة) حتى لو دفع إليه ألفاً على أن يدفع رب المال إلى المضارب أرضاً يزرعها أو داراً يسكنها سنة بطل الشرط وجازت المضاربة، وكذا لو شرط أن تكون النفقة على المضارب إذا خرج إلى السفر، كذا في «البرازية» وفيها لو شرط من الربح عشرة دراهم فسدت لا لأنه شرط

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/٣٤)، والزيلعي في نصب الراية (٤/٦٠).

والقضاء والإمارة والكفالة والحوالة والوكالة والإقالة والكتابة وإذن العبد في التجارة.....

بل لقطع الشركة، ولو شرط المضارب لرب المال أن يدفع له أرضاً أو داراً فسدت أيضاً لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله أو أجره داره (والقضاء) كما إذا ولاه الخليفة بلدة، كذا على أن لا يعزل أبداً أو ولاه مؤبداً كان له عزله ولو بلا جناحة، وهل يشترط في صحة عزله كمدرس أبده السلطان أن يقول: رجعت عن التأييد أفتى بعضهم بذلك وعندي أن لا سلف له فيه ولا دليل يقتضيه لأنه حيث صح العزل كان إلغاء للتأييد سواء نص على إغائه أو لا.

(والإمارة) قال في «القاموس»: الأمر جمع أمور ومصدر أمر علينا مثلثة إذا ولي الاسم أمره بالكسر وقول الجوهري مصدر وهم، والمؤمر الملك كما لو قالوا: وليتك إمارة بلدة كذا على أن لا تركب قال في «البرازية»: ولو شرط عليه أن لا يرتشي ولا يشرب الخمر ولا يمثل قول أحد صح التقليد كما والشرط، ولو... (١) من ذلك انعزل لا يبطل قضاؤه فيما مضى، ولو شرط عليه أن لا يسمع قضية رجل بعينه صح الشرط ولا ينفذ قضاؤه في هذا الرجل.

(والكفالة) بأن قال: كفلت غريمك على أن تقرضني كذا، وفي «البرازية» لو قال: كفلت به على أي متى طولبت به فلي أجل شهر فإذا طالبه به فله أجل شهر من وقت المطالبة الأولى، فإذا تم الشهر من المطالبة الأولى لزم التسليم ولا تكون مطالبة الثانية تأجيلاً.

(والحوالة) بأن قال: أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع علي عند التواء وفي «البرازية» ومن صور فساد الحوالة ما إذا شرط أن يعطي المحتال من ثمن دار المحيل لأنه لا يقدر على الوفاء بما التزم / بخلاف ما لو التزم المحتال عليه الإعطاء من ثمن [ب/٤٠٨] دار نفسه لأنه قادر على بيع دار نفسه ولا يجبر على بيع داره، كما إذا كان قبولها بشرط الإعطاء عند الحصاد ولا يجبر على الآدمي قبل الأجل انتهى، وهذه ترد على إطلاق المص، وجوابه أن هذا في المحتال وعد وليس الكلام فيه.

(والوكالة) بأن قال: وكلتك على أن تبرئني مالك علي، (والإقالة) حتى لو تقايلا على أن يكون الثمن من الأول أو أقل صحت وكفى الشرط وقد مر في بابها، (والكتابة) بأن كاتبه على ألف بشرط أن لا يخرج من البلد، أو على أن لا يعامل فلاناً أو على أن يعمل في نوع من التجارة فتصح، ويبطل الشرط لأنه غير داخل في صلب العقد، فإن كان داخل فيه فسدت كالكتابة على خمر ونحوها قاله الشر، (وإذن العبد في التجارة) حتى لو أذنه على أن يتجر شهراً أو في كذا بطل الشرط، وكان الإذن علماً.

ودعوة الولد والصلح عن دم العمدة والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب أو بخيار الرؤية وعزل القاضي .

(ودعوة الولد) بأن قال لأمة بعدما ولدت : هذا الولد مني بشرط رضى زوجتي ، (والصلح عن دم العمدة) حتى لو صالح القاتل عمداً ولي المقتول على شيء بشرط أن يهبه شيئاً أو يقرضه بطل الشرط، وصح الصلح وسقط الدم (و) صلح (الجراحة) التي فيها القصاص حالاً أو مؤجلاً كذلك، (وعقد الذمة) بأن قال الإمام لحربي يريد الإقامة بدار فأضربت عليك الجزية على أن تهدي إلي هدية .

(و تعليق الرد بالعيب) بأن قال : إن لم أرد عليك الثوب المعيب اليوم عيناً أو رده عليك إن شاء فلان (و) تعليق الرد (بخيار) الشرط بأن قال من له الخيار في البيع أسقطت خيارى إن شاء فلان فإنه يصح البيع ويبطل الشرط قاله العيني، وعبارة «الخلاصة» أسقطت خيارى إذا جاء غد فيصح ما شرط، (وعزل القاضي) بأن قال الخليفة للقاضي : عزلتك عن القضاء إن شاء فلان .

تتمة: بقي مما لا يبطل بالشرط الفاسد الصلح عن جنابة الغصب والوديعة والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة وكره في آخرهبة «النهاية»، كذا في «الشرح» وقد أخل الشر بالحجر عن المأذون والنسب مع ذكر صاحب «النهاية» لهما في آخر الهبة أيضاً .

تكميل: بقي ما يجوز تعليقه وهو مختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق والالتزامات كذلك كالحج والصلاة والتوليات كالقضاء والإمارة، كذا في «الشرح». قال في «البحر»: وقد فاته الإذن في التجارة فإنه يصح تعليقه بالشرط كما في «الخانية» والإسلام فإنه يصح تعليقه أيضاً كما في «فتاوى قارئ الهداية»، والهبة فإنه يصح تعليقها لكن بشرط ملائم كوهبتك على أن تقرضني كذا في «جامع الفصلين» وكذا الكفالة فإنه يصح تعليقها بملائم أيضاً كما مر فيها . وفي «البيزانية» تعليق تسليم الشفعة بالشرط جائز نحو إن كنت اشتريت سلمت وقد ذكر المص في آخر الإجارة ما يجوز إضافته وهو أربعة عشر موضعاً، وما لا يجوز وهو عشرة وعدها الشر هنا ولم يعدها استغناء بمراجعة الكتاب والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب .

## كتاب الصرف

هو بيع بعض الأثمان ببعض.....

## كتاب الصرف

آخره لقلة وجوده بكثرة قيوده وأيضاً لما كان عقداً على الأثمان والثلثين في الجملة تبعاً لما هو المقصود من البيع آخر عن البيع المتضمنة للمقاصد الأصلية، أعني المبيعات، وهو لغة: إمّا النقل ومنه قوله في دعاء الاستخارة فاصرفه عني ولا شك أن نقل كل من البديلين عن مالكة إلى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان في المسمى معنى اللغة فسمي باسم ذلك المعنى المشروط فيه، أو الزيادة لأنه لا يطلب منه إلا رهن إذ لا ينتفع بعينه والزيادة تسمى صرفاً لغة، ومنه سميت النافلة صرفاً في قوله عليه الصلاة والسلام: «من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً»<sup>(١)</sup> أي: لا نفلاً ولا فرضاً، كذا في «الهداية».

ولا شك في مناسبة تسميته عدلاً لأنه أداء للحق المستحق عليه، واعترض بأنه فسر في «الفائق»...<sup>(٢)</sup> حديث المدينة «من أحدث فيها حدثاً أو آوى فيها محدثاً فعليه لعنة الله لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً»<sup>(٣)</sup> الصرف بالتوبة لأنه صرف النفس عن الفجور إلى البر، والعدل بالفدية من المعادلة لأنه يعادل نفسه، والمراد بمن أحدث الحدث فعل ما يوجب الحد. وأجيب بأن أهل اللغة اختلفوا في ذلك فذكر في «الجوهر» وغيرها كما في «الهداية» فلا اعتراض مع أنه الأنسب، كذا في «الفتح» والقولان حكاهما في «القاموس».

وأقول: وجود المعنيين لغة ثابت، غير أنه إنما اختلف التفسير إعطاء الكل مقام ما يناسبه وهذا لأن الجزاء بحسب الجنائية من أحدث بالمدينة حدثاً أغلظ بدليل قرانه باللعن ناسب أن يفسر الصرف والعدل بما في «الفائق» فلا اختلاف حينئذ كما توهم، وشرعاً: ما أفاده بقوله (هو بيع بعض) بجنس (الأثمان ببعض)، وهذا المضاف لا بد منه ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فإنه سبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمناً صريحاً، ولذا يتعين في العقد ومع ذلك هو صرف ولم يقل من جنس واحد لأن اتحادهما جنساً ليس شرطاً، وشرطه / تقابض البديلين قبل

(١) أخرج نحوه الترمذي في سننه (٢١٢١).

(٢) بياض في الأصل.

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط (٦٦٠٧) (٣٥٦/٦).

فلو تجانسا شرط التماثل والتقاضى، وإن اختلفا جودة وصياغة.....

الافتراق وإن اختلف الجنس، ولذا لم يصح فيه أجل ولا خيار بشرط لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على القولين وذلك يخل بتمام القبض وهو ما يحصل به التعيين، فإذا سقط الأجل والخيار في المجلس صح بخلاف خيار الرؤية والعيب، إلا أنه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لأن العقد ينعقد على مثلهما لا عينهما بخلاف الأواني والحلي، وبهذا عرف أنه لا حاجة بجعلهما، أعني إسقاط الأجل وخيار الشرط شرطين على حدة كما جرى عليه في «البحر» تبعاً «للنهاية» وغيرها لأن شرط التقاضى يغني عن ذلك، نعم بقي شرط آخر وهو التساوي عند اتحاد الجنس وإلى هذين الشرطين أشار المص بقوله: (فلو تجانسا)، أي: الثمنان كالذهب والفضة بمثلهما (شرط التماثل) أي: التساوي وزناً (والتقاضى) قبل افتراق العاقدين بأبدانهام والتقييد بالعاقدين يعم المالكين والنائبين، وتقييد الفرق بالأبدان يفيد عموم اعتبار المجلس ومن ثم قالوا: إنه لا يبطل بما يدل على الإعراض، ولو سار فرسخاً ولم يتفرق صح وقد اعتبروا المجلس في مسألة هي ما لو قال الأب اشهدوا أنني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل، كذا عن محمد لأنه لا يمكن اعتبار المتفرق بالأبدان هنا فاعتبر المجلس، كذا في «البدائع».

وفي «الذخيرة» وكّل وكيلين تصارفاً ثم ذهب أحدهما قبل القبض وقبل الآخر بطل حصة الغائب، كالمالكين إذا قبض أحدهما دون الآخر لم يجز، ونبه بقوله شرط التماثل أنه لو زاد أحدهما بعد التفرق أو حط شيئاً من الجنس فسد عند الإمام وقال أبو يوسف: لا يفسد وهما باطلان ووافق محمد في الزيادة وجوز الحط كالهبة المستقلة، ومبنى الخلاف على أن الشرط الفاسد يلتحق بأصل العقد عنده خلافاً لهما وأجمعوا على أن الزيادة والحط لو كانا من غير الجنس لم يفسد، ويشترط في لزوم الزيادة قبضها قبل الافتراق، كذا في «البدائع»، وفيها لو استحق أحد بدلي الصرف بعد الافتراق، فإن أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن العاقد وهو هالك جاز، وإن استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل، (وإن اختلفا) أي: المجانسان (جودة).

قال في «القاموس»: جاد يجرود جودة صار جيداً (أو صياغة) بكسر حرفة لخبر مسلم وغيره: «الذهب بالفضة والفضة بالفضة مثلاً بمثل سواء بسواء، فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»<sup>(١)</sup> وانتصابه بعامل مقدر وهو يبيعوا

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٧)، وأحمد في مسنده (٢٢٧٧٩).

وإلا شرط التقابض.....

الذهب بالفضة بدلالة الباء فإنها تقتضي فعلاً يلتصق بواسطتها بما دخلت فيه، وهاهنا ذكرت في المبادلة فناسب كونه بيعوا ويجوز رفعه أي بيع الذهب .

قال في «الفتح»: والأولى أن يجعل عامله متعلق المجرور أي يباع الذهب بالفضة وقال الطيبي: الذهب يباع بالذهب مثلاً بمثل وانتصاب مثلاً وسواء على الحال والعامل فيه على النصب هو ما اقتضاه الجار من معنى الفعل وهو بيعوا كما مر، وعلى الرفع هو بيع أي مماثلاً وسواء بسواء ويباع بعد إسقاط الصنعة بالأثمان، لأنه لو باع إناء نحاس بمثله وأحدهما أثقل من الآخر جاز مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوبية أيضاً لأن صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا تتغير بالصنعة، ولا يخرج عن كونه موزوناً بتعارف جعله عددياً لو تعورف ذلك بخلاف غيرها فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزوناً بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع كذا في «الفتح» حتى لو تعارفوا بيع هذه الأواني بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعها بجنسها إلا متساوياً، كذا في «الذخيرة» .

واعلم أنه بشروط العلم بالمماثلة حتى لو تباعا إناء بإناء مجازفة ولم يعلما كميتها وكانا في نفس الأمر متساويين لم يجز لأن الشبهة هنا تقوم مقام الحقيقة ولو وزنا في المجلس فظهر متساويين يجوز استحساناً كان هذا العقد إنشاءً لأن ساعته كساعات واحدة، واختلف في التقابض هل هو بشرط البقاء على الصحة أو ابتداء الصحة؟ والمختار هو الأول وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفاً عند الإمام ولا يفسد على القول الأصح، كذا في «فتح القدير» . (وإلا) أي: وإن لم يتجانسا (شرط التقابض) يعني قبض البدلين باليد لما روينا ولا يكتفى فيه بالتخلية، كما في «فوائد القدوري» قيد بالنقدين لأنه لو باع أحدهما بفلوس شرط قبض أحد البدلين، كما في «الذخيرة» .

وفي «البيزانية» اشترى فلوساً بدرهم ولم تكن الفلوس حاضرة عند بائعها جاز ثم قال: لو اشترى مائة درهم بفلس يكفي التقابض من أحد الجانبين فإن قلت: هذا مناف لما في «فتاوى قارئ الهداية» أنه سئل هل يجوز بيع مثقال من الذهب بقنطار من الفلوس نسيئة أم لا؟ أجاب لا يجوز بيع الفلوس إلى أجل بذهب أو فضة لأن علماءنا نصوا على أنه لا يجوز / إسلام موزون إلا إذا كان الموزون المسلم فيه مبيعاً [ب/٤٠٩] كزعفران ونحوه ليست من المبيعات بل صارت أثماناً انتهى .

قلت: لا منافاة بينهما لاختلاف الموضوع وذلك أنه عروض شبهت بالثمن، فبالنظر إلى الأول يكتفى بقبض أحد البدلين، وبالنظر إلى الثاني لا يصح السلم فيها

فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح إن تقابضا في المجلس ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فإن باع ديناراً بدراهم واشترى بها ثوباً فسد بيع الثوب ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بالفين.....

وزناً فتدبره، وفيها غصب قلباً من أحد النقدين ثم استهلكه فعليه ثمنه مصوغاً من خلاف جنسه، فإن تفرقا قبل قبض القيمة جاز عندنا خلافاً لزفر لأنه صرف وعندنا هو صرف حكماً للضمان لا مقصوداً فلا يشترط فيه القبض، ولو اشترى المودع الودیعة بخلاف جنسها وتفرقا قبل أن يحدد المودع قبضاً في الودیعة بطل الصرف، بخلاف المغصوبة لأن قبض الصرف ينوب عن قبض الشراء بخلاف الودیعة (فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح) البيع (إن تقابضا في المجلس) لوجود القبض المستحق عليه دون التماثل قيد باختلاف الجنس لأنه مع اتحاده لا يصح البيع مجازفة إلا أن يعلم التساوي في المجلس وقد مر (ولا يصح التصرف قبل قبضه) هذا يعم البدلين لأن كلا منهما ثمن فلا يصح التصرف فيه بهبة ولا صدقة ولا بيع حتى لو وهبه البدل أو تصدق أو أبراه منه وقبل بطل الصرف وإلا لا، (فلو باع ديناراً بعشرة واشترى بها ثوباً فسد بيع الثوب) والصرف على حاله لأن القبض مستحق بالعقد حقاً لله تعالى في تجويزه فواته وكان ينبغي أن تجوز العقد في الثوب كما قال لأن الدراهم لا تتعين فينصرف فيها العقد إلى مطلقها.

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع وبيع المبيع قبل قبضه لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه، كذا في «الهداية» ولا يخفى أن زفر إنما قال: يجوز البيع بناء على عدم تعيين بدل الصرف ثمناً فجاز أن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فإذا قال بصحة هذا البيع لما قلنا كان بالضرورة قائلاً بأن البيع انعقد موجباً دفع مثله وتكون تسميته بدل الصرف تقديراً للثمن، سواء سميته مبيعاً أو ثمناً لأنه إنما يلزم بيع المبيع قبل قبضه إذا لزم بتسميته بعينه وليس هنا هكذا وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقاً كما هو المذهب مشكل هذا حاصل ما في «فتح القدير»، وفيه ترجيح لقول زفر ودفعه في «البحر» بما لا يصلح دفعاً حذفنا مخافة الإطالة بلا فائدة نعم قوله إنما يلزم حينئذ حيز المنع إذ المسلم فيه كذلك، وفي «الحواشي السعدية»: كون مبيعاً في باب الصرف ثبت ضرورة فلا يعتبر جعله مبيعاً فيما إذا حصل في مقابلة الثوب كما لا يخفى يؤيد ذلك ما سيجيء في بيع الدراهم الغالية الغش بمثلها متفاضلاً حيث شرط القبض في المجلس انتهى، ولا خلاف أن بدل الصرف إذا كان متعيناً كالمصوغ والتبر لا يجوز التصرف فيه (ولو باع أمة مع طوق) في عنقها حاصل هذه المسائل أن

ونقد من الثمن ألفاً فهو ثمن الطوق، وإن اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالألف ثمن الطوق وإن باع سيفاً حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها، وإن لم يبين أو قال من ثمنهما ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها إن تخلص بلا ضرر وإلا بطلاً.....

الجمع بين النقود وغيرها في المبيع لا يخرج النقود عن كونها صرفاً بما يقابلها (من الثمن ألفاً) ثم افترقا (فهو) أي: المنقود (ثمن الطوق) فإن لم ينص الدافع عليه تحريماً للجواز بتحكيم ظاهر حالهما، وكذا لو قال: خذه منهما كما سيأتي لأن المستثنى قد يراد به الواحد أيضاً بخلاف ما لو قال من ثمن الجارية لأن هذا الظاهر عارضه الصريح، وظاهر أن المعول عليه عند المقابلة بالجنس إنما هو القدر لا القيمة وحينئذٍ فلا حاجة إلى بيان الطوق كما لا حاجة إلى بيان قيمة الجارية قدر الطوق مقابل به والباقي بالجارية.

قلت: قيمتها أو كثرت ففي عبارته مسامحة ظاهرة نبه عليها الشارح نعم إذا قدر أن الثمن بخلاف جنس الطوق فبيان قيمتها يفيد أن الثمن ينقسم عليها على قدر قيمتها، وكون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل إذا بيع نقد مع غيره بنقد في جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه فلو قال: مع طوق زنته ألفاً بألف ومائة لكان أولى لكن قال في «الفتح»: وفي جعل الطوق ألف مثقال إفراط في التصور لأنه عشرة أرتال مضروبة ووضع هذا المقدار في العنق فيه نوع تعذيب (ومن باع سيفاً) جمع على أسياف وسيوف وأسياف وأسمائه تنيف على الألف، كذا في «القاموس» (حليته خمسون) درهماً (بمائة) والحلية الزينة من ذهب أو فضة يقال حلية السيف والسرج وغيره (ونقد) من الثمن (خمسين فهو) أي: المنقود (حصتها وإن لم يبين) المشتري أنه حصتها لما قلنا (أو قال) المشتري: خذ الخمسين (من ثمنها) لما مر من أن المثني يراد به الواحد (ولو افترقا) أي: المتعاقدان (بلا قبض صح) البيع (في) حصة (السيف) لعدم اشتراط قبض ثمنه (إن تخلص السيف بلا ضرر) لأنه حينئذٍ يقدر على تسليمه كبيع الجارية مع الطوق (وإلا) وإن لم يتخلص إلا بضرر (بطلاً) / أي: بيع الحلية والسيف لتعذر تسليم السيف بلا ضرر كبيع جذع من سقف وبقي ما لو نصفه من ثمن الحلية والآخر من ثمن السيف وجعل الكل من ثمن السيف وفيما يكون عن الحلية لأنهما شيء واحد، كذا في «الشرح»، ونقل عن «المبسوط» ولو قال من السيف خاصة وقال الآخر: نعم أو قال: لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية قال الشر: وينبغي أن تكون هذه المسألة كالمقدمة من أنه يصرف إلى الحلية على ما بينا من أنه على ما مر من التفصيل بأن تخلصت الحلية بلا ضرر صح في السيف خاصة وإلا بطل في الكل، وفي «المحيط»

ولو باع إناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والإناء مشترك بينهما.....

