

كتاب البيوع

المحرر

ينعقد البيع بالإيجاب والقَبول المعاقِب له.

كتاب البيوع

النكت

قوله: (ينعقدُ البيعُ بالإيجابِ والقَبولِ).

فيقول البائع: بعثك، أو: ملكتك، ونحوهما، ويقول المشتري: ابتعتُ، أو: قبلتُ، ونحوهما. وذكر القاضي في «التعليق» رواية: أنه عبارة عن: بعثُ، واشتريتُ، وحكاها فخرُ الدِّين. وللشافعية وجهان. فإن كان القَبولُ بلفظ المضارع، مثلُ أن يقول: بعثك. فيقول: أنا آخذُه بذلك. لم يصحَّ. نصَّ عليه في رواية مهتأ، في رجلٍ قال لرجلٍ: قد بعثك هذا العبدُ ألفَ درهمٍ. فقال الآخر: أنا آخذُه. قال: لا يكونُ بيعاً، حتى يقول: قد أخذته. وسيأتي ذلك في قوله: ولو تقدَّم عليه، في النكاح، ما يتعلَّق بهذا.

ونصَّ في رواية أحمد بن القاسم^(١) فيمن قيلَ له: بكم هذا الثوبُ؟ قال: بعشرة دراهم. فيقول المشتري: قد قبلتُ. أنه يكفي، ولا يحتاجُ بعدَ هذا إلى كلامٍ آخر.

قال الشيخ تقي الدِّين: فقد نصَّ على أن قوله: هذا الثوبُ بعشرة دراهم. إيجابٌ، وإن لم يلفظ بما اشتقَّ من المبيع، ولا بصيغة انتقالٍ إلى المشتري، وقوله: هذا بعشرة دراهم. جملةٌ اسميةٌ لا فعليةٌ، مع احتمالِه لمعنى السَّوم، وقد نصَّ على أن القَبولَ بصيغة المضارع لا يصحَّ. انتهى كلامُه.

وقد ذكَّرَ الجوزجاني^(٢): إذا قالَ: بكم؟ قال: بكذا وكذا. فقال الآخر: قد أخذته. فهو يبيعُ تامًّا؛ لحديث بكر بن عمرو.

(١) هو: صاحب أبي عبيد القاسم بن سلام، حدث عن أبي عبيد والإمام أحمد بمسائل كثيرة، وكان من أهل العلم والفضل. «تاريخ بغداد» ٣٢٩/٤، و«طبقات الحنابلة» ٥٥/١.

(٢) هو: أبو إسحاق إبراهيم بن يعقوب الجوزجاني، كان أحمد بن حنبل يكرمه إكراماً شديداً، وعنده عن أحمد جزءان مسائل. «طبقات الحنابلة» ٩٨/١، و«المنهج الأحمد» ٧٢/٢.

قال الشيخ أبو الفرج: فإن قال له: بكم تبيع هذا؟ فقال: بكذا وكذا. فقال: شيل يدك، واتزن الثمن. لم يكن ذلك إيجاباً ولا قبولاً. وقال مالك: يكون إيجاباً وقبولاً. وقال بعض أصحابنا: يكون ذلك إيجاباً وقبولاً فيما قرّب من البضائع، كالشيء اليسير، ويسقط اعتبار الإيجاب والقبول في هذه الأشياء، للمشقة. انتهى كلامه.

وقال حرب: سألت أحمد عن بيع عيدان المعادن؟ قال: إذا كان شيئاً ظاهراً يرى؛ يقول: أبيعك هذا. فلا بأس. قيل له: إنما هو جوهر غائب في الأرض. فلم يرخص فيه.

وظاهر هذا أنه إيجاب بلفظ المضارع، ونص أحمد في مسائل مثل هذا. فإن عقد البيع بلغته، صح إذا عرف مقتضاها. ذكره ابن الجوزي. وظاهره أنه لا يصح إذا لم يعرف مقتضاها، وينبغي أن تكون كمنظيرتها في الطلاق، إن لم ينو مقتضاها، لم يصح، وإن نوى، خرج على الوجهين.

قوله: (فإن تقدّم عليه، فعلى روايتين).

يعني: إن تقدّم بلفظ الماضي أو الطلب. والذي نصره القاضي وأصحابه أنه لا يصح، قال: وهي الرواية المشهورة، واختاره أبو بكر وغيره.

وذكر ابن هبيرة: أنها أشهرهما عن الإمام أحمد. ومما احتج به أبو الحسين: بأن القبول [إن] (١) تقدّم الإيجاب في عقد يلحقه الفسخ، لم يصح، دليله: لو تأخر الإيجاب عن القبول ساعة وهما في المجلس. وهو معنى كلام أبي الفرج. وقطع في «المغني» (٢) و«الكافي» (٣) بالصحة فيما إذا تقدّم بلفظ الماضي، كقول الأئمة الثلاثة. وقدّم الصحة فيما إذا تقدّم بلفظ الأمر، خلافاً لأبي حنيفة. واختار الشيخ تقي الدين الصحة.

(١) زيادة يقتضيهما السياق.

(٢) ٧/٦.

(٣) ٥/٣.

وظاهرُ كلامِ الأصحابِ أنَّه لو قال: يعني عبدك على أن عليَّ ألفاً. أن فيه الخلافَ،
 ودَكَرَ القاضي في «الجامع»: أنَّه لا يصحُّ. وقال ابنُ عقيلٍ: إذا قال: يعني عبدك هذا، ولك
 ألف. فهو بمنزلةِ قوله: يعني عبدك بألف. فإذا قال: بعثك. صحَّ فيهما، ولزِمَ العوضُ، إذا
 قلنا بتقديمِ القبولِ على الإيجابِ.

ودَكَرَ القاضي في ضِمْنِ جعلِ الدينِ صدَاقاً، في قوله: بعثك بكذا، أو: على كذا،
 وزَوَّجْتُكَ بكذا، أو: على كذا، قال القاضي: على بعضِ البَدَلِ، كما إذا قال: أجزتكَ على
 عشرةِ دراهمٍ. اقتضى أن يكونَ بدلاً، ذكره محلُّ وفاقٍ، فأما إن كان بلفظِ الاستفهامِ،
 كقوله: أبعثني هذا بكذا؟ أو: أتبعني هذا بكذا؟ أو: أتبعني هذا به؟ لم يصحَّ. نصَّ عليه،
 حتى يقولَ بعده: اشتريته. أو شبهه. وهذا قولُ الأئمةِ الثلاثةِ، ولم أجد فيه خلافاً. فإن قال
 البائعُ للمشتري: اشتريه بكذا، أو: إبتعه بكذا. فقال هو: اشتريته، أو: ابتعته. لم يصحَّ،
 حتى يقولَ البائعُ بعده: بعثك، أو نحوه. قَطَعَ به في «الرعاية»؛ لأنَّ طلبَ المشتري قد يقومُ
 مقامَ قبولِهِ، لدلالته على رضاه، وأمرُ البائعِ بالشراء لم يوضَّع للإيجابِ، ولا للبَدَلِ.
 وهذا فيه نظرٌ ظاهرٌ، والأولى أن يكونَ كتقدُّمِ الطلبِ من المشتري؛ لأنَّه دالٌّ على
 الإيجابِ والبَدَلِ، وللشافعيةِ وجهان.

ولو تأخَّرَ الطلبُ من المشتري، لم يصحَّ قولاً واحداً.

وقال الشيخُ تقي الدين: إذا كان المبيعُ عيناً من الطرفين، فكلاهما موجبٌ قابلٌ،
 فينبغي أن يقدِّمَ أحدهما على الآخر، كالعكسِ، لكن لو قال أحدهما: ابتعتُ هذا العبدَ
 بهذا. أو قال: بعني. كان تقدُّماً، على ظاهرِ كلامِ أصحابنا، مع أنَّ الروايةَ التي ذكرها عن
 أحمدَ ليس فيها إلا إذا تقدَّم بلفظِ الطلبِ والاستدعاء، ولا يلزم من المنعِ هنا المنعُ إذا كانَ
 بلفظِ الخبرِ، مثلُ قوله: اشتريته، وابتعتُ. قال: وأما إذا كانَ ديناً بعينٍ، وهو السَّلَمُ، فهنا
 المعروفُ أن يقولَ: أسلمتُ إليك هذه المنةَ في وسقي حنطةً. أو: أسلمتُ إليك مئةً في وسقي

النكت

حِنطَةٍ. فيقول: قبلتُ. فيقدّمون لفظ المُسَلِّفِ، ويجعلونه بمنزلة الموجب، والمستسلف بمنزلة القابل؛ لأنّ المسلف هو الذي يقدّم العين، فصارَ بمنزلة البائع، وإن كان في المعنى المستسلف هو البائع، فلو تقدّم قولُ المستسلف بصيغة البيع، مثلُ أن يقول: بعثك وسقّ حِنطَةٍ بعشرة دراهم. فهذا جارٍ على الترتيب، لكنّه بلفظ البيع. ولو قال المسلم: اشتريت منك وسقّ حِنطَةٍ بعشرة دراهم. فقال: بعث. فقد استويا، من جهة أنّ المسلف تقدّم قبوله، لكنّ هناك جاء بلفظ القبول، وهو: اشتريت. وهنا جاء بلفظ إيجاب، وهو: أسلمت. فهذه يجيء أربع مسائل؛ لأنّ الترتيب بلفظ السّلم غير الترتيب بلفظ البيع.

ويجوزُ أن يقارنَ القبولُ الإيجابَ إذا تولّاهما واحدٌ، في مثلِ قوله: جعلتُ عتقك صدائقك. وقول الولي: تزوّجتُ فلانة. ونحو ذلك. ذكره غيرُ واحدٍ من الأصحاب؛ لأنّ الجملة الواحدة تضمّنت جملتي القبول والإيجاب. فيكونُ اشتراطُ تقدّم الإيجاب على القبول حيث افتقر إلى جملتين.

ولو قال: إن بعثني عبدك هذا، فلك عليّ ألف. فقال: بعثك. لم يصحّ البيع، بخلاف الخلع؛ لأنّ البيع يفتقرُ إلى استدعاء تملك، والخلع لا يفتقرُ إلى استدعاء تملك؛ لأنّ ملكه يزولُ عنها بغير رضاها. ذكره القاضي في «الجامع» و«المجرد».

قال الشيخ تقي الدين: ومضمونه: أنّ تقدّم القبول بصيغة الشرط لا يصحّ البتّة.

قوله: (ولو تقدّم عليه في النكاح، لم يصحّ، رواية واحدة).

سواء كان بلفظ الماضي، مثل: تزوّجتُ ابتك. فيقول: زوّجتُكها.

وهو الذي ذكره القاضي وغيره، ونصّ أحمدُ في رواية عليّ بن سعيد على التفرقة بين هذه المسألة وبين البيع، فقال: النكاح أشدّ.

وحكى الشيخ شمس الدين في «شرحه»^(١) احتمالاً: أنّه يصحّ، سواء تقدّم بلفظ

(١) «الشرح الكبير ومعه المقنع والإنصاف» ١٠٤/٢٠.

وإن تراخى عنه، صحَّ فيهما، ما دام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعهُ، المحرر
والأ، فلا يصحُّ.

الماضي أو الطلب، وهو مذهب الأئمة الثلاثة، واحتج لعدم الصَّحَّة - هو وغيره - بأنه لو
أتى بالصَّيغَة المشروعة متقدِّمةً، فقال: قبلتُ هذا النكاح. فقال الولي: زوّجتك ابنتي. لم
يصحَّ، فلأن لا يصحَّ إذا أتى بغيرها أولى.

قال الشيخ تقي الدِّين: وذكر أبو الخطَّاب: أن تقدُّم القبول على الإيجاب لا يضرُّ في
النكاح، ومثل أن يقول: تزوّجتُ. فيقول: زوّجتك. صرَّح به في مسألة النكاح الموقوف،
قال: وكذا ذكر أبو حفص العُكْبَرِيُّ، يعني: في كتاب «الخلافة» له بين مالك وأحمد، وقال
أيضاً: واشترط تقدُّم الإيجاب على القبول فيما إذا كان أحد المتعاقدين موجِّباً والآخر
قابلاً، سواء أوجب في امرأة، أو امرأتين، فأما إن كان كلُّ منهما موجِّباً قابلاً، مثل مسألة
الشُّغار إذا صحَّحناه^(١)، إذا قال أحدهما: زوّجتك ابنتي. على أن تزوّجني ابنتك. فقد أتى
بالقبول بصيغَة المضارع المقترن بـ «أن»، وقد ذكر هذا القاضي وغيره. وإن تقدَّم لفظ القبول
فيهما، بأن يقول: زوّجني ابنتك على أن أزوّجك ابنتي أو: زوّجني بنتك، وأزوّجك بنتي.
فهذا قد ذكره الإمام أحمد، لكن كلامه محتملٌ للخطبة والعقد، فقياس قولنا ألا يصحَّ هنا،
حتى يقول ذلك: قد زوّجتك. ثم يقول الأول: قبلتُ. لأنه جعل القبول أصلاً والإيجاب
تبعاً، وجعل الإيجاب بلفظة المضارعة المستقبلة. ومن جوز تقدُّم القبول على الإيجاب،
صحَّحه.

قوله: (وإن تراخى عنه، صحَّ... ما دام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعهُ، والأ،
فلا يصحُّ).

قال في «الرعاية»: بما يقطعهُ عرفاً، يعني - والله أعلم -: بكلام أجنبي، أو سكوت
طويل عرفاً، ونحو ذلك.

(١) جاء في هامش الأصل ما نعه: [الذي قاله الشيخ تقي الدين في «شرح المحرر»: إذا صحَّحناه مع
تسمية الصداق].

قال الشيخ موفق الدين: لأن العقد إذا تمَّ بالقبول، فلم يتمَّ مع تباعده عنه كاستثناء، والشرط، وخبر المبتدأ الذي لا يتمُّ الكلام إلا به^(١). وقاسه القاضي على خيار المُجْبِرَة.

وقال الشيخ تقي الدين - في أثناء كلامه في اشتراط الاتصال - قال: وأمَّا في الموالاة - وهو الاتصال - فأما في كلام واحد، كالإيمان، والنذور، والطلاق، والعِتق، وفيها الروايتان في الإيمان والطلاق، وهما في العقود أولى. هذا كلامه.

وقال أيضاً في موضع آخر - والظاهر أنه من كلام أبي حفص العكبري؛ لأنه يعلم له: «ك»، وفي هذا الموضع علم له ذلك -: إذا قال: بعث، أو: زوّجت، ونحوهما، وطال الفصل قبل القبول، ثم قال البائع: ألا تقبل مني هذا البيع؟ إقبله مني. فقال: قبلت: فأنيت بانعقاد البيع، وكذلك لو قال: إن أبرأني هذه الساعة من صدأك، فأنيت طالق. فقالت: ما أبرئك. ثم سكتوا زماناً، ثم قال: بل أبرئني. فقالت: أبرأتك. فأنيت بوقوع الطلاق؛ لأن هذه الصيغة متضمنة للطلب؛ لأن كل واحد من المتعاقدين طالب من الآخر مقصوده، فمتى تكلم بصيغة العقد، وطال الفصل، ثم طلب مقصوده الذي طلبه أولاً طلباً ثانياً، كان هذا بمنزلة ابتدائه الطلب حينئذ، وكان ترك ذكره للعوض الآخر من باب المحذوف المدلول عليه. ويمكن أن تُبنى هذه المسألة على الشرط المتقدم على العقد: هل هو بمنزلة المقارن؟ وهذا بناء صحيح.

قوله: (وعنه: يصح في النكاح ولو بعد المجلس).

قال القاضي: قد علق القول في رواية أبي طالب في رجل مشى إليه قوم فقالوا: زوّج فلاناً. فقال: قد زوّجته على ألف. فرجعوا إلى الزوج فأخبروه، فقال: قد قبلت. هل يكون هذا نكاحاً؟ قال: نعم. قال: وظاهر هذا أنه حكم بصحته بعد التفرق عن مجلس العقد، قال: وهذا محمول على أنه قد كان وكل من قبل العقد عنه، ثم أخبر بذلك، فأمضاه.

(١) وذكره أيضاً شمس الدين ابن أبي عمر في «الشرح الكبير ومعه المقنع والإنصاف» ١٢/١١.

وقال أبو بكر في كتاب «المُفنع»: مسألة أبي طالبٍ متوجهة على قولين: أحدهما: لا يجوز باتفاق الوليِّ والزوج والشهود في مجلسٍ واحد، قال: وعلى ظاهرٍ مسألة أبي طالبٍ يجوز، وبالأول أقول. وقال ابن عقيل: وهذا يُعطي أنَّ النكاحَ الموقوفَ صحيحٌ، وشيخنا حملَ المسألة على أنَّه وكَّل ذلك في قبوله، ولا وجهَ لترك ظاهرِ كلامِ الرَّجل، والروايةُ ظاهرةٌ، ولا يُترك ظاهرها بغير دلالةٍ من كلامه فيها، لا في غيرها؛ لأننا لو صرفنا روايةً عن ظاهرها برواية، لم يبق لنا في المذهب روايتان.

قال الشيخ تقي الدين: قد أحسنَ ابنُ عقيلٍ، وهو طريقةُ أبي بكرٍ، فإنَّ هذا ليس تراخياً للقبول عن المجلس، وإنَّما هو تراخٍ للإجازة، والعقدُ انعقدَ بقوله: زوّجتُ فلاناً. فيكون تولّى واحدَ طرفي العقد، وإن كان في أحدهما فضولياً، لا سيّما إن جعل قولاً أولئك له: زوّج فلاناً. قبلاً منهم متقدماً، هم فيه فضوليون، قال: ويجوزُ أن يقال: إنَّ العاقدَ الآخرَ إن كان حاضراً، اعتُبر قبوله، وإن كان غائباً، جاز تراخي القبول عن المجلس، كما قلنا في ولاية القضاء، مع أنَّ أصحابنا قد قالوا في الوكالة: إنَّه يجوزُ قبولها على الفور والتراخي، وفي ولاية القضاء فرّقوا بين حضورِ المولى وغيبته، وإنَّما الولاية نوعٌ من جنس الوكالة.

وقال أيضاً: مسألة أبي طالبٍ وكلامُ أبي بكرٍ فيما إذا لم يكن الزوجُ حاضراً في مجلس الإيجاب، وهذا أحسنُ. أمّا إذا تفرّقا عن مجلس الإيجاب، فليس في كلامِ أحمدَ وأبي بكرٍ ما يدلُّ على ذلك، وكذلك قال في «المجرّد». انتهى كلامه.

وهذا موافقٌ لما ذكره الشَّريفُ أبو جعفر^(١)، فإنَّه قال: إذا قال الوليُّ: اشهدوا أنّي قد زوجت ابنتي من فلانٍ. فبلغ ذلك فلاناً، لم يصحَّ. وبه قال أبو حنيفة، وقال أبو يوسف: يصحُّ^(٢). وعن أحمدَ مثله.

(١) هو: عبد الخالق بن عيسى، أبو جعفر الهاشمي العباسي، تفقّه على القاضي أبي يعلى، وكان عالماً فقيهاً ورعاً عابداً مليح التدرّس حسن الكلام في المناظرة. صنف: «رؤوس المسائل» وغير ذلك. (ت ٤٧٠هـ). «طبقات الحنابلة» ٢/٢٣٧، و«ذيل طبقات الحنابلة» ١٥/١.

(٢) «بدائع الصنائع» ٣/٣٢٦، و«فتح القدير» ٢/٤٣٠.

ويصحُّ بيعُ المعاطاةِ، كقولهِ: أعطني بدرهم خبزاً. فيعطيه ما يرضى، أو يقول
خذ هذا الثوبَ بدينارٍ. فيأخذه. وعنه: أنّه لا يصحُّ. وقال القاضي: يصحُّ في
المحقراتِ خاصّةً.

دليلنا: أنّ القبولَ وُجد في غير مجلسِ الإيجابِ، فلا يصحُّ، كما لو كانا في مجلسٍ،
فلم يقبل حتى تفرّقا.

ووجهُ الشيخِ زينُ الدينِ ابنِ المنجى في «شرحهِ» روايةٌ عدمِ بطلانِ الإيجابِ إذا تفرّقا
عن مجلسِ العقدِ بأنّه قد وُجد منه القبولُ، أشبهَ مالو وُجد في المجلسِ. وذكرَ القاضي في
«المجرّد»، وابنُ عقيلٍ في «الفصول» في تنمّةِ روايةِ أبي طالبِ المذكورةِ، فقال: قد قبلتُ.
صحَّ إذا حضّره شاهدان.

قال الشيخُ تقيُّ الدين: وهو يقتضي أنّ إجازةَ العقدِ الموقوفِ - إذا قلنا بانعقاده - يفتقرُ
إلى شاهدينِ كأصله، وهو مستقيمٌ حسنٌ؛ لأنَّ العقدَ إنّما يتمُّ بهما، بخلافِ الإذنِ للوليِّ،
فإنّه شرطُ العقدِ لإتمامِ العقدِ، والشهادةُ معتبرةٌ في نفسِ النكاحِ، لا في شروطه.

قوله: (ويصحُّ بيعُ المعاطاةِ.. إلى آخره).

طريقةُ الأصحابِ: أنّ الشرعَ قد وردَ بالبيعِ والشراءِ في الجملةِ، وما وردَ به الشرعُ
مطلقاً، رجع فيه إلى العرفِ.

والعادةُ أنّ الناسَ يتبايعون بغيرِ إيجابٍ ولا قبولٍ، وعلى هذا قد يعرَى بيعُ المعاطاةِ
عن لفظٍ إذا كان هناك عرفٌ بوضعِ الثمنِ وأخذِ المئمنِ، كقطعِ الحلاوةِ، وجرزِ البقل^(١)،
أو بمناولةٍ باليدِ.

قال الشيخُ تقيُّ الدين: وأصوله تقتضي ثبوتِ العقودِ والشروطِ بالعرفِ في مسألةِ
الحمامِ والغسلِ.

(١) الجُرزةُ: القبضة من القَتِّ ونحوه، أو الحُزمةُ، والجمع: جُرزٌ، مثل: غرفةٍ وغرفٍ. «المصباح المنير»
(جرز).

وإذا تبايعا، فكلُّ واحدٍ منهما بالخيار، إلى أن يتفرقا بأبدانهما ما يعدُّه الناسُ
فراقاً. فإنَّ أسقطاه في المجلس، أو في العقد، سقط. وعنه: لا يسقط.

وقد نصَّ أحمدُ على أنَّ العقدَ والفسخَ لا يكونُ إلاً بكلامٍ في رواية إسماعيلَ بنِ سعيدٍ،
قال: سألتُ أحمدَ بنَ حنبلٍ، قلت: رأيتُ لو أعتقَ المشتري العبدَ الذي اشتراه وهما في
المجلس، فأنكرَ البائعُ عتقه، وأراد أن يردَّ بيعه، هل له ذلك؟ قال: عتقَ المشتري فيه
جائزٌ، بمنزلة الموت، ما لم يرجع البائعُ فيه قبلَ عتقه، ولا يكونُ الرجوعُ للبائعِ فيه إلاً
بكلامٍ، مثلُ البيعِ الذي ما يكونُ إلاً بكلامٍ. انتهى كلامُ الشيخِ.
ولعلَّ هذا من أحمدَ على الرواية التي تمنعُ بيعَ المعاطاةِ.

قال الشيخُ تقيُّ الدين: عبارةُ أصحابنا وغيرهم تقتضي أنَّ المعاطاةَ ونحوها ليست من
الإيجاب والقَبول. وهذا تخصيصٌ عرفيٌّ. فالصوابُ الاصطلاحُ الموافق للغة وكلامِ
المتقدمين: أنَّ لفظَ الإيجاب والقَبولِ يشتملُ على صورة^(١) العقدِ، قوليةً أو فعليةً، قال:
ولهذا قيده القاضي في آخرِ كلامه، حيث قال: لم يُوجد الإيجابُ والقَبولُ المعتادُ، يعني:
المعتادُ تسميتهً بذلك.

قوله: (إلى أن يتفرقا).

قال القاضي في «التعليق» ضمنَ المسألة: ولا يتعلَّقُ لزومُ العقدِ بالتفرُّقِ وحدَه، حتى
ينضمَّ إليه اختيارُ العاقدِ، فلو هربَ أحدهما من صاحبه، أو فسَخَ في المجلس، ثم تفرقا،
لم يلزمَ العقدُ. ذكره الشيخُ تقيُّ الدين، ولم يزد عليه، وهو خلافُ كلامِ الأصحابِ.

قوله: (فإنَّ أسقطاه في المجلس أو في العقد، سقط. وعنه: لا يسقط).

أكثرُ الأصحابِ حكى الروايتين في المسألتين، منهم أبو الخطَّاب في «الهداية»، وذكره
في «الانتصار» في ضمنِ مسألة الأعيانِ الغائبة. ولم أجد في شيءٍ من كلامِ الإمامِ أحمدَ
إسقاطَ الخيارِ في العقود، وإنما فيه التخييرُ بعد العقدِ.

(١) في (م): «صورة».

ويجوزُ خيارُ الشرطِ فوقَ ثلاثٍ، وأنْ يفسخَ^(١) به أحدهما في غيبة صاحبه

وقال القاضي في «التعليق»: نقل الميموني عنه: إذا تخيرا حال العقد، انعقد الخيار. قال أبو بكر: وتابعه حرب.

قال القاضي: وهذا تنبيه على ما بعد العقد؛ لأنَّ حالة العقد أضعف، وقد قطع الخيار بينهما.

قال الشيخ تقي الدين: كتبت لفظ رواية الميموني وحرب، وليس فيهما أكثر ممَّا في حديث ابن عمر^(٢)، ولفظ رواية الأثرم نص فيمن ذهب إلى حديث ابن عمر، يقول: إذا خيره بعد البيع، وجب البيع. قال: وهذا منه دليل على أن إسقاطه في العقد لا يسقط به، قولاً واحداً.

قال القاضي: إذا أسقطاه في العقد - وقلنا: لا يسقط - ففي بطلان العقد الروايتان في الشروط الفاسدة.

والذي نصره القاضي وأصحابه - ابنه أبو الحسين، وأبو الخطاب، والشريف، وغيرهم، وقدمه غير واحد -: أنه لا يسقط مطلقاً.

واختار ابن أبي موسى^(٣)، والشيخ موفق الدين^(٤): أنه يسقط. وقدمه المصنف هنا. والقول بالتفرقة إليه ميل أبي الخطاب والشيخ تقي الدين هنا. وهو متوجه على المذهب. قوله: (ويجوزُ خيارُ الشرطِ فوقَ ثلاثٍ).

لو باع ما لا يبقى إلى ثلاثة أيام، كطعام رطب، بشرط الخيار ثلاثاً، فقال القاضي:

(١) في (م): «يفسخ».

(٢) عن رسول الله ﷺ: «إذا تباع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار، ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، ويخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منها البيع، فقد وجب البيع» أخرجه البخاري (٢١١٢)، ومسلم (١٥٣١): (٤٤)، وأحمد (٦٠٠٦).

(٣) «الإرشاد» ص ١٩٣.

(٤) «المعني» ١٥/٦.

ويتخرَّج: ألا يفسخ إذا لم يبلغه في المدَّة. وإذا مضت مدَّته ولم يفسخا، لزم المحرر العقد. وابتداء مدَّته: من حين العقد. وقيل: من حين التفرُّق.

النكت

يصحُّ الخيارُ، ويباعُ ويحفظُ ثمُّه إلى المدَّة.

وحكي عن أصحاب الشافعي: لا يصحُّ. كقولهم في الإجارة، وعليه قاسوها. وكذلك يتوجَّه على وجهي الإجارة.

وعلى قولنا: إن تَلَفَ بالعتق وغيره، يبطلُ الخيارُ، فإنَّا نمنعُ الشرطَ لاسترجاع القيمة، لكنَّها هنا أمانة، وهناك في الدُّمَّة.

قوله: (ويتخرَّج: ألا يفسخ إذا لم يبلغه في المدَّة).