لو قال: خذ هذا من ثمن النصل خاصة ينظر إن لم يمكن التمييز إلا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعاً لأنه قصد صحة البيع ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف فحكمتنا بجوازه تصحيحاً للبيع، وإن أمكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لأنه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف فعلى هذا ما ذكر في «المبسوط» محمول على ما إذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقاً بينه وبين ما في «المحيط»، قال في «البحر»: وفيه نظر لأن ما في «المحيط» إنما هو فيما إذا صرح بالنصل دون السيف ولا شك في عدم انصرافه إلى الحلية لكن بشرط أن يتخلص بلا ضرر وإلا صرف لها، ونقل عن «البدائع» إن ذكر أنه عن السيف يقع على الحلية، وإن ذكر أنه من ثمن النصل فإن أمكن التخليص بلا ضرر يقع عن المذكور ويبطل الصرف بالافتراق وإلا فهو ثمن الصرف ويصحان انتهى.

وأقول: في «القاموس» النصل والنصلان حديدة السهم والرمح والسيف ما لم يكن له مقبض جمعها نصل ونصال ونصول، وحاصل الأمر أن الشر سوى بين السيف والنصل في انصرافه إلى الحلية إن لم تتخلص الحلية إلا بضرر، وحمل ما في «المبسوط» من إطلاق الفساد على ما إذا تخلصت بلا ضرر وهذا مما لا محيص عنه وعليه يحمل أيضاً ما في «السراج» خذ هذا المعجل حصة السيف كان على الحلية لأن السيف اسم للحلية أيضاً لأنها تدخل في بيعه تبعاً، ولو قال: هذا من ثمن النصل والجفن خاصة فسد البيع لأنه صرح بذلك فأزال الاحتمال فلم يمكن حمله على الصحة، واعلم أن الجواب في المسألة، أعني مسألة الجارية والسيف مقيد بما إذا كان الثمن أكثر من المطوق والحلية، فإن كان مثله أو أقل أو لا يدرى واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما إذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الآخر أو احتمالها فيما إذا لم يدر الحال.

(ومن باع إناء فضة) بفضة أو ذهب وحذفه لأن الباب معقود للصرف (وقبض بعض ثمنه) في المجلس (وافترقا) من غير قبض الباقي (صح) البيع (فيما قبض) لوجود شرط الصرف فيه وبطل فيما لم يقبض ولا يشيع الفساد في الكل لأنه طارئ بعد صحة العقد بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط التعليق (والإناء مشترك بينهما) أي: المتعاقدين، ولا يثبت للمشتري خيار عيب الشركة لأنها جازت من قبله لعدم النقد قبل الافتراق، ولذا لو هلك أحد العبدین قبل القبض ثبت الخيار له في الباقي لعدم صنعه وقوله في «الفتح»: ولا يتخير واحد من المتعاقدين لأن عيب الشركة جاز بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض فيه

وإن استحق بعض الإئاء أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو رده ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ ما بقي بقسطه بلا خيار وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما.....

نظر إذ البائع لا صنع له ومن ثم اقتصر الشر وغيره على المشتري وهو الظاهر (وإن استحق بعض الإئاء أخذ المشتري ما بقي بقسطه) من الثمن أو لأن الشركة في الإئاء عيب لم يحدث بصنعه بخلاف ما مر (ولو باع قطعة نقرة) وهي قطعة فضة مذابة، كذا في «الديوان» وعليه فالإضافة من إضافة الجنس إلى النوع قاله العيني وفي «المغرب» النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة ويقال: نقرة فضة على الإضافة للبيان (واستحق بعضها أخذ) المشتري (ما بقي بقسطه بلا خيار) لأن التبعض لا يضرها فلم يلزم عيب الشركة لإمكان أن يقطع حصته مثلاً، وهذا الإطلاق مقيد بما إذا كان الاستحقاق بعد القبض، فإن كان قبله كان له الخيار لتفرق الصفقة عليه (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين و) صح أيضاً بيع (كر بر وشعير بضعفهما) بأن يبيعهما بكري بر وكري شعير، وقال زفر: لا يجوز لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين وفي صرف الجنس إلى خلافه تغيير تصرفه.

قلنا: فيه تصحيح والإجماع على أنه متى أمكن تصحيح تصرف العاقد ارتكب وقد أمكن بجعل الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم ونقض بأنه غير متعين إذ يمكن أن تعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم والدينار من الدينارين / ١١٠١ ب بمقابلة الدرهم.

وأجيب: بأن التغيير ما أمكن تقليبه متعين، وهنا فرض ثلاثة تغييرات على أن المدعى إنما هو صرف الجنس لا خلاف جنس لا بخصوص ذلك الطريق وما ذكر من ذلك ومنه أيضاً أن يصرف نصف الدرهم إلى نصف الدرهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار وكل ذلك لا يخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس، وأفاد الشر أنه لو قال عند البيع: على أن يكون الجنس مقابلاً بخلاف الجنس صح يعني إجماعاً، وأورد أن تصحيح التصرف ممكن في مسائل حكمتهم بالفساد فيها هي ما لو اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعها مرابحة لا يجوز، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب، وكذا لو اشترى عبداً بألف، ثم باعه قبل نقض الثمن عن البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف، وإن أمكن تصحيحه بألف إليه وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره وباعه أحدهما لا يجوز وإن أمكن صرفه إلى عبد غيره.

وأجيب عن الأولى بأننا لو صرفنا إلى الثوب لكان تولية في القلب وهي تضاد

وأحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ودينار بعشرة عليه.....

المرابحة فكان إبطالاً له، والطريق في الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري واعترض بأن الطريق في مسألة «الكتاب» غير متعينة أيضاً في واحد كما قد علمت وأجيب بأنه أقل تغييراً بخلاف مسألة العبدین فكان أولى، وفي الثالثة: أضيف المبيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعین ضده قال الشر: والأصل في هذا الباب أن أحد البديلين تجب قيمته على الآخر وتظهر فائدته في الرد بالعين والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما فيه تجب ثم إن كان العقد مما لا ربا فيه، فإن كان لا تتفاوت آحاده فالتسمية على الأجزاء، فإن تفاوت فعلى القيمة، وإن كان (درهماً بعشرة دراهم) ودينار أردف هذه المسألة وإن علمت مما قبلها لبيان أن صرف الجنس إلى خلاف جنسه لا فرق فيه بين كون البديلين فيهما جنسان من الأموال الربوية وفي أحدهما كما هنا، كذا في «العناية» فتكون العشرة بالعشرة والدرهم بالدينار.

### فرع

اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لأنه إن لم يظهر في التراب شيء فظاهر وإن ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة، ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز، ولو اشتراه بتراب ذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس، كذا في «الفتح» (و) صح أيضاً بيع (درهم صحيح ودرهمين غلة) بفتح المعجمة وتشديد اللام الدراهم المقطعة أي المكسرة تكون في القطعة ربع وثمان وأقل وقيد ما يرد به بيت المال ويقبله التجار قال الشارح: ولا تنافي بينهما لاحتمال أن تكون هي القطعة (بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) للمساواة في الوزن والجودة والصحة في الأموال الربوية ساقطة وعبرة القدوري ويجوز بيع درهمين صحيحين بدرهمين غلة ودرهم صحيح بدرهم غلة، قال الحدادي: وصوابه كما قال المص انتهى، وأنت قد علمت أن مناط الصحة هو المساواة ولا شك في وجودها فيما قاله القدوري فتدبر في وجه عدم الصواب (و) صح أيضاً بيع (دينار بعشرة عليه) اتفاقاً والتقياً قصاصاً لأنه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز إجماعاً لأن التعيين للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين سقط، ولا فرق في الدين بين أن يكون عليه أو لحقه قبل الافتراق وقيل: لا يجوز التقاص بدين حادث، والأول أصح.

وفي «الحواشي السعدية»: فإن اختلج مالك في صحة المقاصة..... (١) لا

أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة وغالب الفضة والذهب فضة، وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بها ولا يبيع بعضها ببعض إلا متساوياً وزناً وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير فصح بيعها بجنسها متفاضلاً.....

يتعين الدين، ولهذا لو تصادقا أن لا دين يبطل العقد فكان الإطلاق والتقيد سواء فليتأمل وفيه نظر يعرف مما سيأتي (أو) باعه (بعشرة مطلقة) أي: غير مقيدة بالدين الذي عليه (ودفع) البائع (الدينار) للمشتري (وتقاصا العشرة بالعشرة) قيد بذلك لأنهما لو لم يتقاصا لم تقع المقاصة بينهما إجماعاً، كذا في «العناية» وبه عرف أن هذا قيد في الثانية ثم الجواز مع التقاص استحسان أنه لا يجوز وهو قول زفر لكونه استبدالاً ببديل الصرف قبل قبضه وجه الاستحسان أنه بالتقاص انفسخ العقد الأول وانعقد صرف آخر مضاف إلى الدين، لأنهما لما أن غيرا موجب العقد فقد فسخاه أي آخر اقتضاء كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول كذا قالوا: وقرر في «فتح القدير» أنه لا حاجة إلى اعتبار فسخ الأول لأن موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد إلى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق ولا يبالي به بحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة، بخلاف ما لو وجد البيع من الثمن الأول فإن الفسخ لازم لأن أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة المطلقة مع هذه العشرة للصدق لأن الإطلاق ليس قيداً للعقد بها وإلا لم يكن قضاؤها أصلاً إذ لا وجود للمطلق بقيد الإطلاق انتهى.

وبهذا يستغنى عما أورد لو ثبت الفسخ بالمقاصة لوجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة لأن لإقالة الصرف حكم الصرف، وأجيب بأن الإقالة ضمنية فجاز أن لا يثبت لها حكم البيع إلا أنه يلزم عليه موافقة زفر لهم أن المانع إنما هو بناء المسألة على الاقتصار وهو لا يقول به وعلى ما ادعاه لاقتضاء أصلاً فتدبره. (وغالب الفضة) أي: والفضة الغالية (و) غالب (الذهب فضة وذهب) / لأن النقود لا تخلو عن قليل غش للانطباع وقد يكون خلقياً فيكون كالمستهلك (حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا يبيع بعضها ببعض إلا متساوياً) وكذا لا يصح الاستقراض بها إلا (وزناً) أي: يعتبر فيها من تحريم التفاضل ما يعتبر في الخالص منها (وغالب الغش) أي: المغشوش منها (ليس في حكم الدراهم والدنانير فيجوز بيعها بجنسها متفاضلاً) وزناً وعدداً صرفاً للجنس إلى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفاً ولذا شرط التقابض في المجلس، أما بالنسبة إلى الذهب والفضة فظاهر، وأما بالنسبة إلى الصغر فلعدم التمييز إلا بضرر والمراد بقاؤه على الصحة لما عرف إذ القبض له لا لصحة العقد، ومشايخ ما وراء النهر لم

ولا يتعين بالتعيين لكونه أثماناً ويتعين بالتعيين إن كانت لا تروج والمتساوي كغالب  
الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش.....

يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالية والعطارة لأنها أغر الأموال في ديارهم،  
فلو أبيع لا تفتح باب الربا والغطريفية نسبة إلى غطريف الكندي أمير خراسان أيام  
الرشيد قيل: هو خالد قيد بالجنس لأنه لو باعها بفضة خالصة، فإن كانت الخالصة  
التي في المغشوشة مثله أو أقل أو لا يدري فسد البيع، وإن كانت أكثر صح على ما  
مر في حلية السيف، وصح أيضاً التتابع أي البيع والشراء والاستقراض بما يروج من  
غالب الغش من النقدين عدداً نصب على التمييز أو وزناً أو بهما لأن المعترف فيما لا  
نص فيه العرف ولا شك أنها بغلبة الغش صارت كالفلوس وفيها تعتبر العادة في  
المعاملة.

(ولا تتعين) المرابحة (بالتعيين لكونها أثماناً) بالاصطلاح فما دام موجوداً لا  
تبطل الثمنية لقيام المقتضى فلو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد (وتتعين بالتعيين  
إن كانت لا تروج) لأنها سلعة في الأصل وإنما صارت ثمناً بالاصطلاح فما دام موجوداً  
لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى، فلو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد وتتعين  
بالتعيين إن كانت لا تروج لأنها سلعة في الأصل وإنما صارت ثمناً بالاصطلاح، فإذا  
تركوا المعاملة بها رجعت إلى الأصل حتى لو هلكت قبل القبض بطل العقد هذا إذا  
كانا يعلمان بحالها ويعلم كل المتعاقدين أن الآخر يعلم، فإن كانا لا يعلمان أو لا  
يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدرهم  
المرابحة في ذلك لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج وإن كانت يقبلها  
البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف النبهجة فيتعلق العقد بجنسها كما هو  
في المرابحة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه رضي بذلك أدرج  
نفس في البعض الذي يقبلها وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد إلى الأروج فإن  
استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في كتاب البيع، كذا في «الفتح».

(والمتساوي) فضة وغشاً وذهباً كذلك (كغالب الفضة) والذهب (في التبايع  
والاستقراض) حتى لا يجوز البيع بهما ولا إقراضهما إلا وزناً لأن الفضة موجودة فيها  
حقيقة وهي غير مغلوبة فوجب اعتبارها بالوزن شرعاً إلا إذا أشار إليها في المبالغة  
فيكون بياناً لقدرها ووصفها كما لو أشار إلى الجياد ولا ينتقض البيع بهلاكها قبل  
التسليم لأنها ثمن فلا يتعين ويعطى مثلها (وفي الصرف كغالب الغش) حتى لو باعها  
بجنسها جاز على وجه الاعتبار، ولو باعها بالخالصة لا يجوز حتى يكون الخالص  
أكثر مما فيه، وفي «الخانية» لو كان نصفها فضة ونصفها صفراء لا يجوز فيه

ولو اشترى به أو بفلوس نافقة شيئاً وكسد بطل البيع.....

التفاضل قال الشر: وظاهره أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها وهو يخالف ما ذكر هنا ووجهه أن فضتها لما لم تكن مغلوبة جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطاً (ولو اشترى) بها أي: بالتي غلب غشها وفي نسخة (به) أي بغالب الغش (أو بفلوس نافقة) أي: رابحة يقال نفقت نفقاً من باب تعب نفدت ويتعدى بالهمز فيقال: أنفقتها كذا في «المصباح»، وكذا إذا باع بها (شيئاً وكسد) كل واحد منهما قبل القبض أو انقطعاً عن أيدي الناس يقال: كسد الشيء يكسد من باب قتل لم ينفق لقلة الرغبات وأصل الكساد الفساد (بطل البيع) عند الإمام وعلى المشتري رد المبيع إن كان قائماً وإلا فمثله أو قيمته.

وقالا: لا يبطل لأن العقد إلا أنه تعذر التسليم للكساد وهو لا يوجب الفساد كما لو اشترى بالرطب فانقطع وإذا بقي العقد كان عليه قيمتها يوم البيع عند أبي يوسف، وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها قبل الفتوى على قول أبي يوسف وقيل على قول محمد رفقاً بالناس وله أن الثمن قد هلك بالكساد فبقي بيعاً بلا ثمن، والغالب أن الرواج لا يقود بخلاف الرطب فإنه لو انقطع يعود في العاد القابل غير أنه يخير بين الفسخ والصبر إلى أن يحصل لا يقال فلتصر مبيعة / إذا انتفت ثمنيتها لأنها [٤١١/ب] نقول تصير مبيعة في الذمة، والبيع في ذمة لا يجوز إلا في السلم واعترض عليه بأن ثمنيتها يوجب أن يكون بيع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق، قال في «الفتح»: وهذا المعترض لم ينتبه لصورة المسألة وهي أنه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها وليس فيها أنه أحضر الدراهم وأشار إليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالأثمان إذ الغرض أن البيع وقع بها في حال رواجها أثماناً وشرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلدان، فلو راجت في بعضها لا يبطل البيع لأنها لم تهلك وإنما تعيبت قالوا: هذا على قول محمد، وأما على قولهما فينبغي أن يكتفي بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلسين عندهما يجوز اعتباراً لاصطلاح البعض، وعند محمد لا يجوز باعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً، كذا في «العناية» و«فتح القدير» وغيرهما واعترضهم في «الحواشي السعدية» بأن محمداً لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتأمل.

أقول: وكذا أبو يوسف لا يقول به أيضاً كما قد علمت فكيف يكتفى للفساد في تلك البلدة على قوله ثم رأيت بعد التأمل أن مما يجب المصير إليه في الجواب أن ما في «العيون» مبني على ما جرى عليه في «المبسوط» و«الأسرار» و«شرح

وصح البيع بالفلوس النافقة وإن لم يعين وبالكاسدة لا حتى يعينها ولو كسدت أفلس القرض  
يجب رد مثلها.....

الطحاوي» من أن الفساد بالكساد في الفلوس قول الكل وأن الخلاف الأول مقصور  
على الدراهم المغشوشة وسوى القدوري بين الكل وهو الوجه إذ لا فرق يظهر ولم أر  
من أفصح عن هذا والله الموفق.

واعلم أنها لو راجت قبل فسخ البائع البيع عاد البيع جائزاً لعدم انفساخ العقد  
بلا فسخ كذا في «البرازية» وعلى هذا فقول المص بطل البيع أي يثبت للبائع ولاية  
فسخه والله الموفق، قيد بالكساد لأنها لو نقضت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله  
بالإجماع ولا يتخير البائع، وكذا لو غلب وازدادت ولا يتخير المشتري وبطالب  
بالقدر بذلك العيار الذي كان وقت البيع وفي «الخلاصة» و«البرازية» عن «المنتقى»  
غلت الفلوس أو رخصت، فعند الإمام الأول والثاني أولاً ليس عليه غيرها وقال الثاني  
ثانياً: عليه قيمتها يوم البيع والقبض وعليه الفتوى انتهى. أي يوم البيع في البيع ويوم  
القبض في القبض والمذكور في «الخانية» تبعاً للإسبيجاني لزوم المثل فقط، قال في  
«البرازية»: والإجارة كالبيع والدين وفي النكاح يلزمه قيمة ذلك الدرهم وإن كان فقد  
بعض الثمن دون بعض فسد في الباقي قيدنا بعدم قبض البائع لأنه لو قبضها ولو  
فضولياً فيه فكسدت لا يفسد البيع ولا شيء له.

(وصح البيع بالفلوس النافقة) لأنها نوع من أنواع الأموال كالدرهم حتى لو  
هلك قبل القبض لا يفسخ العقد، ولو استبدل بها جاز (وإن لم يعين) لأنها أثمان  
والثمن النقد تعيينه بل ولو عين لا يتعين إلا إذا قال: أردنا تعليق الحكم فيتعلق العقد  
بعينها كذا في البحر لا يجب سده (لا) أي: لا يصح البيع (حتى يعين) لأنها مبيعة  
في هذه الحالة لا بد أن يتعين (ولو كسدت أفلس القرض يجب) على المستقرض (رد  
مثلها) عدداً عند الإمام باتفاق الروايات وأما إذا استقرض دراهم غالبية الغش فقال أبو  
يوسف: في قياس قول أبي حنيفة عليه مثلها ولست أرى ذلك عنه وقال الثاني: عليه  
قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدرهم وقال محمد: في آخر وقت نفاقها  
لأنه لما تعذر ردها كما قبض ببطلان وصف الثمنية وجب رد قيمتها وأصل  
الاختلاف في وقت الضمان فيمن غصب مثلياً فانقطع وله أنه إعارة وموجبة رد  
الجنس معنى والثمنية فضل فيه إذ القرض لا يختص به وتأخير صاحب «الهداية»  
دليلها ظاهر في اختيار قولهما قالوا: وهو أنظر للمقرض وقول أبي يوسف أيسر وقول  
أنظر للجانبين قال في «البرازية» وغيرها وعليه الفتوى، ثم قال: وكذا الخلاف إذا  
أقرضه طعاماً بالعراق وأخذه بمكة فعند أبي يوسف عليه قيمته يوم قبضه، وعند

ولو اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس صح ومن أعطى صيرفياً درهماً فقال: أعطني به نصف درهم فلوساً ونصفاً إلا حبة صح.

محمد يوم الخصومة، وكذا الخلاف في الفلوس المغصوبة بعد كسادها إذا كسدت حال قيام العين وكذا العد إلى ثم قال: لو اشترى بالنقد الربح وتقايضا ثم تقايلا بعد الكساد رد البائع المثل لا القيمة عند الإمام (ومن اشترى شيئاً) من الفاكهة أو غيرها (بنصف درهم فلوس) بأن البائع سلعة اشتريتها منك بذلك (صح) الشراء ولزمه دفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة، وكذا إذا قال: بدائق من الفلوس وهو سدس درهم أو بقيراط وهو نصف السدس وقال / زفر: لا يصح لأنه اشترى بالفلوس وهي [١/٤١٢] معدودة ونصف درهم ودائق وقيراط منه موزونة فذكرها لا يغني عن بيان العد فبقي الثمن مجهولاً.

قلنا: بل هو معلوم فأغنى ذكر العدد وإذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن والتقييد بالنصف اتفاقي لأنه بدرهم أو درهمن كان الحكم كذلك قيل: هذا قول أبي يوسف وهو الأصح، وعند محمد لا يجوز إلا فيما دون الدرهم ولم يذكر في «المبسوط» خلاف محمد والمذكور في غيره خلاف ظاهر الرواية عنه لأنه إذا كان المدار إنما هو على العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحاً للعقد فلا فرق بين دون الدرهم والدرهم فضلاً عن الدراهم (ولو أعطى صيرفياً درهماً) أي: كبيراً فضة (وقال: أعطني به نصف درهم فلوساً) بالنصب صفة لنصف وجعله في «العناية» بدلاً منه ويجوز الجر على أن يكون صفة لدرهم (ونصفاً إلا حبة) أي: درهماً صغيراً وزنه نصف درهم كبيراً إلا حبة (صح) هذا العقد لأنه لما لم يتكرر لفظ نصف بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة كان نصف درهم إلا حبة بمثله من الفضة والباقي بإزاء الفلوس حتى لو كرره، والمسألة بحالها بطل في الكل على قياس قول الإمام لأن الفساد قوي مقارن للعقد فيشيع وعندهما صح في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة، ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما في أن الفساد يحض النصف الآخر لأنهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافاً لما حكى عن بعض المشايخ من أنه لا يجوز وإن كرر والله الموفق للصواب.

## كتاب الكفالة

هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وتصح بالنفس.....

## كتاب الكفالة

عقب البيع بها لأنها تكون فيه غالباً، ولما كانت بالأمر معاوضة عند الرجوع عما ثبت في الذمة من الأثمان ذكرها بعد الصرف (وهي لغة: الضم سواء كان متعلقة عيناً أو معنى، قال في «المغرب»: وتركيبه يدل على الضم والتضمين، وفي «المصباح» كفلت بالمال وبالنفس كفلأً من باب قتل وكفر لا أيضاً والاسم الكفالة، وحكى أبو زيد سماعاً من العرب من بابي تعب وقرب، وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه إذا تحملت به ويتعدى إلى مفعول ثان بالتضعيف والهمزة فيحذف الحرف فيهما، وعرفا: ما أفاده بقوله على ضم ذمة إلى (ضم ذمة) الكفيل (إلى ذمة) أي: إلى ذمة الأصيل، والذمة وصف شرعي به الأهلية لوجوب ماله وعليه، وفسرها فخر الإسلام بالنفس والرقة التي لها عهد والمراد بها العهد فقولهم في ذمته أي في نفسه باعتبار عهدها من باب إطلاق الحال وإرادة المحل، كذا في «التحريم» (في المطالبة) لم يقل بالدين لأنها كما تكون بالدين تكون بالنفس وبالأعيان المضمونة وهو ما يجب تسليمه بعينه فإن هلك ضمن مثله وإلا فقيمته كالمغصوب والمبيع فاسد أو المقبوض على سوم الشراء كما سيأتي إذ المطالبة لا فرق فيها بين أن يكون المطلوب من أحدهما هو المطلوب من الآخر أو لا، وجعل مسكين المطلوب منهما واحداً وهو تسليم النفس إذ المطلوب عليه تسليم نفسه والكيل قد التزمه، كما في «البحر».

وأقول: لم أر في مسكين ما يدل على ما ادعى وقبل في الدين فيثبت بها دين آخر في ذمة الكفيل ويكتفي باستيفاء أحدهما ولم يرجح في «المبسوط» أحد القولين لكن في «الهداية» وغيرها الأول أصح ووجهه كما في «العناية» أنهما كما تصح بالمال (تصح بالنفس) ولا دين، وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة ويلزم أن يصير الدين الواحد دينين وحاصله أن الأول أعم وهذا أخص وفيه نظر، إذ من عرفها بالضم في الدين إنما أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال، وأما الكفالة بالنفس وبالأعيان فهي المطالبة اتفاقاً وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما في تعريف واحد، وأفرد تعريف الكفالة بالمال لأنه محل الخلاف وبه استغنى عما في نكاح «الدرر» من تعريفها بضم ذمة إلى ذمة في مطالبة النفس أو المال أو التسليم مدعيًا أن قولهم والأول أصح لا صحة له، وعن هذا أجاب في «الفتح» بأنه ثم ما ادعاه في «النهاية» من اللزوم نلتزمه إذ لا مانع منه شرعاً بعد أن الاستيفاء ليس إلا من أحدهما

كالغاصب وغاصب الغاصب فضلاً عن أنه أصح لأنهم قسموها إلى كفالة في المال، والنفس ثم إن تقسيمهم يشعر بإحضاها مع أنهم ذكروا في أثناء المسائل ما يدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة بالتسليم انتهى. وأنت قد علمت ما هو الواقع لا يجب الحكم بكل ممكن إلا بموجب ولا موجب لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو يستلزم ثبوت اعتبار الدين في الدمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في دمة الموكل، وفي الهبة والشراء إنما جعلنا في حكم دينين تصحيحاً لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل ضرورة ولا ضرورة قبله ثم قال: ولا يخفى أما نقل عن الإمام أن الدين فعل يقتضي أن / يكون في دمة الكفيل أيضاً كما هو في دمة الأصيل [٤١٢/ ب] إذ فعل الأداء واجب عليه انتهى.

وأجاب في «البحر»: إنه إنما وجب عليه لإسقاط المطالبة عنه وأبو حنيفة إنما جعله فعلاً لسقوطه عن الميت إذ لا يتأتى الفعل منه فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس، وليس مراده أن حقيقة الفعل لأنه وصف قائم بالدمة وإنما مراده أن المقصود منه الفعل، ثم قال: أثر الخلاف يظهر فيما إذا أحلف الكفيل أن لا دين عليه فعلى الأصح لا يحنث، وعلى الضعيف يحنث ونقل عن «الخانية» ادعى عليه أنه ضمن له عن فلان الغائب كذا كذا درهماً قال الشيخ الإمام يحلفه بالله ما له عليك هذا المال من الوجه الذي يدعي، وعن أبي يوسف هذا إذا عرض المدعى عليه للقاضي بأن قال: إن الرجل قد يضمن مالاً ثم يؤدي أو يبرئه الطالب أو يؤديه المضمون عنه فيبر الضامن وإن لم يعرض يحلفه ما ضمن، وينبغي أن يكون ما عن الشيخ مفرعاً على الضعيف وما عن الثاني على الأصح انتهى.

أقول: هذا وهم منشؤه توهم أن قوله ما له عليك هذا المال يفيد ما ادعاه وليس كذلك إذ معناه ما له عليك المطالبة وكيف يصح على ما ادعاه أن يكون ما عن الثاني مفرعاً على الأصح وهو يوافقهما فيما إذا عرض المدعي فتارة يفرع على الأول وتارة على الثاني ما هذا التواني وركنها الإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية عندهما ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً بل قال: بأنها تتم بالكفيل وحده موقوفة على إجازة الطالب، وقيل نافذة وللطالب حق الرد وهو الأصح كما في «المحيط» أي: من تولية وأثر الخلاف يظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول من قال تتوقف قال لا يؤاخذ الكفيل، وفي «السراج» قال فضولي: ضمننت مال فلان على فلان من الدين فبلغهما فأجازا لا يجوز عندهما، وعند أبي يوسف يجوز ولو قبل عن الغائب أحد توقف في قولهم جميعاً، وكذلك هذا الاختلاف فيما إذا كفل صبي لا يتوقف

الكفالة إلى قبول وليه عندهما خلافاً لأبي يوسف، وشرطها في الكفيل كونه من أهل الشرع فلا ينفذ من مجنون ولا صبي إلا إذا استدان الولي نفقة لليتيم وأمره إذ يضمن المال عنه فإنه يصح، ولو أمره بكفالة نفسه عنه لم يصح لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيداً فلم يكن متبرعاً، كذا في «البحر» معزياً إلى «البدائع»، ثم رأيت في «المحيط» عزي المسألة إلى «المبسوط» ولفظه في كفالة الصبي وإن استدان له أبوه أو وصيه وأمر أن يكفل عنه الدين أو يكفله بنفسه جازت الكفالة بالدين دون النفس لأن الأب أو الوصي متى استدان على الصبي للنفقة كان لهما الرجوع بذلك في مال الصبي فكان أداء الدين على الصبي إلا أن الوصي ينوب عنه في الأداء فإذا أمر بالضمان فقد أذن له في الأداء وهو تمليك الأداء بإذنه فيجب عليه الأداء فلم يكن هذا الضمان تبرعاً انتهى.

وهو صريح في أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ولولاها لكان الطلب إنما هو على الولي وبهذا التقرير بطل قول عصري هذا الاستثناء مستدرك بل لا تصح كفالة الصبي مطلقاً فتدبره ولا من مريض إلا من الثلث ولم ينفذ من عبد ولو مأذوناً في التجارة، ولو أخذ بها بعد العتق إلا إذا أذن المولى ولا من مكاتب بإذن المولى ويطالب به أيضاً بعد العتق وقالوا: إنها تصح من المكاتب والمأذون عن المولى وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا كانت بأمره ثم رأيت كذلك في «عقد الفرائد» معزياً إلى «المبسوط» حيث قال: وكفالة العبد التاجر عن سيده بمال أو بنفسه بغير إذنه باطل، وفيه كفل عن المولى بإذنه ولا دين عليه جاز لأن الحق في ماليته له كما لو رهنه، ولو أدى عنه بعد العتق لا رجوع له وفي المكفول به أن يكون ديناً صحيحاً فلا كفالة ببدل الكتابة، وينبغي أن يكون من ذلك الكفالة نفقة الزوجة قبل القضاء بها أو المضى لما قدمناه من أنها لا تصير ديناً إلا بهما وبدل الكتابة دين إلا أنه ضعيف ولا تصح الكفالة به فما ليس ديناً أولى، وقد أفتيت به وأن يكون مقدور التسليم فلا يجوز بالحدود القصاص.

وفي «الأصل» أن يكون قادراً على تسليم المكفول به فلم يصح عن ميت مفلس وأن يكون المكفول عنه معلوماً، فلا تصح لو كفل عن واحد وفي المكفول له كونه معلوماً أيضاً موجوداً في مجلس العقد كما مر وألفاظها ستأتي وسبب وجودها تضيق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه، وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة ودليلها الإجماع وسنده قوله صلى الله عليه وسلم: «الزعيم غارم»<sup>(١)</sup> رواه أبو داود والترمذي

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٠٥)، وأحمد في مسنده (٢٢٣٤٩)، وأبو داود في البيوع (٣٥٦٥)، والترمذي في البيوع (١٢٦٥).

وإن تعددت بكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن.....

وقال: حديث حسن ومحاسنها جليلة هي تفريح كرب الطالب في المطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما ومع ذلك فالامتناع عنها أقرب إلى الاحتياط لأنه مكتوب في التوراة الزعامة / أولها ملامة وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة، كذا في [١/٤١٣] «المجتبى» وتصح الكفالة بالنفس (وإن تعددت) بأن أخذ منه كفيلاً ثم كفيلاً أو كان للكفيل كفيل، ويجوز عود الضمير إلى النفس بأن يكفل واحد نفوساً والأول هو الظاهر أنه ينقاد إليه، وأما بغيره فلا يمكنه إحضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم، كذا في «الفتح».

تتمة: طلب المدعي كفيلاً بنفس المدعى عليه بعد الدعوى إلى أن يثبتها وقال: بينتي في المصر أجبر المدعى عليه على التكفيل، وإن لم يقل في المصر اختلف المشايخ وسيأتي في الدعوى وفي الدين المؤجل إذا قرب الحلول وأراد المديون المسافرة قبل حلول الأجل وعلم أنه يحل وهو غائب لا يجبر على الإعطاء الكفيل في الظاهر ولكن يقال لرب الدين: إذا أردت فاخرج معه فإذا حل الأجل طالبه بدينك وله منعة من السفر إلى أن يوفيه قال في «الظهيرية»: وكذلك لو قالت المرأة للقاضي: إن زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلاً لا يجيبها إلى ذلك لأنها لم تجب بعد، واستحسن الإمام الثاني أخذ الكفيل رفقاً بها وعليه الفتوى ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه، وفي «المحيط» لو أفتى بقول الإمام في سائر الديون كان حسناً رفقاً به لناس قال في «عقد الفرائد»: وهذا ترجيح من صاحب «المحيط» واعلم أن ظاهر ما في «الظهيرية» يفيد أنه يكون كفيلاً بنفقتها عند الثاني ما دام غائباً ويجعل كأنه كفل بما ذاب أي وجب لها عليه ووقع في كثير من العبارات أن الإمام الثاني استحسّن أخذ الكفيل بنفقة شهر وقد قالوا: كما في «المجمع» لو كفل لها بنفقة كل شهر لزمته ما دام النكاح بينهما عند أبي يوسف وقالوا: يلزمه نفقة شهر (بكفلت بنفسه) لأنه حقيقة في معناها.

(و) تصح أيضاً (بما عبر) به من أعضائه (عن) جملة (البدن) كراسه ووجهه ورقبته وعنقه وبدنه وروحه وذكروا في الطلاق الفرج ولم يذكروه هنا قالوا: وينبغي صحة الكفالة إذا كانت امرأة، كذا في «التارخانية» وأما القلب فقال بعضهم: إنه وإن ورد إطلاقه على الكل إلا أن استعماله في هذا المعنى لغة وعرفاً نادر، ولم يذكر محمد العين قال البلخي: لا يصح كذا في الطلاق إلا أن ينوي به البدن قال في «الفتح»: الذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما عبر به عن الكل يقال: عين القوم وهو عين الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم أما في زماننا فلا

وبجزء شائع وبضمنته وبعليّ وإليّ وأنا زعيم به وقبيل به .....

شك في ذلك، وأما الدم فذكر الشر في الطلاق أنهم صححوا صحة التكفيل به وخرج ما لو كفل بيده أو رجله، وقد مر في الطلاق أنهم لم تعارفوا إطلاق اليد على الجملة وقع الطلاق فكذا في الكفالة (و) تصح أيضاً (بجزء شائع) منه بثلثه وبجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها، ولو أضاف الكفيل الجزاء إلى نفسه ككفلت لك نصفي أو ثلثي فإنه لا يجوز، كذا في «السراج» لكن لو قيل: إن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله لم يفترق الحال (وبضمنته) أي: تصح أيضاً بهذا اللفظ لأنه تصريح بمقتضى الكفالة لأنه يصير ضامناً للتسليم والعقد ينقصد بالتصريح بموجبه كالبيع ينقصد بالتملك، وفي «الخانية» لو قال: أنا ضامن حتى تجتمعا أو تلتقيا لا يكون كفيلاً لأنه لم يبين المضمون أهو نفس أو مال وفي «التارخانية» لو قال: علي حق فهو كفيل إلى الغاية التي ذكرها وعلى هذا لو قال: حتى تلتقيا.

(و) تصح أيضاً (بقوله علي وإلي) لأن الأول صيغة التزام ومن هنا أفتى قارئ «الهداية» بأنه لو قال: التزمت بما على فلان كان كفالة والثاني بمعناه هنا ومنه قوله ﷺ: «من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً أو عيالاً فيالي»<sup>(١)</sup> قيل: ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد به العيال ورد بأن المستعمل في التفسير الواو لا أو، وأيضاً الأصل في العطف التغاير (وأنا زعيم به) لأنه يسمى زعيماً كما مر فقال تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] أي: كفيل، ورده الرازي في «شرح الطحاوي» بأنه ليس هناك كفالة بل القائل مستأجر لمن جاء به وهو الذي يلزمه ضمان الأجرة التي عقد عليها لمن جاء به، وجوابه يحتمل على أنه كان رسولاً من جهة الملك وكأنه يقول: إن الملك قال لمن جاء حمل بعير ثم يقول من جهته وأنا بذلك الحمل كفيل انتهى. وفي كونه مستأجراً نظراً إذ المستأجر مجهول فأنى تصح الإجارة وأيضاً فيه عدول عن الظاهر بما لا داعي إليه إذ على ما ادعى يكون قوله وأنا به زعيم تصريح بما علم من قوله لمن جاء به حمل بعير.

وقال الفخر الرازي: هذه كفالة لرد مال السرقة وهو كفالة لما لم يجب لأنه لا يحل للسارق أن يأخذ شيئاً على رد السرقة ولعل مثل هذه الكفالة كانت تصح عندهم (وقبيل به) أي: كفيل يقال: قبل قبالة بفتحها في الماضي وفسرها في المضارع ويسمى الصك قبالة لأنه يحفظ الحق فمعناه القابل للضمان وبقي منه

(١) تقدم تخريجه.

لا بأنا ضامن لمعرفة، فإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم.....

الألفاظ / حميل بفتح الحاء المهملة بمعنى كفيل به يقال: حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرهما في المضارع قيل: الكفيل لغة أهل العراق، والزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل مصر ولك عندي هذا الرجل أوفيك به على أن ألقاك به أو أودعه إلي (لا) يصير كفيلاً (بأنا) أي: بقوله أنا (ضامن لمعرفة) عندهما وقال أبو يوسف: يصير ضامناً للعرف وجه قولهما أنه إنما التزم معرفته دون المطالبة فيصير كالتزامه الدلالة عليه أو اتفاق عليه والظاهر ما قالوا، وفي «الذخيرة» و«الواقعات» و«الخلاصة» وبه يفتى أي بظاهر الرواية، وفي «البرزانية» سأل ابن الإمام محمد بن الحسن عن قوله أنا ضامن لمعرفة فلان فقال على قول الإمام وأبيك كفيلاً وعلى قول الإمام الثاني يكون كفيلاً للعرف، لكن المشهور عن الإمام الثاني أنه لا يكون كفيلاً به يفتى في العربي انتهى.

ولو ضمن تعريفه اختلف المشايخ قال في «الفتح»: والوجه للزوم لأنه مصدر متعد إلى اثنين فقد التزم أن يعرفه للغريم بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب انتهى. وعن هذا قال في «السراج» لو قال: أنا أعرفه لا يكون كفيلاً، وفي «الخشانية» لو قال: معرفة فلان علي قالوا: يلزمه أن يدلّه عليه انتهى. وقياسه أنه لا يلزمه ذلك في مسألة الكتاب وما مر من أنه صار كالتزامه الدلالة عليه يؤيده ولا يلزم من لزوم دلالاته عليه أن يكون كفيلاً بنفسه ليرتب عليه أحكامها (وإن شرط تسليمه في وقت أحضره) أي: لزمه إحضاره (فيه) أي: في ذلك الوقت أو بعده (إن طلبه) لأن التزاه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به، وفي «التارخانية» كفل بنفس رجل ويسلمه ثم إن الطالب لزم المطلوب فقال له الكفيل: دعه وأنا علي كفالتني أو علي مثل كفالتني لا شك أنه كفالة مؤقتة (فإن أحضره) أي: المكفول عنه (وإلا حبسه الحاكم) لامتناعه من إيفاء حق مستحق عليه لكن لا يحبسه أول مرة بل حتى يظهر مطله، قال الشر: وينبغي أن يفصل كما فصل في الحبس بالدين إن ثبت الحق بإقراره ولا يعجل بحبسه لعدم ظهور مطله وإن بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله فكذا هذا وهو بحث موافق للمنقول، ففي «البرزانية» وغيرها أقر بالكفالة بالنفس أو ثبت بالبينة عند الحاكم قال الخصاص: لا يحبسه فيهما أول مرة وفي ظاهر الرواية كذلك في الإقرار، وأما في البينة فيحبسه ولو أول مرة انتهى.

وكذلك إلا أن يظهر له تعذر الإحضار عليه بدلالة الحال عليه أو الشهود بذلك

وإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه فإن مضت ولم يحضره حبسه وإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به فإن سلمه بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر .....

فيخرج وينظر إلى القدرة عليه كالإعسار بالدين هذا إذا لم يظهر عجزه ابتداءً، فإن ظهر لا يحبسه لكنه لا يحول بينه وبين الكفيل فيلزمه ولا يمنعه من إشغاله، وفي «التتارخانية» لو أضرته ملازمته له استوثق منه بكفيل، وفي «الفتح»: عن «الواقعات» كفل بنفس محبوس فلم يقدر أن يتأتى به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره، وفي «السراج»: كفل ثلاثة رجل بنفسه كفالة واحدة فأحضر أحدهم برؤوا جميعاً ولو متفرقة لم يبرأ الباقيون (فإن غاب) المكفول عنه وطلب الغريم منه إحضاره (أمهله) الحاكم ولا يحبسه (مدة ذهابه وإيابه) بالكسر أي: رجوعه فإن أبى حبسه من غير إمهال كما في «البرزانية» وقيده في «التتارخانية» بما إذا لم يكن بالطريق عذر، فإن كان لا يؤاخذ الكفيل به (فإن مضت ولم يحضره حبسه) لتمرده عن الوفاء عما لزمه بالتزامه.