هذا التخرُّجُ ذكره أبو الخطَّاب. قال: كالموكل هل يملك عزلَ وكيله من غير حضوره وعلمه؟ على روايتين، أصلاً لهذه المسألة.

قال الشيخ تقي الدين: قياسُ أن الوكالة إذا قلنا لا تنسخ قبل العلم، أن نقول هنا: لا يفسخ قبل العلم، فإذا انقضت المدَّة، فلم يتصرف الآخر حتى بلغه الخبر، انسخ، وإن تصرف قبل بلوغ الخبر، لم يصحَّ، كما قلنا مثل ذلك في الرجعة، على إحدى الروايتين: أنها إذا تزوجت قبل أن يبلغها خبر الرجعة، انعقد النكاح. وقال ابن الجوزي: إذا كان الخيار لأحدهما، كان له الفسخ، من أنه لا يفسخ إلا بحضوره.

وظاهرُ كلامه وكلام غيره من الأصحاب أنه يملك الفسخ من غير إحضار الثمن.

وقال الشيخ تقي الدين: ولا يملك الفسخ إلا برد الثمن، نصَّ عليه.

وقال أبو طالب لأحمد: يقولون: إذا كان له الخيار، فمتى قال: اخترت داري، أو: أرضي. فالخيار له، ويطلب بالثمن؟ قال: كيف له الخيار ولم يُعطه ماله؟ ليس هذا بشيء، إن أعطاه، فله الخيار، وإن لم يُعطه ماله، فليس له خيار.

قال الشيخ تقي الدين: فقد نصَّ على أن البائع لا يملك إعادتها إلى ملكه إلا بإحضار

وإذا شرطاً الخيارَ ولم يؤقّته، لم يصحَّ، وعنه: يصحُّ، ويبقى ما لم يقطعاه. فإن شرطاً إلى الجِداد^(١) أو الحصادِ خياراً، أو أجلاً في بيعٍ أو سلّم، فعلى روايتين. ولو شرطاً الخيارَ إلى الليل أو الغد، سقط بدخوله. وعنه: بخروجه. وإن شرطاه سنةً في أثناء شهرٍ، استوفى شهراً بالعددِ وأحد عشرَ بالأهلة. وعنه: يُستوفى الكلُّ بالعدد. وكذلك كلُّ ما علّق بالأشهر، من إجارة، وعدّة، وصومٍ كفارة، ونحوه. ومن شرط الخيار له ولزيد، جاز، وكان توكيلاً له فيه.

الثمن، كما أن الشفيع لا يملك أخذ الشفص^(٢).

قوله: (وإذا شرطاً الخيارَ ولم يؤقّته).

المذهبُ عدمُ الصّحة. قال في رواية ابن منصورٍ، في الرّجل يبيعُ البيعَ بشرطٍ ولا يسمي أجلاً: فلا يُعجبني، حتى يسمي يوماً أو يومين.

وقال أيضاً في رواية ابن منصورٍ، في رجلٍ اشترى شيئاً وهو فيه بالخيار، ولم يسم إلى متى، فله الخيارُ أبداً، أو يأخذه.

قال الشيخ تقي الدين: يتوجّه أنّه إذا أطلق الخيارَ، ثبت ثلاثاً؛ لخبر حَبان^(٣).

(١) الجِداد: القطع. حكى ابن سيده فيه فتح الجيم وكسرهما، وأنه يقال بالذال والداد، في النخل وغيره. «المطلع» ص ١٣٢.

(٢) الشفص - بكسر الشين -: هو القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء، والشقيص: الشريك. «المطلع» ص ٢٧٨.

(٣) أخرجه الحاكم ٢/٢٢ من طريق محمد بن إسحاق، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كان حبان بن منقذ رجلاً ضعيفاً، وكان قد سفع في رأسه مأمومة، فجعل له رسول الله ﷺ الخيار فيما اشترى ثلاثاً، وكان قد ثقل لسانه، فقال له رسول الله ﷺ: «بيع وقل: لا خلافة...» وأخرجه ابن ماجه (٢٣٥٥) عن محمد بن إسحاق، عن محمد بن يحيى بن حبان قال: هو جدي منقذ بن عمرو... وفيه عن عنة ابن إسحاق، وقد صرح بالسمع كما في رواية البخاري في «التاريخ الكبير» ١٧/٨. وقال الذهبي في «تلخيص المستدرک»: صحيح.

والحديث عند البخاري (٢١١٧)، ومسلم (١٥٣٣)، وأحمد (٥٠٣٦) بلفظ: أن رجلاً كان ذكر للنبي ﷺ أنه يُخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل: لا خلافة».

وإن قال: لزيد دوني. لم يصح. وإن شرطه لزيد وأطلق، فعلى وجهين.
ويثبت الملك للمشتري في مدة الخيار، في أشهر الروايتين. ويكون له كسبه
ونماؤه، وإن فسخ العقد.

قوله: (وإن قال: لزيد دوني. لم يصح).

وكذا قطع به في «المستوعب» و«الرعاية» وغيرهما. واختار الشيخ موفق الدين في
«المغني»^(١) و«الكافي»^(٢): أنه يصح، ونصب الخلاف فيه مع القاضي؛ لأنه أمكن تصحيحه
على هذا الوجه، فتعين.

وقال القاضي أبو الحسين: إذا ابتاع شيئاً وشرط الخيار لغيره، صح، سواء شرط
الخيار لنفسه، أو جعله وكيلاً له في الإمضاء والرد، أو شرطه للوكيل دونه إلا أنه إن شرطه
لنفسه وجعله وكيلاً، كان له دون الوكيل، وإن شرطه للوكيل كان الخيار لهما على ظاهر
كلامه. وقال أصحاب أبي حنيفة: يصح ويكون لهما. ثم ذكر مذهب الشافعي، واستدل على
صحته بأنه خيار مستفاد بالشرط، فكان لمن شرطه له، دليلاً: لو شرطاه لأحد المتبايعين،
وإذا ثبت أن يكون لمن شرطه له، وجب أن يكون للوكيل أيضاً؛ لأن هذا فرعه، وعنه:
ملك، واستحق^(٣) أن يكون له كسبه ونماؤه، وإن فسخ العقد. قطع بهذا مع ذكره الخلاف
في نماء المبيع المعيب. وقد قطع في «المستوعب» وغيره بأن حكمه حكم نماء المعيب
المردود.

وقال الشيخ تقي الدين: أمّا النماء، فإن كان المشتري هو الفاسخ، فهو كما لو فسخ
بالعيب، وفي رد النماء روايتان، وإن كان البائع هو الفاسخ، فهو كفسخ البائع لإفلاس
المشتري بالثمن، وفيه أيضاً خلاف أقوى من الرد بالعيب، فإن المنصوص أنه يرجع بالنماء
المنفصل، فلا يكون الخيار دون هذا. انتهى كلامه.

(١) ٤٠/٦.

(٢) ٧٠-٧١/٣.

(٣) في الأصل: «واستحال».

ومتى تصرف فيه البائع بعق أو غيره، لم ينفذ، ولم يكن فسخاً، نص عليه.

وقد صرح الشيخ موقف^(١) بأن ظاهر المذهب أن الزيادة للمفلس^(٢)، وقال: لا ينبغي أن يكون في هذا خلاف؛ لظهوره. وقاسه على مسألة العيب والخيار. وهذا قول جماعة، كابن حامد والقاضي.

وعكس هذا، وأن الزيادة للبائع لا للمفلس، نقله حنبل، وتأوله غير واحد، وهو قول أبي بكر، ونصره جماعة، كأبي الخطاب والشريف، وقدمه جماعة، كصاحب «المحرر» و«الخلاصة» كما في الزيادة المتصلة، والفرق ظاهر.

فأما على رواية أن الملك للبائع ولم ينتقل عنه، فالكسب والثماء له.

قوله: (ومتى تصرف فيه البائع بعق أو غيره، لم ينفذ) تصرفه.

كذا ذكره جماعة. وينبغي أن يقال: إن قلنا: الملك له، وكان الخيار له وحده، صح تصرفه، كما ذكره المصنف في المشتري.

وذكر الشيخ موقف الدين^(٣) في بعض كلامه: أننا إذا قلنا: الملك له، وكان الخيار لهما، أو للبائع وحده، أن تصرفه صحيح نافذ، وله إبطال خياره، فأما تصرفه بالعق، فينفذ إن قلنا: الملك له.

وقد علل الإمام أحمد في رواية ابن القاسم عدم جواز عتق البائع: بأنه غير مالك له في ذلك الوقت، إنما له فيه خيار.

قوله: (ولم يكن فسخاً).

تبع القاضي وأصحابه. ومن الأصحاب من ذكر في المسألة وجهين. ومنهم من ذكر روايتين.

(١) في «المغني» ٦/٥٥٠-٥٥١.

(٢) بعدها في الأصل: «نقله حنبل».

(٣) «المغني» ٦/٢٤.

وأما المشتري، فلا ينفذ تصرفه إلا بالعتق، إلا أن يتصرف مع البائع، أو يكون الخيار له وحده.

وقال في «الرعاية»: وقيل: تصرف البائع في المبيع فسخ على الأصح، فلا يصح. النكت قوله: (وأما المشتري، فلا ينفذ تصرفه إلا بالعتق، إلا أن يتصرف مع البائع، أو يكون الخيار له وحده).

أما تصرفه بالعتق، فينفذ إن قلنا: الملك له.

وعند الجوزجاني: لا ينفذ عتقه، لكن إذا لم يناكره حتى انقضى الخيار، مضى، كأنه يشبهه بالتصرف في الشقص المشفوع، ويتخرج مثله في الرهن. ذكره الشيخ تقي الدين^(١). وذكر القاضي في ضمن خيار المجلس: أنه إذا اشترى أباه، أو من يعتق عليه، فإنه لا يعتق بنفس الشراء، بل بعد التفريق. وعليه حمل ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يجزي ولد والده شيئاً، إلا أن يجده مملوكاً فيشتربه فيعتقه»^(٢). وذكر في مسألة انتقال الملك: أن من فوائد الخلاف: إذا اشترى أباه أو ابنه على أنه بالخيار، عتق عليه عندنا، وعنده^(٣) لا يعتق.

وذكر الشيخ موفق الدين^(٤) وغيره: إن اشترى من يعتق عليه، يجري مجرى إعتاقه بصريح قوله.

وأما تصرفه بغير العتق، فلا ينفذ. قطع به جماعة، واستثنى الشيخ موفق الدين في بعض كلامه إذا كان الخيار له وحده؛ لأنه لا حق لغيره فيه. وكان ينبغي على قياس كلامه السابق تصحيحه وإن كان الخيار لهما، كما صح تصرف البائع، وإن كان الخيار لهما. وعن أحمد

(١) بعدها في الأصل: «وقال».

(٢) أخرجه مسلم (١٥١٠)، وأحمد (٧١٤٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) جاء في هامش الأصل ما نصه: «قوله: وعنده. أي: عند أبي حنيفة؛ لأن الملك عنده في مدة الخيار لا ينتقل إلى المشتري».

(٤) «المغني» ٦/٢٧.

ما يَدُلُّ عليه. قال محمد بن أبي حرب^(١): قيل لأحمد: رجل اشترى سلعة بشرط، فباعه وربح، الربح لمن؟ قال: الربح له؛ لأنه قد وجب عليه حين عرضه. وكذا نقل يعقوب، واستثنى في «المحرر» تصرف المشتري مع البائع. وهو مبني على أن التصرف يدل على الرضا، وفيه الخلاف المشهور، وتصحيح هذا التصرف مع عدم تصحيح تصرف البائع مطلقاً، فيه نظر، وليس بمذهب للإمام أحمد. وظاهر كلام القاضي في موضع: أن تصرف المشتري صحيح، سواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما.

قال الشيخ تقي الدين: وأما المشتري، فقد أطلق القاضي أن تصرفه ينفذ. وكأنه - والله أعلم - يريد: إذا لم يفسخ البائع العقد، كما بينه أبو بكر في «التنبيه» فإنه استشهد بقول أبي بكر، وكما أوما إليه الإمام أحمد فيمن باع الثوب، فقال: يرده إلى صاحبه الأول إن طلبه. فمفهومه: أنه إذا لم يطلبه، مضى البيع. وهذا هو الذي دل عليه كلام الإمام أحمد، وهو قول الجوزجاني. وعليه يدل^(٢) حديث ابن عمر^(٣). ثم صرح بذلك في مسألة عتق المشتري. فقال: واحتج بأنه لو باعه، أو وهبه، أو وقفه، وقف جميع ذلك على إمضاء البائع، كذلك العتق.

والجواب: أنه لا يمنع^(٣) ألا ينفذ بيعه وهبته، وينفذ عتقه، لِمَا فيه من التغليب والسراية، كما في العبد المشترك.

وقد ذكر في مسألة انتقال الملك: أن تصرفه بغير العتق، ينفذ. انتهى كلامه. وقال في

(١) هو: محمد بن النقيب بن أبي حرب الجرجاني، ورع جليل القدر، كان أحمد يكتبه ويعرف قدره وسأل عن أخباره، عنده عن أحمد مسائل مشبعة. «طبقات الحنابلة» ١/ ٣٣١.

(٢-٢) في الأصل: «حديث عمر»، والحديث أخرجه البخاري (٢٦١٠) عن ابن عمر أنه كان مع النبي ﷺ في سفر، فكان على بكر لعمر صعب، فكان يتقدم النبي ﷺ، فيقول أبوه: يا عبد الله، لا يتقدم النبي ﷺ أحد، فقال له النبي ﷺ: «بعينه» فقال عمر: هو لك. فاشتراه، ثم قال: «هو لك يا عبد الله، فاصنع به ما شئت».

(٣) جاء في هامش الأصل ما نصه: «كذا في كلام الشيخ، لعله: يمنع».

وبكلِّ حالٍ يكونُ تصرُّفه وسَوْمُه ووَطؤه إمضاءً.

المحرر

«الرعاية»: وقيل: تصرَّف المشتري فيه رضاً في الأصح. فيصحُّ إن ملكه بالعقد، وإلا، فلا. فهذه نحوُ سَنَةِ أقوالٍ في صحَّةِ تصرُّفِ المشتري بغيرِ العِتقِ. قوله: (وبكلِّ حالٍ يكونُ تصرُّفه وسَوْمُه ووَطؤه إمضاءً).

قال إسماعيلُ بن سعيِّدٍ لأحمد: أرايتَ إن أعتقَ المشتري العبدَ الذي اشتري، وهما في المجلس، فأنكر البائعُ عتقه، وأرادَ أن يردَّ بيعه، هل له ذلك؟ قال: عتقُ المشتري فيه جائزٌ، بمنزلة الموت، ما لم يرجع البائعُ فيه قبلَ عتقه، ولا يكونُ للبائع الرجوعُ فيه إلا بكلام، مثل البيع الذي لا يكونُ إلا بالكلام.

قال القاضي: وهذا يدلُّ على أنَّ بيعه لا ينفذُ، ولا يكونُ فسخاً.

ويخرُجُ على هذا، جميعُ تصرُّفاته بالعتقِ والوَطءِ لا تنفذُ، ولا تكونُ دالَّةً على الفسخ، ولا يثبتُ الفسخُ من جهته إلا بلفظِ الفسخ؛ لأنَّ ملكه قد زال، وتصرُّفاته باطلة، فلم تكن دالَّةً على ملكه، وتصرُّفه ينفذُ؛ فلهذا كان دالاً على الرضا. وقد قال أحمدُ في رواية ابنِ ماهان^(١): إذا ابتاعَ ثوباً وشرطَ الخيارَ لنفسه ثلاثاً، فعرضه على البيعِ قبلَ الثلاث، لزمه، وفي رواية العباسِ بن محمد: إذا سَكَنَ الدارَ ولبسَ الثوبَ، لزمه. انتهى كلامه.

فمن الأصحاب مَنْ يقول: تصرُّفُ البائعِ فسحٌ، وتصرُّفُ المشتري إمضاءً، ومنهم مَنْ يقول: لا. ومنهم مَنْ يحكي في ذلك روايتين، ومنهم مَنْ يجعلُ تصرُّفَ المشتري إمضاءً، ولا يجعلُ تصرُّفَ البائعِ فسحاً، كما في «المحرَّر». وصاحبُ هذا القولِ فرَّقَ^(٢) بانتقال الملك^(٣) وعدمه، كما ذكره القاضي. وقد يعللُ ذلك: بأنَّ تصرُّفَ المشتري يدلُّ على الرضا. وقد ينتهضُ الفعلُ الدالُّ على الرضا مُلزماً للعقد، كما في وطءِ المعتقة تحت عبدي، ووطءِ

(١) هو: محمد بن ماهان النيسابوري، جليل القدر، له مسائل حسان. (ت ٢٨٤هـ). «طبقات الحنابلة»

٣٢١/١، «المنهج الأحمد» ٣٠٠/١.

(٢-٢) في (م): «بانتقاله لملك».

وفي استخدامه روايتان^(١) ولو قَبِلْتَه المَبِيعَةُ، فلم يمنعها، فخيَّارُه باقٍ، نصَّ عليه.

الكافر المسلم إحدى زوجاته^(٢)، ووطئ المشتري الجارية المعيبة، بخلاف تصرف البائع، فإنَّه رافعٌ للعقد.

قوله: (وفي استخدامه روايتان).

إحداهما: يبطلُ خيارُه؛ لأنَّه تصرفٌ منه، أشبه الرُّكوبَ للدَّابَّة.

والثَّانية: لا؛ لأنَّه لا يختصُّ الملك، أشبه النظرَ.

وقيل: إنَّ قصدَ تجربته واختياره، لم يبطل، كركوب الدَّابَّة ليعلم سيرها، وإلَّا، بطل،

كركوبها لحاجته. وقيل: إنَّ قصدَ تجربة المبيع، لم يبطل، وإلَّا، فروايتان، وهو الذي في «الكافي»^(٣).

قوله: (ولو قَبِلْتَه المَبِيعَةُ، فلم يمنعها، فخيَّارُه باقٍ).

نصَّ عليه، كما لو قبِلت البائع. ويحتمل أن يبطل إذا لم يمنعها، كما لو قبَّلها. وشرط

القاضي وجماعة حصول الشهوة منها، وجماعة لم يشروطوا، فهذا قولٌ ثالثٌ.

قال القاضي: إنَّ أحمدَ نصَّ على أنَّ مسَّها إِيَّاه بتغميز رأسه ورجليه، لا يبطلُ خياره،

وأبطل ذلك بمسِّه إِيَّاه.

قال الشيخ تقي الدين: غَسَلُ رأسه، وتغميزُ رجله هنا كان بأمره. ولو قال لها: قبِّليني،

أو: باشيريني. ففعلت، بطلَ خياره، وإنَّما العلة أن ذلك فعلٌ مباحٌ مع الأجنبيِّ، بدليل أنَّ أبا

موسى غَسَلَ رأسه امرأةً من قومه^(٤). وتغميزُ الرَّجُل لعلَّة من وراء حائلٍ. ومناطُ أحمد: أنَّه

متى نالَ منها ما يحرم على الأجنبيِّ، بطلَ خياره، فيؤخذُ من هذا: أنَّ قبَّلتها له لم يبلغ هو

(١) بعدها في (م) بين حاصرتين: «إحداهما: لم يبطل خياره، وهو المذهب».

(٢) أي: الكافر الذي أسلم على أكثر من أربع، فوطئ إحداهن، كان اختياراً لها. «الكافي» ٧٦/٣.

(٣) ٧٧/٣.

(٤) أخرج عبد الرزاق (٦١١٩) عن إبراهيم النخعي: أن أبا موسى غسلته امرأته أم عبد الله، وهو عند ابن

أبي شيبة ٢٥٠/٣ لكن عن إبراهيم بن مهاجر.

ولو أعتقها، أو تلفت عنده، بطل خياره، وللبيع الثمن. وعنه: له الفسخ وأخذ المحرر القيمة.

منها ما لا يحلُّ لغيره. انتهى كلامه. وقال أيضاً: فلعله يفرق بين أن ينتفع هو بالمبيع، وبين أن ينتفع المبيع بنفسه.

قوله: (ولو أعتقها، أو تلفت عنده، بطل خياره، وللبيع الثمن، وعنه: له الفسخ وأخذ القيمة).

هاتان روايتان منصوصتان:

وجه الأولى - وهي اختيارُ الخِرَقِيِّ وأبي بكرٍ والقاضي في «رؤوس مسائله»، ورجَّحها أبو الحسين وغيره - : أنه خيارُ فسخ، فبطلتْ بتلف المبيع، كخيار الردِّ بالعيب إذا تُلِف المبيع، ولا يلزم عليه إذا اختلفا في الثمن بعد تلفِ السلعة وتحالفا وفسخا؛ لأنَّ الفسخ حصل باليمين لا بالخيار.

ولا معنى لقولهم: إنَّه يستدرك النَّقص، ويأخذ الأرش^(١)؛ فلهذا لم يملك الفسخ، وهنا لا يستدرك؛ لأنَّه يبطلُّ بخيار الرجوع في الهبة، فإنَّه يسقط بهلاك العين، وأن يستدرك المقصود، وهذا فيه نظر.

وقد ذُكر في «الرعاية»: أنَّ بعضهم خرَّج في خيار العيب أنَّه ملك الفسخ، ويغرم ثمنه، ويأخذ قيمته الذي ورَّنه. وقاس أبو الخطاب وغيره على الإقالة. وعندنا تصحُّ الإقالة مع تلف الثمن. وأمَّا المثلَّث، فإن قلنا: هي فسخ. فوجهان، وإن قلنا: بيع. لم يصح، ويصحُّ مع تلف بعضه فيما بقي.

ووجه الثانية: عمومُ قوله عليه الصَّلَاة والسَّلَام: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(٢) ولأنَّها

(١) أرش الجراحة: ديتها، والجمع: أروش، مثل: فلَس وفلوس، وأصله الفساد، يقال: أرشت بين القوم تارشاً، إذا أفسدت، ثم استعمل في نقصان الأعيان؛ لأنَّه فساد فيها. «المصباح» (أرش).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٠٨)، ومسلم (١٥٣٢)، وأحمد (١٥٣١٤) من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه. وأخرجه أيضاً البخاري (٢١٠٩)، ومسلم (١٥٣١)، وأحمد (٤٤٨٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. وله شواهد أخرى.

مدّة ملحقّة بالعقد، فلم تبطل بتلف المبيع، كما لو اشترى ثوباً بثوب، فتلف أحدهما،
ووجد الآخر بالثوب عيباً، فإنه يرده، ويرجع بقيمة ثوبه، كذا هاهنا.

وفرق أبو الحسين: بأنّ في مسألة الأصل تلف بعض المبيع، وفي مسألة الفرع: تلف
كله، وفيه نظر، وهذا اختيار ابن عقيل وغيره، وقدّمها في «الكافي»^(١) و«الخلاصة»
و«الرعاية» وغيرهم.

وذكر القاضي في «الخلافة»: أنّها أصحُّ الروايتين. وذكر ابنه أبو الحسين: أنّ القاضي
اخترها في «الخلافة» قديماً.

وذكر الشيخ تقي الدين: أنّ أحمد صرح في رواية أبي طالب: بأنّه إذا أعتق العبد أو
مات، لم يكن عليه إلا الثمن، وإذا باعه ولم يُمكنه رده، ضمّنه بالقيمة، وإن كانت أكثر من
الثمن، ففرق بين ما هو تلف جسيماً أو حكماً، وبين ما ليس بتلف، وإنما هو جناية فوّت بها
يد المشتري، فيضمّنه ضمان الحيلولة، فحيثما كان العبد باقياً، فعليه القيمة، وحيثما كان
تالفاً، فعلى الروايتين.

وفقه ذلك ظاهر، فإنه إذا كان باقياً، أمكن فسخ العقد؛ لبقاء المعقود عليه وإمكان
رجوعه.

وعلى هذا، فجميع الفسوخ؛ من الفسخ بالعيب، واختلاف المتبايعين، ونحو ذلك مما
اختلف في جواز فسخها بعد تلف المبيع، قد سووا بين الفوت والتلف؛ لأنّ التفويت هناك
كان بغير تفريط من الذي هو في يده، بخلاف التفويت هنا. فلما أن تكون هذه رواية ثالثة،
أو يكون الفرق قولاً واحداً.

يوضح الفرق: أنّ هناك لم تستحقّ الفسخ إلا بعد الفوت، وهنا كان يملك الفسخ قبل
الفوت. هذا كلامه.

(١) ٧٧/٣.

المحرر ولا يثبت خيار الشرط في بيع شرط القبض لصحته، كالصرف والسلم، وفي خيار المجلس فيه، روايتان^(١)، ويثبت الخياران في الإجارة،

وهل تُعتبر القيمة بيوم العقد، أو بيوم التلف والإتلاف؟ فيه وجهان أصلهما انتقال الملك، ذكره في «التلخيص»، وقدم في «الرعاية» يوم التلف والإتلاف. وإن كان الإتلاف عند البائع فيما هو من ضمانه، بطل خياره.

وأما المشتري، فعلى الرواية الأولى، يبطل خياره، ويلزمه المسمى، وعلى الثانية: يخير المشتري، فإن أمضى، لزمه المسمى، وإن فسّخه، فمثلُه، أو قيمته.

وذكر الشيخ تقي الدين: أن الأب إذا أتلّف العين الموهوبة، فإنه مخير بين أن يضمّنها؛ إبقاءً للملك الابن، أو لا يضمّنها؛ لتمكّنه من استرجاعها، وكذلك ما أتلّفه الأب من مال ابنه، ذكره أبو الخطّاب، قال: ولو جنى المشتري عليها، أو جنت هي على نفسها عنده، مثل شحّ الرأس، فهل يمنع الرد؟ على الروايتين في التلف. ذكره القاضي، وضعّف رواية منعه الرد. وهي مذهب الحنفية على ما اقتضاه كلامه.

ومضمون كلامه: أن قوات جزء منها كفوات جميعها. وعلى هذا فكل نقص في العين أو في الصفة يمنع الفسخ في إحدى الروايتين، وفي الأخرى: له الفسخ واسترجاع الأرض، لكن الرواية بالرد هنا مأخذها غير مأخذ العيب. انتهى كلامه.

قوله: (ولا يثبت خيار الشرط في بيع شرط القبض لصحته).

قال الشيخ تقي الدين: يعني: من الطرفين أو أحدهما. ويفسد العقد باشتراطه. ذكره القاضي في ضمن مسألة خيار الشرط في النكاح. انتهى كلامه.

وفساد العقد يخرج على الروايتين في الشروط الفاسدة، كما لو شرط خيار المجلس في ذلك، على رواية؛ لأنه لا يثبت.

(١) بعدها في (م) بين حاصرتين: «إحدهما: يثبت، وهو المذهب».

إلا خيارَ الشرط في إجارة تلي مدتها^(١) العقد، ففيه وجهان^(٢).....

قوله: (إلا خيارَ الشرط في إجارة تلي مدتها العقد، ففيه وجهان):

أحدهما: لا يثبت؛ لأنه يُفضي إلى قَوات بعضِ المنافعِ المعقودِ عليها، أو استيفائها في مدة الخيار. وكلاهما لا يجوز. وهو قولُ الشافعي، وله في الإجارة في الذمة قولان.

والثاني: يثبت، وهو قولُ أبي حنيفة ومالك، لأنه عقدُ معاوضة^(٣) - يصحُّ فسخه بالإقالة - لم يُشترط فيه القبضُ في المجلس، فهو كالبيع. قاله القاضي. واحترزَ بالأول عن النكاح، وبالثاني عن الصِّرف والسَّلَم.

قال الشيخ تقي الدين: أمَّا النكاحُ، فقد جعل بعضُ أصحابنا الحُلَع فيه كالإقالة، وأمَّا القبضُ في المجلس، فظاهرُ مذهبِ الشافعي أنَّ الإجارة في الذمة كالسَّلَم في القبض، فيمنعون هذا الوصف، والقاضي قد سلَّمه. انتهى كلامه.