(وإن غاب ولم يعلم مكانه) إما بتصديق الطالب، كما في «الشرح» أو ببينة أقامها الكفيل أنه غاب غيبة لا تدرى كما في «القنية» (لا يطالب به) لظهور عجزه وهو يلزمه، ذكر السرخسي أنه يلزمه، وشيخ الإسلام أنه لا يلزمه كذا في «التتارخانية»، ولو اختلفا فإن كانت له خرجة معروفة أي موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه وإلا فللكفيل فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا يؤمر بالذهاب إليه ولم أر ما لو أقاما بينتين وينبغي أن تقدم بينة الطالب لأن معها زيادة علم، ولو ارتد ولحق بدار الحرب أمر الكفيل بالذهاب إليه إن كان بيننا وبينهم مواعدة وإلا يطالب به، ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة واللحاق وإن كان موتاً فهو حكمي في ماله ليعطي الأقرب إليه أما حقوق العباد فثابتة على حالها وفي كل موضع، قلنا: بالذهاب إليه للطالب أن يستوثق الكفيل بكفيل آخر وأفاد في «الخانية» أن للكفيل بالنفس أن يمنع المطلوب عن السفر إن كانت الكفالة حالة حتى يخرجها عن عهدتها وإن كانت مؤجلة ليس له منعه قبل حلول الأجل انتهى. ويأتي فيه ما مر في الدين المؤجل من أنه يقال له: إن شئت فاخرج معه إلى أن يحل وقت الكفالة فامنعه من السفر وينبغي أن يلزم الطالب بأن يقول يعود معه إلى المطلوب والله الموفق.

(فإن سلمه) إليه فإن بعد طلبه برئ مطلقاً وإلا فلا / بد أن يقول: سلمته إليك بحكم الكفالة (بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر) من الأمصار ويشترط عندهما أن يكون هو المصر الذي كفل فيه، وعند الإمام ليس بشرط وقولهما أوجه

برئ ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثمة.....

كما في «الفتح» والخلاف مقيد بما إذا كان في المصر الآخر سلطان أو قاض وكانت الكفالة غير مقيدة بمصره وإلا فلا يبرأ اتفاقاً، كذا في «التتارخانية» وفيه بحث لأنه إذا لم يكن فيه سلطان ولا قاض فليس بمصر (برئ) سواء وقته فيسلمه قبله أو لا لأنه أتى بما التزمه وقد حصل مقصود الطالب والتأجيل حق الكفيل وله إسقاطه واحتراز بقوله بحيث إلخ عما لو سلمه في برية أو سواد، وما في «القنية» لو كان المكفول جاء لسامع قوم في مدرسة فجاء الكفيل بالمكفول عنه وقال: هذا هو المكفول عنه فلم يجلس بل مر وخرج إلى باب آخر فهذا القدر تسليم منه انتهى. ينبغي أن يحمل على ما إذا كان التسليم بعد الطلب وظاهر أن قوله بحيث يعذر خرج مخرج الشرط في صحة تسليمه سواء كان ذلك بعد طلبه أولاً، وما في «القنية» لو سلمه ليلاً في مكان لا يمكنه القضاء وفر منه، فإن كان التسليم بطلبه يخرج عن العهدة والظاهر ضعفه.

(ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه) الكفيل (ثمة) أي: في مجلس القاضي حتى لو سلمه في السوق لا يبرأ وهذا قول زفر وبه يفتى لأن الشرط مقيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه ومحل الخلاف ما إذا كان أهل البلد لا يطبقون الغريم من الطالب فإن كانوا يطبقونه لا يبرأ بتسليمه في السوق اتفاقاً، وفي «الوقعات الحسامية» جعل هذا رأياً للمتأخرين لا قولاً لزفر ولفظه: والمتأخرون من مشايخنا يقولون: جواب الكتاب أنه يبرأ إذا سلمه في السوق أو في مواضع آخر في المصر بناء على عاداتهم في ذلك الزمان، أما في زماننا فلا يبرأ لأن أكثر الناس يعينون المطلوب على الامتناع عن الحضور لغلبة الفسق فكان الشرط مفيداً فيصح وبه يفتى انتهى. وهو الظاهر إذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع أن زفر كان في ذلك الزمان، وفي «التتارخانية» شرط تسليمه عند الأمير أو عند هذا القاضي فسلمه عند قاض آخر جاز، وفي «فتح القدير» شرط تسليمه عند الأمير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولي غيره فرفعه عند الثاني جاز، ذكره في «الخلاصة» ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ وفي «العيون» لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه إلى مجلس القاضي فدفعه إليه قال محمد: لا يبرأ لأنه في الحبس، ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ، ولو قال المطلوب في السجن: دفعت نفسي إليك عن كفالتة كان جائزاً أيضاً، وفي «المحيط» كفل برجل غائب أو محبوس يجوز لأنه كفل غير واجب على الأصيل وهو تسليم نفسه وهو مقدور التسليم لأنه يعرف مكانه فيمكنه أن يذهب ويأتي به وعليه ما على المحبوس ويخلصه من السجن انتهى.

وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب وبرئ بدفعه إليه وإن لم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء وبتسليم المطلوب نفسه من كفالاته.....

(وتبطل) الكفالة بالنفس (بموت المطلوب) لتحقق عجز الكفيل عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل بالموت فيسقط الإحضار عن الكفيل وسيأتي فيما لو كفل برقبة عبد فمات (و) بموت (الكفيل) لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب الذي هو بالنفس، بخلاف الكفيل بمال إذا مات لأن ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به القائم عليه بعده وقيل: لا تبطل بموت الكفيل ويطالب وارثه بإحضاره، ذكره الكرخي في باب الصلح عن الحقوق التي ليست بمال، كذا في «السراج» (لا) تبطل بموت (الطالب) لأن وصيه أو وارثه يخلفه فلو ترك ورثة وسلمه الكفيل إلى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقيين مطالبتهم بإحضاره، ولو سلمه لأحد الوصيين برئ بالنسبة إليه وللآخر مطالبته، كذا في «الينابيع» وقد يشكل على هذا قولهم أحد الورثة ينتصب خصماً فيما له وفيما عليه وفي «منظومة ابن وهبان» قيل تبطل بموت الطالب، وعزاه في «الشرح» إلى الننف وقال: إنه غريب لا يعرف في غيره والمذهب ما قاله المص غيره (وبرئ) الكفيل (بدفعه) أي: المكفول (إليه) أي: الطالب (وإن لم يقل) وقت التكفيل (إن دفعته فأنا برئ) لأن موجب الدفع البراءة فتثبت وإن لم ينص عليها، وقد منا أن الدفع إن كان قبل الطلب فلا بد أن يقول سلمه إليك بحكم الكفالة، ولو أبى الطالب أن يقبل أجبر على معنى أنه ينزل قابضاً.

واعلم أن الطالب نعم الوكيل فلو كان الأخذ للكفيل وكيل رب الدين فسلمه إليه وقد أضافه إلى نفسه برئ، وإن أضافه إلى موكله لا يبرأ، ولو سلمه إلى الموكل برئ كذا في «التتارخانية» والوصي فلو سلمه إلى الورثة أو الغريم لا يبرأ كما في «البرازية»، والقاضي فلو أخذ المدعى عليه كفيلاً بالنفس فسلمه الكفيل إلى المدعي لا يبرأ ولو إلى القاضي برئ هذا أداء لم يصفه القاضي إلى المدعي، فإن أضافه إليه بأن قال: إن المدعي يطلب منك كفيلاً بالنفس فأعطاه انعكس الحكم كما في «الخانية» / وذكر هذه المسألة هنا لغرض هو أن المقصود من الكفالة إنما هو التوثيق لاستيفاء الحق، فما لم يستوفى يجب عليه تسليمه مرة بعد أخرى فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة إنما يوجب التسليم مرة لا يفيد التكرار قاله أبو الليث (و) برئ الكفيل أيضاً (بتسليم المطلوب نفسه) أي: المكفول له (من كفالاته) لأن المطلوب مطالب بالتسليم، فإذا سلم نفسه فقد حصل المقصود وفي قوله من كفالاته إيماء إلى أنه لا بد أن يقول: سلمت لك من كفالة زيد، فإن لم يقله لا يبرأ

وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله، فإن قال: إن لم أوف به غداً فهو ضامن لما.....

نص عليه في «الخانية»، ويجبر الطالب على القبول هذا إذا كانت الكفالة بالأمر فإن كانت بغيره لا يبرأ، كذا في «السراج» معزياً إلى «الفرائد» والوجه فيه ظاهر لأنها إذا كانت بغيره لا يبرأ لا يلزم المطلوب الحضور فليس مطالباً بالتسليم فإذا سلم نفسه لا يبرأ الكفيل.

(و) برئ أيضاً (بتسليم وكيل الكفيل ورسوله) لأنهما نائبان عنه فكان فعلهما كفعله وأراد رسوله إليه لأنه رسوله إلى غيره كالأجنبي ولا بد أن يقولوا: سلمناه إليك بحكم الكفالة فلو قال: وبتسليم نائبه لكان أجود وأفرد لأن كفيل الكفيل لو سلمه برئ الكفيل أيضاً كما في «التتارخانية»، ولو سلمه أجنبي عن الكفيل فإن قبل الطالب برئ الكفيل لا إن سكت (وإن قال) الكفيل بالنفس (إن لم أوف به غداً) أو إن لم أدفعه إليك غداً أو إن غاب عنك (فهو ضامن لما عليه فلم يوف به) أو عندي لك هذا المال كما في «الخانية» (أو مات المطلوب ضمن المال) لأن الكفالة به متعلقة بشرط متعارف وهو عدم الموافاة فتصح ولو قال: إن غاب فلم أوفك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة، كذا في «الخانية» قيد بقوله: إن لم أوفه به لأنه لو قال: إن وافيتك به غداً فعلي ما عليه ثم وافى به لم يلزمه المال لأنه شرط لزومه إن أحسن إليه، كذا في «منية المفتي» يعني أنه تعليق بشرط غير متعارف، ولو كفل بنفسه على أنه متى طالبه سلمه إن لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب وطلب بالتسليم وعجز لا يلزمه المال لأن المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح وإذا لم تصح يتحقق العجز الموجب للزوم، كذا في «البرزازية».

وفي «القنية» كفل بنفسه وقال: إن عجزت عن تسليمه في ثلاثة أيام فعلي المال ثم حبس بحق أو بغير حق أو مرض مرضاً يتعذر إحضاره يلزمه المال بعد الثلاث، وفي «منية المفتي» كفلت بنفسه فلان على أني إن لم أوفك غداً فعلي الألف وقبل المكفول له صح، وإن لم يقل الألف الذي ادعيتها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي «الخلاصة» كفل بنفسه رجل على أنه إن لم يوف به غداً فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فمضى الغد ولم يوف به وفلان يقول: لا شيء عليه والطالب يدعي ألفاً والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قوله الآخر: وهو قول محمد لا شيء عليه انتهى. قيد بموت المطلوب لأن الكفيل لو مات قبل مجيء الوقت وجب المال في تركته بمضي الوقت إليه أشار في «الأصل» وطولب بالفرق بين موت المطلوب وما لو برأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت فلم يحضره لا يجب المال عليه لعدم بقاء الكفالة بالنفس وبالموت زالت أيضاً.

عليه فلم يواف به أو مات المطلوب ضمن المال ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل:  
 إن لم أواف به غداً فعليه المائة فلم يواف به غداً فعليه المائة.....

وأجيب: بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ في كل وجه والانسفاخ بالموت إنما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر إذ لا ضرورة إلى تعديه إلى الكفالة بالمال، كذا في «الفتح»، ولو اختفى المكفول له فلم يجده الكفيل أو اشترى بالخيار فتوارى البائع أو حلف ليقبضن دينه اليوم فتغيب الدائن أو جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيبت فالمتأخرون على أن القاضي ينصب وكيلاً عن الغائب في الكل وهو قول أبي يوسف، كذا في «الخانية»، وفي «الخلاصة» قال أبو الليث: هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف، ولو فعله القاضي فهو حسن وفي «البرازية» إذا علق المال بعدم الموافاة لا يصدق الكفيل على الموافاة إلا بالحجة.

فروع: أخذ كفيلاً بنفس رجل ووكيلاً في خصومته ضامناً قضي عليه به جاز، فإن دفع المكفول به إلى الطالب برئ عن الكفالة بالنفس وبقي وكيلاً وكفيلاً بالمال، ولو شرط أنه متى أوفى المكفول به كان بريئاً عن الكل برئ عن الكفالتين لأن تعليق البراءة عن المكفول جائز، وتعليق العزل والحجر بالشرط لا يجوز، كذا في «المحيط».

(ومن ادعى على آخر مائة دينار) سواء بينها بأن قال: جيدة أو رديئة هندية أو مصرية تصحيحاً لدعواه أو لم يبينها، وقول الشر: لا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها بأن تعلق رجل على رجل حقاً ولزمه فقال: لي عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدراً فقال له رجل آخر: دعه فانا كفيل بنفسه فإن لم أواف به غداً فعلي المائة دينار فادعى المدعي وأثبتها لزم / الكفيل معناه لا فرق بين أن يذكر المائة أو لا، والعدر للمص أنه فرض المسألة فيما لو ادعى، وقد جمع في «الجامع الصغير» بينهما حيث قال محمد: عن يعقوب على أبي حنيفة في رجل لزم رجلاً وادعى عليه بمائة دينار بينهما أو لم يبينها أو لزمه ولم يدع بمائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه إلى غد، فإن لم أؤاتك به فعلي مائة دينار في الوجهين جميعاً إذا ادعى صاحب الحق أنه له وأراد بالوجهين ما إذا ادعى المائة بينها أو لا، وما إذا لم يدع شيئاً حتى لو كفل له، ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل ولو تبعه المص لكان أولى.

(فقال رجل: إن لم أواف به غداً فعليه المائة) التي بينها المدعي إما بالبينة أو بإقرار المدعى عليه، وهذا قول الإمام والثاني آخر، وقال محمد: إن لم يبينها ثم ادعى وبينها لا يلزمه، وجعل في «الخلاصة» قول أبي يوسف الآخر مع محمد وللمشايع طريقتان في توجيه قوله الآخر: الأولى أنه لما بينها إليه كانت رشوة التزمها

ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود.....

الكفيل عند عدم الموافقة وهذا لا يمنع صحة الكفالة بالنفس وعليها عول الماتريدي، الثانية: إن الدعوى غير صحيحة لجهالة المدعى به من غير بيان وفيها لا يجب إحضاره إلى مجلس القضاء فلم تصح الكفالة بالنفس، والكفالة بالمال مبنية عليها وبطلان الأصل يوجب بطلان الفروع وإليها مال الكرخي قال في «العناية»: وهذا يقتضي الصحة إذا كان المال معلوماً عند الدعوى ولهما إن أمكن تصحيح هذه الكفالة، أما إذا بين المال عند الدعوى فلائنه ذكره معرفاً فينصرف إلى ما عليه وتكون البينة موجودة، وأما إذا لم يبين فلأن العادة جرت بالإجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعاً لحيل الخصوم فتصبح الدعوى على اعتبار البائن، فإذا بين التحق البائن بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة أولاً فيترتب عليها صحة الثانية، وأنت خبير بأن المائة في عبارة «الجامع الصغير» المتقدمة منكراً، وكذا في «المبسوط» وغيره.

قال في «الفتح»: فالوجه أن يترك المقدمة الأولى ويقال: إنه إذا ظهرت الدعوى بألف ظهر أنه أراد الألف التي يدعيها حكماً بأن الكفيل كان يبدي خصوص دعواه تصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين يقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر، وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر، فإذا ظهرت ظهر أنه إنما كفل للمدعي بها، ولو كفل بنفسه على أنه إن لم يوافق به كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز استحساناً وهو قول محمد لا قياساً وهو قول أبي يوسف، ذكره قاضي خان وجعل في «المحيط» الخلاف على العكس وأن أبا حنيفة مع الثاني والله الموفق.

(ولا يجبر) المدعى عليه (على الكفالة بالنفس في) دعوى (حد و) لا (قود) بأن يحضره الكفيل إلى مجلس القضاء لإثبات ذلك عليه وهذا قول الإمام وقالوا: يجبر في حد القذف لأنه فيه حق العبد وفي ذلك القصاص لأن المقلب فيه حقه، ومعنى الجبر هنا هو الملازمة بأن يدور معه الطالب حيث دار كيلاً يتغيب عنه، وإن أراد دخول داره فإن شاء المطلوب أدخله معه وإلا منعه الطالب عنه لهما أنها شرعت لتسليم النفس الواجب على الأصيل فصحت به وله إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام: «لا كفالة في حد»<sup>(١)</sup> قال في «غاية البيان»: ولنا في رفعه نظر بل هو من كلام شريح قيد بالجبر لأن المدعى عليه لو سمح به جاز اتفاقاً بخلاف غيرهما من الحدود الخالصة كالزنا وشرب الخمر فإن الكفالة بها لا تجوز، وإن طابت نفسه وبدعواهما لأن الكفالة

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (١١٩٤) (٢٢/٥).

ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل .....

بنفسهما لا تجوز إجماعاً إذ لا يمكن استيفاءهما في الكفيل، وألحق التمرتاشي والمحوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين وقيد بالقصاص لأنه في القتل والجراحة خطأ يجبر على الكفيل، يعني إجماعاً لأن الموجب هو المال، ولا خلاف أيضاً أن يجبر في التغرير لأنه من حقوق العباد وظاهر كلامهم إنما كان منه حقاً لله تعالى لا تجوز الكفالة به (ولا يحبس) المدعى عليه (فيهما) أي: في الحدود والقصاص (حتى يشهد شاهدان مستوران أو) واحد (عدل) يعرفه القاضي بذلك لأن الحبس هنا للتهمة من باب دفع الفساد وهو من الديانات وهي تثبت بأحد شرطي الشهادة وقد حبس عليه الصلاة والسلام رجلاً بالتهمة<sup>(١)</sup>، وذكر في «أدب القاضي» أنه على قولهما لا يحبس فيهما بشهادة العدل لحصول الاستيثاق بالكفالة. قال في «البحر»: وكلامهم هنا يدل ظاهراً على أن للقاضي أن يعذر المتهم وإن لم يثبت عليه، وذكر أنه كتب في ذلك رسالة، والذي يخصنا منها هنا أن ما كان من التغرير حقاً له تعالى فإنه لا يتوقف على دعوى ولا على ثبوت، بل إذا أخبر القاضي عدل بما يقتضيه فعليه لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين أو واحد عدل والحبس تعزير انتهى. فإن قلت: ينبغي / أن يكون هذا رأي المتقدمين من جواز قضاء القاضي بعلمه، أما على رأي المتأخرين وهو المفتى به من أنه لا يقضي بعلمه في زماننا فينبغي أن يتوقف على الثبوت.

قلت: يجب أن يحمل الخلاف على ما كان من حقوق العباد، أما حقوق الله تعالى فيقضي فيها بعلمه، ويدل على ذلك ما في «الخانية» و«الظهيرية» و«الخلاصة» و«البرزازية» الرجل إذا كان يصوم ويصلي ويضر الناس باليد واللسان وذكر بما فيه لا يكون غيبة وإن أخبر السلطان بذلك ليزجره فلا إثم عليه انتهى. وفي التعبير بالإخبار إيماء إلى أنه لا يحتاج فيه بلفظ الشهادة ولا إلى مجلس القضاء، وظاهر أن الإخبار كما يكون باللسان يكون بالبنان فإذا كتب إلى السلطان بذلك ليزجره جاز وكان له أن يعتمد عليه حيث كان معروفاً بالعدالة، وقد اكتفوا في الحرج والتعديل بكتابة المعدل إلى القاضي وكلامهم يعطي أن الحرج المجرد في حقوق الله تعالى مقبول وعلى هذا ما يكتب من المحاضرة في حق إنسان، فإن للحاكم أن يعتمد من العدول ويعمل بموجبه في حقوقه تعالى، وقد أفتيت بأنه لا شيء على الكتاب بذلك ومن أفتى فيه بوجوب التعزير فقد أخطأ، والفرع المتقدم ينادى بخطئه

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٤١٧)، وأبو داود في سننه (٣٦٣٠).

وبالمال ولو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً.....

والله الموفق. بقي جواز الكفالة في حقوق العباد كالديون وهو ظاهر في عدم جوازها في حقوقه تعالى (وبالمال) عطف على بالنفس أطلقه فشمّل ما إذا كان الأصيل مطالباً به الآن أو لا فتصح عن العبد المحجور بما يلزمه بعد العتق بالاستهلاك أو قرض ويطالب الكفيل الآن كما لو أفلس القاضي المديون وله كفيل، فإن المطالبة تتأخر عن الأصيل دون الكفيل، كذا في «التتارخانية» (ولو) كان المال (مجهولاً) لابتنائها على التوسع وقد أجمعوا على صحتها بالدرك مع أنه لا يعلم كم يستحق من المبيع (إذا كان ديناً صحيحاً) وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء فلا يجوز ببدل الكتابة ولا بدين على كل من دخل في كتابته لسقوطه بدونهما وبدل السعاية كبديل الكتابة عنده خلافاً لهما كذا في «البرزانية» وغيرها وكان الحق ببدل الكتابة وإلا فهو دين صحيح بهذا التفسير فإن قلت: دين الزكاة كذلك ولا تصح الكفالة به. قلت: إنما لم يصح لأنه ليس ديناً حقيقة من كل وجه.