ولنا وجهان فيما إذا شرطنا تأجيلَ الأجرة إذا كان العقدُ على منفعة في الذمة:

أحدهما: يجوز؛ لأنه عوضٌ في الإجارة، فجازَ تأجيله، كما لو كان على عين.

والثاني: لا يجوز، لأنه عقدٌ على ما في الذمة، فلم يَجْز تأجيلُ عوضه، كالسَّلَم. وقطع في «الكافي»^(٤) بأنه إذا أجره مدة تلي العقد، لم يَجْز شرطُ الخيار.

وفي خيارِ المجلسِ وجهان: أحدهما: لا يثبت؛ لما تقدَّم. والثاني: يثبت؛ لأنه يسيرٌ.

قال ابنُ منصورٍ: قلتُ للإمامِ أحمد: الرَّجلُ يستأجرُ البيتَ، إذا شاءَ أخرجه، وإذا شاءَ خَرَجَ؟ قال: قد وجبَ بينهما إلى أجله، إلى أن يهدمَ البيتَ - أو يموتَ البعيرُ - فلا ينتفعُ المستأجرُ بما استأجرَ، فيكونُ عليه بحسابِ ما سَكَنَ.

(١) في (م): «مدة».

(٢) بعدها في (م) بين حاصرتين: «إحداهما: يثبت، وهو المذهب».

(٣) في المطبوع: «معاونة».

(٤) ٣/٣٩٥.

قال القاضي: ظاهرُ هذا أنَّ الشرطَ الفاسدَ لا يُبطلُ الإجارةَ.

النكت

قال الشيخُ تقيُّ الدين: هذا اشتراطٌ للخيار، لكنَّه اشتراطٌ له في جميعِ المدَّةِ مع الإذنِ في الانتفاعِ.

وقال القاضي في «التعليق» ضمنَ مسألةِ الإجارة: احتجَّ المخالفُ بأنَّ بعضَه تلفٌ إلى مُضَيِّ ثلاثةِ أيامٍ، فلا يُمكنُ ردهُ سليماً. فقال القاضي: يتتقَّضُ بخيارِ العيبِ. فقال المخالفُ: إذا ردَّ المنفعةَ بالعيبِ، ضمَّنَ منفعةَ ما مضى من المدَّةِ، وليس كذلك خيارُ الشرطِ، فإنَّه لا يضمنُ شيئاً. قال القاضي: فكان يجبُ أن يجعلَ له، والضمانُ لقيمةِ المنفعةِ لما مضى.

قال الشيخُ تقيُّ الدين: حيث جازَ للمستأجرُ الانتفاعُ، فينبغي أن يكونَ ضمانُ المنفعةِ عليه. وحيث لم يجز، لم يضمنها مع الردِّ، لكنَّ إذا مضى العقدُ، يكونُ عليه جميعُ الأجرةِ، أو تُقسَّمُ على ما بعد مدَّةِ الخيارِ، وهنا يتوجَّهُ أن يكونَ للمستأجرِ الانتفاعُ وإن كان الخيارُ لهما أو للبايعِ، إذ لا ضررَ عليه فيه، بخلافِ البيعِ، ولئلا تتعطلَّ المنفعةُ. ولو قيلَ أيضاً في المبيعِ: إنَّ المشتريَ يستوفي منفعتَه، ولا يتصرَّفُ في عينه، لتوجَّهُ أيضاً. وأظنُّه مكتوباً في موضعٍ آخر. انتهى كلامُه.

قوله: (ولا يُثبتان في باقي العقود).

وذكر القاضي: أنَّ العبدَ المكاتبَ والموهوبَ، لهما الخيارُ على التأييدِ، بخلافِ سيِّدِ المكاتبِ والواهبِ.

قال الشيخُ تقيُّ الدين: وهذا فيه نظرٌ. وقال ابنُ عقيلٍ: لا خيارَ للسيدِ؛ لأنَّه دخل على أنَّه باعَ مالهَ بماله^(٢). وأمَّا العبدُ، فله الخيارُ أبداً مع القدرةِ على الوفاءِ والعجزِ، فإذا امتنعَ، كان الخيارُ للسيدِ. هذا ظاهرُ كلامِ الخرقِيِّ.

(١) بعدها في (م) بين حاصرتين: «إحداهما لم يبطل خياره، وهو المذهب».

(٢) في المطبوع: «بألته».

إلّا خيارَ المجلس في المساقاةَ والمزارعة، والحوالة، والسبّوق، والشفعة إذا أخذ بها، فإنّه على وجهين^(١).....

وقال أبو بكر: إن كان قادراً على الوفاء، فلا خيار له، وإن عجز عنه، فله الخيار.

قال ابن عقيل: والواهب بالخيار؛ إن شاء أقبض^(٢)، وإن شاء منع.

وظاهر كلامه في «المحرر»: أن القسمة إذا دخلها رد، ففيها الخياران؛ لأنها بيع، وإلّا فلا.

وقطع القاضي في «الخلافة» وغيره بثبوت الخيارين مطلقاً. وقطع به في «الرعاية» قال:

لأن وضعها للارتياح والتّظير، وهذا يُحتاج إليه هنا.

وقال ابن عقيل: إن كان فيها رد، فهي كالبيع، يدخلها الخياران. وإن لم يكن فيها رد،

وتعدلت السهام، ووقعت القرعة، فلا خيار؛ لأنه حكم. وإن كان القاسم المشتركين، فلا

يدخلها خيار المجلس أيضاً؛ لأنها إفراز حق، وليست بيعاً. انتهى كلامه. وذكر ابن

الزّاغوني كما ذكر القاضي.

وقال الأزجني في «نهايته»: القسمة: إفراز حق، على الصحيح، فلا يدخلها خيار

المجلس، وإن كان فيها رد، احتمل أن يدخلها خيار المجلس.

قوله: (إلّا خيارَ المجلس في المساقاة، والمزارعة، والحوالة، والسبّوق، والشفعة، إذا

أخذ بها، فإنّه على وجهين).

الوجهان في المساقاة والمزارعة والسبّوق، قيل: هما بناء على الخلاف في جواز ذلك

ولزومه، وقيل: هما على لزومه. والحوالة والشفعة لا خيار فيهما في وجه، لأنّ من لا رضا

له، لا خيار له. وإذا لم يثبت في أحد طرفيه، لا يثبت في الآخر، كسائر العقود.

والوجه الثاني: يثبت الخيار للمحيل والشفيع؛ لأنّ العوض مقصود، فأشبهه سائر عقود

المعاوضة.

(١) بعدها في (م): «أحدهما: لا يثبت فيما ذكر، وهو المذهب».

(٢) في المطبوع: «قبض».

وقال الشيخ تقي الدين: خيارُ الشرط في هذه الأشياء أقوى من خيارِ المجلس، بدليل أن النكاحَ والصداقَ والضمانَ، لنا فيها خلافٌ في خيارِ الشرط، دون خيارِ المجلس، ولأن خيارَ المجلس ثابتٌ بالشرع، فلا يُمكن أن يُلحقَ بالمنصوصِ ما ليس في معناه، بخلاف خيارِ الشرط، فإنه تابعٌ^(١) لرضاهما. والأصلُ عندنا: أن الشرطَ يتبع رضا المتشارطين، والأصلُ صحتها في العقود، وإنما يناسبُ البطلانَ من يقول: إن خيارَ الشرط ثابتٌ على خلافِ القياس، وليس ذلك قولنا.

وقولهم: ينافي مقتضى العقد. إنما ينافي مقتضى العقد المطلق، وكذلك جميعُ الشروط. وقد أبطل الإمامُ أحمدُ حجةَ من استدلَّ بنهيه عن بيعٍ وشرطٍ^(٢)، ولأن خيارَ الشرط يجوزُ بغير توقيت، ولو كان منافياً، لتقدر بقدر الضرورة، أو تقدر بالشرع، كما ادَّعاه غيرنا. ولا يجوزُ في عقود العبادات من الإحرام والاعتكاف ما يخالف مقتضى العقد المطلق في المعاملات.

وعلى هذا، فلو اشترط في العقود اللازمة الجوازَ على وجه لا يمنع التصرف في المعقود عليه، مثل أن يشترط في الرهن: أنني متى شئت فسخته. أو في الكتابة: إذا شئت فسختها. أو في الإجارة، فهذا اشتراط خيار مؤبد، وهو أبعدُ عن الجواز. وللجواز وجهٌ، كما لو اشترط في العقود الجائزة من المضاربة ونحوها، اللزوم.

والضابط: أن حقيقة الخيار هو القدرة على فسخ العقد، فتارة يُشترط ثبوته فيما ليس فيه مؤقتاً أو مطلقاً، وتارة يُشترط نفيه فيما ليس فيه مؤقتاً أو مطلقاً، إلا أن اشتراط نفيه مطلقاً باطل قطعاً، مثل أن يشترط: أنني مضاربك على أنه لا خيار لي في الفسخ. فهذا باطل؛ لِمَا فيه من الفساد.

(١) جاء في هامش الأصل: «ساع».

(٢) قطعة من حديث طويل أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٤٣٥٨)، والحاكم في «معرفة علوم الحديث» ص ١٢٨، وابن عبد البر في «التمهيد» ٢٢/١٨٥ عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

وخيارُ الشَّرطِ، والشُّفَعَةِ، وحُدُّ القَدْفِ، لا يُورَثُ إِلَّا بمطالبة من الميِّتِ، نصَّر عليه. ويتخرَّجُ أنَّها تُورَثُ.

قوله: (وخيارُ الشَّرطِ... إلى آخره).

لأنَّه حقٌّ فسخٌ لا يجوزُ الاعتياضُ عنه، فلم يورث، كخيار رجوع الوالد فيما وَهَبَ لولده.

وقال القاضي في «الْخِلافِ»: وهذه الطَّرِيقَةُ أجودُ الطَّرِيقِ، والاعتمادُ عليها. انتهى كلامُهُ.

وفيها نظرٌ؛ لأنَّ ذلك لمعنى في الأبِ يختصُّ به، ولهذا لا يجوزُ لواهبٍ حيٍّ سِوَاهِ الرجوعُ، فلماذا لم يورث الرجوعُ فيها.

وقولُ الأصحابِ: إنَّ هذا ينتقضُ بما لو وَهَبَ الجدُّ ابنَ ابْنِهِ شيئاً، ثم مات، لا يجوزُ لابنه الرجوعُ. فيه نظرٌ؛ لأنَّ الجدَّ لا رجوعٌ له ليرثه عنه ابْنُهُ، وأنَّه ليس بواهبٍ، فلا وجعٌ لرجوعه.

والتَّخْرِيجُ بالإرثِ ذَكَرَهُ أبو الخَطَّابِ وجماعةٌ، وصرَّحوا بأنَّه من مسألة مَنْ ماتَ وعليه دينٌ مؤجَّلٌ، هل يَجَلُّ بموته؟ وفيه خلافاً مشهورٌ عن الإمامِ أحمدَ. والمنصورُ في كُتُبِ الخِلافِ أنَّه لا يَجَلُّ، ومذهبُ الأئمَّةِ الثلاثةِ أنَّه يَجَلُّ.

وذكر غيرُ واحدٍ - كابن الجوزيِّ - هذا التَّخْرِيجَ وجهاً في مذهبِ مالكٍ والشافعيِّ، أنَّ الخيارَ يُورثُ. ووافقنا أبو حنيفةً. وقد جعلَ الأصحابُ مسألةَ الأصلِ حَجَّةً في مسألةِ الخيارِ، فقالوا: مدَّةٌ ملحقةٌ بالعقد، فلم تُورث، كالأجل. وهذا لا يخلو من نظر.

وقد قال الخرقِيُّ: يورث خيارُ الوصيَّةِ، وهو ما إذا ماتَ الموصى له قبلَ الرَّدِّ والقَبُولِ بعد موتِ الموصي.

قال القاضي: ولم يتحصّل لي الفرقُ بينهما وبينَ خيارِ الشرط.

قال ابن عقيل: ويجوزُ أن يكونَ الفرقُ - على ما وقع لي - أن الوصيةَ فيها معنى المال، فهي كخيار العيبِ والصفَةِ، وخيارِ الشرطِ ليس فيه معنى المال، وأن الوصيةَ لما كان لزومها يقفُ على الموت، لم تبطلُ بالموت، وخيارُ الشرطِ بخلافه.

وتخصيصُ صاحبِ «المحرّر» مسألةَ خيارِ الشرطِ بالذكر، وكذا غيره من الأصحاب، يدلُّ على أن خيارَ المجلسِ ليس كذلك، تخصيصاً لإثوته بمن ثبت له في المجلس.

وقال الشيخُ موفقُ الدين^(١): وإن مات في خيارِ المجلس، بطلَ خيارُه، وفي خيارِ صاحبه وجهان، أحدهما: يبطلُ؛ لأنَّ الموتَ أعظمُ من الفرقة. والثاني: لا يبطلُ؛ لأنَّ فرقة الأبدانِ لم توجد.

وقطعَ في «الرعاية» بأنَّ حكمَ خيارِ المجلسِ حكمُ خيارِ الشرطِ، في الإرثِ وعديمه، لأنَّ الفرقةَ المعتريةَ لم توجد، ولهذا لم يبطلُ خيارُ الآخرِ في أحدِ الوجهين، ولأنَّ الخيارَ قد ثبتَ لغيرِ مَنْ هو في المجلسِ، كما لو طرأ جنونٌ أو نحوُه، فإنَّ الوليَّ يقومُ مقامه، كذا في مسألتنا، لكن في مسألةِ الأصلِ لم يزل الملكُ.

ونصَّ الإمامُ أحمدُ في رواية الأثرمِ على أنَّ خيارَ المجلسِ لا يورث، ولم يفرّق بين الطلبِ وغيره، ولعلَّ مراده إذا لم يطلب، كقوله في خيارِ الشرطِ، فإنه قال في الثلاثة المذكورة في غيرِ موضعٍ: إنها لا تورث، فإذا كان قد طلب، فللورثة أن يطلبوا في الحدِّ والشُّفعة والخيار.

وجعلَ في «الرعاية» خيارَ العيبِ والتحالفِ كخيارِ الشرطِ. وفيه نظرٌ. هو خلافُ المعروفِ من مذهبنا ومذاهبِ العلماءِ.

(١) «الكافي» ٣/ ٢٧٧.

ومن علق عتق عبده ببيعه، فباعه، عتق وانفسخ البيع، نص عليه وقيل: لا يعتق، إلا إذا قلنا: لم ينتقل الملك مع الخيار. وقيل: يعتق، إلا إذا نفيًا الخيار في العقد وصححنا نفيه، فإنه لا يعتق.

قوله: (ومن علق عتق عبده ببيعه، فباعه، عتق وانفسخ... نص عليه. وقيل: لا يعتق، إلا إذا قلنا: لم ينتقل الملك مع الخيار. وقيل: يعتق، إلا إذا نفيًا الخيار في العقد وصححنا نفيه).

هذا القول والذي قبله قطع بكل واحد منهما ابن عقيل في موضعين من هذا الباب، وعللها بالملك وعدمه. فهو كما لو قال لمدخول بها: أنت طالق، ثم طالق إن دخلت الدار. فدخلت، وقمت طلقاً بعد أخرى، بخلاف غير المدخول بها؛ لأنه لم تبق له عليها رجعة. فقد عرف أن القول عليهما واحدة، وإن كان البناء مختلفاً.

ولو قال: وقيل: يعتق في موضع يحكم له بالملك فقط، حصل المقصود. وقد ذكر ابن عقيل في «الفصول» في غير هذا الباب المنصوص، فذكر قول الإمام أحمد في رواية البائع، قيل له: كيف يعتق وقد زال ملكه؟ فقال: كما يملك الوصية بعد الموت.

قال ابن عقيل: وهذا صحيح؛ لأن الوصية تستند أن يلفظ بها في حال ملكه. وذكر الشيخ تقي الدين: أن الإمام أحمد نص على هذا في رواية الأثرم ومثنى^(١). وقد ذكر القاضي قول الإمام أحمد في رجلين قال أحدهما: إن بعثت منك غلامي، فهو حر. وقال الآخر: إن اشتريته، فهو حر. فباعه منه، عتق من مال البائع. فقيل له: كيف؟ وإنما وجب العتق بعد البيع؟ فقال: لو وصى لرجل بمئة درهم ومات، يُعطاهما، وإن كانت وجبت بعد الموت ولا ملك له، فهذا مثله.

(١) هو: المثنى بن جامع، أبو الحسن الأنباري. كان ورعاً جليل القدر، وكان أحمد يعرف قدره وحفه، ونقل عنه مسائل حسناً. «طبقات الحنابلة» ٣٣٦/١، «المنهج الأحمد» ١٥٨/٢.

قال القاضي: فقد صرح أن العتق يقع بعد زوال ملكه. وشبهه بالوصية. وقد نص على أن العتق المباشر لا يقع، لأن العتق المعلق قد وجد أحد طرفيه في ملك.

وقد ذكر بعضهم في مسألة الأثرم هذه التي نقلها القاضي رواية أنه يعتق على المشتري. ولم يذكر على هذه الرواية القول بصحة تعليق العتق بالملك، وفيه روايتان مشهورتان. فإن قلنا: لا يصح، عتق على البائع. وإن قلنا: يصح، فهل يعتق على البائع أو على المشتري؟ فيه روايتان.

ووجه المنصوص الذي قدمه في «المحرر» ما ذكره غير واحد من أن زمن انتقال الملك زمن للحرية؛ لأن البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية، فيجب تغليب الحرية، كما لو قال لبعده: إن ميت، فأنت حر.

واحتج بعضهم - وذكره في «المغني»^(١) - بأنه علق حرته على فعله للبيع، والصادر منه في البيع، إنما هو الإيجاب، فمتى قال للمشتري: بعثك. فقد وجد شرط الحرية، فيعتق قبل قبول المشتري. وكذا صرح به في «المستوعب» في كتاب العتق: أنه متى أوجب البيع، عتق. وصرح ابن عقيل والشيخ موفق الدين في الأيمان: أنه لا يعتق بمجرد الإيجاب، بل بالقبول، وكذا ذكره القاضي. وقد ذكروا فيما إذا حلف لا يبيع: أنه لا يحنت بمجرد الإيجاب.

وقال الشيخ موفق الدين: لا نعلم فيه خلافاً. وهذا هو الصواب، قال الشيخ: وعلمه القاضي بأن الخيار ثابت في كل بيع، فلا ينقطع تصرفه فيه. فعلى هذا، لو تخايراً، ثم باعه، لم يعتق. ولا يصح هذا التعليل على مذهبنا، لأننا قد ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار، لم ينفذ إعتاقه. انتهى كلامه.

(١) ٢٧/٦.

ولم أجد أحداً صرّح بانفساخ البيع قبل صاحب «المحرر». وهو حسن؛ لأنه عقداً صحيحاً امتنع استمراره ودوامه.

وقال الشيخ تقي الدين: قول الجدل: «انفسخ البيع» فيه نظر، أو تجوز؛ فإن كلام الإمام أحمد في هذه المسألة يدل على أن هذا عنده مثل الوصية والتدبير، وأنه كما جاز له أن يملك ويعتق بعد انعقاد السبب المخرج لملكه، وهو الموت، فكذلك له أن يعتق بعد انعقاد السبب المخرج لملكه، وهو البيع، وهناك لا نقول: إن المدبر ملكه الورثة ثم عتق، بل نقول: التدبير منع الموت أن يوجب ملك الورثة، وكذلك هنا التعليق المتقدم منع البيع أن ينقل الملك إلى المشتري، وكأن البيع هنا له موجبان: عتق، وملك، فقدم العتق؛ لانعقاد سببه قبل البيع، وعلمنا بقوله: «إذا بعثك» أي: إذا عقدت عليك عقداً بيع من شأنه أن ينقل الملك لولا هذا التعليق، فانت حرّ.

وإن قلنا: إن الملك انتقل إلى المشتري، لم يخرج عن ملكه، لكن يقال: الانفساخ إنما يستدعي انعقاداً، سواء اقتضى انعقاد الملك أو لم يقتضيه، ولا نقول: إن البيع هنا نقل الملك؛ لأنه لو نقله وعتق العبد، خرج عن أن يكون ناقلاً، ولزم الدور، فكان لا يصح بيعه ولا عتقه؛ لأنه إذا كان التقدير: إذا بعثك يبعاً ينتقل به الملك، فانت حرّ. فإذا انتقل الملك، عتق، وإذا عتق، لم يكن البيع ناقلاً للملك، إلا أن يقال: إن الملك زال بعد ثبوته، وهذا غير جائز.

وعلى هذا، فلو قال: إذا ملكك، فانت حرّ. عتق بالبيع ونحوه، ولو قال: إذا خرجت عن ملكي، فانت حرّ. أو إذا صرت ملكاً لغيري، فانت حرّ. فهنا ينبغي ألا يعتق؛ لأنه أوقع العتق في حال عدم ملكه، وفي الأولى أوقعه عقب سبب زوال ملكه، إلا أن يقال: يقع هنا، ويكون قوله: خرجت عن ملكي، أي: انعقد سبب حرثك، أو يقول في الجميع: خرج عن ملكه، ثم خرج عن ملك ذلك المالك، ويكون التعليق المتقدم منع الملك من الدوام، كما منع سبب الملك من الملك.

وعلى قياس هذه المسألة متى علّق الطلاق، أو العتاق، بسبب يُزيل ملكه عن العبد، أو الزوجة، وقع الطلاق والعتاق، ولم يترتب على ذلك السبب حكمه.

مثل أن يقال: إذا وهبتك. أو يقول: إذا أصدقكك. أو: صالحك بك عن قصاصي.

وكذلك لو علّقه بسبب يمنعه التصرف، مثل أن يقول: إذا رهنتك، إن قلنا: لا يجوز عتق الراهن، بخلاف ما لو قال: إذا أجزتك؛ فإن الإجارة لا تمنع صحة العتق.

وأما في الطلاق، فلو قال: إن خلعتك فأنت طالق ثلاثاً. فإنه على قياس هذا، يقع بها الثلاث، ولا يُوجب الخلع حكمه؛ لأنها عقب الخلع، إن أوقعنا الثلاث، لم يقع بينونة، وإن أوقعنا بينونة، لم تقع الثلاث.

لكن قد يُقال: إن الخلع لا يقبل الفسخ، ولا يصح وجوده منفكاً عن حكمه. ولو قال: إن خلعتك، فأنت طالق. فهنا الخلع يصح؛ لأن التعليق المتقدم لا يمنع نفوذ حكمه، لكن في وقوع الطلاق هنا تردّد، فإنه يقع مع بينونة. وهذا مبني على أصليين:

أحدهما: هو أن شرط الحكم إذا زال قبل حصول سببه، لم يثبت الحكم، وإن زال بعد ثبوت الحكم، لم يقدح فيه. مثال الأول: إذا قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق. فدخلت بعد بينونة. ومثال الثاني: أن تبين بعد الدخول. وإن زال مع السبب، أو عقب السبب، فالمشهور عند أصحابنا أن الحكم لا يثبت، كما لو قال: أنت طالق مع موتي. أو: عقب موتي. وكما لو قال لزوجته الأمة: إذا ملكتك، فأنت طالق. فشرط الطلاق يزول عقب السبب، قالوا: لا تطلق.

الثاني: أن السبب إذا كان من فعله، أمكنه أن يبطل حكمه، مثل أن يقول: إذا بعثك، فأنت حر، أو: إذا خلعتك، فأنت طالق ثلاثاً.

أما إذا كان السبب من فعل غيره، أو كان يرتب عليه حكماً شرعياً، مثل انفساخ النكاح عقب الملك، فهنا ليس مثل الأول. انتهى كلامه.

ولا يحلُّ لأحدٍ أن يَبْدَلَ^(١) للمشتري في مدَّة الخيار مثلَ السَّلعة بدون الثَّمَنِ لِيَفْسَخَ ويشترِيَ منه، وهو يَبِيعُهُ على بيعِ أخيه، ولا أن يزيدَ عليه لِيَفْسَخَ البائعُ وَيَعْقِدَ معه، وهو شِراؤه على شرائه.

ولو قال: إن أكلتُ لك ثمنًا، فانت حرٌّ. فباعه بمكيل، أو موزون، أو غيرهما، أو بنقيد، لم يَعتق، قاله في «الرُّعاية».

وقال الشَّيخ تقيُّ الدين: قياسُ المذهبِ أن يكونَ الأكلُ عبارةً عن الاستحقاق^(٢)، فيكونُ كقوله: إن بعثتكَ. أو يكونُ عبارةً عن الأخذِ، فلو أبرأ من الثَّمَنِ، لم يَعتق، وإن قبضه، عتق، ولا يضرُّ تأخُّرُ الصِّفَةِ عن المبيعِ. قوله: (ولا يحلُّ لأحدٍ... إلى آخره).

وكذا عبارة غير واحد، وعبارة بعضهم: بشراء المسلم على المسلم، وبيع المسلم على المسلم. والمنقول عن إمامنا المعروف في مذهبه: أنه لا يحرمُ على مسلم أن يخطبَ على خطبة كافرٍ، وهو يؤيد العبارة الثانية، وهو ظاهرُ الأحاديثِ في ذلك^(٣).

قوله: (مثلُ السَّلعة بدون الثَّمَنِ) أو به، أو أجودَ من السَّلعة، أو أكثرَ. قطعَ به غيرُ واحدٍ، وهو صحيحٌ. وعلى هذا، لو بَدَلَ للمشتري أجنبيًّا من المبيعِ سلعةً بأكثرَ من ثمنِ التي اشتراها، كمن اشترى سلعةً بعشرة، فبذلَ له في زمن الخيارِ سلعةً بخمسة عشر، جازَ ذلك. وذكر الأزرقيُّ في «النهاية» في جوازه احتمالين. وإن رضيَ البائعُ أن يبيعَ على بيعه، وأذنَ له في ذلك، فإطلاقُ كلامِ الأصحابِ يقتضي المنعَ، والتعليلُ يقتضي الجوازَ. وهو أولى؛ لأنَّ صورةَ الإذنِ مستثناةٌ في الصَّحيحين^(٤)، أو في أحدهما، من عمومِ النَّهي. وقال في «النهاية»: الصَّحيح من المذهبِ أنه لا يجوزُ.

(١) بعدها في (م) بين حاصرتين: «إحدهما: يثبت، وهو المذهب».

(٢) جاء في هامش الأصل ما نُصِّه: [الذي في «شرح المحرر» للشَّيخ تقي الدين: عبارة عن الاستحباب].

(٣) منها حديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً: «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له» أخرجه البخاري (٥١٤٢)، ومسلم (١٤١٢)، وأحمد (٤٧٢٢).

(٤) أي: في الحديث السابق الذكر.

النكت

قوله: (فإن فعلاً ذلك، فهل يصح البيع الثاني؟ على وجهين).

وقال ابن الجوزي: فالبيع باطلٌ في ظاهر المذهب. وقدمه الشيخ موقّق الدين^(٢) وغيره؛ لظاهر النهي. وحكاه في «المستوعب» عن أبي بكر. وحكي عن القاضي وأبي الخطاب أنه يصح؛ لأن المحرم سابق على عقد البيع، ولأن الفسخ الذي حصل به الضرر صحيح، فالبيع المحصل للمصلحة أولى، ولأن النهي لحق آدمي، فأشبهه ببيع النجس. وقطع بالخلاف في «الهداية» و«الخلاصة».

وقال في «الرعاية»: وفي صحّة العقد الثاني روايتان، أشهرهما بطلانه.

قال الشيخ تقي الدين: وهذا القول يعم ما إذا كان أحد المتبايعين وكيلًا، أو وليًا ليتيم، أو غيره، ويكون بيع المزايدة جائزاً في الوقت الذي يجوز فيه الاستيلاء؛ لأن الرجل لزائد سائم دون ما بعد ذلك. وهذا هو التوفيق بين حديث المزايدة^(٣) وحديث النهي عن لسوم^(٤). ويكون ثبوت الخيار لا يبيح الفسخ في هذه الصورة؛ لما فيه من الضرر، كما أنه لا يجوز التفريق خشية أن يستقيله، على الروايتين عنه، وإن كان يملك التفريق لا^(٥) بهذه النية. ولو قيل: إنه في بيع المزايدة ليس لأحدهما أن يفسخ؛ لما فيه من الضرر بالآخر، كان متوجّهاً؛ لأنه لو لم يقبل، أمكنه أن يبيع الذي قبله، فإذا قيل ثم فسخ، كان قد غرّ

(١) في (م): «بيدي».

(٢) «الكافي» ٣/٣٨.

(٣) أخرج أبو داود (١٦٤١)، والترمذي (١٢١٨)، والنسائي ٧/٢٥٩، وابن ماجه (٢١٩٨) عن أنس أن رجلاً من الانصار أتى النبي ﷺ يسأله، فقال: «أما في بيتك شيء؟» قال: بلى، جلس نلبس بعضه ونبسط بعضه، وقبّ نشرب فيه من الماء. قال: «أنتني بهما» قال: فأناه بهما، فأخذهما رسول الله ﷺ وقال: «من يشتري هذين؟» قال: أنا أخذهما بدرهم، قال: «من يزيد على درهم؟... الحديث. وحسنه الترمذي.

(٤) مسلم (١٤١٣)، وأحمد (١٩٣٣٤) من حديث أبي هريرة ؓ، وسلف حديث ابن عمر رضي الله عنهما قريباً.

(٥) في المطبوع: «إلا».

البائع، بل يتوجّه كقول مالك: إنّه في بيع المزايدة إذا زاد أحدهما شيئاً، لزمه، وإن كان المستام المطلق لا يلزمه، فإنّه بزيادته فوّت عليه الطالب الأوّل، ألا ترى أنّه في النجش إذا زاد، قد غرّ المشتري؟ فكذاك هنا، إذا زاد فقد غرّ البائع. والفرق بين المساومة التي كانت غالباً على عهد رسول الله ﷺ وبيع المزايدة ظاهرًا، وإخراج الصور القليلة من العموم لمعارض، أمرٌ مستمرٌّ في الأدلة الشرعية، وقد نهى النبي ﷺ عن أنواع من العقود؛ لما فيها من الضرر بالغير، فعلى قياسه، يُنهى عن الفسوخ التي فيها إضرارٌ بالغير. انتهى كلامه.

ويحرم سومه على سوام أخيه، وقيل: يُكره. وهذا فيما إذا وجد من البائع تصريح بالرضا، فإن ظهر ما يدلُّ على عدم الرضا، لم يحرم، وكذا إن لم يوجد ما يدلُّ على الرضا ولا عديمه. قطع به الشيخ وغيره. وقيل: يحرم، وإن ظهر ما يدلُّ على الرضا من غير تصريح، لم يحرم. قطع به في «المستوعب» وهو قول القاضي، وإليه ميل الشيخ. قال: والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضوع الذي حكّمنا بالتحرير فيه. وقطع في «الرعاية» بالصحة. والقول بالصحة أشبه بالمذهب، كصحة العقد مع تحريم الخطبة في الأصح.

وقال الشيخ تقي الدين: وأما استيائه على سوام أخيه، فكخطبته على خطبة أخيه، يُفرّق فيه بين الركون وعديمه؛ ولهذا جاز بيع المزايدة؛ لأنّ البائع طلب المزايدة، فلم يركن، بل ردًّا^(١)، ولو لم يُجب بردٌ ولا قبول، ففيه وجهان، لكن بيع المزايدة ظاهرٌ فيما إذا كانت السلعة أو المنفعة بيد^(٢) البائع أو المؤجر. فأما المستأجر لحانوت وفي رأس الحول إن يزد عليه أحدٌ، وإلا أجره المالك^(٣)؛ فهذا ليس مثل بيع المزايدة؛ فإنّ المالك لم يطلب ولم

(١) في (م): «ردّه».

(٢) في (م): «بين».

(٣) جاء في هامش الأصل ما نصه: [الذي في «شرح المحرر»: «إلا أقره المالك»].

باب ما يجوز بيعه، وما يشترط لصحته

كل ما أبيع نفعه واقتناؤه مطلقاً، فبيعه جائز، كالعقار، والمتاع، والبغل والحمير ونحوها، فأما الحشرات وآلات اللهب والكلب والسرجين النجس، فلا يجوز بيعها، وهل يجوز بيع الهرّ والفيل والفهد والصقر والبازي؟ على روايتين^(١)

يزيد، وإنما تُشبه مسألة الوجهين. وقال: استنجاره على استنجار أخيه، واقتراضه على اقتراض أخيه، وأتباعه على أتباع أخيه، مثل شرائه على شراء أخيه، وكذا اقتراضه في الدبوان، وطلبه العمل في الولايات، ونحو ذلك.

قوله في الكلب: «لا يجوز بيعه».

ظاهره مطلقاً، وهو صحيح. وقد نص الإمام أحمد على التسوية بين كلب الصيد وغيره في رواية جماعة، منهم الميموني، وأبو طالب، وحرث، والأثرم، ولم تصح زيادة استثناء كلب الصيد من عموم النهي. وكذا ضعف هذه الرواية جماعة كالدارقطني والبيهقي^(٢)، مع أنّ لها طرفاً.

(١) بعدها في (م): «إحداهما: يجوز بيعه، وهو المذهب».

(٢) الدارقطني (٣٠٦٥) وما بعده، والبيهقي ٦/٦-٧ عن جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب صيد». وهو عند النسائي ٧/١٩٠-١٩١.

وفي الباب من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وهو عند الترمذي (١٢٨١).

قال الترمذي: هذا حديث لا يصح من هذا الوجه، وأبو المهزم اسمه يزيد بن سفيان، وتكلم فيه شعبة ابن الحجاج وضعفه، وقد روي عن جابر عن النبي نحو هذا، ولا يصح إسناده.

وقال النسائي: وحديث حجاج عن حماد بن سلمة ليس هو بصحيح.

وقال البيهقي: والأحاديث الصحاح في النهي عن ثمن الكلب خالية عن هذا الاستثناء، وإنما الاستثناء في الأحاديث الصحاح في النهي عن الاقتناء، ولعله شبه على من ذكر في حديث النهي عن ثمنه من هؤلاء الرواة الذين هم دون الصحابة التابعين، والله أعلم.

وينظر «نصب الراية» ٤/٥٢-٥٤، و«التلخيص الحبير» ٣/٣-٤.

ولا يجوزُ بيعُ الدهنِ النَّجِسِ، ولا يطهرُ بالغسلِ. وفي الاستصباحِ به، روايتان^(١).

وقال أبو الخطاب: يطهرُ بالغسلِ. فعلى قوله، يجوزُ بيعُه.

ويجوزُ بيعُ دودِ القُرْ، وفي بزيره، وجهان^(٢).

ولا يجوزُ بيعُ لبنِ الآدميةِ. وقيل: يجوزُ. وقيل: يجوزُ من الأمةِ، دونَ الحرّةِ.

ولا يجوزُ بيعُ العبدِ المنذورِ عتقه.

ويجوزُ بيعُ المرتدِّ والجاني. نصَّ عليه. وفي المتحتّمِ^(٣) قتله لمحاربة^(٤).

وجهان^(٥).

ويكرهُ بيعُ المصحفِ تنزيهاً. وعنه: يحرمُ^(٥)، وكذلك إجارتُه.

فإن أهدى رجلٌ لرجلٍ كلباً فأثابه منه، فلا بأسَ به، ذكره الخلالُ.

قال حنبل: قال عمي: ثمنُ الكلبِ حرّمه رسولُ الله ﷺ، وسؤره نجسٌ^(٦) يُغسلُ منه

الإناء، قيل له في رجلٍ أهدى إلى رجلٍ كلباً يصطادُ، ترى له أن يثيبَ عليه؟ قال: هذا

خلافُ الثمنِ، هذا عوضٌ من شيءٍ، فأما الثمنُ فلا أراه، لا^(٧) يباعُ الكلبُ، ولا يشتري،

ولا يؤكلُ ثمنُه، وإنما أحلَّ صيده. ويصحُّ على^(٧) قول أكثر العلماء.

قوله: (وكذا إجارتُه).

(١) بعدها في (م): «إحدهما: يجوزُ الاستصباحِ به في غير المسجد».

(٢) بعدها في (م): «أحدهما: يجوزُ بيعه، وهو المذهب».

(٣-٣) في (م): «قبله المحاربة».

(٤) بعدها في (م): «أحدهما: يصحُّ بيعه، وهو المذهب».

(٥) جاء في هامش (د): «تحريماً».

(٦) جاء في هامش الأصل ما نصه: [الذي «في شرح المحرر»: رجس].

(٧) ليست في الأصل.

ويجوزُ شراؤه وإبداله. وعنه: يكره.

ولا يصحُّ بيعُ ما يعجزُ عن تسليمه، كالنحلِّ في الهواء، والسملك في الماء^(١)،
والعين المغصوبة إلا من غاصبها، أو قادرٍ على تخليصها، فإن عجزَ عن التخليص،
فله الفسخ.

تخصيصُ البيعِ والإجارةِ يدلُّ على إباحةٍ غيرهما. وهو صحيحٌ، إلا في رهنِ
المصحفِ، فإنه كبيعهِ، وقد ذكره في موضعه.

قال غيرُ واحدٍ، كالقاضي أبي الحسين: تصحُّ هبُّه ووقفه، روايةً واحدةً؛ لأنه ليس من
هذه الأشياءِ ما يعودُ بنقصه، وكذا ذكرَ القاضي أبو يعلى.

قوله: (ويجوزُ شراؤه وإبداله. وعنه: يكره).

ذكره أكثرهم، وقد عللَ الشيخُ موفقُ الدين^(٢) روايةَ كراهةِ شراؤه: بأنَّ المقصودَ منه
كلامُ الله، فيجبُ صيانته عن الابتدالِ، وفي جوازِ شراؤه: التَّسبُّبُ إلى ذلك والمعونةُ عليه.

وذكرَ القاضي أبو الحسينِ في جوازِ شراءِ المصحفِ وإبداله روايتين. إحداهما:
الجوازُ. والثانيةُ: لا يجوزُ.

وكذا ذكرَ القاضي أبو يعلى، قال: إذا قلنا: يصحُّ بيعُهُ، فأولى أن يجوزَ شراؤه. وإن
قلنا: لا يجوزُ بيعُهُ، فهل يجوزُ شراؤه؟ على روايتين. إحداهما: لا يجوزُ أيضاً. نصَّ عليه
في روايةِ حنبلٍ وحربٍ. فقال في روايةِ حنبلٍ: أكرهه بيعَ المصحفِ وشراءها، فإذا أرادَ
الرجلُ مصحفاً، استكتبَ وأعطى الأجرةَ.

وقال في روايةِ حربٍ - وقد سُئِلَ عن بيعِ المصحفِ وشراؤها - قال: لا، وكرهه.
والثانيةُ: يجوزُ.

(١) جاء في هامش الأصل ما نصه: [من «الهداية»: والعبد الآبق، والجمل الشارد].

(٢) في «المغني» ٦/٣٦٧-٣٦٨.

قال في رواية المرؤذي: لا بأس بشراء المصحف، ويكره بيعه.

وقال في رواية الأثرم وإبراهيم بن الحارث^(١): الشراء أسهل، ولم نَرَّ به بأساً.

وقال في رواية ابن منصور في بيع المصاحف: لا أعلم فيه رخصة، والشراء أهون.

وقال في رواية أبي الحارث^(٢): يبيح المصاحف لا يعجبي، وشراؤها أسهل.

وروى ابن أبي داود^(٣) بإسناده، عن عبادة بن نسي: أن عمر كان يقول لا تبيحوا

المصاحف ولا تشتروها^(٤).

وإسناده عن ابن مسعود: كره بيعها وشراءها^(٥). وعن أبي هريرة وعن جابر: أنه^(٦) كره

بيعها وشراءها^(٧). وإسناده عن ابن عباس وجابر: ابتعها ولا تبغها^(٨).

وروى الأثرم بإسناده، عن عطاء، عن ابن عباس: اشتر المصحف ولا تبغه^(٩).

ثم ذكر القاضي روايتين في جواز استبداله بمثله.

(١) هو: إبراهيم بن محمد بن الحارث الأصبهاني، نقل عن الإمام أحمد. «طبقات الحنابلة» ٩٦/١، «المنهج الأحمد» ٧١/٢.

(٢) هو: أحمد بن محمد أبو الحارث الصائغ، ذكره أبو بكر الخلال، فقال: كان أبو عبد الله يأنس به، وكان يقدمه ويكرمه. «طبقات الحنابلة» ٧٤/١، «المنهج الأحمد» ٦٠/٢.

(٣) هو: عبد الله بن سليمان بن الأشعث، أبو بكر بن أبي داود السجستاني، صاحب التصانيف، منها: «المصاحف»، و«البعث». (ت ٣١٦هـ). «طبقات الحنابلة» ٥١/٢-٥٥، «سير أعلام النبلاء» ٢٢١/١٣-٢٣٧.

(٤) «المصاحف» ٥٦٩/٢.

(٥) «المصاحف» ٥٧٠-٥٧١، وأخرجه أيضاً ابن أبي شيبه في «مصنفه» ٦٢/٦، والبيهقي في «الكبرى» ١٦/٦.

(٦) ليست في (م).

(٧) لم نقف عليه عن أبي هريرة، وهو عن جابر في «المصاحف» ٥٧٨/٢.

(٨) لم نقف عليه عنده.

(٩) وأخرجه ابن أبي شيبه في «مصنفه» ٦٣/٦، والبيهقي في «الكبرى» ١٦/٦ من طريق مجاهد، عن ابن عباس رضي الله عنهما.

وتخصيصة المصحف يدل على إباحة ذلك كله في كتب العلم، وقد قال الإمام أحمد في رواية أبي طالب - وسأله عن بيع كتب العلم - قال: لا يباع العلم، ولكن يدعه لولده ينتفع به، أو لغير ولده ينتفع به.

قال الشيخ تقي الدين - بعد أن ذكر الكلام في المصحف -: وكذلك في المعارضة على المنافع الدينية من العلم ونحوه، وكذلك الاستنجار هناك مثل الابتاع هنا، وإبدال منفعة دينية بمنفعة دينية كما هنا، إذ لا فرق بين الأعيان الدينية والمنافع.

ويتوجه في هذا وأمثاله: أنه يجوز للحاجة، كالرواية المذكورة في التعليم، فينبغي أن يفرق في الأعيان بين المحتاج وغيره، كما فرّق في المنافع.

وما لم يجز بيعه، فينبغي أن لا يجوز أن يوهب هبة يتغى بها الثواب؛ لحديث المكارمة بالخمير^(١)، وكذلك ينبغي أن لا يجوز استنقاذ آدمي أو مصحف ونحو ذلك بها، مثل أن نعطي لكافر خمراً، أو ميتة، أو دهناً نجساً، ليعطينا مسلماً بدله^(٢). أو مصحفاً. انتهى كلامه. وقال الشيخ موفق الدين^(٣) في الدهن النجس: يجوز أن يدفع إلى الكافر في^(٤) فكائك مسلم، ويعلم الكافر بنجاسته؛ لأنه ليس ببيع في الحقيقة، إنما هو استنقاذ مسلم. انتهى كلامه.

وعلى قياسه: ما لم يجز بيعه كالخمير ولحم الميتة ونحو ذلك.

(١) يشير بذلك إلى ما أخرجه مسلم (١٥٧٩)، وأحمد (٢٠٤١) عن ابن عباس عن الرجل الذي أراد أن يهدي الرسول راوية خمر، فقال رسول الله ﷺ: «يا أبا فلان أما علمت أن الله حرّمها... إن الذي حرّم شربها، حرّم بيعها» فأمر بها فأفرغت بالبطحاء.

(٢) في الأصل: «بيديه».

(٣) ونقله عنه ابن أبي عمر في «الشرح الكبير ومعناه المقنع والإنصاف» ٥١/١١.

(٤) ليست في الأصل.

ويصحُّ بيعُ النحلِ في كُورَاتِهِ^(١) معها وبدونها، إذا شوهدَ داخلًا إليها.

قوله: (ويصح بيع النحل في كوراته معها وبدونها إذا شوهد داخلًا إليها).

اشتراطُ كونه في الكُورَاتِ؛ ليكونَ مقدوراً عليه، واشتراطُ مشاهدته داخلًا إليها؛ ليحصلَ العلمُ به؛ لأنَّ رؤيته في الكُورَةِ لا يأتي على جميعه.

وقال في «المغني»^(٢): ويجوزُ بيعُ النحلِ إذا شاهدَها محبوسةً، بحيثُ لا يمكنُها أن تمتنعَ. قال: واختلف أصحابنا في كُورَاتِها، فقال القاضي: لا يجوزُ؛ لأنَّه لا يمكنُ مشاهدتها جميعها، ولأنَّه لا يخلو من عسلٍ يكونُ مبيعاً معها، وهو مجهولٌ. وقال أبو الخطاب: يجوزُ بيعُها في كُورَاتِها ومنفردةً عنها، فإنَّه يمكنُ مشاهدتها من كُورَاتِها إذا فُتِحَ رأسُها، وتعرفُ كثرته من قَلْبَتِهِ، وخفاءُ بعضه لا يمنعُ صحَّةَ بيعه كالصُّبْرَةِ، وكما لو كان في وعائها، فإنَّه يكونُ على بعضٍ، فلا يشاهدُ إلا ظاهره. والعسلُ حكمه في البيعِ تبعاً، فلا تضرُّ جهالته، كأساساتِ الحيطانِ.

فإن لم تمكن مشاهدته؛ لكونه مستوراً بأقراصه، ولم يعرف، لم يجزُ بيعه؛ لجهالته. انتهى كلامه.

وقال في «الكافي»^(٣): ويجوزُ بيعُ النحلِ في كُورَاتِهِ ومنفرداً عنها، إذا رميَ وعُلِمَ قدره. وذكر الشيخُ تقيُّ الدين كلامه في «الكافي»، ثمَّ قال: وهذا الكلامُ يقتضي أنَّه اشترطَ العلمَ فقط، وأنَّه يصحُّ بيعُه طائراً، كالعبدِ الخارجِ من المنزلِ، وهو أصحُّ. انتهى كلامه. وعلى قياسه: الطائرُ الذي له منزلٌ يرجعُ إليه في العادة، وينبغي أن تكونَ الدابَّةُ الخارجةُ عن المنزلِ كالعبدِ؛ لأنَّه قادرٌ على استحضارِها.

وقال في «المستوعب»: ويجوزُ بيعُ النحلِ مع الكُورَاتِ، ومنفرداً عنها، وكذا قال في «المذهب» وغيره. ولعلَّ مرادهم: ولا يمكنُ أن يمتنعَ؛ لاشتراطِهم القدرةَ على التسليمِ.

(١) الكُورَةُ: هي ما عسَل فيه النحل، وهي الخلية. وقيل: الكُورَةُ من العطين، والخلية من الخشب. «المطلع» ص ٢٢٨.

(٢) ٣٦٢/٦.

(٣) ٩/٣.

ويجوزُ بيعُ العينِ المؤجَّرة.

ولا يجوزُ بيعُ الحملِ في البطن، ولا اللبنِ في الضرع^(١)، ولا بيعُ الملامسة،
والمنابذة، كقوله: أيُّ ثوبٍ لمستَه أو نبذته، فهو لك^(٢) بكذا، ولا بيعُ الصوفِ على
الظهر. وعنه: يجوزُ بشرطِ جَزِّه في الحال.

النكت

فقد ظهرَ أنَّ بيعَ النحلِ وحده في غيرِ كوارته، يصحُّ، إن لم يمكنه الامتناعُ، وإن أمكنه،
والعادةُ أخذه، فقولان، وفي كوارته وحده، أو معها ومع العسلِ، هل يصحُّ، أو لا؟ وإن
شاهدته داخلاً، صحَّ، وإلا، فلا.

وقال في «الرعاية»: ولا تباغُ كُوراةٍ بما فيها من عسلٍ ونحلٍ. فيصيرُ هذا قولاً رابعاً.
وقال ابنُ حمدان: بلى، بشرطه المذكور، وهذا كلامٌ غيرٌ واحد.

قوله: (ويجوزُ بيعُ العينِ المؤجَّرة).

نصَّ عليه في غيرِ موضع. قال القاضي: نصَّ عليه في روايةِ ابنِ منصور، وأحمدَ بنِ
سعيد، وجعفرِ بنِ محمد، وهو قولُ مالك. وقال أبو حنيفة: ليس له أن يبيعهَا قبلَ انقضاءِ
المدةِ إلا برضا المستأجرِ، أو يكونَ عليه دينٌ، فيُحسبَ به، فيبيعه في دينه.
وللشافعي قولان، أحدهما مثلُ قولنا. والثاني: مثلُ قولِ أبي حنيفة.

وذكرَ في «الرعاية»: أنَّ بعضَ الأصحابِ خرَّجَ منه البيع. وقد نقل الميموني عن الإمامِ
أحمد، سأله رجلٌ: اكرتيتُ داراً أربعةَ أشهرٍ، فخرَّجَ بعدَ شهرٍ؟ فسمعتُه يقولُ: مذهبنا أنَّه
يلزمُه الكراء. ثم قال أبو عبد الله: ليس له أن يخرجَه من منزله، قلت: ولا له أن يبيعه؟
قال: ولا له أن يبيعه، إلا أن يبيِّنَ شرطه، هذا الذي له فيه.

قال الشيخُ تقيُّ الدين: روايةُ الميمونيِّ ظاهرُها أنَّه من باعَ العينَ المؤجَّرة، ولم يبيِّن
للمشتري أنَّها مستأجرة، لم يصحَّ.

(١) جاء في هامش الأصل ما نصه: «ولا المسك في الفار؛ لأنه مجهول، ولا البيض في الدجاج ولا
النوى».

(٢) ليست في (م).

.....
 ووجهه: أنه باع ملكه وملك الغير، فهو يشبه مسألة تفريق الصفقة.

ووجه الأول: أنه عقد على المنفعة، فلم يمنع نقل الملك كالنكاح، ولأن للحاكم البيع، فكذا المالك، ذكره أبو الخطاب وغيره.

فعلى هذا: إن علم مشتريه الأجنبي، ولم يرض به، فله الخيار بين الرد والإمساك، ذكره جماعة، كابن الجوزي والشيخ. وقال: لأن ذلك عيب ونقص، وهذا يدل على أن له مع الإمساك الأرش، وقطع به في «الرعاية».

وقد نقل جعفر بن محمد: سمعت أبا عبد الله سئل عن رجل آجر من رجل داراً سنة، ثم باعها ولم يعلم المشتري؟ قال: إن شاء ردها بعيها، وإن شاء أمسكها، وله كراؤها حتى تتم سنة، وليس له أن يخرج الساكن.

ظاهر هذا: أن الأجرة للمشتري، كما نقول في الشفيع، ومن انتقل إليه الوقت.

قال الشيخ تقي الدين: سائر نقل الملك في العين المؤجرة كالبيع، فلو وهبها، أو أعتق العبد المؤجر، أو وقفها، فينبغي أن يكون كالبيع لا يسقط حق المستاجر، وكذلك لو زوج الحرّة أو الأمة المؤجرة، فينبغي أن يقدم حق المستاجر على حق الزوج، فإن الزوج لا يكون أقوى من المشتري، لا سيما عند من يقول: إن السيد لا يجب عليه تسليم الأمة نهاراً؛ لأنّ السيد يستحق الاستخدام، فإذا قدم حق السيد، فحق المستاجر أولى؛ لأنّ العقود الواردة إذا أوردتها المستحق، قطعت حقه، بخلاف ما إذا أوردتها غير المستحق، وقال: إذا بيعت العين المؤجرة، أو المرهونة ونحوها، ممّا قد يتعلّق به حق غير البائع وهو عالم بالبيع، فلم يتكلّم، فينبغي أن يقال: لا يملك المطالبة بفساد البيع بعد هذا؛ لأنّ إخباره بالعيب واجب عليه بالسنة بقوله: «ولا يحل لمن علم ذلك إلا أن يبينه»^(١) فكتماؤه تغريب، والغار ضامن.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٤٦)، والحاكم في «المستدرک» ٨/٢، من طريق يحيى بن أيوب، عن يزيد بن أبي حبيب، عن عبد الرحمن بن شماس، عن عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه مرفوعاً.
 قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي .

ولا يصحُّ البيعُ إلا بشرطِ معرفةِ المبيعِ، برؤيةِ وقتِ العقدِ، أو قبله بزمنٍ لا يتغيَّرُ
فيه غالباً، أو بصفةٍ تكفي في السَّلَمِ، إن كان ممَّا يجوزُ السَّلَمُ فيه. ومتى وجدَّه بخلافِ
الصفةِ أو الرؤيةِ السابقةِ، فله الفسخُ.....

وكذلك ينبغي أن يقالَ فيما إذا رأى عبده يبيعُ، فلم يَنْهه، وفي جميعِ المواضعِ،
فالمذهبُ: أنَّ السكوتَ لا يكونُ إذناً، فلا يصحُّ التصرفُ، لكن إذا لم يصحَّ يكونُ تفريراً،
فيكونُ ضامناً. فإنَّ تركَ الواجبِ عندنا يوجبُ الضمانَ بفعلِ المحرَّمِ، كما نقولُ في مسألةِ
المستضيفِ، ومن قدرَ على إنجاءِ شخصٍ من الهلكةِ، بل الضمانُ هنا أقوى. انتهى كلامه.
وقد قال بعضهم فيما إذا عتقَ العبدُ المؤجَّرُ: إنَّه لا يرجعُ على معتقه بحقِّ ما بقي، في
الأصحِّ.

قوله: (أو بصفة تكفي في السلم).

تارةً يصفه بقوله: وهذا هو المعروف. وتارةً يقولُ: هو مثلُ هذا. فيجعلُ له مثلاً يردُّ
إليه^(١)، فإنَّ هذا كما لو وُصِفَ، وأولى، قاله الشيخُ تقيُّ الدين.

وقد نصَّ الإمامُ أحمدُ على ذلك في روايةِ جعفرِ بنِ محمدٍ وغيره، فإنَّ ذلك القياسُ
ليس مبيعاً، بل يقولُ: أبيعُك ثوباً مثلَ هذا. فالذي ينبغي أنَّه لا فرقٌ؛ لأنَّ معرفةَ الغائبِ
برؤيةٍ مثله لا تختلفُ بكونِ ذلك المثلِ مبيعاً أو غيرَ مبيعٍ. ومعرفةُ الشيءِ برؤيةٍ مثله أتمُّ من
معرفةِ بوصفه بالقولِ. لكن إذا قلنا: إنَّه لا بدُّ من رؤيةِ المبيعِ، كمذهبِ الشافعيِّ، فرؤيةُ
البعضِ تكفي في المتماثلاتِ ونحوها. ولو أراءهُ في المتماثلاتِ ما ليس من المبيعِ، وقال:
المبيعُ مثلُ هذا. لم يكفِ، وهذا قياسُ هذا القولِ. انتهى كلامه.

= وهو عند أحمد في «مسنده» (١٧٤٥١) من طريق ابن لهيعة، عن يزيد بن أبي حبيب، عن عبد
الرحمن ابن شماس، عن عقبه بن عامر الجهني رضي الله عنه مرفوعاً بنحوه.
وعلقه البخاري قبل الحديث (٢٠٧٩) موقوفاً على عقبه بن عامر، بلفظ: لا يحل لامرئٍ يبيع سلعة يعلم
أن بها داءً إلا أخبره.

قال ابن حجر في «تغليق التعليق» ٢٢٣/٣: وهذا حديث حسن، لمتابعة يحيى بن أيوب لابن لهيعة
عليه، وباقي رجاله ثقات، وهكذا رواه موصولاً.

(١) في الأصل: «عاليه».

وظاهرُ كلامِ الأصحابِ: أنه يجوزُ تقديمُ الوصفِ على العقدِ، وذكره القاضي محلًّا وفاقٍ.