تنبیه: يستثنى من صحة الكفالة بالدين الصحيح ما لو كان لهما دين على رجل فكفل أحدهما لصاحبه حصته فإنه لا يجوز لأنه تعذر تصحيحها بنصف مقدر، لأن قسمة الدين قبل قبضه لا تجوز أو شائعاً لأنه يصير كفيلاً لنفسه لأن له أن يأخذ من المقبوض نصفه، كذا في «المحيط» وقالوا: لو أعتق عبده على مال صحت الكفالة، ولو كان للمكاتب مال على رجل فأمره بدفعه لمولاه من مكاتبته أو دين سوى ذلك جاز، لأن ذلك المال واجب للمكاتب على الكفيل وهذا أمر منه أن يدفع عليه لمولاه، كذا في «البرزانية» وهو ظاهر في أن هذا ليس بكفالة ببدل الكتابة فلا يرد بل إذن الدين ومقتضاه أن للمكاتب أن يرجع على الأمر بالدفع ولا يصح أن يكون حوالة، إذ لو كانت لعتق المكاتب، وفي «التتارخانية» لو ضمن بدل الكتابة وأدى رجع بما أدى يعني إذا كانت الكفالة بأمره، وفي «البرزانية» دفع إلى محجور دراهم لينفقها على نفسه فكفل بها إنسان لا يصح ولو قال له: ادفع له العشرة على أني ضامن لك جازت، فطريقه أن يجعل الضامن مستقرضاً من الدافع والصبي نائب عنه في القبض، وكذا الصبي المحجور إذا باع شيئاً فكفل رجل بالدرك للمشتري إن بعد قبض الصبي الثمن لا يجوز ولو قبضه جاز، ولو اشترى متاعاً فضمن رجل الثمن للبائع عنه يلزم الكفيل الثمن ولو ضمن المتاع بعينه جاز، وفي «المحيط» كانا في سفينة فانتھيا إلى مكان قليل الماء فقال أحدهما لصاحبه: ألق متاعك في الماء على أن متاعي بيني وبينك على أنه فاسد ويضمن لصاحبه قيمة متاعه لأن تعليق التمليك

## بكفلت عنه بألف.....

بالشرط لا يصح فبقي ضامناً له نصف قيمة متاعه انتهى. وفي «جامع الفصولين» كفل مسلم عن ذمي بخمر للذمي قيل: لا يصح مطلقاً، وقيل: لو كان الخمر بعينها عند المطلوب يصح على قياس قول الإمام إذ يجوز عنده للمسلم أن يلزمه نقل الخمر كما لو أجز نفسه لنقله. وفي «البيزانية» صادر الوالي رجلاً وطلب منه مالاً وضمن ذلك رجل وبذل الحظ ثم قال الضامن: ليس لك علي شيء لأنه ليس لك علي شيء، قال شمس الأئمة: والقاضي يملك المطالبة لأن المطالبة الشرعية كالمطالبة الحسية، ثم قال بعد ضمان الجنائيات على قول عامة المشايخ: لا يصح، وقد ذكرنا أن فخر الإسلام وجماعة قالوا: يصح وجعلوا المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية.

تمة: ذكر الطرسوسي في مؤلف له أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال / بيت المال مستدلاً بأن عمر رضي الله تعالى عنه صادر أبا هريرة انتهى. وذلك حين استعمله على البحرين ثم عزله وأخذ منه اثني عشر ألفاً فدعاه بعد ذلك إلى العمل فأبى. أخرجه الحاكم وابن أبي حاتم<sup>(١)</sup>، وأراد بعمال بيت المال خدمته الذين يجيبون أمواله ومن ذلك كتبته إذا توسعوا في الأموال لأن ذلك دليل خيانتهم ويلحق بهم كتبة الأوقاف ونظارتها إذا توسعوا وعمروا الأماكن التي لا تنال إلا بعظيم المال وتعاطوا أنواع الملاهي في أغلب الأحوال فللحاكم أخذ الأموال منهم وعزلهم، فإن عرف خيانتهم في وقف معين رد المال إليه وإلا وضعه في بيت المال والله أعلم، بحقائق الأحوال (بكفلت عنه بألف) نبه بذلك على أنه لا بد أن يأتي بصيغة تدل على الالتزام كما مثل، ومن ذلك ضمننت على إلي أما لو قال: دينك الذي على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسلمه أنا أقبضه لا يصير كفيلاً، كذا في «جامع الفصولين» لما عرف من أن المواعيد لا تصير لازمة إلا باكتساب صور التعليق وقد مر. قال في «البحر»: «وقدمنا عن «التتارخانية» أنه لو قال: لك عندي هذا الرجل كان كفيلاً بنفسه، وعلى هذا لو قال: لا تطالب فلاناً مالك عندي لا يكون كفيلاً بالمال وقد أفتيت به، وقدمنا عن «الخانية» في المعلقة بعدم الموافاة أن عندك كعلي فعلى هذا يكون كفيلاً في التعليق فقط انتهى.

وأقول: صرح في «الخانية» أن عند تفيد اللزوم إذا أضيفت إلى الدين غير مقيد بالتعليق فإذا طالبه بدينه فقال: لا تطالب مالك عندي كان كفيلاً هذا هو الظاهر فتدبره. وفي «البيزانية» ضمننت لك ما على فلان أن أقبضه وأدفعه فهذا على أن

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٢/٣٧٨).

وبما لك عليه وبما يدركك في هذا البيع وما بايعت فلاناً فعلياً، .....

يقبضه ويدفعه إليه لا على ضمان المال وعلى هذا معاني كلام الناس، ولو ضمن ألفاً على أن يؤديها من ثمن الدار هذه فلم يبيعها لا ضمان على الكفيل ولا يلزمه بيع الدار، ولو كفل عنه بألف على أن يعطيها من وديعته التي عنده جاز إذا أمره بذلك، وليس له أن يسترد الوديعة منه فإن هلكت برئ والقول فيها للكفيل وإن غضبها المودع أو غيره برئ الكفيل ولم أر هل له بيعها ودفع الدين منها، وفي «الخانية» اشهدوا أنني ضمننت لزيد الألف التي له على فلان فبرهن المديون على قضائها قبل الكفالة فبرئ الأصيل دون الكفيل لإقراره بها، ولو على القضاء بعدها برئاً جميعاً، ومثل للمجهول بأربعة أمثلة أحدها ما أفاد بقوله: (وبما لك عليه) أي: وتصح أيضاً بكفلت عنه بما لك عليه وما ترتضي به من أنه لو قال: كفلت لك بعض ما على فلان لم يصح ممنوع، بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يعين أي مقدار شاء كذا في «الفتح»، وفي «البدائع» وأما كون المكفول معلوم الذات أو القدر فليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير معين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه جاز، ويبرأ بدفع واحد منهما للطالب، ولو كفل بمال فلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز، ولو قال: كفلت لك بما لك على أحد هذين الرجلين صحت والتعيين للمكفول له لأن الجهالة سيرة.

(و) يصح أيضاً بكفلت عنك (بما يدركك) أي: يتبعك، والدرك بفتح الراء وسكونها التبعية (في هذا البيع) من الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع، فإذا استحق كان للمشتري أن يخاصم البائع أولاً فإذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له أن يأخذ الثمن من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولاً في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أن له ذلك، وأجمعوا أن المبيع لو ظهر حراً كان له أن يخاصم أيهما شاء، كذا في «السراج» وفي «البرازية» ولا يرجع على الكفيل بقيمة البناء والغرس.

(و) تصح أيضاً بقوله: (ما بايعت فلاناً فعلياً)، فإذا بايعه كان عليه ما يجب بالمبايعة الأولى، ولو باعه مرة بعد أخرى لا يلزمه شيء في الثانية ذكره في «المجرد» عن الإمام نصاً، وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف أنه يلزمه كله، كذا في «الفتح» وفي «المبسوط» لو قال: متى وإذا أو إن بايعت لزمه الأول فقط بخلاف كلما وما انتهى. وزاد في «المحيط» الذي. وفي «البرازية» بايع فلاناً على ما أصابك من خسران فعلي لا يصح، وفيها تبعاً «للمبسوط» لو رجع من هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته لم يلزمه بعد ذلك شيء، ولم يشترط الولوالجي نهيته عن الرجوع

وما ذاب لك عليه فعليّ وما غضبك فلان فعليّ، وطالب الكفيل أو المديون إلا إذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة.....

حيث قال: لو قال رجعت عن الكفالة قبل المبايعة لم يلزم الكفيل شيء وفي الكفالة بالذوب لا يصح، والفرق أن في الأولى مبنية على الأمر دلالة وهذا الأمر غير لازم، وفي الثانية مبنية على ما هو لازم انتهى. وهو ظاهر.

(و) تصح أيضاً بقوله: (ما غضبك فلان فعليّ)، هذا هو الرابع من أمثلة الكفالة بالمجهول وفي الكل فيشترط القبول إلا أنه في «البيزاية» قال: طلب من غيره قرضاً فلم يقرضه، فقال رجل: أقرضه فما أقرضته فأنا ضامن، فأقرضه في الحال من غير أن يقبل ضمانه صريحاً ويكفي هذا القدر انتهى. وينبغي / أن يكون ما بايعت فلاناً أو ما غضبك فعلي كذلك إذا بايعه أو غضب منه للحال، قيد بكون الغاصب معيناً لأنه لو قال: إن غضب مالك إنسان فأنا ضامن لا يصح، كما في «البيزاية» ولو قال: ما غضبك أهل الدار فأنا له ضامن لا تصح، لجهالة المكفول عنه لا يصح بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين: ما بايعتموه فعلي فإنه يصح فأيهم بايعه فعلى الكفيل، والفرق أنه في الأولى ليسوا معينين معلومين عن المخاطبين، وفي الثانية: معينون، والحاصل أن جهالة المكفول تمنع صحة الكفالة مطلقاً وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقاً وجهالة المكفول عنه في التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع نحو كفلت بمالك على فلان أو فلان كذا في «الفتح».

وفي «المحيط» ضمننت لك هذا وإن شئت هذا فإنه يضمن الأول انتهى، ولو غضب منه عقاراً وأتلفه لا ضمان على الكفيل لعدم تحقق الغضب فيه فلم يتناوله لفظه، وفي «البدائع» إن غضب فلان ضيعتك فأنا ضامن لم يجز عندهما خلافاً لمحمد بناء على تحقق غضب العقار عنده (وطالب) المكفول له (الكفيل) إن شاء، وطالب المكفول عنه لأنه موجب الكفالة وعبارته لا تفيد أن له مطالبتهما ومن ثم زاده الشر ولو قال: وطالبهما لإفادة وعلم أن له مطالبة أحدهما بالأولى ولأغناه ذلك عن قوله بعد، ولو طالب أحدهما كان له أن يطالب الآخر وفيه إيحاء إلى أن له حبسها وحبس أحدهما، قال في «البيزاية»: وإذا حبس الكفيل يحبس المكفول عنه معه، دلت المسألة عن جواب الواقعة وهو أن المكفول له يتمكن من حبس الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل وإن كثروا وظاهر أنه إنما يطالبهما إذا كان الدين حالاً عليهما، أما إذا كان حالاً على أحدهما فقط اقتصر الطلب عليه (إلا إذا شرط) المديون (البراءة فحينئذ تكون) الكفالة (حوالة) فتجري فيها أحكامها فلا يطالب الأصيل إلا بالقوي (كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها) بالحوالة (المحيل كفالة)

ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كإن استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء كإن قدم زيد وهو مكفول عنه.....

اعتباراً للمعنى فيها مجازاً ونظيره الوصاية حال الحياة وكالة، والوكالة بعد الموت وصاية فإن قلت قد قالوا: إن العارية مدة معينة بأجرة إجارة وبغير أجر ليست إعارة بل إجارة فاسدة.

قلت: إنما لم يكن إعارة لأن الإجارة تقبض العوض والعارية عدمه فلم يستعر الإجارة للإعارة (ولو طالب أحدهما) كان (له أن يطالب الآخر) بخلاف المغصوب منه إذا اختار تضمين أحد الغاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التملك منه عند قضاء القاضي فلا يمكنه التملك من الآخر بعد ذلك، وفي «البزازية» اختار المالك تضمين الغاصب الأول ورضي به الغاصب أو لم يرض لكن حكم له بالقيمة على الأول فليس له أن يرجع ويضمن الثاني، وإن لم يرض به الأول ولم يحكم به كان له أن يرجع ويضمن الثاني، وإن اختار الأول ولم يعطه شيئاً وهو مفلس فالحاكم يأمر الأول بقبض ماله على الثاني ويعطيه له، فإن أبى المالك يحضرهما ثم تقبل البينة على الغاصب الثاني للغاصب الأول ويأخذ ذلك من الثاني فيقبضه انتهى. وفيه تقييد للإطلاق الأول (ويجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم) أي: موافق لمقتضى العقد وذلك أحد أمور ثلاثة نبه على الأول بقوله: (كشرط وجود الحق) أي: لزومه (كإن استحق المبيع) فعلى الثمن فإن استحقاقه سبب لوجود الثمن على البائع للمشتري.

وفي «الخلاصة» قال للمودع: أتلف المودع وديعتك أو جحدك فأنا ضامن لك صح، وكذا إن قتلك أو قتل أبيك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح، وفي «المحيط» لو قال: إن شجك أو قطع يدك أو قتل عبدك أو غصبك كذا فأنا ضامن لقيمته ورضي به المضمون له فهو جائز (ولإمكان الاستيفاء كإن قدم زيد) فعلي ما عليه وهو معنى قوله (وهو) أي: والحال أنه (مكفول عنه) لأن قدومه سبب للاستيفاء منه قيد بكونه مكفولاً عنه لأنه لو كان غير مكفول عنه لا يصح التعليق، كذا في «الفتح» وما في «القنية» لا يصح التعليق بشرط غير متعارف كدخول الدار وقدوم زيد إلا أن الأصح ما ذكره أبو نصر أنه يصح بقدوم زيد ذكره في «تحفة الفقهاء» محمول على أنه مكفول عنه، قال في «البحر»: والحق أنه لا يلزم أن يكون مكفولاً عنه لظاهر ما في «القنية» ولقوله في «البدائع»: إن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولاً عنه أو مضاربة انتهى، فهذه العبارة إزالة للبس وأوضحت كل تخمين وحس.

وأقول: كون ما في «القنية» ظاهر فيما ادعاه ممنوع لأن عبارته تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغيره لا يصح، وقال القدوري في «مختصره»: ويجوز تعليق

أو لتعذره كإِن غاب عن المصّر، ولا يصح بنحو إن هبت الريح وإن جعلاً أجلاً فتصح الكفالة ويجب المال حالاً.....

الكفالة بالشرط، قال الاقطع: إن كان الشرط لوجود الحق أو لإمكان الاستيفاء جاز التعليق كإِن استحق المبيع أو قدم زيداً لأن الاستحقاق / للوجوب وقدم زيد قد يسهل به الأداء بأن يكون مكفولاً عنه أو مضاربة ثم قال: الأصح ما ذكره أبو نصر أنه يصح لقدم زيد، وقد نص به في «تحفة الفقهاء» انتهى. نعم قوله أو مضاربة يعلم منه أنه لو كان القادم مكفول مديون المكفول عنه أو مودعه أو غاصبه جازت الكفالة المعلّقة بقدومه لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة، ويحمل قوله في «الفتح» فلو كان غير مكفول عنه على ما إذا كان أجنبياً محضاً وقوله في «الكتاب» أو لإمكان الاستيفاء يشمل ذلك وقوله: كإِن قدم إلخ مثال فقط وهذا فقه حسن فتدبره.

واعلم أنه يصح تعليق البراءة منها بقدوم الأصيل ففي «البيزاية» ضمنت لك عن فلان ألفاً فإذا قدم فلان فأنا بريء منه إن كان فلان غير بماله بألف جاز شرط البراءة، وإن كان فلان ليس بينه وبين الطالب والمطلوب تعلق في هذه الألف تصح الكفالة ويبطل شرط الكفالة انتهى، (ولتعذره) أي: الاستيفاء (كإِن غاب عن المصّر) فعلي ما عليه لأن غيبته سبب لتعذر الاستيفاء منه، ومن ذلك ما في «الدراية» ضمنت كل مالك على فلان إن تودّي وكذا إن مات ولم يدع شيئاً فهو ضامن، وكذا إن حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علي، وإن حل مالك على فلان أو إن مات فهو علي، وقدمنا عن «الخانية» إن غاب ولم أوفك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يواف به بعد الغيبة، وعن محمد إن لم يدفع مديونك أو لم يقضه فهو علي ثم إن الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون: لا أدفعه ولا أقبضه وجب على الكفيل اتباعه وعنه أيضاً إن لم يعطك فأنا ضامن فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان ولو بعد التقاضي قال: أنا أعطيك، فإن أعطاه مكانه أو ذهب به إلى السوق أو منزله وأعطاه جاز، وإن طال ذلك ولم يعطه لو الكفيل ماذون مديون طولب بكفيل خوفاً من عتق المولى فقال رجل: إن أعتقه مولاه فأنا ضامن جازت الكفالة،

وفي «القنية» إن يود فلان مالك عليه ستة أشهر فأنا ضامن له يصح التعليق، لأنه شرط متعارف (ولا يصح) تعليق الكفالة (نحو إن هبت الريح) أو جاء المطر أو إن دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه مما ليس ملائماً (فإن جعلاً أجلاً تصح الكفالة ويجب المال حالاً) هكذا وقع في نسخة الشرقي: وهكذا ذكر في «الهداية» و«الكافي» وهو سهو، فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزم المال لأن الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم، ذكره قاضي خان

فإن كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه وإلا صدق الكفيل فيما أقر بحلفه.....

وغيره انتهى، وعبارة «الهداية» فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر، وكذا إذا جعل واحداً منهما أجلاً إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لم تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق انتهى، فهذا التعليق ظاهر فيما فهمه الشر من أنه في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالاً ويبطل الشرط، وعلى هذا الظاهر جرى الإيتقاني حيث قال: الشرط إذا كان ملائماً جاز تعليق الكفالة به، وإن كان بخلاف ذلك لهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لأنه كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطله الشروط الفاسدة أصله الطلاق والعتاق، وغيره من الشارحين حمل التعليق في التعليل على التأجيل بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وهو ظاهر ليطابق ما في «الخانية» مما مر.

وقد ذكره في «المبسوط» أيضاً وهذا الحل ممكن في كلام المص إلا أن عدم ذكر التأجيل في كلامه يبعده بخلافه في عبارة «الهداية» وإذا تحققت هذا علمت أن ما في «البحر» من أن ما قاله الشر سهو لأن المص لم يقل فتصح الكفالة ويجب المال حالاً، وإنما الموجود في النسخ المعتمدة الاقتصار على قوله، ولا تصح بنحو إن هبت الريح، ولذا لم ينسب العيني السهو إلى المص وإنما نسبه إلى «الهداية» فعلى هذا الأنسب أن يقر ولا تصح بالثناء الفوقية وكل منهما مخطئ في نسبه السهو إلى «الهداية» ثم ذكر ما في «الهداية» وأن قوله لما صح تعليقها معناه تأجيلها بأجل متعارف مجازاً انتهى. مما لا تحرير فيه وذلك لأن اعتراضه إنما هو على ما وقع في نسخته وهو صحيح، وكلام «الهداية» ظاهر فيما فهمه كما علمته والتأويل خلاف الأصل فكيف ينسب إلى السهو؟ ما هذا إلا كبير سهو نعم الثابت في أكثر النسخ وإلا يصح بنحو إن هبت الريح أو جاء المطر، وإن جعلاً فتصح الكفالة ويجب المال حالاً، أي لا يصح تعليقها بشرط غير ملائم، ويعلم من قوله وإن جعلاً أجلاً فيصح أنها في التعليق لا تصح لعدم صحته وحينئذ فيكون الأنسب أن تقرأ بالفوقية مع أن الكلام في التعليق عدول عن الظاهر/ بما لا داعي إليه وصورة جعلهما أجلاً أن يقول: [٤١٧/ب] كفلت به أو بمالك عليه إلى أن تهب الريح أو إلى أن يجيء المطر.

(فإن كفل بماله) أي: لفلان (عليه فبرهن) فلان (على ألف) أي: على أن له عليه ألفاً (لزمه) أي: الكفيل ما برهن به عليه لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً سواء كان البرهان على الأصيل أو على الكفيل حال غيبة الأصيل ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب، كذا في «الخانية» (وإلا) أي: وإن لم يبرهن (صدق الكفيل فيما أقر) به (بحلفه) على نفي العلم لا على البتات.

ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل فإن كفل بأمره.....

أقول: وينبغي أن يقيد بما لو أقر بما يكفل به عادة حتى لو أقر بأنه له عليه درهماً لم يقبل منه (ولا ينفذ) ضبطه العيني بالتشديد وليس بمتعين (قول المطلوب على الكفيل) لأنه إقرار على الغير مثل مالك عليه ما أقر لك به أمس فلو قال المطلوب: أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل قيد بما له عليه لأنه لو قال: بما ذاب أي حصل أو ثبت له عليه فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل، والفرق أن الكفالة بما له عليه كفالة فلو قال بالدين القائم في الحال وبما ذاب ونحوه بما يسحب والوجود يثبت بإقراره.