وكذلك إن كان ممَّا يجوزُ السَّلْمُ فيه، ذَكَرَ بعضهم هذا القيدَ، وبعضهم لم يذكُرْه. ولَمَّا احتجَّ الحنفيةُ لمذهبهم في صحَّةِ بيعِ الغائبِ من غيرِ رؤيةٍ ولا صفةٍ بما رُوِيَ عن الصحابةِ رضي الله عنهم من بيعِ العقارِ^(١)، حملَ القاضي والشيخُ موفقُ الدين^(٢) ذلك على أنه يحتملُ أن يكونَ وُصِفَ له.

قال الشيخُ تقيُّ الدين: وهذا يقتضي أن يبيعَ العقارَ بالصفةِ جائزًا، والعقارُ لا يجوزُ فيه السلمُ، فَعَلِمَ أن هذا أوسعُ من بابِ السلمِ.

وقد عُرفَ من هذه المسألةِ: صحَّةُ بيعِ الأعمى وشرايته. قال القاضي وغيره: شراءُ الأعمى وبيعُه جائزٌ على قياسِ المذهبِ، وأنَّ الرؤيةَ ليست بشرطٍ في عقدِ البيعِ، وإنما الاعتبارُ بالصفةِ، وهذا يمكنُ في حقِّ الأعمى.

فقد بنى المسألةَ على صحَّةِ بيعِ الصفةِ، وفيه روايتان منصوصتان، وظاهرُ المذهبِ صحَّتهُ.

وذكرَ في «الرعاية» أنَّ الإمامَ أحمدًا نصَّ على صحَّةِ بيعِ الأعمى.

فإن عدت الصفةُ، فعرفت المبيعَ بذوقٍ، أو لمسٍ، أو شَمِّ، صحَّ، وإلا، فلا.

(١) أخرج البيهقي في «سننه» ٢٦٨/٥ عن ابن أبي مليكة: أن عثمان ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضاً بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة، فلما تباينا، ندم عثمان ثم قال: يا بعتك ما لم أره. فقال طلحة: إنما النظر لي إنما ابتعت مغبياً، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت. فجعلنا بينهما حكماً جبير بن مطعم، ففضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغبياً. وهو عند الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ١٠/٤ من طريق ابن أبي مليكة، عن علقمة بن وقاص الليثي، بنحوه.

(٢) في «المغني» ٣٢/٦.

وان باع شيئاً بشمن معين، احتمل وجهين. ووافق على صححة بيعه أبو حنيفة ومالك، وقال الشافعي: لا يصح؛ بناءً على الأصل المذكور.

قال الشيخ تقي الدين: وعلى الرواية التي توافقه، يمكن أن نقول: يصح هنا للحاجة، ولا يشترط مع الرؤية ذوق ولا لمس ولا شم، ذكره القاضي بما يقتضي أنه محل وفاق، وأنه لا يثبت الخيار بعده عند أبي حنيفة.

وذكر أبو الخطاب: أنه يشترط أيضاً المعرفة، فلا يجوز أن يشتري غير الجوهرية جوهرية، وغير الكاتب كتاباً مثنياً، أو يشتري الدبّاع عوداً كبيراً^(١). قال على ما نقله أبو طالب عن الإمام أحمد: إذا لم يعرف صفته، فهو بيع فاسد. وكذلك الميموني. فلا يبيعه حتى يراه ويعرفه، قال: فشرط المعرفة؛ لأنه ليس المقصود عين المعرفة، وإنما المقصود المعرفة بها.

ثم ذكر وجهاً ثانياً: أنه لا يشترط. وفرق بينه وبين الرواية، وذكر في موضع آخر من المسألة: أن الوجه الثاني أصح، وأنه يكفي مجرد الرؤية، أو الصفة في جميع المبيعات. وهذا الذي ذكره القاضي محل وفاق مع الشافعية: أن من اشترى فصاً، فراه وهو لا يعلم: أجوهر هو أم زجاج؟ جاز العقد وإن كانت الجهالة باقية مع الرؤية.

وذكر بعض الأصحاب المسألة على روايتين، وأطلق في «المحرر» وغيره صححة البيع بالصفة، وهو يصدق على ما إذا كان المبيع عيناً معينة، مثل: بعثك عدي. ويذكر صفاته، ويصدق على ما إذا كان غير معين، مثل: بعثك عبداً تركياً. ويذكر صفات السلم، فالأول صحيح، وكذا الثاني على ما قطع به جماعة. كصاحب «المستوعب»^(٢) والشيخ؛ اعتباراً باللفظ دون المعنى.

(١) العود: البعير المسن. «المصباح» (عود).

(٢) ٢٨/٣.

وظاهر ما ذكره في «التلخيص»: أنه لا يصح؛ لأنه اقتصر على الأوّل. وذكره في «الرعاية» قولاً، فقال: صحّ البيع في الأقيس، ولعلّ هذا ما ذكره في «المحرر» وغيره؛ لأنه سلّم حالاً. ولحديث حكيم بن حزام: «لا تبغ ما ليس عندك»^(١). وحمله في «المستوعب» وغيره على أن النبي ﷺ أراد بيع معيّن ليس في ملكه، فعلى الصحّة قيل: يجوز التفرّق قبل القبض، كبيع العين.

فعلى هذا: ينبغي أن يُشترط التعيّن. وهو ظاهر ما في «المستوعب»؛ لأنه قال: كقوله: اشتريت منك ثوباً من صفته كذا وكذا بهذه الدراهم. ولا يكون المبيع موجوداً ولا معيّنًا، وذلك لأنه بالتعيين يخرج عن أن يكون بيع دّين بدّين، وهو علّة المنع. صرح بها في «الكافي»^(٢)، وغيره. وقد قطعوا بأنه لا يجوز بيع الدّين المستقرّ لمن هو في ذمّته بدّين. وقيل: لا يجوز التفرّق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع، أو قبض ثمنه؛ لأنه بيع في الذمّة كالسلّم، وللشافعيّة خلاف نحو هذا.

قوله: (فإن اختلفا في التغيّر^(٣) أو الصفة، فالقول قول المشتري مع يمينه). وكذا ذكره الأصحاب؛ لأنّ الأصل براءة ذمّته، فلا يلزمه مالم يلتزم به، ولم توجد بيّنة ولا اعتراف. واستشكل ابن حمدان هذا، فقال: فيه نظر.

وهذه المسألة يتوجّه فيها قولان آخران، أحدهما: أنّ القول قول البائع؛ لأنّ الأصل عدم التغيّر^(٣)، وعدم اشتراط الصفة المدّعاة. والقول الآخر: أنّهما يتحالفان؛ لظهور

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٣)، والترمذي (١٢٣٢)، والنسائي ٢٨٩/٧، وابن ماجه (٢١٨٧)، وأحمد (١٥٣١١).

(٢) ١٦٣/٣.

(٣) في الأصل (م): «التعين». والمثبت موافق لما في «المحرر». وينظر «المغني» ٣٥/٦.

وإذا باع عبداً مبهماً في أعبد، لم يصح. وإن باع رطلاً من زُبْرَة^(١)، أو قفيزاً من المحرر صبرة متساوية أجزاؤهما، صح.

التعارض، كما لو اختلفا في قدر الثمن أو صفته، وجعل الأصحاب المذهب هنا قول المشتري، مع أن المذهب عندهم - فيما إذا قال: بعني هذين بمئة؟ قال: بل أحدهما بخمسين، أو بمئة - أن القول قول البائع؛ لأن الأصل عدم بيع الآخر، مع أن الأصل السابق موجود هنا، مشكلاً.

قوله: (وإذا باع عبداً مبهماً في أعبد، لم يصح). قال القاضي: إذا ابتاع ثوباً من أحد هذين، أو من أحد ثلاثة، أو من أحد أربعة، فالعقد فاسد، ولم يذكر عن أحمد ولا غيره نصاً. وذكر في أثناء المسألة: أنه يصح مثل ذلك في الإجارة فيما يتقارب نفعه. وهذا مثل مذهب مالك في البيع.

قال الشيخ تقي الدين: والفرق بين البيع والإجارة عسير. انتهى كلامه.

وما قاله صحيح. وظاهر كلام الأصحاب التسوية بين البيع والإجارة، وهو أولى. وسيأتي في المسألة بعدها ما يتعلق بهذه المسألة.

وكذا مسألة: بعثك بعشرة نقداً، وبعشرين نسيئة. فإن باع من المعدود المنفصل المتقارب كالبيض، مثل: أن يبيع مئة بيضة من ألف بيضة، فينبغي أن يخرج على السلم فيه عدداً، فإن صح - وهو الراجح - صح ذلك، وإلا، فلا.

وذكر القاضي في مسألة المبيع المتعين أنه يصح.

قال الشيخ تقي الدين: وهو مقتضى قول الخرقي، إلا أن نجعل قول الخرقي: معدوداً. يعم المدروع^(٢) أيضاً.

(١) الزُبْرَة: القطعة من الحديد. «المطلع» ص ٢٦٤.

(٢) في (م): «المزروع».

وإن باعه ذراعاً غيرَ معيّنٍ من أرضٍ أو ثوبٍ، لم يصحَّ، إلا أن يعلمَا ذرعَ الكلِّ، فيصحُّ في قدره مُشاعاً.

قوله: (وإن باعه ذراعاً غيرَ معيّنٍ من أرضٍ أو ثوبٍ، لم يصحَّ، إلا أن يعلمَا ذرعَ الكلِّ، فيصحُّ في قدره مُشاعاً).

قال ابنُ منصورٍ: قلتُ للإمامِ أحمدَ: قال سفيانُ في خمسٍ نفرٍ بينهم خمسةُ أبياتٍ في دارٍ، فباع أحدهم نصيبه في بيتٍ: لا أجيّزه، وإن باعوا جميعاً، جاز، هو ضررٌ يضرُّ بأصحابه، هو لا يستطيعُ أن يأخذَ نصيبه من ذلك البيتِ. فإن قال: أبيعك بيتاً من الدارِ. لا يجوزُ، يبيحُ ما ليس له؟! قيل له: فإن قال: أبيعك خمسَ الدارِ؟ فقال: إذا قال: نصيبي. قال أحمدُ: جيّدٌ.

قيلَ للإمامِ أحمدَ: قال سفيانُ: إذا كان دارٌ بين اثنين، فقال أحدهما: أبيعك نصفَ هذه الدارِ. قال: لا يجوزُ، إنّما له الربعُ من النصفِ، حتّى يقولَ: نصيبي. قال أحمدُ: هو كما قال.

قال الشيخُ تقيُّ الدينِ: هذا الكلامُ فيه مسألتان:

إحداهما: إذا قال الشريكُ: بعثك ثلثَ الدارِ، أو: ربعها، أو: قيراطاً منها. لم يجز حتّى يقولَ: نصيبي؛ لأنَّ قوله: الثلثُ أو النصفُ، يعمُّ النصفَ من نصيبه ونصيبِ شريكه، وكذلك الهبةُ والوقفُ والرهنُ.

المسألةُ الثانيةُ: إذا باعَ نصيبه من بيتٍ من دارٍ له فيها بيوتٌ، لم يجز، بخلافِ ما لو باعَ نصيبه من البيوتِ كلّها، ولهذا إذا باعَ البيتَ جميعه، لم يجز بيعه في نصيبه؛ لأنّه لا يملكُ بيعه مفرداً؛ لأنَّ في ذلك ضرراً بالشركاءِ، لأنَّ المشتري لا يمكنه الانتفاعَ ببعضِ البيتِ إلا بالانتفاعِ بغيره من الأرضِ المشتركةِ، وإنّما يملكُ الانتفاعَ من كان شريكاً في البيوتِ كلّها.

وهذا معنى قوله: هو لا يستطيعُ أن يأخذَ نصيبه من ذلك. يعني أنّ الانتفاعَ بنصيبه من ذلك البيتِ دونَ غيره لا يجوزُ، فكيف يجوزُ للمشتري منه؟!.

وإذا باع حيواناً يؤكل، واستثنى الرأس والجلد والأطراف، جاز. فإن أبي المحرر المشتري أن يذبح، لم يُجبر، ولزمه قيمة المستثنى^(١).

وقال - بعد أن ذكرَ كلامَ صاحب «المحرر» -: تقدّم الكلام على بيع المشاع، وكلام الإمام أحمد يخالف هذا. وإذا علما^(٢) عدد العبيد وأوجبت القسمة أعياناً، فالفرق بين المتصل والمنفصل بين ذراع من أرض، وعبد من أعبد، ليس بذلك، وقد ذكروا احتمالاً في صحّة بيع ذراعٍ مبهم ويكون مشاعاً، فكذاك بيع عبد مبهم. انتهى كلامه.

قوله: (فإن أبي المشتري أن يذبح، لم يُجبر. ولزمه قيمة المستثنى). نصّ عليه في رواية مهتأ، ورواه عن عليّ بإسنادٍ جيّد^(٣). وقال حنبل: قال عمي: له مثل ما شرط له. ورواه بإسناده من رواية جابر الجعفي، عن الشعبي، قال: قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله ﷺ - ورضي الله عنهم - بذلك^(٤). ويحتمل أن يلزمه الذبح وتسليم المستثنى؛ لأنّه مالٌ الغير التزم بأدائه، فلزمه، كما لو أفضى تسليمه إلى ذهاب بعض عين المبيع، بل هذا أولى؛ لأنّه دخل على هذا الضرر.

ويحتمل أن يبطل بيع الحيوان، كما لو قال: إلّا فخذّه أو شحمه. وقد يجيء هذا الاحتمال في صورة الامتناع خاصة؛ لتعذر الأمرين، أمّا الأوّل: فلأنّها معاوضة، لم يرض بها. وأمّا الثاني: فلأنّه ذبح الحيوان لغير مأكلة، لتخصيص حق الغير.

(١) بعدها في الأصل: «منه».

(٢) في (م): «علمنا».

(٣) وأورده ابن حزم في «المحلى» ٨/٤٠١-٤٠٢ من طريق عبد الله بن أحمد، عن أبيه، عن عبد الرحمن ابن مهدي، عن سفيان، عن نسير بن ذعلوق، عن عمرو بن راشد الأشجعي أن رجلاً باع بختية واشترط ثياها، فبرئت، فرغب فيها فاختصما إلى عمر بن الخطاب فقال: اذهبوا إلى علي. فقال علي: اذهب بها إلى السوق، فإذا بلغت أفضل ثمنها فأعطوه حساب ثياها من ثمنها.

ثم قال: ورويناه من طريق وكيع، عن سفيان، عن نسير، عن عمرو أن رجلاً باع بعيراً مريضاً واستثنى جلده، فبرئ البعير، فقال علي: يُقوّم البعير في السوق، ثم يكون له شراؤه. وهو عند ابن أبي شيبة ٦/٥٦٩-٥٧٠ عن وكيع، به، وعند عبد الرزاق (١٤٨٥٠) عن الثوري، به وبنحوه.

(٤) وأخرجه أيضاً عبد الرزاق في «مصنّفه» (١٤٨٥١)، وابن أبي شيبة في «مصنّفه» ٦/٥٧٠ من طريق الثوري، عن جابر الجعفي، عن الشعبي، عن زيد أن رجلاً باع بقرة واشترط رأسها، ثم بدا له فأمسكها، فقضى زيد بشروى رأسها.

ولو باع الشاة إلا رطلاً من لحمها، أو الأمة إلا حملها، أو الصبرة إلا قفيزاً، أو ثمرة البستان إلا صاعاً، ففي صحته روايتان.

قوله: (أو الأمة إلا حملها).

نقل ابن القاسم وسندي^(١) وغيرهما: أنه يصح. ونقل المرؤذي وحنبل: أنه لا يصح، وهو قول الثلاثة، وهو أشهر.

وكلامه في «المحرر» يصدق على استثنائه باللفظ أو بالشرع. وذكر القاضي أنه إذا كان الحمل حراً، أو كان لغيره، لم يصح بيعها، كما لا يصح لو استثناءه. ذكره في مسألة الحرية الحامل بولد مسلم. وهو قول الشافعي.

قال الشيخ موفق الدين^(٢): والأولى صحته؛ لأن المبيع معلوم، وجهالة الحمل لا تضر؛ لأنه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ، وقد يستثنى بالشرع ما لا يصح استثنائه باللفظ،^(٣) [كما لو باع أمة مزوجة]^(٤) صح، ووقعت منفعة البضع مستثناة بالشرع، ولو استثناءه بلفظه، لم يجز، ولو باع أرضاً فيها زرع للبايع، أو نخلة مؤبرة، وقعت منفعتها مدة بقاء الزرع والثمرة مستثناة بالشرع، ولو استثنائها بقوله، لم يجز.

ولو باع الحامل مطلقاً، دخل الحمل في البيع.

قال مالك^(٤): الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا، أن من باع وليدة، أو شيئاً من الحيوان وفي بطنها جنين، أن ذلك الجنين للمشتري، اشترطه، أو لم يشترطه.

قال حنبل: قال عمي: إذا اشترطه، كان ذلك له.

(١) هو: أبو بكر الخواتيمي البغدادي، سمع من أبي عبد الله مسائل صالحة. «طبقات الحنابلة» ١٧٠/١-١٧١.

(٢) في «المغني» ١٧٦/٦.

(٣-٣) ليست في الأصل (م)، واستدركت من «المغني» ١٧٦/٦.

(٤) «الموطأ» ٧٢٩/٢.

قوله: (وإن باعه شيئاً برقمه).

قال الخليل: ذكر البيع بغير ثمن مسمى، ثم ذكر عن حرب^(٢): سألت الإمام أحمد، قلت: الرجل يقول لرجل: ابعث لي جريباً^(٣) من بر، واحسبه عليّ بسعر ما تبيع. قال: لا يجوز هذا حتى يبين له السعر.

وعن إسحاق بن منصور، قلت للإمام أحمد: الرجل يأخذ من الرجل سلعة فيقول: أخذتها منك على ما تبيع الباقي. قال: لا يجوز. وعن حنبل، قال عمي: أنا أكرهه؛ لأنه يبيح مجهول، والسعر يختلف يزيد وينقص. وروى حنبل عن أبي عبيدة: أنه كره ذلك.

وقال أبو داود في «مسائله»: باب في الشراء ولا يسمى الثمن: سمعت أحمد سئل عن الرجل يبعث إلى البقال فيأخذ منه الشيء بعد الشيء، ثم يحاسبه بعد ذلك؟ قال: أرجو أن لا يكون بذلك بأس. قال أبو داود: قيل لأحمد: يكون البيع ساعتئذ؟ قال: لا.

قال الشيخ تقي الدين: وظاهر هذا أنهما اتفقا على الثمن بعد قبض المبيع والتصرف فيه، وأن البيع لم يكن وقت القبض، وإنما كان وقت التحاسب، وأن معناه صحة البيع بالسعر.

وقوله: أيكون البيع ساعتئذ؟ يعني: وقت التحاسب. وهذا هو الظاهر. وأصرح من ذلك: ما ذكره القاضي^(٤) في مسألة المعاطاة، عن مثنى بن جامع، عن أحمد في الرجل يبعث إلى معاملة له، ليبعث إليه بثوب، فيمر به، فيسأله عن ثمن الثوب، فيخبره، فيقول له: اكتبه. والرجل يأخذ الثمر، فلا يقطع ثمنه، ثم يمر بصاحب الثمر فيقول له: اكتب ثمنه؟

(١) الرُّقْم: مصدر بمعنى المرقوم، أي: بالمكتوب عليها. «المطلع» ص ٢٣١.

(٢) جاء في هامش الأصل ما نصه: [الذي في «شرح المحرر» للشيخ تقي الدين: ثم ذكر غير الكرمانى، سألت الإمام أحمد. الكرمانى هو حرب].

(٣) الجريب من الطعام والأرض: مقدار معلوم. «المطلع» ص ٢١٨.

(٤) ليست في (م).

فأجازَه إذا ثَمَّنَه بِسَعْرِ يَوْمِ أَخْذِهِ، وَهَذَا صَرِيحٌ فِي جَوَازِ الشَّرَاءِ بِشَمَنِ المِثْلِ وَقَتِ القَبْضِ، لَا وَقَتِ المِحَاسِبَةِ، سِوَاءَ ذَكَرَ ذَلِكَ فِي العَقْدِ، أَوْ أَطْلَقَ لَفْظَ الأَخْذِ زَمَنَ البَيْعِ.

وَقَدْ احْتَجَّ القَاضِي فِي مَسْأَلَةِ المِعَاوَاةِ بِحَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ وَعَمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى ذَلِكَ. وَهَذَا يَشْبَهُ الإِذْنَ فِي الإِتْلَافِ بِعَوَضٍ، كَمَا إِذَا قَالَ: أَلْقِيَ فِي البَحْرِ وَعَلِيَّ قِيمَتَهُ. أَوْ: أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي، وَعَلِيَّ قِيمَتَهُ.

وَعَلَى هَذَا: فَلَوْ اخْتَلَفَا وَالعَيْنُ قَائِمَةٌ، رَدَّتْ. وَإِنْ فَاتَتْ، فَالْقِيمَةُ.

وَسِيَجِيءُ فِي أَوَّلِ السَّلَمِ هَذِهِ المَسْأَلَةُ عَنِ الأَوْزَاعِيِّ^(١): إِذَا اتَّفَقَا عَلَى تَقْدِيرِ الشَّمَنِ، ثُمَّ أَخَذَ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ حَاسَبَهُ. فَلَعَلَّ كَلَامَ الإِمَامِ أَحْمَدَ عَلَى ذَلِكَ.

هَذَا وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يَكُونَ الشَّمْنُ^(٢) بَعْدَ العَقْدِ وَالإِتْلَافِ، كَتَقْدِيرِ الصَّدَاقِ بَعْدَ العَقْدِ أَوْ بَعْدَ الدُخُولِ. هَذَا كُلُّهُ كَلَامُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ.

قَالَ القَاضِي: وَقَدْ أَطْلَقَ الإِمَامُ أَحْمَدُ القَوْلَ فِي جَوَازِ البَيْعِ بِالرَّقْمِ، فَقَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ: وَقَدْ سئِلَ عَنِ بَيْعِ الرَّقْمِ؟ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَرِ بِهِ بِأَسَا.

وَقَالَ أَيْضاً فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ: لَا بِأَسَنِ بَيْعِ الرَّقْمِ، يَقُولُ: أبيعُكَ بِرَقْمٍ كَذَا وَكَذَا، وَزِيَادَةٌ عَلَى الرَّقْمِ كَذَا وَكَذَا. كُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَمَتَاعُ فَارِسٍ إِنَّمَا هُوَ بَيْعٌ بِالرَّقْمِ، قَالَ: وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمَا عَرَفَا مَبْلَغَ الرَّقْمِ، فَأَوْقَعَا العَقْدَ عَلَيْهِ.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: الرَّقْمُ رَأْسُ المَالِ، وَمَا اشْتَرَى بِهِ فَلَانٌ، إِحَالَةٌ عَلَى فَعْلٍ وَاحِدٍ، وَالسَّعْرُ إِحَالَةٌ عَلَى^(٣) فَعْلٍ العَامَّةِ، مَعَ أَنَّهُ مُحْتَمَلٌ، فَإِنَّهُ شَبُهُ التَّوَكُّيلِ. وَلَوْ أذُنٌ لِرَجُلٍ أَنْ

(١) هو: أبو عمرو، عبد الرحمن بن عمرو بن يُحْمَد، شيخ الإسلام، وعالم أهل الشام، كان يسكن بمحلة الأوزاع. (ت ١٥٧هـ). «سير أعلام النبلاء» ١٠٧/٧.

(٢) جاء في هامش الأصل: [في «شرح المحرر»]: ويتوجه أن يكون تقدير الشمن.

(٣) ليست في (م).

يشترى له هذه السلعة بما رأى، جاز، لكن قد يقال: هو مقيد بأن لا يكون فيه غير خارج عن العادة. وهذا متوجه إن شاء الله تعالى.

وقول الإمام أحمد: كل ذلك جائز. دليل على أنه ذكر صورتين، إحداهما: أن يعين الرقم، فيقول: برقم كذا وكذا. والثانية: أن يقول: بزيادة على الرقم كذا وكذا. ولا يعينه، فقال: كل ذلك جائز. ولولا أن الرقم غير معين لم يكن لسؤالهم له وجه، ولا يقول أبو داود: كأنه لم يره به بأساً، وهذا كالتولية والأخذ بالشفعة ونحو ذلك.

ثم قال: بيع الشيء بالسعر، أو بالقيمة وهي في معنى السعر، لها صور:

إحداها: أن يقول: بعني كذا بالسعر. وقد عرفا السعر، فهذا لا ريب فيه.

الثانية: أن يكون عرفاً عاماً أو خاصاً، أو قرينة تقتضي البيع بالسعر، وهما عالمان. فهذا قياس ظاهر المذهب صحته هنا، كبيع المعاطاة، مثل أن يقول: زن لي من الخبز أو اللحم أو الفاكهة كذا وكذا. وعرف هذا البائع أنه يبيع الناس كلهم بثمان واحد، وكذا عرف أهل البلد، فإن الرجوع إلى العرف في قدر الثمن كالرجوع في وصفه.

الثالثة: أن يتبايعا بالسعر لفظاً أو عرفاً، وهما أو أحدهما لا يعلم. فكلام الإمام أحمد يقتضي روايتين، وجه الصحة: إلحاق ذلك بقيمة المثل في الإجارة إذا دخل الحمام، أو قصر الثوب، ثم إن قيل: البيع فاسد، وكانت العين تالفة، فالواجب أن لا يضمن إلا بالقيمة؛ لأنهما تراضيا بذلك.

ونظيره: أعتق عبدك عني، وعلي ثمنه. أو: ألق متاعك في البحر، وعلي ثمنه. انتهى

كلامه.

وقال أيضاً - بعد أن حكى ما تقدم من الروايات - قد يقال: في المسألة روايتان؛ لأنه جوّزه هناك بالسعر كما تقدم، ومنعه هنا.

وقد يقالُ هناك: كان السعْرُ معلوماً للبائعِ مستقراً، وهنا لم يكن السعْر معلوماً للبائعِ؛ لأنَّه لم يَدْرِ بعدُ ما يبيِعُ به، فصار البيعُ بالسعْرِ المستقرِّ الذي يعلمُه البائعُ كالبيعِ بالثمنِ الذي اشتراه في بيعِ التوليةِ والمراوحةِ، وأخذِ الشفيعِ الشقصَ المشفوعَ بالثمنِ الذي اشترى به قبلَ علمِه بقدرِ الثمنِ.

وذكر في موضع آخر أنَّ هذا أظهرُ، قال: كلُّ من ألزمه الشارعُ بالبيعِ، فإنَّما يلزمه البيعُ بثمانِ المثلِ، وبذلك حكمَ رسولُ الله ﷺ، كمن أعتقَ شركاً له في عبْدٍ. قال: وليس هذا من بابِ ضمانِ التلفِ بالبدلِ، كما توهمَ ذلك طائفةٌ من أصحابنا وغيرهم، بل هو من بابِ البيعِ بقيمةِ المثلِ؛ لأنَّ نصيبَ الشريكِ يدخلُ في ملكِ المعتقِ، ثمَّ يعتقُ، ويكونُ ولاءُ العبدِ كلَّه له ليس من قبيلِ العبدِ المشتركِ بينه وبينَ شريكه، بل هو كمن ابتاعَ نصيبَ شريكه، لكن ألزمهما بالتبايعِ لتكميلِ حرِّيَّةِ العبدِ.

قوله: (أو بألفٍ ذهباً وفضةً). قال القاضي أبو الحسين وغيره: إذا اشترى جاريةً بألفٍ مثقالِ ذهباً وفضةً، لم يَجْزِ البيعُ. هذا قياسُ المذهبِ؛ لأنَّ الخرقِيَّ قال: وإذا أسلمَ في شيتين ثمناً واحداً، لم يَجْزِ، حتَّى يبيِّنَ ثمنَ كلِّ جنسٍ. فالثمنُ الواحدُ هناك بمثابةِ الجاريةِ هنا، والذهبُ والفضةُ بمثابةِ الشيتين هناك.

فقد اعتبروا هذه المسألةَ بمسألةِ السَّلَمِ، وفي مسألةِ السَّلَمِ خلافٌ. فالقولُ به هنا أولى؛ لأنَّه مثلُ مسألةِ تجوزِ في بيعِ الأعيانِ قولاً واحداً، ومسألتنا من بيوعِ الأعيانِ، فالقولُ بجوازِ مسألةِ السَّلَمِ أولى أن يقالَ به هنا.

وقد قال مالكٌ والشافعيُّ - في أحدِ قوليه - بصحَّةِ مثله في السَّلَمِ، ووجهُ البطلانِ جهالةُ الثمنِ، كما لو باعَ ألفاً بعضها ذهباً، وبعضها فضةً. وفيه نظرٌ.

المحرر أو بدينارٍ إلا درهماً.

قوله: (أو بدينارٍ إلا درهماً). قال حربٌ: سألتُ الإمامَ أحمدَ، قلتُ: الرجلُ يقولُ: أبيعُك هذا بدينارٍ إلا درهماً؟ قال: لا يجوزُ، ولكن بدينارٍ إلا قيراطاً، ونحو ذلك؛ لأنَّ الاستثناءَ يكونُ في شيءٍ يعرفُ، والدرهمُ ليس يعرفُ كم هو من الدينارِ؟ ويجوزُ أن يقولَ: أبيعُك بدينارٍ ودرهمٍ.

قال الشيخُ تقيُّ الدين: قد يؤخذُ من هذا جوازُ الاستثناءِ في الإقرارِ ونحوه؛ لأنَّه علَّلَ بالجهالةِ، وذلك لا يضرُّ في الإقرارِ، ولأنَّه لو كان الاستثناءُ باطلاً، لصحَّ بالدينارِ، ولغا قوله: إلا درهماً. على قولٍ من يبطلُ هذا الاستثناءَ. انتهى كلامه.

ووجهُ البطلان: أنَّه قصدَ استثناءَ قيمةِ الدينارِ، وهي غيرُ معلومةٍ، واستثناءَ المجهولِ من المعلومِ بصيرُهُ مجهولاً، وكما لو قال: بمئةٍ إلا قفيزاً. وقيل: يصحُّ؛ لأنَّه أمكنَ تصحيحَ كلامِ المكلفِ بتقديرِ قيمةِ الدينارِ والذهبِ والفضَّةِ، كالجنسِ الواحدِ، بخلافِ غيرهما.

وقال ابنُ عقيلٍ: فإن قال: بعثك هذا الثوبَ بعشرةِ دنانيرٍ إلا قفيزاً من الحنطةِ. فهذا استثناءٌ لا يصحُّ، فيحتملُ أن يصحَّ البيعُ؛ لأنَّ الاستثناءَ من غيرِ الجنسِ - فيما عدا الذهبِ والفضَّةِ - منقطعٌ عن الجملةِ المستثنى منها، فيلغُو ويكونُ الثمنُ معلوماً، ألا ترى أنَّه في الإقرارِ لو استثنى دراهمَ من دنانيرٍ، أو دنانيرَ من دراهمٍ، حذفَ من الجملةِ بالقيمةِ. ولو استثنى حنطةً من ذهبٍ أو فضَّةٍ، لغا الاستثناءَ، وكان الإقرارُ بالجملةِ من الثمنِ المذكورِ، فلذلك كان الثمنُ معلوماً. ويحتملُ أن لا يصحَّ البيعُ؛ لأنَّ الاستثناءَ قصدَ به رفعُ شيءٍ من الثمنِ، فرُفِعَ قيمةُ ذلك، وقيمةُ ذلك مجهولةٌ في حالةِ التسميةِ، فتصيرُ الجملةُ مجهولةً. والاحتمالُ الأوَّلُ أصحُّ. انتهى كلامه.

قوله: (أو بدينارٍ مُطْلَقٍ، وليس للبلدِ نقدٌ غالبٌ). وذكره أجود؛ لأنَّ الجهالةَ تزولُ

بظهورِ المعاملةِ بغالبِ نقدِ البلدِ.

قال الشيخُ تقيُّ الدين: الذي يقتضيه كلامه في رواية الأثرمِ والأنطاكي^(١) وسندي وابنِ القاسمِ: إذا باعه، أو أكرأه بكذا وكذا درهماً، صحَّ، وله نقدُ الناسِ، وإن كانت النقودُ مختلفةً، فله أوسطها في رواية، وأقلها في رواية.

وكلامه نصٌّ - لمن تأمله - أنَّ البيعَ بالنقدِ المطلقِ يصحُّ بكلِّ حالٍ، وإلا لأخبرَ بفسادِ العقدِ، وهذا شبيهٌ بتصحيحِ المطلقِ من الحيوانِ في الصداقِ وغيره، لكنَّ المطلقَ في النقودِ أوسعُ، فلهذا صحَّحه في البيعِ. انتهى كلامه.

قال الأثرمُ: قلتُ لأبي عبدِ الله: رجلٌ له على رجلٍ دراهمٌ، أيُّ نقدٍ له؟ قال: باعه شيئاً؟ قلت: باعه ثوباً بكذا وكذا درهماً، أو: اكرأ منه داراً بكذا وكذا درهماً، فاختلفا في النقدِ. فقال: إنما يكونُ له نقدُ الناسِ^(٢) بينهم. قلت: نقدُ الناسِ بينهم مختلفٌ؟ فقال: له أقلُّ ذلك.

قال ابنُ عقيلٍ: فظاهره جوازُ البيعِ بثمنٍ مطلقٍ، مع كونِ النقودِ^(٣) مختلفةً، ويكونُ له أدناها. انتهى كلامه.

قال ابنُ عقيلٍ: والمشهورُ عند الأصحابِ عدمُ الصحَّةِ.

(١) هو: أحمد بن هاشم بن الحكم بن مروان الأنطاكي، شيخ جليل متيقظ، نقل عن أحمد مسائل حسناً.

«طبقات الحنابلة» ٨٢/١، و«تسهيل السابلة» ١٧٨/١.

(٢) بعدها في (م): «المتعارف».

(٣) في (م): «العقود».

قوله: (أو قال: بعثك بعشرة نقداً، أو بعشرين نسيئةً، فإنه لا يصح). يعني إن افتراقاً قبل تعيين أحد الثمنين؛ لأن هذا بيعان في بيعة، وقد نهى عنه الشارع^(١)، فسره بذلك جماعةً، منهم مالك والثوري^(٢) وإسحاق^(٣) وأحمد في رواية أبي الحارث، وهو قول أكثر العلماء.

وقال مهناً^(٤): سألت الإمام أحمد عن رجل باع ببعاً بدرهم، واشترط عليه الدينار بكذا وكذا؟ فقال: هذا لا يحل، هذه بيعتان في بيعة. وكذا فسره في رواية حرب، ومحمد ابن موسى بن مُشَيْش، وهارون الحمالي^(٥)، وأبي الحارث أيضاً.

وقال مهناً: سألت أبا عبد الله عن الرجل يقول للرجل: هذا الثوب بثلاثين درهماً بالمكسرة، وبخمس وعشرين بالصحاح؟ قال: لا يصح، هذان شرطان في بيع. فقلت: يترك له هذا الثوب بثلاثين درهماً نسيئةً، وخمس^(٦) وعشرين بالنقد؟ قال: لا يصح، هذه بيعتان في بيعة.

وقيل للإمام أحمد - في رواية الأثرم - إذا قال: بعشرة دراهم بالصحاح، وبأثني عشر بالغلة، هو شرطان في بيع؟ قال: لا، بيعتان في بيعة.

- (١) أخرج الترمذي (١٢٣١)، والنسائي ٤/٤٣، وأحمد (٩٥٨٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة».
- قال الترمذي: حديث أبي هريرة حسن صحيح.
- وروي هذا الحديث عن غير واحد من الصحابة. ينظر «التلخيص الحبير» ٣/١٢، و«الإرواء» ١٤٩/٥ - ١٥٢.
- (٢) هو: أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي المجتهد، شيخ الإسلام، إمام الحفاظ، سيد العلماء العاملين في زمانه. (ت ١٢٦هـ). «سير أعلام النبلاء» ٧/٢٢٩-٢٧٩.
- (٣) هو: أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد، المعروف بابن راهوئه، الإمام الكبير، شيخ المشرق، سيد الحفاظ. (ت ٢٣٨هـ). «سير أعلام النبلاء» ١١/٣٥٨-٣٨٣.
- (٤) في (م): «منها».
- (٥) هو: أبو موسى، هارون بن عبد الله بن مروان، يعرف بالحمال، كان أبو عبد الله يكرمه ويعرف حقه، وكان عنده عن أبي عبد الله جزء كبير من مسائل حسان جداً. «طبقات الحنابلة» ١/٣٩٦-٣٩٧، و«تسهيل السابلة» ١/٣٧٣.
- (٦) ليست في (م).

وقيل للإمام أحمد في رواية محمد بن أبي حرب: إن قال: إن أتيتني بالدرهم إلى شهر فهو بكذا، وإن أتيتني إلى شهرين فهو بكذا - أكثر من ذلك - قال: لا يجوز هذا.

وقال في رواية صالح: هذا مكروه، إلا أن يفارقه على أحد البيوع.

وقال أبو الخطاب: ويحتمل أن يصح؛ قياساً على قول الإمام أحمد في الإجارة، إن خبطته اليوم فلك درهم، وإن خبطته غداً فلك نصف درهم. وفرق غيره من جهة أن العقد ثم يمكن أن يصح جعالة، بخلاف البيع.

وقال الشيخ تقي الدين: قياس مسألة الإجارة: أن يكون في هذه روايتان، لكن الرواية المذكورة في الإجارة فيها نظر، وهذه تشبه شاة من قطع، وعبداً من أعبد، ونظيرها من كل وجه أحد العبدان أو الثوبين. انتهى كلامه.

ويخرج عليه: إذا قيل بالصحة هنا، قيل بالصحة هناك.

قوله: (وإن باعه بوزنِ صنجةٍ لا يعلمان وزنها، فعلى وجهين). أحدهما: لا يصح، وهو الذي ذكره أبو الخطاب في «الانتصار» في مسألة بيع الأعيان الغائبة، وهو قول أكثر الشافعية؛ لأنه ليس صبرة، ولا يعرف قدره فهو مجهول كالتسليم.

والثاني: يصح، ولعله قول أكثر الأصحاب؛ لأنه مشاهد معلوم، فهو كالصبرة.

ويؤخذ من كلامه في «المحرر»: أنه يجوز أن تكون الصبرة عوضاً في البيع ثمناً ومثمناً، وهو صحيح؛ لأنه معلوم بالرؤية، فصارت كالثياب والحيوان، ولا يضر عدم مشاهدة البعض؛ لسد^(١) البعض. وقد صح قول ابن عمر: كنا نشترى الطعام جزافاً^(٢).

وقدم ابن عقيل في صبرة^(٣) بقال القرية^(٣)، عدم الصحة، لكونها مختلفة الأجزاء.

(١) في الأصل (م): «لسده»، والمثبت من «الفروع» ١٥٧/٦.

(٢) أخرجه البخاري (٢١٣٧)، ومسلم (١٥٢٧)، وأحمد (٤٦٣٩).

(٣-٣) في (م): «فقال: الرواية».

وإذا باعه عبده وعبد غيره، أو عبداً بينهما، أو خلأً وخمرأ، أو تفرقاً في صرّف المحرر
أو سلّم عن قبض البعض، صحّ العقد فيما يصحّ لو أفرداه^(١).....

وحكى الشيخ وغيره عن مالك أنه لا يصحّ أن يكون الثمن صبرةً، وهو وجه لنا؛ لأنّ
لها خطراً، ولا مشقة في وزنها وعدّها، والتسوية أشهر وأصحّ.

قوله: (وإذا باعه عبده وعبد غيره... إلى آخره). هذه المسألة فيها روايتان منصوصتان،
ورواية الصحّة نصرها القاضي وأبو الخطاب، والشريف وغيرهم؛ لأنهما شيان معلومان،
لو أفرد كل واحد منهما بالبيع، صحّ في أحدهما، وبطل في الآخر. فإذا جمعهما، صحّ فيما
صحّ حال الانفراد، كما لو أفردة، وكما لو باع عبده وعبد غيره، أو عبده وأمّ ولده عند أبي
حنيفة ومالك، بخلاف مسألة الحرّ والعبد، والخلّ والخمر، عندهما. ورواية البطلان قدّمها
في «الانتصار». وذكر الشيخ: أنها أولاهما^(٢). وذكر في «الخلاصة»: أنها أصحهما.

واختلف في تعليل ذلك؛ فقيل: جهالة الثمن، ولأنه لو قال: بعثك هذا بقسطه من
الثمن. لم يصحّ، فكذا إذا لم يصرّح. وقيل: لأنّ الصفقة جمعت حلالاً وحراماً، فغلب
التحريم، ولأنّ الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه، بطلت في الكلّ،
كالجمع بين الأختين، وبيع درهم بدرهمين، وعليهما يخرج ما إذا عيّن لكل واحد ثمناً.
وقد ذكر في «الرعاية» أنه إذا جمع في عقد معلوماً ومجهولاً، وقال: كل واحد بكذا.
فوجهان، وقيل: إن قلنا: تبطل الصفقة كلّها؛ لاتحادها، وتعدّر تجزئها، لم يصحّ قوله هنا.
وإن قلنا: تبطل بجهالة ثمن ما يصحّ بيعه. صحّ هنا.

وقال في «الرعاية» أيضاً: وقيل: الخلاف فيمن جهل أنه خلّ وخمر - كذا في النسخة،
ولعله: وللمشتري الخيار - وقيل: الخيار فيمن جهل أنه حرّ وخمر.

(١) في (م): «أفردة».

(٢) في (م): «أولهما».

بحصته من الثمن، وعنه: يبطل في الكل.

وإذا جمع بعوض واحد بين بيع وصرف، أو بيع^(١) وإجارة، صح فيهما. نص عليه. وقيل: لا يصح.

وقوله: (بحصته من الثمن). قال القاضي في «الجامع»: إذا صححنا البيع فيما يملكه، فللمشتري الخيار إن كان جاهلاً بالحال. فإن أجاز، فالواجب عليه حصته من الثمن في أظهر القولين، ويكون التوزيع عليهما باعتبار قيمتهما، وجميعه في الثاني، ولا خيار للبائع، هذا مذهب الشافعي. وكذا قال، ويؤص بعده بياضاً، وبعده، وقال أحمد في رواية مهتأ: إذا تزوج امرأة على عبد بعينه فاستحق نصف العبد، فهي بالخيار في النصف الباقي، والنكاح جائز، فإن تزوجها على عشرة دراهم، وعلى عبد قيمته عشرة آلاف، فإذا هو حر، لها قيمة العبد. فإن تزوجها على عشرين، فقال: تزوجتك على هذين العبدين. فخرج أحدهما حرًا، فلها قيمة العبد الذي خرج حرًا. فقد فرق الصفقة، وأثبت الخيار في المشاع دون المفرز.

وكذلك فرق القاضي بين المسألتين وقرّر النص، قال القاضي: لأن المستحق للنصف قد صار شريكاً لها في نصفه، والشركة نقص في العادة، فجرى مجرى عيب ظهر بالنصف، فلها الخيار في الفسخ والإمضاء، كذلك هنا. وأمّا في مسألة العبدين، فلم يجعل مع تفريق الصفقة إلا قيمة الحر، وإمساك العبد.

ووجدت بخط القاضي تقي الدين الزريрани البغدادي^(٢) - والظاهر أنه من «نهاية الأزجي» - إجازته للمبيع يكون بقسطه من الثمن، وقيل: يخبره بجميعه؛ لئلا يفضي إلى جهالة الثمن.

قوله: (وإذا جمع بعوض واحد بين بيع وصرف، أو بيع وإجارة، صح فيهما. نص عليه).

(١) ليست في (ع).

(٢) هو: أبو بكر، عبد الله بن محمد بن أبي بكر الزريрани، تقي الدين، فقيه العراق، مفتي الآفاق، وجاء في «ذيل الطبقات»: الزريراتي. والزريراتي: نسبة إلى زريران وهي قرية بينها وبين بغداد سبعة فراسخ. (ت ٧٢٩هـ). «ذيل طبقات الحنابلة» ٢/٤١٠-٤١٢، و«المنهج الأحمد» ٥/٤٦-٤٨، و«معجم البلدان» ٣/١٤٠.

قال في رواية ابن منصور - وذكر له قول الثوري -: إذا صرف ديناراً بأربعة عشر درهماً ومُدَيْن؟ قال: لا بأس به، قال أحمد: جائز.

وأما مسألة البيع والإجارة، فأخذها القاضي من نصّه على جواز أن يشتري ثوباً على أن يخيطه. ووجه ذلك: أن اختلاف حكم العقدين لا يمنع الصحة، كما لو جمع بين ما فيه شفعة ومالا^(٢) شفعة فيه. وقيل: لا يصح؛ لأنَّ حكمهما مختلف، وليس أحدهما أولى من الآخر، فبطلَ فيهما، فإنَّ البيع فيه خيار، ولا يُشترط فيه التقابض في المجلس، ولا يفسخ العقد بتلف المبيع، والصرف يُشترط له التقابض، وينسخ العقد بتلف العين في الإجارة، ولا بدّ أن يكون الثمن من غير جنس ما مع المبيع، مثل أن يبيعه ثوباً ودراهم بذهب، فإن كان من جنسه فهي مسألة مُدَّ عجوة، ذكره القاضي في «الجامع»، ويُقسِّط العوض على المبيع؛ والمنفعة بالقيمة.

قال القاضي: فإن قال: بعثك داري هذه، وأجرتها شهراً باللف. فالكلُّ باطل؛ لأنَّ ملك الرقبة ملك المنافع، فلا يصحُّ أن يؤجره منفعة ملكها عليه.

قال الشيخ تقي الدين: وللصحة وجهٌ بأن تكون مستثناة.

قوله: (وإن كان الجمع بين بيع ونكاح). مثل إن زوّج وباع عبده باللف، أو أصدقها عبداً على أن تردّ عليه ألفاً، صحَّ النكاح؛ لأنّه لا يفسدُ بفسادِ العوض. وفي البيع وجهان، أحدهما: يصحُّ.

قال الشيخ تقي الدين: وهو الذي ذكره القاضي في كتابه، وابن عقيل في الصداق، فتقسِّط الألف على مهر المثل وقيمة العبد، وكذلك يقسِّط العبد على مهر المثل والألف؛ لأنَّ جملة العوض معلومة.

والثاني: لا يصحُّ فيهما، فإنّه إذا انسخ البيع، لزم توزيع الصفقة.

(١) بعدها في (م): «الصحيح: الصحة».

(٢) في (م): «وما ليس».

وإن كان بين كتابية وبيع، بطلَ البيعُ، وفي الكتابية وجهان.

النكت

قال: ولو قال: زوّجتك بنتي، ولكَ هذه الألفُ بعبدك هذا. فالعبدُ بعضُهُ مبيعٌ وبعضُهُ مهرٌ، فيقسّطُ العبدُ على مهرِ المثلِ والألفِ. ولو كان لبنته مالٌ فقال: زوّجتك هذه، ولكَ هذه الألفُ معها بهذه الألفين من عندك. بطلَ البيعُ والمهرُ جميعاً؛ لأنّه من بابِ مدِّ عجوّةٍ ودرهمٍ^(١). هذا الذي ذكره القاضي وابن عقيلٍ وأبو محمدٍ من غير خلافٍ. انتهى كلامُهُ.

قوله: (وإن كان بين كتابية وبيع). مثل قوله لعبدٍ: بعْتُك عبدي هذا، وكاتبْتُك بمئةٍ، كلُّ شهرٍ عشرةً. بطلَ البيعُ.

قال الشيخُ: وجهاً واحداً؛ لأنّه باع عبده لعبدِهِ، فلم يصحَّ، كبيعِهِ إِيَّاه من غير كتابية، وفي الكتابية وجهان؛ بناءً على تفریق الصفقة.

وقال القاضي في «الجامع»: العقدُ صحيحٌ فيهما على قياسِ الإجارة، وهو إذا ابتاعَ ثوباً بشرطِ الخياطةِ.

وقال في «المجرد»: فإن قالت: طلقني طلقاً باللفِ على أن تعطيني عبدك هذا. فقد جمعت بين شراءٍ وخلعٍ، وجمعَ الزوجَ بين بيعٍ وخلعٍ جميعاً باللفِ. فيصحُّ فيهما. وأصلُ ذلك في البيوعِ: إذا جمعت الصفقةُ عقدين أحكامُهُما مختلفَةً، مثل بيعِ وإجارةٍ، وبيعِ ونكاحٍ، وبيعِ وصرْفٍ، وبيعِ وكتابيةٍ، فإنَّهُما يصحَّان جميعاً، كذلك الخلعُ والبيعُ، ويقسّطُ المسمّى على قيمةِ العبدِ، والمسمّى حالَ العقدِ، فمتى أصابت بالعبدِ عيباً، ردّته، ورجعت عليه بقيمته، وإن ردّته بالعيبِ، انفسخَ العقدُ فيه.

وأما حكمُ البدلِ في الخلعِ فهو مبنيٌّ على تفریقِ الصفقة، فإن قلنا بتفرّقٍ^(٢)، بطلَ البيعُ في العبدِ ببديله، وصحَّ الخلعُ ببديله. وإن قلنا: لا تفرّق. بطلَ في البيعِ، وبطلَ البدلُ في الخلعِ، فكان له عليها قيمته. وكذلك قال ابنُ عقيلٍ: إلّا أنّه قال: يقسّطُ العوضُ على قيمةٍ ومهرِ المثلِ.

(١) في (م): «درهم».

(٢) في (م): «بتفریقِ الصفقة».

وإن باع عيناً له، وأخرى لغيره بإذنه بعوضٍ واحدٍ، صحَّ، واقتسامه على قدر المحرر القيمة. نصَّ عليه. وقيل: لا يصحُّ. وكذلك إن باع واحداً من اثنين سلعتين بثمانٍ واحدٍ، لكل واحدٍ سلعةً.

ولا يصحُّ تصرفُ الفضوليِّ لغيره ببيعٍ ولا شراءٍ ولا نكاحٍ، إلا شراؤه له في الذمَّة إذا لم يسمَّه في العقد، فإنه يصحُّ. ثمَّ إن أجازته المشتري له، ملكه، وإلا، لزم الفضوليِّ. وعنه: يصحُّ تصرفه بكلِّ حالٍ، ويقفُّ على الإجازة. ولو باع ما يظنه لغيره، فإنَّه قد ورثه، أو وكَّلَ في بيعه، فعلى وجهين.

ولا ينعقدُ بيعُ المكره. ومن أكره على وزنٍ مالٍ، فباعَ ملكه في ذلك، صحَّ البيعُ، وكثرةُ الشراء منه^(١). نصَّ عليه. وعنه: لا يصحُّ البيعُ.

وبيعُ الحاضرِ للبادي منهيٌّ عنه، بخمسةِ شروطٍ: أن يحضرَ البادي لبيعِ شيءٍ بسعرِ يومه، وهو جاهلٌ بسعره، وبالناسِ إليه حاجةٌ، ويقصدهُ الحاضرُ. وفي صحته روايتان. فإن فقدَ شيءً^(٢) من الخمسة، صحَّ، وزال النهيُّ.

ولا يصحُّ بيعُ العصيرِ ممَّن يتخذُه خمراً، ولا بيعُ السلاحِ في فتنَةٍ، أو^(٣) لحربيٍّ، ولا بيعُ من تلزمه الجمعةُ إذا نودي لها النداءُ الثاني. وعنه^(٤): الأوَّل. فإن باع في الوقتِ قبلَ النداءِ، فعلى روايتين، ويتخرَّجُ أن يصحَّ في ذلك كله مع التحريم. ولا يصحُّ أن يشتري الكافرُ رقيقاً مسلماً، إلا من يعتقُّ عليه بالملك، فإنه على روايتين.

النكت

(١) ليست في الأصل.

(٢) في (م): «شرط».

(٣) في الأصل: «ولا».

(٤) بعدها في (م): «النداء».

المحرر وتفريقُ الملكِ بين ذوي الرحمِ المحرّمِ بالبيعِ وغيره، حرامٌ باطلٌ، إلا بالعتقِ
وافتداءِ الأسرى. وعنه: لا بأسَ به بين البُلُغِ. ولو بانَ بعدَ البيعِ أن لا نسبَ بينهم،
كان للبايعِ الفسخُ.

ومن قال لرجلٍ: اشتري من فلانٍ فإني رقيقُه. فاشتراه، ثُمَّ بانَ حرّاً، لم تلزمه
العهدَةُ، حاضرًا كان البائعُ أو غائبًا.

النكت

فروع تتعلّق بتفريق الصفقة

قال القاضي في «التعليق» ضمن المسألة: وإذا أوجب في عيدين، لم يكن للمشتري أن يقبل في أحدهما، ذكره القاضي محلّ وفاق، مسلماً له، وذكر في حجة المخالف أن امرأتين لو قالتا لرجل: زوّجناك أنفسنا. لكان له أن يقبل إحداهما، دون الأخرى، وسلّمه القاضي. وبناء المخالف على أنه إذا جمع بين محلّلة ومحرمّة في النكاح، فإن نكاح المحرمّة لا يصير شرطاً في نكاح المحلّلة، فإن تفريق الصفقة في النكاح جائز، وفي البيع يصير شرطاً. وقال القاضي: قبول البيع في أحدهما، ليس شرطاً في قبوله في الآخر عندنا. قال الشيخ تقي الدين. قال: وأجاب عن الحكم جواباً فيه نظراً والتحقيق: أنه شرط، لكنّ المشروط وجود القبول، لا صحّة القبول، كما لم يشترط لزوم القبول في أحدهما. ولو كان المشروط شرطاً فاسداً، لم نسلم أنه يبطل البيع. وعلّله القاضي أنه إنما لم يصح أن يقبل البيع في أحد العيدين؛ لأنّ نصف الثمن لا يقابل أحدهما؛ لأنه ينقسم على قدر قيمتهما. فإذا قبل أحدهما بنصف الثمن، لم يكن القبول موافقاً للإيجاب، فلهذا لم يصح.

وهذا التعليل يقتضي القبول، كما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء، وفيما لو قال: بعثك هذا بالفي، وهذا بخمسمئة. وهذا فيه نظراً.

وقياس المذهب: أن ذلك ليس بلازم؛ لأنّ لمن تفرقت عليه الصفقة الخيار، والصفقة تفرقت هنا عليه، كما فيما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء. قال: وإذا جمع بين عقدين مختلفين بعوضين متميزين، مثل: بعثك عيدي بالفي، وزوّجتك بنتي بخمسمئة. فهذا أولى بالجواز من ذلك، إذا قلنا به هناك، وإن قلنا بالمنع - ويصير - فعلى هذا: هل للخاطب أن يقبل في أحد العقدين؟

قياس المذهب أنه ليس له ذلك، لأنّ غاية هذا أن يكون كأنه جمع بعوضين ما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء. ومعلوم أنه لو قال: بعثك هذه الصبرة بالفي. لم يكن له أن يقبل نصفها

بنصفِ الألفِ، وإن كان نصيبُها من الثمن معلوماً. فكذلك إذا أوجبَ في عينين مختلفي الحكمِ أو متَّفقتين، إذ لا فرق في الحقيقة بين الأعيان التي تتَّفَقُ أحكامُها أو تختلفُ، إلا أن العطفَ في المختلفِ كالجمعِ في المؤتلفِ. فقولُه: بعْتُك هذه، وزوجتُك هذه. كقولُه: بعْتُك هذين، أو زوجتُكهما. انتهى كلامُه.

قال الشيخُ في «المحرر» في مسألةٍ تعليليِّ الطَّلَاقِ بالولادة: فإن قال: أنتِ طالقٌ طلقةٌ إن ولدتِ ذكراً، وطلقتين إن ولدتِ أنثى. فولدتُهما معاً، طلقتِ ثلاثاً، وإن سبقَ أحدهما بدونِ سِتَّةِ أشهرٍ، وقَع ما عُلقَ به، و^(١) انقضتِ العِدَّةُ بالثاني، ولم يقعَ به شيءٌ. وقال ابنُ حامدٍ: يقعُ المعلقُ به أيضاً.