ولو قال: ما قضى لك به لا يلزم إلا أن يقضي، وسيأتي ما لو غاب المكفول فبرهن الطالب عنه الكفيل (فإن كفل بأمره) مقيد بأن يكون المطلوب ممن يصح منه الأمر، فلو كان صبيّاً وأمر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان ذلك بإذن الصبي، كما في «المبسوط» ولو عبداً محجوراً يرجع عليه بعد عتقه، ولو مأذونين رجع عليهما لصحة أمرهما وقدمنا فروعاً من الكفالة عن العيني فارجع إليها وإن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول: اكفل عني ضمن عني لفلان فلو قال: ضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الأداء لأن الكائن مجرد الأمر بالأداء فجاز أن يكون القصد ليرجع وأن يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال، وقال أبو يوسف: رجع وجعل في «الخانية» قول المطلوب بعد الدعوى بالمال: اكفل عني إقرار بالمال للمدعي وفيها علي كعني فلو قال: اكفل لفلان بألف درهم علي أو انقده ألف درهم علي أو ضمن له الألف التي علي، أو اقضه ماله علي ونحو ذلك رجع بما دفع في رواية «الأصل».

وعن أبي حنيفة في «المجرد» إذا قال لآخر: ضمن لفلان الألف التي له علي وضمنها وأدى إليه لا يرجع إلا إن خليطاً أو أمره ليرجع عليه، وأجمعوا أن المأمور لو كان خليطاً له رجوع وهو الذي في عياله كالوالد الذي في عياله والولد وزوجته ومن في عياله من الشريك والأجير شركة عنان، كذا في «الينابيع»، وقال في «الأصل»: والخليط أيضاً الذي يأخذ منه ويعطيه ويدينيه ويضع عنده المال، كذا في «السراج» وعلى هذا الثاني اقتصر في «فتح القدير» حيث قال: الخليط هو الذي يعتاد الرجل بمداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستمرار منه، وعزا في «الخانية» ما في «الينابيع» إلى «الأصل» وزاد ابن الأخ إذا كان في عياله قال: ذكر في بعض المواضع الخليط فذكر ما اقتصر عليه في «الفتح»، والظاهر أن الكل يعطى لهم حكم الخليط في حق الرجوع وقد طولب بالفرق بين الأمر بالكفالة وما إذا قال: أد عني زكاة مالي أو

رجع بما أدى عليه، وإن كفل بغير أمره لم يرجع ولا يطالب الأصيل بالمال.....

أطعم عني عشرة مساكين لا يرجع ما لم يقل: على أي ضامن وحاصل الفرق أن الأمر بالكفالة يتضمن طلب القرض إذا ذكر لفظة عني، وفي قضاء الزكاة والكفالة طلب اتهام ولو ذكر لفظة عني والحاصل أنه إنما يرجع في الكفالة بالأمر إذا قال: عني أو علي، وإن لم يقل ذلك فإن كان خليطاً رجع وإلا لا، وفي الأمر بالهبة أو التعريض عنها أو الإقراض والحج والمعتق عن كفارته أو الزكاة لا يرجع، ولو قال: عني أو علي إلا إذا قال على أي ضامن، كذا في «الخانية» والحيلة إذا أراد الرجوع بدون الأمر أن يهبه الطالب الدين ويوكل بقبضه.

قال الولوالجي: وفي «الخانية» المسلم الأسير إذا اشتراه رجل بغير أمره يكون متطوعاً وبأمره كذلك في القياس، وفي الاستحسان يرجع، وإن لم يقل على أن ترجع علي وهذا كما قال لغيره: أنفق من مالك على عيالي أو أنفق على بناء داري فأنفق كان له أن يرجع على الأمر بما أنفق ثم قال: لو أمر رجلاً أن يقضي دينه ولم يقل على أن يرجع علي بذلك ولا على أي ضامن رجع المأمور على الأمر على كل حال انتهى، واعلم أن الأمر الموجب للرجوع كما يكون حقيقياً يكون حكماً إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات الأب وأخذ من تركته كان للورثة الرجوع في نصيب الابن لأنه كفالة بأمر الصبي حكماً لثبوت الولاية، فلو أدى بنفسه، فإن أشهد رجع وإلا لا، كذا في نكاح «المجمع» وكما لو جحد الكفالة فبرهن المدعى عليها بالأمر وقضي على الكفيل فأدى فإنه يرجع وإن كان متناقضاً لكونه صار ملزماً شرعاً بالقضاء عليه كذا في / تلخيص «الجامع الكبير» (رجع بما أدى) مقيد بما إذا أدى ما ضمن [٤١٨/١] فإن أدى خلافه بأن كان المكفول به جيداً فأدى ردياً أو عكسه رجع بما ضمن وبما إذا أدى ما وجب دفعه على الأصيل، فلو كفل بالأجرة فأداها قبل وجوبها لا يرجع، كذا في «البنزاية».

وفي قوله بما أدى إيماء أن الكفيل لو صالح عن الأصل بخمسائة فإنه يرجع بها لا بما ضمن وفي البيع من «الفتح» لو كفل بالمسلم فيه وأداه من ماله يصير مقرضاً حتى يرجع بقيمته إن كان ثوباً لأن الثوب مثلي في باب السلم، كذا فيما جعل تبعاً له (فإن كفل بغير أمره) ولم يجز المكفول عنه في المجلس (لم يرجع) لأنه تبرع قيدنا بعدم إجازته في المجلس لأنه لو أجاز الكفالة عنه فيه رجع الكفيل كما في «العمادية» يعني بأن قال: أجزت الكفالة عني، ولو أجازها بعد المجلس لا يرجع لأنها وقعت غير موجبة للرجوع فلا ينقلب موجب، كذا في «كافي المص» (ولا يطالب الأصيل بالمال)

قبل أن يؤدي عنه، فإن لوزم لازمه وبرئ بأداء الأصيل ولو أبرأ الأصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه ولا ينعكس،.....

المكفول به (قبل أن يؤدي عنه) لأنه إنما يملك بالدين الأداء إذ لا يرجع قبله قيد بالكفيل بالشراء له الرجوع على الموكل قبل الأداء لما بينهما من المبادلة الحكيمة كذا قيل، وهو مبني على أن الملك يقع للوكيل ابتداء لكن سيأتي أن الراجح أنه يقع للموكل فلا يتم الفرق، وفي «الخانية» عن «الأصل» لو كفل بمال مؤجل على الأصيل فأعطاه المكفول عنه رهناً بذلك جاز انتهى، والوجه فيه ما سيأتي من أن الكفيل استوجب بالكفالة ديناً على المطلوب أيضاً (فإن لوزم) الكفيل (لازمه) أي: لازم الأصيل حتى يخلصه، وكذا إن حبس كان له أن يحبسه هذا إذا كانت الكفالة بأمره ولم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله، فإن كانت بغير أمره أو كان عليه دين فلا ملازمة ولا حبس والمحال عليه إذا لوزم أو حبس وكانت الحوالة بالأمر، كالكفيل كذا في «السراج» (وبرئ) الكفيل عن المطالبة (بأداء الأصيل) لأن براءته توجب براءة الكفيل إجماعاً سواء كانت الكفالة ضم في المطالبة أو في الدين.

(ولو أبرأ) الطالب (الأصيل أو أخر عنه برئ الكفيل أو تأخر عنه) لما عرف من أن إبراءه يوجب إبراء الكفيل والتأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالمؤبد ويشترط قبول الأصيل وموته قبل القبول والرد يقوم مقام القبول ولو رده ارتد، وهل يعود الدين إلى الكفيل أم لا؟ خلاف كذا في «الفتح»

وفي «جامع الفصولين» بايع المديون بيع وفاء برئ كفيله، فلو تفاسخا لا تعود الكفالة انتهى، قيد بإبرائه لأن براءته لا توجب براءة الكفيل ولو ضمن له على فلان فبرهن فلان أنه كان قضاها إياها قبل الكفالة برئ الأصيل دون الكفيل ولو بعدها برئاً، كذا في «الخانية»، وفي «القنية» براءة الأصيل إنما توجب براءة الكفيل إذا كانت بالأداء، والإبراء فإن كانت بالحلف فلا لأن الحلف يفيد براءة الحالف فحسب انتهى. وتأخيره لأن تأخير المطالبة عن الأصيل لا بتأخير الطالب لا يسقطها عن الكفيل كما لو كفل بما لزم العبد المحجور عليه بعد عتقه أو صالح المكاتب عن دم العمد فكفل رجل ثم عجز، كذا عن «الخانية»، ويستفاد منه أن الأصيل لو كان معسراً لا تسقط المطالبة عن الكفيل الموسر وفي «التارخانية» لو أجل الطالب الأصيل فلم يقبل صار حالاً عليها ولو أجله شهراً ثم سنة دخل الشهر في السنة، والآجال إذا اجتمعت انتقضت بمرة انتهى.

(ولا ينعكس) الحكم المذكور فلا يبرأ الأصيل ببراءة الكفيل قبل أو لا، لأن عليه المطالبة وبقاء الدين بدونها جائز ولا يتأخر الدين عنه بالتأخير عن الكفيل لأنه

ولو صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئاً، .....  
 كما مر إبراء مؤقت فيعتبر بالمؤبد، وأورد بأن المؤبد لا يرتد برد الكفيل والمؤقت يرتد برده فما هذا الاعتبار.

وأجيب بأن الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الفرق أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه إذ ليس عليه إلا بمجرد المطالبة، والإسقاط المحض لا يقبل منه كإسقاط الخيار وأما المؤقت فتأخير المطالبة لا إسقاط كذا قالوا: ومقتضى كونها ضم في الدين أنه يرتد بالرد ولم أره في «الخانية» قال للكفيل: أخرجتك عن الكفالة فقال: لا أخرج لم يصبر خارجاً وتوهم في «البحر» من هذا أن إبراءه يرتد بالرد وفيه نظر، وقالوا: لو كفل بالحال إلى شهر فإنه يتأجل على الأصيل أيضاً وقد منّا عن تلخيص «الجامع» ولو كان قرضاً وعن «السراج» هذا في غير القرض، أما فيه فإنه يكون حالاً على الأصيل فارجع إليه وإذا لم يبرأ الأصيل لم يرجع عليه الكفيل بشيء بخلاف ما لو وهبه الدين أو تصدق به عليه وقيل حيث يرجع ولو بعد موته فالقبول للوارث، فإن رده ارتد في قول أبي يوسف وقال محمد: لا يرتد ولو أدى الكفيل قبل حلول الأجل لا يرجع على الأصيل حتى يمضي الأجل باتفاق الروايات، ولو حل على أحدهما بموته / لا يحل على الآخر، [ب/٤١٨] وعن أبي يوسف عليهما ألف مؤجلة وكل كفيل عن صاحبه فمات أحدهما أخذ ما عليه بالأصالة وما عليه بالكفالة ويبقى مؤجلاً هو الصحيح كذا في «التتارخانية» قال في «البحر»: ويستثنى من قولهم براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل مسألتان:

الأولى: لو أحال الكفيل الطالب على رجل فقبل الطالب والحال عليه برئ الكفيل والأصيل لأنها حصلت بأصل الدين، والدين أصله على المكفول عنه، ولو شرط الطالب براءة الكفيل فقط لم يبرأ الأصيل وكان له أن يأخذ دينه من الأصيل أو الحال عليه ولا سبيل له على الكفيل إلا أن يقوي المال على الحال عليه، كذا في «السراج» الثانية ما في «الخانية» لو مات الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل على كل حال، وأما الأصيل فإن كانت الكفالة بغير الأمر فكذا يبرأ وإلا فلا انتهى.

وأقول: لا معنى لهذا الاستثناء بعد أن الكلام في الإبراء يعني الإسقاط على أنه في الفرع الأول إنما برئ الكفيل لبراءة الأصيل أولاً وسيأتي في الصلح ما يرشد إليه (وإن صالح أحدهما) يعني الأصيل أو الكفيل (رب المال على نصفه) أي: على بعض الدين والنصف مثال (برئاً) أما إذا صالح الأصيل فظاهر، وأما إذا صالح الكفيل فلأنه أضاف الصلح إلى الدين الذي على الأصيل فيبرأ الأصيل ضرورة وبراءته توجب براءته، ومعنى المسألة ما إذا شرط براءتهما أو براءة الأصيل أو سكت أما لو شرط

وإن قال الطالب للكفيل برئت إليّ من المال رجوع على المطلوب وفي برئت أو أبرأتك لا، وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط.....

الكفيل براءته وحده برئ على خمسمائة وبهذا ظهر أن المسألة مربعة، وفي «التارخانية» الكفيل بالنفس إذا صالح الطالب على خمسين ديناراً على البراءة عن الكفالة بالنفس لا يجوز ولا يبرأ عنها ولو كان كفيلاً بالمال أيضاً وصالح على خمسين بالشرط برئ، ولو قضى الكفيل بالنفس الدين على أن يبرئه عن الكفالة جاز القضاء والإبراء، وأما إذا أعطاه عشرة ليبرئه عن الكفالة بالنفس فأبراه لم يسلم له العوض باتفاق الروايات، وفي براءته عنها روايتان، وفي «الخانية» صالح الكفيل الطالب على شيء ليبرئه عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل انتهى. وهو بإطلاقه يعم الكفالة بالمال أيضاً (فإن قال الطالب للكفيل برئت إلي من المال رجوع) الكفيل بالمال المكفول به بالأمر (على المطلوب) لأن مفاد هذا التركيب براءة من المال مبدأها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا هو معنى الإقرار بالقبض من الكفيل فكانه قال: دفعت إلي رح فيرجع الكفيل على الأصيل بشيء لأن قوله: (برئت) يحتمل بإبرائه أو بالأداء (وأبرأتك) ابتداء إسقاط، وكذا قوله أنت حل من المال بإجماع الأئمة الأربعة لأن لفظ الحل يستعمل في الإبراء بالبراءة دون البراءة بالقبض ذكره المحبوبي وقالوا: هذا إذا كان الطالب غائباً، فإن كان حاضراً يرجع إليه في البيان في الكل أنه قبض أو لم يقبض والظاهر أنه في لفظ الحل لا يرجع إليه لظهور أنه سامحه (لا) أنه أخذ شيئاً منه، وجعل أبو يوسف برئت كقوله إلى قيل وهو قول الإمام، واختاره صاحب «الهداية» وهو أقرب الاحتمالين فكان أولى كذا في «العناية» ولا خلاف بينهم أنه لو كتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها كان إقراراً بالقبض، وفرق محمد بأن العرف أنه إنما كتب عليه هذا إذا وجد الإيفاء له فجعلت الكتابة إقراراً، ولا عرف عند الإبراء لأنه لا يكتب الصك عليه، واختلف المتأخرون فيما لو قال المدعى عليه أبرأتني المدعي من الدعوى التي يدعي علي هذا هو إقرار بالمال وقيل كذا في «الفتح»، والذي في «البنزاية» دعوى البراءة عن الدعوى لا يكون إقراراً بالدعوى عند المتقدمين وخالفهم المتأخرون وقول المتقدمين أصح انتهى.

(وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) مثل إن عجلت إلي البعض أو دفعت

البعض مثلاً فقد أبرأتك عن الكفالة وقيل: يصح وقال في «الفتح»: وهو أوجه لأن المنع بمعنى التملك وذلك يتحقق بالنسبة إلى المطلوب، أما الكفيل فالمتحقق منه المطالبة فكانه أبراه إسقاطاً محضاً، وظاهر ما في «الشرح» وغيره ترجيح الأول لجزم

والكفالة بحد وقود ومبيع ومرهون وأمانة، وصح .....

المص به كغيره وأجاب عما مر حيث قال: وأما على القول بثبوت المطالبة وهي الدين لأنها وسيلة إليه والتملك لا يقبل التعليق بالشرط وحمل في «الدراية» رواية الكتاب على ما إذا كان الشرط غير متعارف، والرواية الثانية على ما إذا كان متعارفاً، ومقتضى كلامهم أنه لا خلاف في بطلان التعليق بناء على أنها ضم في الدين قيد بالكفالة بالمال لأن التعليق البراءة من الكفالة بالنفس على وجوه في وجه تصح البراءة ويبطل الشرط كما إذا أبرئ الطالب على أن / يعطيه الكفيل عشرة وفي وجه يصحان، [٤١٩/١] كما إذا كان كفيلاً بالمال أيضاً وشرط الطالب عليه أن يدفع إليه الحال ويبرئه من الكفالة بالنفس وفي وجه لا يصحان، كما إذا شرط عليه الطالب أن يدفع إليه ويرجع بذلك على المطلوب كذا في «الخانية» ملخصاً.

(و) بطل أيضاً (الكفالة بحد وقود) لعدم الفائدة في استيفائها من غير الجائي وقيده العيني هنا، وفي شرح «الهداية» بما إذا كفل بنفس الحد، فإن كفل بمن عليه الحد تصح وهو مأخوذ من «الهداية» معللاً بأنه أمكن ترتيب موجهه عليه لأن تسليم النفس فيما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الصحة. قال في «الفتح»: ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا سمح بها في الحدود الخالصة لأن تسليم النفس واجب فيهما لكن نص في «الفوائد الخبازية» على أن ذلك في الحدود التي للعباد فيها كحد القذف لا غير انتهى.

وقد مر ومبيع بأن يقول المشتري: إن هلك المبيع فعلي بدله (ومرهون) سواء ضمن الرهن للراهن أو للمرتهن، كما في «جامع الفصولين» (وأمانة) كوديعة ومال مضاربة وشركة وعارية ومستاء وبفتح الجيم علم أن الأعيان إما مضمونة بنفس وهي ما تجب قيمتها عند الهلاك، أو بغيرها وهي ما لا تجب قيمتها أو أمانة، (و) الأول (تصح) الكفالة به كما سيأتي ولا تصح بالثاني والثالث لفقد شرطها وهو أن يكون المكفول مضموناً على الأصيل لا يخرج عنه إلا بدفع عينه أو بدله والمبيع مضمون بالثمن والمرهون على الأصيل فأمكن التزامه، وإن هلكت العين برئ الكفيل وقيل: إن كان واجباً على الأصيل كالعارية والإجارة الكفالة بتسليمه في مجلس العقد، وإن كان غير واجب كالوديعة لا تجوز الكفالة بتسليمه في مجلس العقد، وإن كان غير واجب كالوديعة لا تجوز الكفالة بتسليمه لأنه غير واجب عليه فلم يمكن إيجابه على الكفيل، كذا في «الشرح» وبهذا القيل جزم شارح «الهداية».

لكن قال في «الفتح»: الوجه عندي صحة الكفالة بتسليم الأمانة إذ لا شك في وجوب ردها عند الطالب، غير أنه في الوديعة وأخويها يكون بالتخلية وفي غيرها

لو ثمناً ومغصوباً ومقبوضاً على سوم الشراء ومبيعاً فاسداً وحمل دابة معينة مستأجرة

يحمل المردود إلى ربه فقال في «الذخيرة»: الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة، وما في «المبسوط» من أن الكفالة بتسليم العارية باطلة.

قال في «الدراية»: إنه باطل فقد نص محمد في «الجامع الصغير»، وكذا في «المبسوط» أن الكفالة به صحيحة، وأقره في «فتح القدير» ولم يلتفت إلى قوله في «العناية» وفيه نظر، فإن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على «الجامع» بل لعله اطلع على رواية أقوى من ذلك فاخترها لأن هذا أمر موهم ومن حفظ حجة على من لم يحفظ، وصح التكفيل (لو) كان المكفول به (ثمناً) لأنه دين صحيح، وقدمنا أنه لو كفل على صبي ثمن متاع اشتراه لا يلزم الكفيل شيء ولو كفل بالدرك بعد قبض الصبي الثمن لا يجوز، وإن قبله جاز.

وقالوا: استحق المبيع برئ الكفيل بالثمن، ولو كانت الكفالة لغريم البائع ولو رد عليه بعيب بقضاء أو بغيره أو بخيار رؤية أو شرط برئ الكفيل إلا أن تكون الكفالة لغريم فلا يبرأ أو الفرق بينهما ظاهر أنه مع الاستحقاق تبين أن الثمن غير واجب على المشتري وفي الرد ونحوه وجد المسقط بعدما تعلق حق الغريم به فلا يسري عليه، وقيد البراءة في «التتارخانية» بما إذا رد المبيع على البائع، فإن لم يرده كان له مطالبة المشتري بالثمن حتى يرده وفيها لو ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما أداه على البائع، وإن شاء على المشتري، ولو فسد بعد صحته بأن الحقاً به شرطاً فاسداً فالرجوع للمشتري على البائع يعني والكفيل يرجع بما أداه على المشتري وكان الفرق بينهما أنه يظهر الفساد تبين أن البائع أخذ شيئاً لا يستحقه فيرجع الكفيل عليه، وإن الحقاً به شرطاً فاسداً لم يتبين أن البائع حين قبضه قبض شيئاً لا يستحقه (ومغصوباً ومقبوضاً على سوم الشراء) إن كان الثمن مسمى وإلا فهو أمانة كما مر (ومبيعاً فاسداً) وبدل صلح عن دم ومهر، وبدل خلع كما في «الخانية» لأن هذه الأعيان مضمونة بنفسها على الأصيل فيلزم الضامن إحضارها وتسليمها، وعند الهلاك تجب قيمتها وإن مستهلكة فالضامن لقيمتها (وحمل دابة) عطف على قوله بحد أي بطل التكفيل بحمل دابة (معينة مستأجرة) لأنه عاجز عن الفعل الواجب على الأصيل وهو حمله المعينة إذ لا ملك له فيها، بخلاف ما لو كانت بغير عينها لأنه يقدر على ذلك بأن يحمله على دابة يستأجرها فجازت.