فعلى الأوَّلِ: إن أشكلَ السَّابِقُ، طلقتِ طلقةً؛ لتيقُّنِها، ولغا ما زاد، وقال القاضي: قياسُ المذهبِ تعيينُه بالقرعة. وإن كان بينهما فوقِ سِتَّةِ أشهرٍ، فالحُكْمُ كما فصلنا، إن قلنا: الثاني تنقضي به العِدَّةُ، ولا يلحقُ بالمطلقِ. وإن قلنا: لا تنقضي به العِدَّةُ، والحقناه به، كملت به الثلاثُ. انتهى كلامُه.

الكلامُ عليه على سبيل الاختصارِ:

أما وقوعُ الثلاثِ فيما إذا ولدتهما معاً؛ لأنَّ الصَّفَتَيْنِ شرطهما، وقد وجدتا. وأما إذا سبقَ أحدهما بدونِ سِتَّةِ أشهرٍ- قيَّد بها؛ لأنها أقلُّ مدَّةِ الحَمَلِ - فيعلمُ أنهما حَمَلٌ واحدٌ، وقد صرَّحَ بهذا القيدِ جماعةٌ من الأصحابِ، وأشار إليه الشيخُ في «المغني»^(٢) و«الكافي»^(٣). فيقعُ بالسَّابِقِ ما عُلقَ به؛ لوجودِ شَرْطِهِ. وأما الثاني: فهل تنقضي به العِدَّةُ ولا يقعُ به شيءٌ، أم يقعُ ما عُلقَ عليه؟ فيه الوجهان المذكوران هنا، وهما مشهوران:

أحدهما: تنقضي به العِدَّةُ، ولا يقعُ به شيءٌ. اختاره أبو بكرٍ وأكثرُ الأصحابِ، ونصره

(١) ليست في (م).

(٢) ٤٥٩/١٠-٤٦١.

(٣) ٤٨٣/٤.

في «المغني»^(١)، وصححه في «الكافي»^(٢)، و«الرعاية» وغيرهما، وقدمه غير واحد.

النكت

وجه هذا: أن العدة انقضت بوضعه، فصادفها الطلاق بائناً، فلم يقع، كما لو قال لغير مدخول بها: إذا طلقك فأنت طالق. ثم قال لها: أنت طالق، وكذا إذا مت فأنت طالق. لا وقوع مع عدم الزوجية؛ لأنها شرطه، ولا صحة للمشروط مع عدم شرطه، وهذا من الجليات، ولأنه لو قال: أنت طالق مع موتي. لم تطلق، فهنا كذلك، بل أولى؛ لأن هناك صادفها الطلاق بائناً، وهنا حصل التصرف في ملك؛ لأنه تم مع تمامه، والفرق بين هذا ونظائره يطول مع أنه ليس الغرض.

والوجه الثاني: يقع ما علق عليه. اختاره ابن حامد؛ لأن زمن البيئونة زمن الوقوع، ولا تنافي بينهما، بهذا علل، وقد بان فسادُه مما سبق.

وظاهر هذا: أنه لا عدة عليها بعد وضع الثاني، وكلام صاحب «المحرر» صريح في ذلك أو ظاهر.

وصرح الشيخ شمس الدين بن عبد القوي في «نظمه» في حكاية قول ابن حامد، وأنها بوضع الثاني تطلق وتنقضي به العدة، وهو يدل على ضعفه؛ لأن كل طلاق لا بد له من عدة متعقبة، وعلى هذا يُعائى بهذا، فيقال على أصلنا: إن الطلاق بعد الدخول ولا مانع، والزوجان مكلفان، لا عدة فيه. ويقال: طلاق بلا عوض، دون الثلاث، بعد الدخول في نكاح صحيح، لا رجعة فيه. وقد يُقال على بُعد: الطلاق يسبق البيئونة، فلم يخل من عدة المتعقبة، إما حقيقة أو حكماً.

وبهذا قال ابن الجوزي في حكاية قول ابن حامد: تطلق الثانية؛ لقرب زمان البيئونة والوقوع، فلم يجعل زمانها زمانها. فعلى الأول: إن أشكل، طلق طلقاً؛ لأنها اليقين،

(١) ٤٥٩/١٠.

(٢) ٤٨٣/٤.

والزائدُ مشكوكٌ فيه، والأصلُ عَدَمُهُ.

ولا يُشبهُ هذا ما إذا طَلَّقَ، فلم يَدِرْ طَلَّقَ واحدةً أم ثلاثاً؟ على قول الخِرَقِيِّ؛ لأنَّه هناك شاكٌ في إباحتها بالرجعة، بخلاف هذا، ويفارق مالو أعتقَ أحدَ عبدَيْه واشتبهه، حيثُ نقولُ بالفُرْعَةِ؛ لأنَّها تعيَّنت طريقاً إلى تعيين العتقِ في أحدهما؛ لتساويهما، وهنا لم تتعيَّن؛ عملاً بالأصل في نفي الزائد، ولهذا لم تُشرعِ القرعةُ فيما إذا شكَّ في عددِ الطَّلقاتِ والمطلَّقاتِ، وإلحاقِ الشيءِ بجنسيه ونظيره أولى.

ونظيرُ مسألةِ العتقِ: مالو طَلَّقَ إحدى امرأتيه؛ لأنَّه في الموضعينِ شاكٌ في المحكومِ، فيعين، وفي مسألتنا المحكومُ به معيَّن، وهو المتيقنُ، وهو معلومٌ، فلم يَحْتَجْ إلى تعيين، بل تعيينُ المعيَّنِ محالٌ، وهو واضحٌ إن شاء الله تعالى.

وقال القاضي: قياسُ المذهب أن يقرعَ بينهما، فَمَنْ خرجت قرعته، بأنَّه الأوَّلُ، يُحكَمُ بأنَّه الأوَّلُ؛ لأنَّه لا يمكنُ الحكمُ بوقوعِ طَلقةٍ مطلقَةٍ، لأنَّ الكلامَ معيَّن، ولا بوقوعِ الطَلقةِ المفردة؛ لأنَّه تعيَّن لأحدِ المشروطينِ مع مساواةِ احتمالِ وجودِ شَرطِهما، وهو غيرُ جائزٍ؛ لما فيه من التحكُّمِ والترجيحِ من غيرِ مرجح، ولا يمكنُ الحكمُ بوقوعِ طَلقةٍ من الطَلقتينِ؛ لما تقدَّم، ولما فيه من وقوعِ بعضِ المشروطِ، وهو غيرُ جائزٍ.

وإذا كان كذلك، فيجبُ أن تتعيَّن القرعةُ طريقاً وبيانياً للمحكومِ به، كما تعيَّنت طريقاً وبيانياً للمحكومِ عليه فيما إذا أعتقَ أحدَ عبدَيْه معيَّناً ثُمَّ نسيه، أو قال: إن جاء زيدٌ فعبدٌ من عبيدي حرٌّ، وإن جاء عمرو فعبدان من عبيدي أحرارٌ، وإن جاء زيدٌ فسالمٌ حرٌّ، وإن جاء عمرو فغانمٌ وبكرٌ حرَّان. فجاء أحدهما ولم يعلم من هو، وكذلك نظيرتها في الطلاقِ.

كذلك ينبغي أن يكونَ الحكمُ فيما إذا طارَ طائرٌ، وقال: إن كان غراباً فأنت طالوٌ واحدةً، وإن لم يكن غراباً فأنت طالوٌ اثنتين. فطارَ ولم يعلم حاله. وعلى هذا: إن راجعَ قبلَ وضعِ الثاني، وقعَ ما علَّقَ به، وتعدُّ بعدَ وضعه.

وأما قوله: وإن كان بينهما فوق ستة أشهر... إلى آخره؛ لأنه لا يمكن أن يكون حملًا واحداً وبينهما فوق ستة أشهر، بل الثاني حملٌ آخرٌ مستقلٌ.

وبنى - رحمه الله - المسألة على أصليين:

أحدهما: أن هذا الحمل هل يلحق بالمطلقي، أم لا؟.

والثاني: هل تنقضي عدتها به على تقدير أن لا يلحق به، أم لا؟.

أما كون هذا الحمل هل يلحق بالمطلقي؟ فمأخوذ من قوله: فيما يلحق من النسب: وإذا ولدت الرجعية بعد أكثر مدة الحمل منذ طلقها ولدون ستة أشهر منذ أخبرت بانقضاء عدتها، أو لم تخبر بانقضائها أصلاً، فهل يلحقه نسبه؟ على روايتين.

وحل هذا: أن الرجعية إذا ولدت بعد أكثر مدة الحمل منذ طلقها، لها حالان:

أحدهما: أن تخبر بانقضاء عدتها، وتلد لدون ستة أشهر منذ إخبارها، فيعلم بطلان الخبر، وأن الحمل كان موجوداً في مدة العدة.

والثاني: أن لا تخبر، ولم يحكم بانقضائها. وهذه العبارة أشد وأكمل؛ لأن عبارة بعضهم: وإن طلقها طلاقاً رجعيًا، فولدت لأكثر من أربع سنين منذ طلقها، وأقل من أربع منذ انقضت عدتها.

وعبارة بعضهم: وإن وطئ الرجل زوجته، ثم طلقها طلاقاً رجعيًا، ثم أتت بولد بعد أكثر مدة الحمل، وقبل انقضاء عدتها؛ لأن العبارة الأولى هي للحالة الأولى، ذكرها المصنف وحررها؛ لأنها تصدق على ما لو أقرت بانقضاء عدتها بالقرء، ثم أتت بولد بعد ستة أشهر. وقد صرح قائلها بهذه الصورة، وأنه لا يلحق به، وكذا صرح غيره.

ولسنا ننكر الخلاف فيها، فإن في «المغني»^(١) ذكر أن كلام الخرقبي يحتمل أن يلحق به، وذكره بعض المتأخرين قولاً.

والعبارة الثانية هي للحالة الثانية: ويدخل فيها الأولى، لكن هذه أجود وأصرح. فتأمل ذلك.

ثم إن الخلاف في هذه المسألة ذكره بعضهم وجهين، وذكره بعضهم روايتين، واختلفت كلام الشيخ في ذلك.

وجه لحوق النسب - وهو الصحيح والراجح عند جماعة من الأصحاب -: أن حكمها حكم الزوجات في أكثر الأحكام بلا إشكال، فكذا في مسألتنا؛ لأنه الأصل كشيئته بالأكثرية، والنقل عنه يفتقر إلى دليل، والأصل عدمه، لا سيما والنسب يحتاط له، فتحقيقه وإثباته أولى من غيره من الأحكام، وقياساً على ما قبل الطلاق.

ووجه عدم لحوقه: أنها مطلقة، علقته به بعد الطلاق يقيناً؛ لأنه لا يجوز أن يكون موجوداً قبل الطلاق، مع بقائه أكثر من مدة الحمل، فأشبهت البائن، والأولى أولى، والفرق ظاهر.

إذا تقرّر هذا: فمسألتنا المقصودة، مطلقة رجعية تحقّق حملها بعد طلاقها بوضع الأول، ولم يحكم بانقضاء عدتها، فعلم بذلك أن التعليق السابقين يجريان هنا، وأن ما ذكره في لحوق النسب أصل لما ذكره في الطلاق.

وقد يقال: يحمل قوله: وإن كان بينهم فوق ستة أشهر. على الصورة المذكورة في لحوق النسب؛ لأنها إذا وضعت بعد أكثر مدة الحمل وقبل الحكم بانقضاء العدة، صدق أنها وضعت وبينهما فوق ستة أشهر، ودل على هذا الحمل تقييد كلامه في لحوق النسب.

وصرح بستة أشهر فأكثر؛ للفرق بين الحمل الواحد والحملين، والأول هو الصواب؛ لما فيه من التقييد بغير دليل، والتفريق بين المتماثلين.

والمسألة الأخرى، وهي أن من أتت امرأته بوليد لا يلحقه نسبه، هل تنقضي عدتها به، أم لا؟ مشهورة، وقد صرح بها المصنّف وغيره، والكلام عليها يطول، والراجح فيها

واضح، فلا حاجة إلى بحثها.

إذا تقرّر هذا، فقولُهُ: فالحكم كما فصلنا، إن قلنا: الثاني تنقضي به العدة، ولا يلحق بالمطلق، أي: الخلاف السابق جارٍ هنا، والدليل كما تقدّم، وإن قلنا: تنقضي به العدة، كملت به الثلاث؛ لأنها وجدت صفتها، كما لو وجدت دفعة واحدة، وانتفاء عدم الوقوع؛ لانتفاء سببه، لأنّ هذا الحمل الثاني لا أثر له في انقضاء العدة، فوجوده كعدمه، كما لو خرج منها نطفة أو دم، ولهذا لو كان قال: كلّمَا ولدتِ ولدًا فأنت طالق. فولدت ثلاثة، واحداً بعدَ واحدٍ لدونِ ستّة أشهرٍ، طلقت بالثاني أيضاً؛ لانتفاء انقضاء العدة به، ولا تطلق بالثالث على الراجح كما تقدّم.

وإن قلنا: بأنّه يلحق به، كملت به الثلاث أيضاً؛ لأنّ الحكم بلحوقه حكمٌ بثبوت وطء الزوج، والحكمٌ بثبوت وطئه حكمٌ بحصول الرجعة؛ لأنّ الرجعة تحصل بالوطء في ظاهر المذهب، ولو راجعها، وقع ما علّق بالثاني بلا إشكال؛ لانتفاء العدة.

وعلى رواية عدم حصول الرجعة بالوطء، وأنها ليست مباحة، لا يلحقه النسب، على ظاهر كلامه في «المستوعب».

وقد قال في «المغني»^(١) في النفقات، في الفصل - قبل مسألة: ويجبر الرجل على نفقة والديه وولديه في المرأة الرجعية - قال: وإن وطئها زوجها في العدة للرجعة، حصلت الرجعة، وإن قلنا لا تحصل، فالنسب لاحق به، وعليه النفقة لمدة حملها. انتهى كلامه.

فينبغي أن^(٢) قولنا: لا تحصل الرجعة بالوطء إن اعتقد تحرّمه. لم يلحق، وإلا، لحق. فإن قيل: ما تقدّم من البناء غير صحيح، لا سيما على قول المصنّف: إنّه لا يلزم من الحكم بلحوق النسب الحكم بثبوت وطء الزوج. لكون ذلك مستلزماً للرجعة، بل قد يحكم بلحوق

(١) ٣٧٢/١١.

(٢) بعدها في (م): «يكون».

النسب، وإن لم يحكم بثبوت الوطء، ولا يترتب عليه ثمراته، كما ترتبت على الوطء الحقيقي ومظنته، فيحكم بلحوق النسب، وإن لم يحكم بالبلوغ، ولا باستقرار مهر عن المدخول بها، ولا بثبوت العدة عليها، ولا بثبوت الرجعة عليها فيما إذا طلق، كما ذكره المصنف في باب ما يلحق من النسب.

ويؤخذ ذلك من كلام الشيخ موقف الدين، بعضه صريحاً، وبعضه إيماء؛ لأنه ذكر في مسألة قذف الصغيرة، من كتاب اللعان^(١): أن الزوج إذا كان ابن عشر فأكثر، يلحقه نسبه، خلافاً لأبي بكر، قال: وليس له نفيه في الحال، حتى يتحقق بلوغه بأحد أسباب البلوغ، فله نفي الولد أو^(٢) استلحاقه.

فإن قيل: إذا ألحقتم الولد، فقد حكتمم ببلوغه، فهلاً سمعتم^(٣) نفيه ولعانه؟ قلنا: إلحاق الولد يكفي فيه الإمكان، والبلوغ لا يثبت إلا بسبب ظاهر، ولأن إلحاق الولد به حق عليه، واللعان حق له، فلم يثبت مع الشك. انتهى كلامه.

وكذلك احتطنا للنسب، فاكتفينا فيه بالإمكان؛ لوجود مقتضيه، وهو الفراش الثابت بالعقد، كما هو مذكور في موضعه، ونفينا غيره من الأحكام على أصله، وقد تقرّر أنه لا ينقل عن الأصل بالاحتمال والوهم، وهذا كما نحكم بدخول وقت العباد، فيحتاط لها بإيجاب فعلها، وإن لم تترتب^(٤) باقي الأحكام، كوجوب صوم ليلة الغيم، مع أنه لا يقح طلاق، ولا عتاق، ولا يحل دين له، ولا عليه، على ظاهر المذهب. وإذا انتفت الرجعة، انتفى وقوع الثلاث في مسألتنا؛ لأنه مبني عليها، قيل: يلزم من ذلك حصول الرجعة في

(١) «المغني» ١١/١٢٥.

(٢) في الأصل و(م): «و». والمثبت من «المغني» ١١/١٢٥، والشرح الكبير ومع المقتع والإنصاف ٢٣/٤٠٤.

(٣) في الأصل و(م): «منعتم». والمثبت من «المغني» ١١/١٢٥، والشرح الكبير ومع المقتع والإنصاف ٢٣/٤٠٤.

(٤) في الأصل: «ترب».

مسألتنا كما صرَّح^(١) في «المستوعب»، وأظن^(٢): وغيره.

والظاهر أن المصنّف تبع غيره من الأصحاب على ذلك؛ لأنّ لحوق النسب شرعاً اعتراف، أو كاعتراف الزوج بالوطء؛ لأنّه دليل عليه، ووقوف ثبوته على البيّنة متعذّر، ولا يمكن القول بوقوفه على الاعتراف. ولو اختلفا^(٣) في الوطء هنا، كان القول قول من يدّعيه؛ لأنّه اختلاف بعد الدخول والتمكين، وهذا خلاف^(٤) ما ذكره المصنّف في لحوق النسب؛ لأنّ كلامه فيه قبل الدخول.

ولو اختلفا قبل الدخول في الإصاّبة، كان القول قول من ينفيها؛ لأنّ الأصل معه، ولا معارض له.

فإن قيل: يلزم على هذا، ما لو طلق مدخولاً بها، ثمّ أتت بولد يلحقه نسبه، كما لو أتت به قبل مجاوزة أكثر مدّة الحمل منذ طلق، فإنّ الرجعة لا تثبت وإن لحقه نسبه، مع أنّها مدخول بها قبل الطلاق؟

قلنا: لا يلزم؛ لأنّ الوطء في هذه المسألة يحتمل أن يكون وجد قبل الطلاق، ويحتمل أن يكون وجد بعده مصادفاً زمن العدة، فلا تحصل الرجعة مع الشك، بخلاف ما تقدّم، لأنّا نتحقّق مصادفة الوطء زمن العدة؛ لأنّه لا يجوز أن يكون سبب الوضع الثاني وجد قبل الطلاق، مع كونهما حملتين، كما سبق.

وإذا كان كذلك، لزم حصول الرجعة - ومن زعم أنّ لفظ المصنّف: وإن قلنا لا تنقضي به، والحقناه. بحذف الألف، فليس كما زعم، بل النسخ الصحيحة المشهورة المعتمدة بإثبات الألف، ولم أجد حذفها في نسخة صحيحة، وقد صحّ - كما سبق - أنّ عدم انقضاء

(١) بعدها في (م): «به».

(٢) في (م): «ولظن».

(٣) في (م): «اختلف».

(٤) في (م): «الخلاف».

العدّة سببٌ مستقلٌّ في وقوع الثلاث، وعلى تقدير حذف الألف يكون عدم انقضاء العدّة جزء السبب، فتعيّن أن تثبت الألف حتى يكون عدم انقضاء العدّة سبباً كاملاً لوقوع الثلاث، فإن وجدت الألف في نسخة صحيحة محذوفة، تعيّن أن تكون مقدّرة، وتكون الواو بمعنى «أو»، وهو سائغ.

ولا ينبغي أن يجعل ما إذا أبانها، فولدت آخرَ بعد ستّة أشهرٍ أصلاً لهذه المسألة؛ لأنّه إن جعل أصلاً للحوق النسب، لم يستقم؛ لأنّ في لحوق النسب في الفرع تردّد^(١)، ولا خلاف في المذهب في عدم لحوق النسب في الأصل. وإن جعل أصلاً لانقضاء العدّة، فهو فرعٌ محالٌ على أصل، فذكر الأصل المحال عليه أولى، مع أنّ فيه تخصيص بعض النظائر بالذكر.

وذكر القاضي - رحمه الله - الخلاف فيما إذا كان بينهما دون ستّة أشهرٍ، وذكر أنّه إن كان بينهما ستّة أشهرٍ فصاعداً، أنّها تبيّن بالثاني، ولا تطلق به. وقال: فهذا حملٌ حادثٌ بعدّ البيوتة، فلا يلحق به، ولا يتعلّق به طلاق.

وقوله: بعدّ البيوتة. أي: بعدّ سببها؛ لأنّه حدث بعدّ الحمل الأوّل الذي وقع به الطلاق، وإلا، فمحالٌ بينوتها بالحمل الثاني، مع بينوتها بالأوّل، فقد قطع بأنّ الثاني تنقضي به العدّة، ولا يلحق بالمطلّق، ومع هذا قطع بعدم وقوع الطلاق به، وفيه إشعارٌ بأنّنا لو قلنا: لا تنقضي به العدّة، أو الحقناه بالمطلّق، طلقت به، فيكون كما ذكره صاحب «المحرر».

وقطع القاضي في هذه المسألة^(٢): لا يلحق به، وقطع في مسألة لحوق النسب المذكورة بلحوقه، وهذا أمرٌ قريبٌ، لا سيّما في اصطلاح المتقدّمين، فإنّ الفقيه قد يذكر في موضع أحد القولين، ويذكر في موضع آخر القول الآخر. وذكر أبو الخطّاب الخلاف فيما

(١) في (م): «تعدداً».

(٢) بعدها في (م): «بأن».

إذا كان بينهما دون ستّة أشهر، وقال: فإن كان بينهما فوق ستّة أشهر، فهو على ما تقدّم من الوجيهين، وظاهرُ هذا: ثبوتُ الوجيهين في جميع الصورِ.

وكانَ الشيخُ في كتابِ «المقنع» لمّا رأى أبا الخطّابِ أحالَ الوجيهين فيما إذا كان فوق ستّة أشهر، على الوجيهين فيما إذا كان بينهما دونَهما، لم يتعرّض للتفصيل؛ لعدم فائدته. وكذلك قولُ الشيخِ في كتابِ «زوائد الهداية» على الخرقِيّ، والشيخُ وجيهُ الدين أبو المعالي في كتابِ «الخلاصة»، تبعَ أبا الخطّابِ في التفصيلِ من غيرِ زيادةٍ ولا نقصان، إلّا أنّه صحّحَ عدمَ وقوعِ الطلاقِ في الحالين، وكذلك فعلَ غيرُهما، وذلك من إقرارهم. وعدمُ تغييرهم ظاهرٌ في فهمهم ظاهره.

فإن قيل: كلامُ أبي الخطّابِ محمولٌ على القولِ بأنّ الثاني تنفصي به العدّة، ولا يلحقُ بالمطلّق، كما قيده صاحبُ «المحرر»؟.

قيل: كلامُ شخصٍ لا يقيّدُ كلامَ شخصٍ آخر، بل يُحمَلُ كلامُ من أطلقَ على عمومه، اللهمّ إلّا أن يندرجَ تحتَ الإطلاقِ صورةٌ لا يكونُ للقولِ بها مساعً، فحينئذٍ تخرجُ تلك الصورةُ من الإلحاقِ؛ لتعدُّرِ حملِ المطلقي عليها، لا سيّما هنا؛ لأنّ أبا الخطّابِ ذكرَ انقضاءَ العدّةِ بما لا يلحقُ بالمطلقي احتمالاً، فجعلُ كلامه تفرعاً منه على احتمالٍ بعيدٍ من غيرِ إشارةٍ منه إلى ذلك، بعيدٌ، بل قد يقال: فيه إشارةٌ إلى خلافه؛ لأنّه أحالَ هذه المسألةَ على التي قبلها، فدلّ على اشتراكهما في المدركِ والحكمِ.

يؤيّدُ هذا: أنّ صاحبَ «الوجيز»^(١) - من متأخري الأصحابِ - ذكرَ فيه أنّها تطلّقُ بالأوّل، وتبينُ بالثاني، ولا تطلّقُ بالثاني، وقطعَ بهذا، ولم يفصل بين ستّة أشهرٍ وغيرها،

(١) هو: سراج الدين، أبو عبد الله، الحسين بن يوسف بن محمد بن أبي السري الدجيلي، البغدادي، تفقه على القاضي الزريراني. وكان كتابه «الوجيز» جامعاً لمسائل كثيرة، وفوائد غزيرة. (ت ٧٣٢هـ). «ذيل طبقات الحنابلة» ٢/٤١٧-٤١٨.

وقطع في مسألة لحوق النسب بأنه يلحقه، وقطع في العدي^(١) بأن ما لا يلحقه نسبه، لا تنقضي به العدة. وهو كتاب حسن. وقد اطلع عليه^(٢) القاضي تقي الدين الزيراني البغدادي، وأجاز الفتيا به، وأنه المذهب.

فقد ظهر من هذا: أن الأصحاب - رحمهم الله تعالى - في الحال الرابع، وهو فيما إذا الحقناه به، هل تكمل به الثلاث؟ على وجهين. وقياس القول بالتسوية بين الأحكام في مسألة الغيم: أنه يلزم من الحكم بلحوق النسب الحكم بجميع الأحكام؛ لأنه محكوم بوطئه شرعاً بالنسبة إلى بعض الأحكام، فكذلك إلى البعض الآخر، تسوية بين جميعها.

وقد قال صالح: قال أبي: إذا أغلق الباب، وأرخى الستر، لزمه الصداق، قلت: وإن لم يطأ؟ قال: وإن لم يطأ، أرايت لو جاءت بوليد، أليس تلزمه^(٣) إياه؟ العجز جاء من قبيله. قلت: فإنه قال: لم أطأ. وقالت: لم يطأني؟ قال: هذا فأر من الصداق. وهذه فارة من العدة.

فقد احتج الإمام^(٤) على لزومه^(٥) الصداق بلزومه الولد لو جاءت به، فدل على تلازمهما عنده ظاهراً^(٦) وشرعاً.

والمشهور من قول الأصحاب: أنه لا فرق في الوصية للحمل بين أن تكون المرأة فراشاً لزوج أو سيّد، يطؤها أولاً يطؤها؛ لأنهم لم يفرقوا في لحوق النسب بالزوج والسيّد في حكم من يطؤها، فقد جعلوا الحالين سواء في الوصية؛ لاستوائهما في لحوق النسب.

(١) في (م): «العدة».

(٢) جاءت في هامش الأصل، وفوقها: «لعله».

(٣) في الأصل: «ليس تلزمه»، والمثبت من «مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح» ٢/٢٢٢.

(٤) بعدها في (م): «أحمد».

(٥) في (م): «لزوم».

(٦) الواو ليست في الأصل.

ولو كان لرجل ولدٌ من امرأة، فقال: ما وطئتها. لم يثبت إحصانه، ولا يُرجمُ إذا زنى، عندنا وعند الشافعي. وقال أبو حنيفة فيما حكاه أصحابنا عنه: يُرجمُ؛ لأنَّ الولد لا يكون إلا من وطء، فقد حكم بالوطء ضرورة الحكم بالولد.

وأصحابنا يقولون: الولد يلحق بالإمكان، والإحصان لا يثبت بالإمكان، ولا يكون أحدهما دالاً على الآخر.

وبيانه: أنها يجوزُ أن تعلقَ من وطءٍ دونَ الفرج، أو تستدخلَ ماءَ الرجل فتعلق، وبهذا لا يجوزُ أن يثبت الإحصان.