قال في «العناية»: وفيه نظر لأن عدم القدرة من حيث كونها ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالأعيان مطلقاً كما ذهب الشافعي، واستدل به على عدم جوازه في الأعيان مطلقاً وما ذكره في «الإيضاح» جواباً/ للشافعي وهو قوله تسليم ما

وخدمة عبد استؤجر للخدمة، وبلا قبول الطالب في مجلس العقد.....

التزمه متصور في الأعيان المضمونة في الجملة فتصح التزامه لأن ما يلزم بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضا انتهى .

قال في «الحواشي السعدية»: لعل المراد من قوله متصور في الجملة لأن التسليم متصور إما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته، ولا يستقيم ذلك في الحمل على دابة معينة انتهى. والضمير في قوله لعل المراد من قوله أي من قول صاحب «الإيضاح» وحاصله منع كونه غير دافع بل هو دافع لصحة الكفالة بالحمل بما ذكره فتدبره واعترض شارح على الفرق بين المعينة وغيرها بما حاصله أنه إن كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغي أن تصح الكفالة فيها لأن الكفالة تسليم المستأجر صحيحه ولم يمنع منه كون المستأجر ملكاً لغير الكفيل، وإن كان التحميل فينبغي أن لا يصح فيهما لأن التحميل غير واجب على الأصيل، والحق أن الجواب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والإذن في تحميلها، وفي المعينة لا يقدر على الإذن في تحميلها لعدم ولايته عليها وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها، كذا في «الفتح» .

وفي «البدائع» الواجب في المعينة تسليمها دون الحمل فلم تكن الكفالة به كفالة بما هو مضمون على الأصيل فلم تصح وفي غير المعينة الواجب فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الأصيل فصحت .

(و) بطل التكفيل أيضاً (بخدمة عبد استؤجر للخدمة) لما عرف من أنه عاجز عن الفعل الواجب عن الأصيل إذ لا يملك العبد، أما لو كفل بتسليم الدابة المعينة أو بنفس العبد كانت الكفالة صحيحة. (و) لا تصح الكفالة أيضاً (بلا قبول الطالب في مجلس العقد) عندهما، وعن أبي يوسف روايتان إذا بلغه الخبر فأجازها جازت، وفي أخرى تنفذ بلا إجازة وهي أصح قوله، كذا في «المحيط» وهي الأظهر عنه كما في «الفتح» وفي «البرزانية» وعليها الفتوى والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً وجه التوقف ما مر في النكاح، ووجه النفاذ أنها التزام يستند به الملتزم ولا يتعدى ضرر في المكفول له ولهما أن عقد الكفالة فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً، وأجمعوا على أنه لو قبل عنه قابل توقف وعلى هذا فإطلاق نفي الصحة بلا قبول الطالب غير صحيح، ولو أخبر عن الكفالة حال غيبة الطالب إجماعاً، ولو قال الطالب: أخبرت وقال الكفيل كان إنشاء فالقول للطالب، كذا في «البرزانية» .

إلا إن تكفل وارث المريض عنه.....

وفي «السراج» ضمننت ما لفلان على فلان وهما غائبان فقيل فضولي ثم بلغهما وأجازا إن أجاز المطلوب أولاً كانت كفالة بالأمر، ولو كان المطلوب حاضراً وقبل ورصي المطلوب إن رضي قبل قبول الطالب رجوع عليه، وإن بعده فلا رجوع (إلا أن يكفل) استثناء من لا يصح (وارثاً لمريض عنه) بأمره بأن يقول لوارثه: تكفل عني بما علي من الدين لأن هذا وصية في الحقيقة ولهذا لا يصح، وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا: إنما يصح إذا كان له مال أو يقال: إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفرغاً منه وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه، وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأن يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح، كذا في «الهداية» وقد اشتمل كلامه على بيان وجهين للاستحسان في صحة هذه الكفالة، الأول أنها وصية في الحقيقة لا كفالة.

قال في «النهاية»: وفيه نظر إذ لو كانت كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض إلا أن يؤول بأنه في معنى الوصية وفيه بعد انتهى. ورده في «العناية» بأن مثل هذه العبارة تستعمل عند المخلصين فيما إذا دل لفظ فظاخره على معنى، فإذا نظر في معناه يؤول إلى معنى آخر وح لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة، وما في «البحر» من أنه لا فائدة فيها لأنها حيث شرطنا في صحتها وجود المال فالوارث يطالب به على كل حال، وإذا لم يكن له مال لا يصح فدفع بأن فائدتها تظهر في تفرغ ذمته، الثاني أنها كفالة حقيقة لقيام المريض مقام الطالب لحاجته إليه تفرغاً لذمته فلم يكن المكفول له مجهولاً بهذا الاعتبار وهذا الوجه هو أرجح الوجهين، كما في «الفتح» وإنما لم يشترط منه القبول لأنه لما أريد به التحقيق لا المساومة كان الأمر بالنكاح في قوله لامرأة: زوجيني فقالت: زوجت فإن ذلك بمنزلة قولها زوجت وقبلت، قال في «العناية»: وظاهر قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء.

وأقول: لو قيل: / بأن المنفي إنما هو صريح القبول لاتحد المسلك فتدبره، وتمثيله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكون مسلكين في هذه الصورة، واعلم أن الاستثناء على الأول منقطع، وعلى الثاني متصل، ولذا كان أرجح إلا أن مقتضاه أن الوارث يطالب، وإن لم يكن للميت مال وقد مر أنه يطالب، ولو كان له مال غائب هل يؤمر الغريم بانتظاره أو يطالب الكفيل؟ لم أره وينبغي على أنه وصية أن ينتظر وعلى أنها كفالة أن يلزم الكفيل بالدفع الآن قيدنا بأمره لأنه لو تبرع الوارث بذلك بأن ضمن ما عليه للغرماء في غيبتهم لم تصح، وروى

وعن ميت مفلس.....

الحسن الصحة ولو قال ذلك بعد موته صحت، كذا في «السراج» وينبغي أن يكون هذا على قول أبي يوسف لما مر وقيد بالوارث لأن المريض لو قال ذلك لأجنبي فضمن قيل: لا تصح إلا أن يقبل الطالب لأنه غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام وقيل: يصح وينزل المريض منزلة الطالب.

قال في «الحواشي السعدية»: فإن الوارث حيث كان مطالباً بالدين في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه في الجملة فكان ينبغي أن لا يجوز كفالته، فإذا جازت كما مر من الوجهين فكفالة الأجنبي وهي سالمة عن هذا المانع أولى أن تصح وعن هذا قال في «الفتح» إن الصحة أوجه لأنها كفالة كما مر في «العناية» أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان، ولذا جاز مع جهالة المكفول له، وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها.

(و) لا تصح الكفالة أيضاً بدين (عن ميت مفلس) عند الإمام وقالوا: تصح وبه قالت الثلاثة وأكثر أهل العلم لأنه كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الأصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة اتفاقاً فهذه صحيحة، وكيف وقد قبلها عليه الصلاة والسلام لما جيء بجنازة مديون فلم يصل عليه؟ قال أبو قتادة: علي ما عليه يا رسول الله فصلى عليه<sup>(١)</sup>، وله أن كفل بدين ساقط لأن الفعل حقيقة أي المقصود منه إنما هو فعل الأداء وذلك يقتضي القدرة وهي معينة والدليل على أنه فعل أنه يقال دين واجب كالصلاة واجبة والوصي حقيقة إنما هو للأفعال فإن قلت: أجمعوا أنه لو تبرع به إنسان صح، ولو سقط بالموت لما حل لصاحبه الأخذ.

قلت: السقوط إنما هو بالنسبة إلى الميت لا المستحق وإذا كان باقياً في حقه حتى له أن يأخذه، وحديث أبي قتادة يحتمل الإنشاء والإخبار والوعد، وإن كان مرجوحاً وجعل في «البحر» هذا المرجوح هو الظاهر إذ لا تصح الكفالة مع جهالة المكفول له ووقع الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال، وامتناعه من الصلاة عليه ليظهر طريق إيفائها لا بطريق الكفالة، وأورد على القول بالسقوط ما لو كان به كفيل أو رهن يبقى الدين على حاله، ولو سقط لزم براءة الكفيل وعدم بقاء الرهن.

وأجيب بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن قال في «الغاية»: والحق بأن من قال بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة القول

وبالثلث للموكل ولرب المال وللشريك إذا بيع عبد صفقة.....

ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم إليه انتهى . وفيه تأييد لقول الإمام، لكن في «الحواشي السعدية» لعلمهم يقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الأصول لا إنها خربت انتهى . والقول بضعفها به مصرح به في التحرير قال: وبظهور المال تفوت بل ظهر قولهما وهو الشرط حتى لو تفوت بلحوق دين بعد الموت صحت الكفالة به بأن حفر بئراً على الطريق فتلف به حيوان بعد موته فإنه يثبت الدين مستنداً إلى وقت السبب وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة، والمستند يثبت أولاً في الحال ويلزمه اعتبار قولهما حينئذ به انتهى .

قال في «البحر»: وهذه مستثناة من إطلاق المص، ولا تصح أيضاً كفالة الوكيل بالثلث للموكل فيما وكل ببيعه لأن حق القبض له بالأصالة فيصير ضامناً لنفسه، ولذا جاز إبرأؤه وتوكيله الموكل بالقبض وعزله، ولو تبرع بأداء الثلث عنه صح كما في «الخانية»، والتقيد بما وكل ببيعه مخرج لما إذا وكل رجلاً بقبض الثلث من الوكيل فكفل به الوكيل صح، قيد بالوكيل لأن الرسول يصح ضمانه والوكيل ببيع الغنائم من جهة الإمام لأنه سفير ومعبّر (وبالثلث) لأن الوكيل بالنكاح يصح ضمانه المهر لما قلنا .

واعلم أن كلامه هنا يفيد أن الولي والنظر لا يصح ضمانهما الثلث عن المشتري فيما باعاه، لأن حق القبض لهم بالأصالة ويدل على ذلك ما صرحوا به من أنهما لو أبرأه عن الثلث صح، وضمنا (ولرب المال) أي: لا تصح أيضاً كفالة المضارب بثلث ما باعه لرب المال لما مر في الوكيل وفي «البحر» ذكر الشارح: ما لو أعتق عبده المديون حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين، ولو ضمن المولى الدين للغرماء ما لا يصح لأن المولى متهم فيه بإبراء نفسه انتهى . ولم أجده في نسختي / التي كتبتها، والظاهر أنها حاشية على نسخته . [٣ / ٤٢٠]

(و) لا تصح أيضاً (للشريك إذا بيع عبد صفقة) واحدة وضمن أحدهما نصيبه من الثلث لشريكه لأنه ضامن لنفسه إذ ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثلث إلا وله فيه نصيب قيد بالصفقة الواحدة لأنها لو تعددت بأن سمي كل واحد منهما ليصيبه ثلثاً صح ضمان أحدهما للآخر يعني باع نصيبه وسمى له ثلثاً لما مر من إنما تعددها عن الإمام لا بد فيه من تعدد لفظ بعث خلافاً لهما .

وفي «الخانية» مات وله دين على رجل وترك ابنين فكفل أحدهما عن المديون بحصة أخيه لا يصح، ولو تبرع بأداء حصته من الدين صح وبه عرف أن ضمان الشريك سواء كان شريكاً في ثمن أو غيره غير صحيح فالبيع مثال وهو وفي «جامع

وبالعهد والخلاص ومال الكتابة.

## فصل

ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد منه.....

الفصولين» لو أدى أحدهما لصاحبه بعد ما ضمن رجوع بما أدى، ولو أداه بلا سبق ضمان لم يرجع وفي صورة الضمان يرجع إذا قضاه على فساد كما لو أدى بكفالة فاسدة، فنظيره لو كفل بمال الكتابة لم يصح لكن إذا أدى يرجع بما أداه.

(و) لا تصح أيضاً (بالعهد) بأن يشتري عبداً فيضمن العهد للمشتري لاشتراكهما بين الصك القديم أي الوثيقة التي تشهد للبائع بالملك وهي ملكه فإذا ضمن تسليمها إلى المشتري لم يصح لأنه ضمن ما لم يقدر عليه والعقد وحقوقه وعلى الدرك وخيار الشرط ففي الخبر عهدة الرقيق ثلاثة أيام فلم تصح الكفالة للجهالة قال في «البحر»: فظاهر كلامهم أنه إذا فسرها بغير ضمان الدرك لم يصح (بالخلاص) عند الإمام وقالوا: تصح، والخلاف مبني على تفسيره فهما فسراه بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى، وفسره الإمام بتخليص المبيع فقط ولا قدرة له عليه، ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن صح أي إجماعاً لأنه ضمن ما يمكن الوفاء به وببدل (الكتابة)، أي: لا تصح أيضاً ببديل الكتابة لما مر من أنه لا بد أن يكون المكفول به ديناً صحيحاً وهذا الدين يثبت مع المنافي وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة والله الموفق.

## فصل

(ولو أعطى المطلوب الكفيل) أي: المكفول به بأمره قيد به في «الهداية»، ولا بد لما سيأتي (قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد) المطلوب (منه) حيث كان الدفع على وجه الاقتضاء بأن قال: إني لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فخذ قبل أدائك له لأنه ملكه بالاقتضاء بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال له: خذ هذا المال وادفعه للطالب فإنه لا يملكه إلا أنه يرجع أيضاً لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز مطالبته ما بقي هذا الاحتمال، إلحاقاً بالزكاة المعجلة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلا يسترد المزكي ما بقي هذا الاحتمال وشمول كلام المص لما إذا كان القبض على وجه الرسالة أيضاً، وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أنه لا يلائم قوله بعد وما ربح له وندب رده لو شيئاً يتعين فإنه في هذين لا يطيب له ربح، فالأولى جعل كلامه على

وما ربح الكفيل له وندب رده على المطلوب لو شيئاً يتعين.....

نسق واحد، وغاية الأمر سألت عن مسألة الرسالة وهذا أسهل الأمرين فتأمله، ولو كانت الكفالة بغير الأمر يسترده لأنه لا ملك له ولا تعلق فيه، وعن هذا قال في «البحر»: سئلت هل يعمل نهيه عن أدائه؟ فأجبت بأنه إن كان كفيلاً بالأمر لم يعمل نهيه لأنه لا يملك استرداده وإلا عمل لعدم ملكه له، ولهذا ظهر أن الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال، ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء، ولذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً أو أبرأه أو وهب منه الدين صح فلا يرجع بأدائه، كذا في «النهاية».

ولا ينافيه ما مر من الراجح أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لأن الضم إنما هو بالنسبة إلى الطالب، وهذا لا ينافي أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه كما لا يخفى وعليه هذا فالكفالة بالأمر توجب ثبوت دينين وثلاث مطالبات تعرف بالتدبير (وما ربح الكفيل) في المال قبل قضائه الدين يطيب (له) لأنه نما ملكه وهذا إذا لم يؤد الأصيل الدين ظاهر، وإن أداه كان فيه نوع خبث عند الإمام إلا أنه لا يظهر مع الملك فيما لا يتعين كالدرهم، ولو قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له عندهما خلافاً لأبي يوسف لأن الخراج بالضمان، وعلى هذا الخلاف لو تصرف المودع في الوديعة وربح كذا في «العناية» وما في «الحواشي السعدية» هذا مخالف لما في «الشرح» من أنه حيث كان الدفع على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق سبق نظر فإن المذكور فيه حكاية الخلاف أيضاً، (وندب رده) أي: الربح (على المطلوب لو) كان المأخوذ منه (شيئاً يتعين) كحنطة ونحوها هذا / هو أحد الروايات عن الإمام وهو الأصح، فإن كان فقيراً طاب له، وإن كان غنياً ففيه روايتان، والأشبه أنه يطيب له أيضاً وعنه أنه لا يرده بل يطيب له وهو قولهما لأنه نما ملكه وعنه أنه يتصدق به وجه الأصح أن الخبث لحق المطلوب فإذا رده إليه وصل إليه ما يستحقه لكنه استحباب لا جبر، يعني لا يجبره الحاكم على ذلك.

[١/٤٦٦]

قال في «الفتح»: إذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبره القاضي لكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى فجاز أن يكون واجباً بينه وبين الله تعالى وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه انتهى. وأنت خبير بأن هذا، أعني الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى بعد كونه نما ملكه مما لا يعرف شرعاً فلم يبق إلا التنزه عما في ملكه من الخبث التمكن فيه لتعينه وهو مندوب، وهذا معنى قول الإمام أحب إلي أن يرده على الذي قضاه، ولا يجب ذلك في الحكم إذ لو وجب حقاً للعدد لأجبره الحاكم عليه.

ولو أمر كفيله أن يتعين عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه.....

(ولو أمر الكفيل أن يتعين) أي: يشتري (عليه حريراً ففعل) ما أمر به من الشراء بالعينة وهو أن يشتريه بأكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون تحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل فقد الثمن وقيل: هو أن يطلب منه القرض فيأبى عليه فيبيعه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر نسيئة رغبة في نيل الزيادة لبيعه بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل، كذا في «الهداية» مقتضراً عليه، وادعى في «الفتح» أنه لا يصح هنا إذ ليس المراد من قوله تعين على حريراً اذهب فاستقرض، فإن لم يرضَ المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه انتهى.

أقول: لم لا يجوز أن يكون المراد أعرض عن الدين إلى العين حيث لم يتيسر ذلك؟ ومن صور العيبة أن يقرضه مثلاً خمسة عشر ثم يبيعه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة العشر القرض التي دفعها له فلم تخرج عنه إلا عشرة، وثمة صور آخر يطول الكلام عليها ثم قال أبو يوسف: هذا البيع مكروه لأنه فعلة كثير من الصحابة وحملوا عليه وقال محمد: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم الشارع عليه فقال: إذا تبايعتم بالعينة وابتعتم أذناب الإبل ذللتم وظهر عليكم عدوكم أي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد.

قال في «الفتح»: والذي يقع في قلبي أن ما يخرج الدافع إن فعلت صورة يعود دينها إليه هو أو بعضه كعود الحرير إليه في الصورة الأولى، وكعود الخمسة في صورة إقراض الخمسة عشر فيكره يعني تحريماً وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة كالصورة المتقدمة عن «الهداية» فلا كراهة فيها إلا خلاف الأولى انتهى ملخصاً، وقال قبله: ذم مشايخ بلخ البياعات الآن حتى قال ابن سلمة لتجارهم: إن العينة خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والسيرج استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم أسقط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسداً، ولا شك أن البيع الفاسد حكم الغصب المحرم فإن هو من بيع العين الصحيح المختلف في كراهته انتهى.

(فالشراء للكفيل والربح عليه) لأن هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله على وهو فاسد لأن الحرير غير معين، وكذا الثمن بجهالة ما زاد على الدين، وأياً ما

ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفاً لم يقبل ولو برهن أن له على زيد كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره قضى به عليهما، ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط.....

كان فالشراء للمشتري والربح عليه لأنه العاقد (ومن كفل عن رجل بما ذاب) أي: ثبت (له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب) أي: المكفول عنه (فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفاً لم يقبل) برهانه ولا يقضي به، لأنه لو قضى به لكان قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم والكفيل لا يصلح خصماً هنا لأنه إنما كفل بمال مقضي به بعد الكفالة، لأنه وإن كان ماضياً فالمراد بها المستقبل كقولهم: أطال الله تعالى بقاءك وهذا لأنه جعل الذوب شرطاً، والشرط لا بد أن يكون مستقبلاً على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلاً والدعوى مطلقاً عن ذلك، والبينة لم تقم بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من انتصف بكونه كفيلاً عن الغائب بل على أجنبي حتى لو برهن أن قاضي بلد كذا قضى له على الأصيل بعد الكفالة بألف قبلت وقضى على الكفيل بالأمر ويكون ذلك قضى على الغائب، ولقائل أن يقول: لا نسلم أن هذا البرهان لا يقضى به بل يقضى به إذ القضاء على الغائب في مثله صحيح.

ففي «العمادية» ادعى رجل أنه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعي عليه بالكفالة وأنكر الحق وأقام المدعي بينة / أنه ذاب على فلان كذا فإنه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره انتهى، كذا في «الحواشي البيعوية» ويمكن أن يجاب بأن الكفيل يكون هناك خصماً له بخلاف ما نحن فيه وفيه نظر، إذ الموجب لكونه ليس خصماً فيما نحن موجود في فرع الفصول كما لا يخفى فتدبره.

(ولو برهن أن له على زيد كذا) من المال (وأن هذا) المال وأن هذا الحاضر (كفيل عنه) أي: عن الغائب (بأمره قضى به) أي: بالبرهان (عليهما) أي: على الحاضر والغائب لأن المكفول به هنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقتضياً به ودعوى المدعي مطلقه فصحت وقبلت البينة لابتنائها على صحة الدعوى بخلاف ما مر فإن المكفول به هناك مال مقيد يكون وجوبه بعد الكفالة فلم يطابقها الدعوى ولا البينة.

(ولو) برهن أنه كفل عنه (بلا أمر قضى على الكفيل فقط) لأن صحة الكفالة بلا أمر المكفول له إنما تفيد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى زعمه إلى غيره أمّا بالأمر الثابت فتضمن إقرار المطلوب بالمال إذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه إلا وهو معترف به، فلذا صار مقضياً عليه بخلافها بغير أمره فإنها لا تمس جانب المطلوب.

وكفالاته بالدرك تسليم وشهادته وختمه لا .....

وفي «الجامع الكبير» جعل المسألة مربعة إذ الكفالة إما مطلقة مثل كفلت بمالك على فلان، أو مقيدة بألف درهم وكل إما بالأمر أو بدونه، وقد علمت أن المقيدة إن كانت بالأمر كان القضاء بها عليهما وإلا فعلى الكفيل فقط، وأما المطلقة فإن القضاء بها عليهما سواء كانت بالأمر أو لا كان الطالب لا يتوصل بإثبات حقه على الكفيل إلا بعد إثباته على الأصيل وهذا لأن المذهب أن القضاء على الغائب لا يجوز قال مشايخنا: وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الكفيل والغائب اتصال، وكذا إذا الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضي به على الأصيل والكفيل، وكذا الحوالة على هذا الوجه.

وذكر في «الفتح» فروعاً على من هذا النمط ثم قال: وهذا كله استحسان، استحسنته علماؤنا صيانة للحقوق انتهى. ولنا أن هذا البحث راجعه عند قوله: ولا يقضى على غائب فنستوفي الكلام فيه ثمة إن شاء تعالى (وكفالاته بالدرك) وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع كما مر (تسليم) أي: تصديق منه بأن المبيع ملك للبائع لأنها إن كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب له فالدعوى به أو أنه في توأجه بعد ذلك سعى في نقض ما تم من جهته فلا تقبل، ولهذا تبطل شفيعته لو كان شفيعاً وينبغي أن يكون الرهن كالإجارة، وإن لم تكن مشروطة فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فينزل منزلة الإقرار بالملك له فكأنه قال: اشتراها فإنها ملك البائع، فإن استحققت فأنا ضامن عنها.

واعلم أنه في بيوع «الخلاصة» في الفصل السابع من الاختلاف قال: من سعى في نقض ما تم من جهته لا يقبل منه إلا في موضعين، أحدهما، اشترى عبداً أو نقض الثمن بعد القبض ثم ادعى أن البائع قبل ذلك باعه من فلان الغائب وبرهن عليه قبل برهانه، والثاني: وهبه أمته فاستولدها الموهوب له فبرهن الواهب أنه كان وهبها أو استولدها قبل ذلك قبل برهانه ورجع على الموهوب له بالجارية والعقر انتهى.

وذكر الشرثالثاً في دعوى النسب: هو أن البائع لو ادعى أن المبيع معتق له أو أنها أم ولده لا يقبل قوله إلا إذا أقام البينة فيقبل، وعليه فالهبة ليست قيماً أو قالوا: لو ادعى أن الأرض المبيعة منه وقف أنه وقفها وبرهن قبل برهانه فالمواضع أربعة (وشهادته) أي: الكفيل يعني كناية رسم شهادته في صك المبايع (وختمه) فيه خوفاً من التزويد عليه (لا) أي: لا يكون تسليمياً لأن الشهادة ليست مشروطة في البيع ولا هي إقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من البائع وتارة من غيره، ولعله كتب

ومن ضمن عن آخر خواجه أو رهن به أو ضمن نوابه.....

الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم. قال مشايخنا: هذا إذا لم يكتب ما يفيد الاعتراف بملك البائع بأن كتب في صك باع فلان من فلان جميع الدار وجرى البيع بين فلان وفلان فكتب شهدت بذلك أو جرى ذلك أو شهدت على إقرار المتعاقدين، أما إذا كتب فيه ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه أو بيعاً باتاً نافذاً ثم كتب كما مر لا تسمع دعواه، وإذا عرف هذا في الكفيل ففي غيره أولى، قيد بكتابة الشهادة لأنه لو شهد عند الحاكم بالبيع سراً قضى بشهادته أولاً كان تسليماً لأن الشهادة به على إنسان إقرار منه بنفاد البيع باتفاق الروايات، ذكره الشر وأغفله في «الفتح» و«العناية» وتبعهما في «البحر» وذكره الختم وقع / اتفاقاً باعتبار عرف زمانهم ولم يبق في زماننا فالحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا، كذا في «العناية».

ولم أر ما لم تعارفوا رسم الشهادة بالختم فقط، والذي يجب أن يعدل عليه اعتبار المكتوب في الصك، فإن كان فيه ما يفيد الاعتراف بالملك ثم ختم كان اعترافاً وإلا لا، (ومن ضمن عن آخر خواجه) الموظف وهو ما يجب في الذمة بأن يوظف الإمام في كل سنة على مال بحسب ما يراه لإخراج المقاسمة وهو ما يقسمه من غلة الأرض، وكذا قال في «الفتح»: وقد قيدت الكفالة بما إذا كان خراجاً موظفاً لأنه ما يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالأجرة لإخراج مقاسمة لأنه غير واجب، وقرينة إرادة الموظف قوله (أو رهن به) إذ الرهن بخراج المقاسمة غير صحيح بخلاف الموظف، وصح الرهن به لأنه كالكفالة بجامع التوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه، كذا في الشر ونقض في «البحر» الكلية بالدرك فإن الكفالة به جائزة دون الرهن (أو نوابه) يحتمل أن يريد بها ما يكون بحق ككربي النهر المشترك للعامّة، وأجرة الحارس للمحلة المسمى في ديار مصر بالحقير وما وظيف الإمام تجهيز الجيش وفداء الأسرى بأن احتاج إلى ذلك ولم يكن في بيت المال شيء فوظف على الناس لذلك والكفالة بذلك جائزة اتفاقاً لأنها واجبة على كل مسلم مؤسر لإيجاب طاعة ولي الأمر فيما فيه مصلحة للمسلمين حيث خلاء بيت المال وأن يريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ففي صحتها اختلاف المشايخ فقيل: تصح لوجود المطالبة ولو بباطل.

ولذا قلنا: إن من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل كان مأجوراً ذكره غير واحد من المشايخ وعلى هذا فلا يلزم فسق معاطيه حيث عدل، وقل ما يكون ذلك وقيل: لا يصح لأنها شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصل شرعاً ولا شيء عليه،

وقسمته صح ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر فقال: هي حالة فالقول للضامن،.....

وفي «الخلاصة» وعليه العامة. قال في «الفتح»: وينبغي أن من قال: بأنها ضم الدين يمنع صحتها ومن قال: بأنها ضم في المطالبة يمكن، أو يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه أو مطلقاً، وفي «إيضاح الإصلاح» الفتوى على الصحة حتى لو أخذت من الآثار كان له الرجوع على مالك الأرض، وفي «الخانية» الصحيح الصحة ويرجع على المكفول عنه إن كان بأمره وفيها قضاء نائبه غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع وهو الصحيح انتهى. وقيده شمس الأئمة بما إذا كان طائعاً، فإن كان مكرهاً لم يعتبر أمرها في الرجوع، كذا في «العناية».

ثم من أصحابنا من قال: الأنظر أن يساوي أهل محلته في إعطاء النائبة قال القاضي هذا كان في زمانهم لأنه إعانة على الحاجة والجهاد، وأما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلماً ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له (أو) قيل: (قسمته) أي: نصيبه من النوائب وقيل: هي النائبة الراتبية والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغاييراً، كذا في «الفتح» وقيل: هي أن يقسما ثم يمنع أحد الشريكين قسم صاحبه وقال الهندواني: أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة فيضمنه إنسان ليقوم مقامه فيها (صح) الضمان والرهن (ومن قال لآخر: ضمنت لك مائة إلى شهر فقال) المقر له: (هي حالة فالقول للضامن) في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف في رواية ابن رستم أن القول للمقر له كما لو أقر له بدين مؤجل وأنكر المقر له الأجل كان القول للمقر له اتفاقاً والفرق على الظاهر أنه في الكفالة ما أقر بدين على ما هو الأصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها والكفيل ينكر والقول له، وفي الإقرار أقر بالدين وذاك ينكر فالقول له.

أقول: مقتضاه بناء على أن الكفالة ضم الدين في التزام ما عن أبي يوسف من أن القول فيهما للمقر له قيل: هذا الفرق إقناعي إذ يمكن أن يقال في الكفيل أيضاً أقر بالمطالبة مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل فلا يقبل دعواه إلا ببرهان بل الفرق أن الأجل في الكفالة أصل حتى ثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل وفي المديون عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط، ومبناه أن ما لا يثبت بشيء إلا بشرط كان من عوارضه، وما يثبت له بدونه كان ذاتياً له وهو حسن، كذا في «العناية».

وذكر الشر أن الحيلة لمن عليه دين مؤجل ادعى عليه به وخاف الكذب إن أنكر والمؤاخذه به إن أقر أن يقول أهو حال أو مؤجل؟ فإن قال: حال أنكره ولا حرج

ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع .

### باب كفالة الرجلين والعبدین

دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فإن زاد على النصف رجوع بالزيادة.....

عليه وقيل إذا قال ليس لك علي حق فلا بأس به إذا لم يرد به أتوا حقه انتهى . ولم يذكر أمر حلفه لو استحلف والظاهر أن له ذلك إذ مجرد إنكاره هما لا أثر له ، (ومن اشترى أمة) لو قال مالا لكان أولى (وكفل له برجل بالدرك) وقد مر معناه (فاستحقت) الأمة وقضي بها للمستحق (لم يؤاخذ الكفيل) بالثمن فاعل يؤاخذ ضمير من والكفيل مفعول (حتى يقضى له) أي: للمشتري (بالثمن علي بائعه) لأنه قيل القضاء به لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية حتى لو كان الثمن عبداً فأعتقه البائع نفذ عتقه، وصح في «الفصول» / أن للمستحق أن يخير قبل القضاء بالثمن ولو بعد قبضه وح فلم يجب رد الثمن على الأصيل فلا يجب على الكفيل هذا في الاستحقاق الناقل .

أما المبطل كدعوى النسب ودعوى الوقف في الأرض المشتراة وأنها كانت مسجداً يرجع على الكفيل، وإن لم يقض بالثمن على المكفول عنه ولكل الرجوع على بائعه، وإن لم يرجع عليه بخلاف الناقل ويختلفان في أن كلا منهما يجعل المستحق عليه ومن تملك ذلك شيء من جهته مستحقاً عليه حتى لو أقام واحد منهما البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته هذا حاصل ما في «الفتح» قيد بالاستحقاق لأنه لو انفسخ بخيار رؤية أو شرط أو عيب يؤاخذ الكفيل به وبالثمن، لأنه لو بنى في الأرض لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء، وكذا لو كان المبيع أمته استولدها البائع وأخذ من المشتري مع الثمن قيمة الولد والعقر لم يرجع الكفيل إلا بالثمن كذا في «السراج» .

### باب كفالة الرجلين والعبدین

لما نزل هذا مع ما قبله منزلة المفرد من المركب ذكره عقبيه (دين عليهما) لآخر اتحد وصفهما وجنسيهما بأن اشترى منه شيئاً بمائة مثلاً (وكل كفيل عن صاحبه) بأمره ولم يقيد به استغناء بقوله بعد رجوع (فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه) حتى يزيد على النصف، (فإن زاد على النصف رجوع بالزيادة) لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة والكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة فوقع عن الأول لقوته ولا معارضة في الزيادة

وإن كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجع بنصفه على شريكه أو بالكل على الأصيل وإن أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بكله ولو افترق المتفاوضان أخذ الغريم أيأ شاء بكل الدين ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف .....

فوقع عن الكفالة، ولقائل أن يقول: هذا يقتضي على القول بأنها ضم الدين أن يكون المؤدى منهما مع أنه لا خلاف عندنا في أنه يقع عما عليه إلى النصف. قلنا: إنما صرف إليه اتفاقاً لأن الثابت بالكفالة ليس بقوة الكائن عليه بالأصالة، وذكر ابن قدامة الحنبلي عن الأئمة الثلاثة أن يكون منهما إلا أن يعرفه بنية أو بلفظه لأحدهما.

قلنا: التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو اختلف وصفهما بأن كان ما عليه مؤجلاً وما على صاحبه حالاً صح تعيينه عن شريكه ورجع به بخلاف العكس أو جنسهما بأن كان أحدهما قرضاً، والثاني ثمن مبيع صح تعيينه أيضاً، وكذا لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر فعين الكفيل ما أداه عن صاحبه صح تعيينه، وقول الشر: إن هذه واردة على مسألة «الكتاب» أي على توجيهها ووجهه أن في مسألة «الكتاب» إنما لا يصح تعيينه صرفاً إلى الأقوى وهو ما عليه من الدين وهذا كذلك وكان ينبغي أن لا يصح تعيينه أيضاً، ولما خفي هذا على صاحب «البحر» ادعى أنه سهو لخروج المسألة بمفهوم التقييد يكون كلاً منهما كفيلاً عن صاحبه (وإن كفلا عن رجل) بدين (وكفل كل عن صاحبه) فيه إيحاء إلى أن كفالة الكفيل جائزة (فما أدى) أحدهما (رجع بنصفه على شريكه) لوقوعه شائعاً عنهما من غير ترجيح، بخلاف ما مر ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه دينه بأمره أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (أو) إن شاء المؤدى رجع (بالكل على الأصيل) والمسألة مقيدة بما إذا كفل عن صاحبه أو بالجميع على التعاقب وكل كفل عن صاحبه بالنصف أو كفلا عنه معاً ثم كفل فيأخذه بكله، ومن هنا يمكن أخذ تقييد الأولى بكون كل منهما كفل عن صاحبه بالجميع إذ لو كفل عنه بالنصف (وإبراء الطالب أحدهما) أخذه بالنصف فقط.

(ولو افترق المتفاوضان) عن شركة المتفاوضة وعليهما دين (أخذ الغريم أيأ شاء) منهما (بكل الدين) لتضمنها كفالة كل منهما عن صاحبه، (ولا يرجع) المأخوذ منه على شريكه بشيء (حتى يؤدي أكثر من النصف) لأنه أصيل في النصف وكفيل في الآخر فما أداه يصرف إلى ما عليه بحق الأصالة، فإن زاد على النصف كان الزائد عن الكفالة فيرجع كما مر قيد بالمتفاوضين لأن شريكه العنان لو افترقا وثن دين لم يأخذ الغريم أحدهما إلا بما يخصه.

وفي «البرزازية» أو أحدهما بدين وأنكر الآخر لزم المقر له إن كان قد تولاه، وإن

وإن كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدى أحدهما رجع بنصفه ولو حرر أحدهما أخذ أياً شاء بحصة من لم يعتقه فإن أخذ المعتق رجع على صاحبه وإن أخذ الآخر لا ومن ضمن عن عبد ما لا يؤخذ به بعد عتقه فهو حال وإن لم يسمه .....

أقر أنهما توليان ولزمه نصفه ولا شيء على المنكر (وإن كاتب عبديه كتابة واحدة) بأن قال المولى لهما: كاتبكما على ألفٍ لي كذا (أو كفل كل) من العبدین (عن صاحبه) صح ذلك استحساناً.

(و) إذا صح فما (أدى أحدهما رجع) على صاحبه (بنصفه) والقياس أن لا تصح لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببذل الكتابة وكل منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع أولى وجه الاستحسان أنه جعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف ويكون عتقهما معلقاً بأدائه / وكفيلاً بحق صاحبه فيرجع بنصف المؤدى لاستوائهما، قيد بقوله وكفل لو كاتبهما معاً فقط عتق كل واحد منهما بأداء حصته إلا إذا قال المولى: على أنهما إن أديا عتقا، وإن عجلا رجعا في الرق فلا يعتق واحد منهما إلا بأداء كل المال إلى المولى مراعاة لشرط المولى، وبهذا ظهر أن المسألة على ثلاثة أوجه (ولو حرر أحدهما) والمسألة بحالها صح العتق لوجود ملك الرقبة وإذا صح (أخذ) المولى (أياً شاء) منهما (بحصة من لم يعتقه) لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فما قابل حصة المعتق سقط وما بقي يأخذه المولى من أيهما شاء.

(فإن أخذ) المولى (المعتق رجع على صاحبه) بما أداه عنه من بدل الكتابة بحكم الكفالة بأمره وجازت الكفالة ببذل الكتابة هنا لأنها في حالة البقاء، وفي الابتداء كان كل المال عليه (وإن أخذ الآخر لا) أي: لا يرجع لأنه مؤد عن نفسه (ومن ضمن عن عبد) ما لا موصوفاً بكونه (لا يؤخذ به) إلا (بعد عتقه) كإن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى، أو أودع شيئاً واستهلكه أو وطئ بشبهة بغير إذن المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور ففي هذه المسائل إذا كفله إنسان بما لزمه من هذه الديون (فهو حال، وإن لم يسمه) لوجوب السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرتة إذ جميع ما في يده ملك المولى، ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه تأخر بمؤخر ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه مقامه، كذا في «الهداية».

وظاهر قوله ولم يرض أي المولى بتعلقه به أن الكفالة لو كانت بأمره فما أداه الكفيل يرجع قبل العتق على المولى وقوله لأن الطالب إلى أن يفيد أن ما يرجع به

ولو ادعى رقة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي أنه له ضمن قيمته، ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل ولو كفل عبد عن سيده بأمره....

الطالب قبل العتق بمستهلك عياناً، وما لزمه بالتجارة بإذن المولى حتى تؤخذ من أكسابه، فإن لم تكن يباع فيه إلا أن يفديه المولى إذا أداه الكفيل بأمر العبد فإنه يرجع به ولا يؤخر إلى ما بعد العتق، وقوله بدين يؤاخذ به بعد عتقه احتراماً عما يؤاخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عياناً أو دين لزمه بالتجارة بإذن المولى فإنه تجوز الكفالة به بلا شبهة كذا قيل لكن في «الفتح» لو كفل بالاستهلاك المعين ينبغي قبل العتق إذا أداه فإنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه، وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد؟ وقوي عندي كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع في الحقيقة إليه انتهى. ورأيت مقيداً عندي أن ما قوي هو المذكور في «البدائع» ومن هنا جزم في «البحر» بأن جعل الشر ذلك قيماً احترامياً سهواً لأنه حيث كانت الكفالة بأمر العبد لا يرجع عليه أيضاً فيهما إلا بعد العتق، والموضع موضع تدبر فتأمل.

(ولو ادعى) رجل (رقبة العبد) وأنها غصبت منه (فكفل به رجل فمات العبد) بأن ثبت موته ببرهان ذي اليد أو بتصديق المدعي، فلو لم يكن ثمة برهان ولا تصديق لم يقبل قول ذي اليد أنه مات بل يحبس هو والكفيل، فإن طال الحبس ضمنا القيمة وكذا الوديعة المجحودة، كذا في «النهاية» معزياً إلى التمرثاشي، (وبرهن المدعي أنه له ضمن قيمته) لأن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها جائزة كما مر وفيها يجب على ذي اليد رد العين، فإن هلكت وجب رد القيمة، كذا الكفيل قيد بالبرهان لأنه لو ثبت ملكه بإقرار ذي اليد أو بنكوله لم يضمن شيئاً.

(وإن ادعى على عبده) مالا معلوم القدر (فكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل) لأنه كفل عن العبد بتسليم نفسه، فإذا مات العبد برئ وبراءته توجب براءة الكفيل، واعلم أن هاتين المسألتين مكررتين، أما الأولى فلا استفادتهما من قوله فيما مر ومغضوب، وأما الثانية فلما قدمه من أن الكفالة بالنفس تبطل بموت المطلوب والله الموفق.

(ولو كفل عبد عن سيده بأمره) سواء كان مأذوناً أو لا إلا أنه يشترط في المأذون أن لا يكون مستغرقاً، فإن كان لم تصح الكفالة بحق الغرماء، فإذا لم يكن عليه دين صحت كفالته وكان الأصل أنه لا يصح، لأنها إنما تصح ممن يصح منه التبرع، ولذا لم يصح من الصبي غير أن أمر السيد فك لحجره حتى تباع رقبته في دين الكفالة إذا كفل لغير السيد بإذنه، فإذا لم يكن عليه دين كان الحق في ماليته لمولاه فعمل إذنه

فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر .

له في كفالته عنه (فعتق فأداه أو كفل عنه سيده) بأمره وهذا القيد لا بد منه (وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) لأن كل من الكفالتين حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع، كل واحد منهما لا يستوجب على الآخر ديناً فلا تنقلب موجبة بعد ذلك، وقد طولب بالفرق بين هذا وبين الراهن إذا أعتق العبد الرهن وهو معسر فإذا يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده / فلم لم يرجع هنا . [٤٢٣/ب]

وأجيب بأن زمان استيجاب الدين هنا هو زمان الكفالة وفيه كان عبداً وفي الرهن كانا حريين ثم فائدة كفالة العبد عن مولاه تعلق الدين برقبته، وفائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته وفاء الدين من سائر أمواله والله الموفق للصواب .