والمقصودُ أنَّ مسألتنا على أصولِ أبي حنيفة أولى؛ لأنَّ الإحصانَ لا يثبتُ إلا بحقيقةِ الوطء، ولا يثبتُ بالخلوة، بخلافِ مسألتنا، وإذا تفرَّزَ هذا، فلا يستبعدُ ما أشيرَ إليه من جري الخلافِ في مسألتنا، والله أعلم.

obbeikandi.com

باب الشروط في البيع^(١)

إذا شَرَطَ البائعُ: إنْ جاءه بالثمنِ إلى وقتِ كذا، وإلَّا، فلا يبيِعَ بيننا، صحَّ شَرَطُهُ. المحرر وإن شَرَطَ رهناً أو كفيلاً يعرفانه، فأبى الكفيلُ أنْ يضمنَ، أو المشتري أنْ يسلمَ الرهنَ، لم يجبر، وللبيعِ الفسخُ، إلَّا في رهنِ المعينِ إذا قلنا: يلزم بالعقد^(٢). فإنَّه يُؤخَذُ بتسليمه^(٣).

وإذا باعَه أرضاً على أنَّها عشرةُ أذرعٍ، فبانت تسعةٌ، فللمشتري رُدُّها أو إمساكُها بالقسْطِ. وإنْ بانت أحدُ عشرَ، فالزُّيادةُ للبايعِ مُشاعةً، ولهما الخيار. وعنه: البيعُ باطلٌ.

وإذا شَرَطَ صفةً في المبيعِ^(٤)، ككونِ العَبْدِ كاتباً أو خصياً^(٥)، أو الأمةَ بكراً، أو الفهدِ صَبُوداً، أو الدَّابةَ هملجةً^(٦) ونحوه، صحَّ. فإنْ بان بخلافه، فله الفسخُ، أو أرشُ فقْدِ الصِّفةِ. وقيل: لا أرشٌ إلَّا أنْ يمتنعَ الرُّدُّ.

ولو شرطَ الأمةَ ثيباً أو كافرةً، فبانت بكراً أو مسلمةً، لم يملكِ الفسخُ. وقيل: يملكه.

وإنْ شَرَطَ الطائرَ مصوِّتاً، لم يصحَّ. وإنْ شَرَطَ مجيئه من مَسِيرٍ معلومٍ، أو شَرَطَ الأمةَ حاملاً، فعلى وجهين.

النكت

(١) من هنا وحتى ص ٥٤ من الجزء الثالث لم يعلّق عليه ابن مفلح في «النكت»، وقد أشير لذلك في مقدمة التحقيق ص ١٤.

(٢) في (م): «العقد».

(٣) بعدها في (م): «فإنه ليس هو المذهب».

(٤) في (م): «البيع».

(٥) في (م): «خطياً».

(٦) الهملجة: حسن سير الدابة. «المصباح المنير» (مملج).

وإن شَرَطَ البائعُ نَفَعَ المبيعَ مَدَّةً تُغْلَمُ، كَسَكْنَى الدَّارِ وخدمَةِ العبدِ، أو شَرَطَ المشتري نَفَعَ البائعِ، كَجَزِّ^(١) الرُّطْبَةِ، وخبِاطَةِ الثَّوبِ، صحَّ. ولم يَجْزُ أَنْ يَجْمَعَ مِنْ ذلكَ شرطَيْنِ. وعنه: أَنَّهُ لا يَصِحُّ.

وإن باعَهُ شيئاً بشرطِ قرضٍ، أو سَلَفٍ، أو صَرْفٍ، أو شَرَطَ أَنْ لا يبيعه، ولا يَهَبَهُ، ولا يعتقه، أو إنْ أعتقه، فله ولاؤه، أو إنْ لم يَنْفُقْ عنه^(٢)، ردّه، ونحوه ممَّا ينافي مقتضى العَقْدِ، أو شَرَطَ رهناً مُحَرِّماً أو مجهولاً، فسدت هذه الشُّروطُ. وفي العَقْدِ روايتان^(٣)، ومتى صحَّحنا العَقْدَ - دون الشُّرْطِ - ولم يعلم مَنْ فاتَ غرضُهُ منهما بفساده، فله الفَسْخُ أو أَرشٌ ما نقصَ من الثَّمَنِ بِالغَايَةِ.

وإن باعَهُ عبداً بشرطِ العتقِ، صحَّ، وهل يُجْبَرُ عليه إنْ أبى، أو يَمْلِكُ البائعُ الفسخَ؟ على وجهين. وعنه: أَنَّهُ شَرَطٌ فاسدٌ.

ويصحُّ اشتراطُ رهنِ المبيعِ على الثَّمَنِ. نصَّ عليه. وقال القاضي: لا يصحُّ.

(١) في (م): «كجني».

(٢) في (د): «عنده»، وفي (م): «عليه».

(٣) بعدها في (م): «الصحيح: الصحة».

باب بيع الأصول^(١) والثمار

إذا باع أرضاً فيها غراسٌ أو بناءٌ، دخلَ في البيعِ. وقيل: لا يدخلُ حتى يقولَ:
بحقوقها.

وإذا باعَ نخلاً قد تشقَّقَ ظُلُوعه، أو شجراً بدأ ثمره، أو أرضاً فيها زرعٌ، فالثمرُ
والزُّرعُ للبايعِ، مُبْقَى^(٢) إلى أو انِ أخذه، إلا أن يشترطه المشتري.

وللبايعِ سَقْيُه للحاجةِ، وإن أضرَّ بالأصلِ. فإن اختلفا، هل بدأ الثمرُ قبلَ البيعِ أو
بعده؟ فالقولُ قولُ البايعِ^(٣).

ولو باع نوعاً من بستانٍ بدأ ثمرٌ بَعْضُه، فله ما بدأ، وما لم يَبْدُ، للمشتري. نصَّ
عليه. وقال ابنُ حامدٍ: الكلُّ للبايعِ.

ولا يجوزُ بيعُ الرُّطْبَةِ^(٤)، ولا الزرعِ قبلَ اشتداده، ولا الثمرِ قبلَ بدوِّ صلاحه، إلا
بشرطِ القطعِ في الحالِ إلا أن يبيعه بأصله، فإن باعه من مالكِ الأصلِ، فعلى وجهين.
فإن شرطَ القطعَ، ثم تركه حتى^(٥) طالبتِ الجزءُ^(٥) واشتدَّ الحُبُّ، وصلحت
الثمرةُ، فسَدَ العقدُ، وكان المبيعُ بزيادته للبايعِ^(٦). وعنه: لا يفسدُ، والزيادةُ لهما.
وعنه: يتصدَّقان بها. وقال القاضي: هي للمشتري.

(١) في (م): «الزروع».

(٢) في (م): «يبقى».

(٣) بعدها في (م): «وهو المذهب».

(٤) في (م): «الرطب».

(٥-٥) في (م): «طالب الجزء».

(٦) بعدها في (م): «وهو المذهب بلا خلاف».

وإذا بدا صلاح الثمر، بأن يطيب أكله ويظهر نضجه، جاز بيعه مطلقاً، وبشرط
التبقيّة. وعلى البائع سقيه تمكيناً ومؤنة وإن أضر بأصله، وهل لمشتريه بيعه قبل
جذّه^(١)؟ على روايتين^(٢).

وإذا غلب صلاح نوع في بستان، جاز بيع جميعه. نصّ عليه. وفي بيع مالٍ يصلح
منه مفرداً، وجهان. وعنه: لا يباع منه إلا ما بدا صلاحه.
ويجوز بيع الباقلاً والجوز واللوز في قشرته^(٣)، وبيع الحبّ المشتدّ في سنبله إلا
بجنسه، فإن باعه بمكيلٍ من غير جنسه، فعلى وجهين.
وما تلف من الزرع أو الثمر^(٤) بأمرٍ سماويٍّ قبل قطعِهِ، فهو من ضمان البائع،
إلا إذا تجاوز وقت أخذه، أو اشترى مع أصله، فإنه لا يضمّنه. وعنه: إن تلف ما دون
الثلث، لم يضمّنه بحالٍ. ويعتبر الثلث بالقيمة، وقيل: بالقدر.
وما تكرّر حملُه من أصول الخضر، كالبطيخ والقثاء ونحوه، فهو كالشجر،
وثمرته كثمرتها في جميع ما ذكرنا.

(١) في (م): «جزه»، وفي (د): «جذّه».

(٢) بعدها في (م): «المذهب البيع».

(٣) في (م): «قشريهما». وفي (ع) و(د) والأصل: «قشرته».

(٤-٤) في (س): «بأفة سماوية».

باب الربا

الربا محرّم في دار الإسلام والحرب، إلّا بين مسلمٍ وحربيٍّ لا أمانَ بينهما. المحرر
ولا يحرمُ ربا الفضلِ إلّا في مكيّلٍ أو موزونٍ يبيّعُ بجنسيه. وعنه: يختصُّ تحريمُه
بجنسِ النقدين والمطعمات. وعنه: يختصُّ بجنسِ النقدين وكلِّ مطعومٍ يكالُ أو
يوزنُ.

ولا يجوزُ بيعُ مكيّلٍ بجنسيه إلّا كيلاً، ولا موزونٍ بجنسيه إلّا وزناً.
ومردُّ الكيلِ: عُرِفَ المدينة. والوزنُ: عُرِفَ مَكَّةَ على عهدِ رسولِ اللّهِ ﷺ، فإن
تعدَّرَ، ردَّ إلى عُرْفِهِ بموضعه. وقيل: إلى أشبه شيءٍ في الحجازِ به^(١).
ويشترطُ الحلولُ والتقابضُ في المجلسِ في بيعِ المكيّلِ بالمكيّلِ^(٢)، والموزونِ
بالموزونِ^(٣)، وإن اختلفَ الجنسان، إلّا في بيعِ العروضِ الموزونةِ بالنقدين، فأما
صرفُ الفلوسِ النافقةِ بهما، فمن شرطه: الحلولُ والقبض. نصَّ عليه. وقال ابنُ
عقيلٍ: لا يشترطُ. ولا يشترطُ التقابضُ فيما لا يكالُ ولا يوزنُ، ولا في بيعِ^(٤) مكيّلٍ
بموزونٍ، ولا يحرمُ فيه النساءُ، وعنه: يحرمُ. وعنه: لا يحرمُ إلّا في الجنسِ الواحدِ.
والجنسُ: ماله اسمٌ خاصٌّ يحوي أصنافاً، كالتمرِّ والبُرِّ والشعيرِ ونحوه. وفروعُ
الأجناسِ أجناسٌ، كالأدقّةِ، والخلولِ^(٥)، والأدهانِ، والألبانِ، واللحمان. وعنه:
أنَّ اللحمَ كلُّه جنسٌ، وكذلك اللبنُ واللحمُ والشحمُ والكبدُ والأليةُ أجناسٌ.

النكت

(١) في (د): «الحجازية».

(٢) في (ع): «بالكيل».

(٣) في (ع): «بالوزن».

(٤) ليست في (س).

(٥) في (ع): «الخلول».

ويجوزُ بيعُ الرطْبِ والعنْبِ والخبْزِ واللحمِ المنزوعِ عظمه قبلَ الجفافِ وبعده بمثله، ولم يُجزه الخرقِيُّ في اللحمِ رطباً.

ولا يجوزُ بيعُ حَبِّ بدقيقه أو سويقه، ولا نبيء^(١) جنسٍ بمطبوخه^(٢)، ولا أصله بعصيره، ولا خالصه بمشويه^(٣)، ولا يابسَه برطْبِه، إلَّا في العرايا: وهي بيعُ الرطْبِ في نخله خَرَصاً بتمرٍ مثله كيلاً، فيما دونَ خمسةِ أوسقٍ لمن به حاجةٌ، إمَّا إلى أكل التمرِ وشرائه بالرطْبِ، وإمَّا إلى أكلِ الرطْبِ ولا ثمنَ معه. فإن تركَ الرطْبَ حتَّى أتمرَ، بطلَ البيعُ في الصورةِ الثانيةِ خاصَّةً. وعنه: لا يبطلُ، ويخرصُ الرطْبُ على ماله يابساً، وعنه: يخرصُ رطباً.

ولا يجوزُ بيعُ اللحمِ بحيوانٍ من جنسه، فإن لم يكن من جنسه، فعلى وجهين.

ويجوزُ بيعُ شاةٍ ذاتِ صوفٍ بصوفٍ، وذاتِ لبنٍ بلبنٍ، وعنه: المنعُ.

ولا يجوزُ بيعُ ربويٍّ بجنسه ومعه من غيرِ جنسه من الطرفين، أو أحدهما، كمدِّ عجوةٍ ودرهمٍ بمدِّ عجوةٍ ودرهمٍ، أو بمدِّين أو درهمين. وعنه: يجوزُ، إلَّا أن يكونَ المفردُ^(٤) مثل الذي معه غيره أو دونه^(٥). وكذلك حكمُ نوعي الجنسِ بنوعٍ منه كدينارٍ صحيحٍ ومكسَّرٍ بصحيحين. واختارَ أبو بكرٍ الجوازَ هاهنا.

وإذا تفرَّقَ^(٦) المتصارفان، فوجدَ أحدهما بما قبضَه عيباً من غيرِ جنسه، كالصُّفْرِ في الذهبِ، بطلَ الصرفُ، وإن كان من جنسه كالسوادِ في الفضةِ، فله ردُّه، وإبداله في مجلسِ الردِّ، ما لم يُعيَّن بالعقدِ. وعنه: يبطلُ العقدُ برده.

(١) في (م) و(د): «في».

(٢) في (م): «مطبوخه».

(٣) في (س): «بمشويه».

(٤) في (م): «المفرد».

(٥) بعدها في (م): «المذهب: عدم الجواز».

(٦) في (م): «تفارق».

وإذا لم يتوازنا في الصرف، اكتفاء^(١) بوزنٍ علماه من قبل، أو أخبر به^(٢) أحدهما المحرر صاحبه، جاز.

ومن باع ربوياً نسيئة، ثم اعتاض عن ثمنه بما لا يباع به نسيئة، لم يجز. ومن باع شيئاً نسيئة، لم يجز أن يشتريه بأقل مما باعه، إلا أن يتغير بما ينقصه، أو يشتريه بغير^(٣) جنس الثمن، أو من غير مشتريه منه.

والدراهم والدينانير تتعين إذا عيّنت^(٤) بالعقد، فإن بانت غصباً، أو بها عيب من غير جنسها، بطل العقد، وإن كان من جنسها، فله الرد دون البدل، فإن أمسك، فله الأرش، إلا^(٥) في صرفها بجنسها^(٥). وعنه: أنها لا تتعين، فتبدل مع الغصب والعيب بكل حال.

النكت

(١) في الأصل و(د): «اكتفياً». وفي (ع): «اكتفي».

(٢) ليست في (م).

(٣) في (س): «من غير».

(٤) في (س): «عيبت». ورفقها: «نص عليه».

(٥-٥) في (د): «بصرفها في جنسها».

obbeikandi.com

باب حكم قبض المبيع وتلفه قبله

المحرر من اشترى شيئاً بكييل، أو وزن، أو عدد، أو ذرع، كشرائه قفيز من صبرة وثوب على أنه عشرة أذرع، وقطيع كل شاة بدرهم ونحوه، لم يجز تصرفه فيه قبل استيفائه بذلك. فإن تقابضاه^(١) جزافاً لعلمهما بقدره، جاز، إلا في المكييل، فإنه على روايتين. فإن تلف عند البائع بامر سماوي، انفسخ العقد فيه، وتلف من ضمانه، وإن تلف بعضه، انفسخ في قدره، وخير المشتري في^(٢) الباقي. وإن اختلط بغيره ولم يتميز، ففي الانفساخ وجهان. وإن أتلفه البائع^(٣) أو غيره، فللمشتري فسح^(٤) العقد، وأخذ ثمنه، وله الإمضاء وأخذ القيمة^(٥) من متلفه، وكذلك حكم ما اشتراه بصفة^(٦) أو رؤية متقدمة. وما عدا ذلك: فعنه: أن حكمه كذلك. وعنه: أن تصرف المشتري فيه جائز قبل القبض، وإن تلف، فمن ضمانه، وهو المشهور. وعنه: أن صبر المكييل والموزون خاصة، كبيعهما كيلاً ووزناً.

وكل عين ملكت بنكاح، أو خلع، أو صلح عن دم عمد، أو عتق، فهي^(٥) كالمبيع في ذلك كله، لكن يجب بتلفها مثلها إن كانت مثلية، وإلا، فقيمتها. ولا فسح لعقدها بحال. فأما ما ملك ببارث، أو وصية من مكييل وغيره، فالتصرف^(٦) فيه قبل قبضه جائز.

النكت

.....

(١) في (س): «تقابضاه».

(٢) ليست في (م).

(٣) ليست في (د).

(٤) جاء في هامش (د) ما نصه: «في الحاشية بخط: لو قال: وأخذ البدل. كان أولى؛ ليشمل المثلي»

وغيره. اهـ من هامش الأصل».

(٥) ليست في (س).

(٦) في (م): «فالتصرف».

وما شَرِطَ قبْضَهُ لصِحَّةِ العَقْدِ، كالصَّرْفِ^(١) والسَّلَمِ، فلا يجوزُ التصرُّفُ فيه قبلَ قبْضِهِ بحالٍ.

ويحصلُ القبضُ فيما ينقلُ بالنقلِ، وفيما يتناولُ باليدِ بالتناولِ، وفي العقارِ ونحوهِ بالتخليةِ، وفيما قُدِّرَ بكيلٍ أو غيرِهِ بتوفيتهِ به، ومؤونةُ توفيتهِ على البائعِ، وعنه: أنَّ قبْضَ كلِّ شيءٍ بالتخليةِ مع التمييزِ.

ومن باعَ شاةً اشتراها بقفيزٍ من صبرةٍ، ثُمَّ تلفتِ الصبرةُ قبلَ القبضِ، انفسخَ العَقْدُ^(٢) الأوَّلُ دونَ الثاني، وعليه لبائعِ الشاةِ الأوَّلِ قيمتها.

ولا يملكُ المشتري ما قبْضَهُ بعقْدٍ فاسدٍ، ولا يجوزُ تصرُّفُهُ فيه، وعليه أجرَةُ المثلِ لمنفعتِهِ وضمائِهِ إذا تلفَ بقيمتهِ، وهل يضمنُ زيادتهِ، أو تكونُ أمانةً^(٣)؟ على وجهين.

(١) في (س): «كالصرف».

(٢) ليست في (د).

(٣) ليست في (م).

باب الرد بالعيب

من اشترى شيئاً فبان معيباً، خُيرَ بين ردّه وأخذِ ثمنه، وبين إمساكه بأرشيهِ؛ بأن ينسبَ قدرَ النقصِ إلى قيمتهِ سليماً، فيرجع من الثمنِ بنسبتهِ. وعنه: لا أرشَ لممسكٍ له الردُّ، والأوّلُ المذهبُ. فإن كان قد نما نماءً منفصلاً، لم يلزمه ردّه معه كالكسبِ. وعنه: يلزمه. فإن كان النماءُ ولدًا أمةً، تعيّنَ الأرشُ؛ لتعدُّرِ التفرقةِ.

ولا يبطلُ خيارُ العيبِ إذا أُخْرِه، إلّا بما يدُلُّ على الرضا، كالوطءِ والسَّومِ ونحوه، ومثله خيارُ الخلفِ في الصفةِ، والخيارُ لإفلاسِ المشتري بالثمنِ. وقيل عنه: هي^(١) على الفورِ.

وإذا لم يعلم بالعيبِ حتّى عابَ عنده، كوطءِ البكرِ، وقطعِ الثوبِ، تعيّنَ له الأرشُ. وعنه: له ردّه مع أرشِ نقصه الحادثِ^(٢). وعنه: له ردّه^(٣)، ولا أرشَ عليه^(٤) إذا دلّسَ البائعُ العيبَ.

وإن وطئَ الثيبَ، فله ردّها بغيرِ شيءٍ. وعنه: يردُّ معها المهرَ. وعنه: ليس له سوى الأرشِ. وإذا لم يعلم حتّى خرّجَ عن ملكه ببيعٍ، أو هبةً، أو عتقٍ، أو تلفٍ، فله الأرشُ لا غيرَ. ويتخرّجُ أن يملكَ الفسخَ ويغرّمَ القيمةَ. وعنه: لا أرشَ له لما باعه، إلّا أن يردّه عليه، فيملكُ حينئذٍ ردّه أو أرشَه. وإن باعَ بعضه، فله أرشُ الباقي دونَ ردّه، وفي أرشِ ما باعه الروايتان. وعنه: له ردُّ الباقي بقسطه.

النكت

(١) ليست في (د).

(٢) بعدها في (م): «عنده».

(٣) بعدها في (م): «نص الإمام أحمد رحمه الله تعالى على أن المشتري يرجع بالقيمة ويتبع البائع عنده حيث كان».

(٤) بعدها في (د): «وعنه له».

فإن كان غزلاً، فنسجه أو صبغته، تعين^(١) الأرشُ. وعنه: له الردُّ، ويشارك البائع بقيمة الزيادة. فإن اشترى ما مأكوله في جوفه، فبان فاسداً لا قيمة له، كبيض الدجاج، رجع بالثمن، وإن كان لمكسوره^(٢) قيمة، كجوز الهند، فله رده مع أرش الكسر. وعنه: له الأرش لا غير. وعنه: لا رد له^(٣) ولا أرش، إلا أن يشترط سلامته. ومن اشترى ربواً بجنسه، فبان معيباً بعد تلفه أو قبله، فله الفسخ للضرورة، دون الأرش.

ومن شرط البراءة من كل عيب، أو قال: بشرط البراءة من عيب كذا^(٤). إن كان فيه، لم يبرأ. وعنه: يبرأ، إلا من عيب علمه فكتمه، ويتخرج فساد العقد. وإذا اشترى اثنان شيئاً، وشرطا الخيار، أو بان معيباً، فلا أحدهما رد نصيبه وحده. وعنه: ليس له ذلك في المعيب.

ومن اشترى شيئين صفقة، فبان بأحدهما عيب، وأبى^(٤) الأرش، فليس له إلا ردهما. وعنه: ليس له إلا رد المعيب بقسطه. وعنه: له الأمران، وهو الصحيح، إلا ما تفرقه محرّم، كالأمّ وابنها، أو مُنقّص، كمصراعِي باب، فليس له إلا ردهما، رواية واحدة. فإن تلف الصحيح واختلفا في قيمته، أخذ بقول المشتري، وقيل: بقول البائع. وإذا اختلفا هل حدث العيب قبل البيع أو بعده؟ واحتملا، فالقول قول البائع مع يمينه. وعنه: المشتري. وإن لم يحتمل إلا قول أحدهما، قُبِلَ بلا يمين. فإن قال البائع: ليس المبيع هذا المردود، فالقول قوله.

-
- (١) بعدها في (م): «له».
 (٢) (م): «السوره».
 (٣) ليست في (د).
 (٤) بعدها في (د): «أخذ».

وإذا حدث العيبُ بعدَ العقدِ وقبلَ قبضِ المشتري، فله رُدُّه، إلَّا فيما يتلفُ من
ضمانه.

وتردُّ الأُمّةُ بالحملِ، دونَ البهيمةِ. ولا يرُدُّ الرقيقُ بعيبٍ من فعله، كالزنى،
والسرقة، والإباقِ، والبولِ في الفراشِ، إلَّا إذا كان مميّزاً.

النكت

obbeikandi.com

باب خيار التدليس

المحرر من اشترى ناقه، أو بقرة، أو شاة، أو فبانت مصراة، حُيِّرَ ثلاثة أيام - منذُ تبَيَّنَ التصرية - بينَ إمساكها، أو ردّها مع صاعِ تمرٍ، فإن تعذَّرَ التمرُ فقيمتُه موضعَ العقدِ، ولا يقبلُ اللبنُ إذا كان بحاله مكانَ التمرِ، وقيل: يقبلُ، كما لو ردّها به قبلَ الحلبِ وقد أقرَّ له^(١) بالتصرية. فإن كانت المصراةُ أمةً، أو أتاناً، ملكَ ردّها، ولا شيءَ عليه اللبنِ. وقيل: لا يملكه.

وإذا صارَ لبنُ التصريةِ عادةً، أو زالَ العيبُ قبلَ الفسخِ، سقط الخيارُ. وبيئتُ الخيارُ بكلِّ تدليسٍ مرغِبٍ، نحو أن يُحمَّرَ وجهَ الجاريةِ، أو يُسودَّ شعرها أو يُجعِّده، أو يحبسَ ماءَ الرحي ويرسله عندَ عرضها. ومن علمَ مبلغَ شيءٍ، فباعه صبرةً لجاهلٍ بقدره، فله الخيارُ، إلا أن يعلمَ أنَّ البائعَ عالمٌ بقدره، فيلزمه. وقيل: البيعُ باطلٌ. وبيئتُ الخيارُ للركبان إذا تُلَّقُوا واشتريَ منهم. وللمستوسلِ: وهو الجاهلُ بقيمة المبيعِ، ولمن زايده من^(٢) لا يريدُ الشراءَ تغريراً له: وهو النَّجشُ، إذا عُيِّنوا بما لا يغبنُ به عادةً. نصَّ عليه. وقدره أبو بكرٍ بالثلثِ، قال: وقيل: بالسُدُسِ. فإن نجشَ البائعُ أو واطأ عليه، بطلَ البيعُ. وقيل: يصحُّ.

النكت

(١) جاء في هامش (س) ما نصه: «البائع».

(٢) في (م): «ممن».

obbeikandi.com

باب البيع بتخيير الثمن

وأنواعه أربعة: التولية: وهو بيع الشيء بما اشترى به، وينعقد بقوله: وليتك. المحرر
والشركة: وهي بيع بعضه بقسطه. ويصح بقوله: أشركتك في ثلثه، أو: ربعه،
ونحوه.

والمراحة: وهي بيعه بربح معلوم على ثمنه.

والمواضعة: وهي عكس ذلك.

ويشترط لجميوعها: علمهما برأس المال.

ومن اشترى بثمن أخبر^(١) به، فبان بأقل: فله حظ الزيادة، إلا أنه في المراحة،
يحط معها قسطها، وفي المواضعة: ينقصه منها. وإن بان الثمن مؤجلاً، فله الأخذ به
مؤجلاً. وهل له الفسخ في المسألتين؟ على روايتين. وعنه: في المؤجل ليس له إلا
الأخذ حالاً أو الفسخ.

ولو قال البائع: الثمن أكثر مما أخبرت به^(٢)، وقد غلظت. قيل قوله مع يمينه،
ولزم المشتري الرد أو دفع الزيادة. وعنه: لا يسمع قوله إلا بيئته، وعنه: لا يسمع^(٣)
وإن أتى بيئته.

وإذا اشترى ما باعه بربح، لم يجز بيعه مراحة^(٤)، حتى يخبر بالحال؛ أو يحط
الربح من الثمن الثاني، ويخبر أنه عليه بما بقي، فإن لم يبق شيء، أخبر بالحال لا
غير، وإذا أخذ أرساً لعيب بالمبيع أو جنابة عليه، أو اشتراه ممن ترد شهادته له، أو
أراد بيع بعض صفقة لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء، فليبين ذلك في تخيير^(٥) الثمن،
فإن كتّمه، فللمشتري الخيار.

النكت

(١) في (د): «أخبر».

(٢) ليست في (د) و(س) و(ع).

(٣) بعدها في (س): «قوله».

(٤) في (س): «بمراحة».

(٥) في (م): «تخير».

وإذا قال: الثمنُ مئةٌ وعشرون، بعثك به، ووضيعةٌ درهمٌ من كلِّ عشرة. لزمه تسعةٌ وتسعون. وقيل: يلزمه مئةٌ، كما لو قال: عن كلِّ عشرة، أو: لكلِّ عشرة. والإقالةُ فسخٌ، فتجوزُ قبلَ القبضِ، ولا تجبُ بها شفعةٌ. وعنه: أنها بيعةٌ. ولا تجوزُ إلاً بمثلِ الثمنِ على الأولى، وعلى الثانية: فيه وجهان، وإذا ألحقنا^(١) خياراً أو أجلاً، أو زيادةً في الثمنِ أو المثلِ، لم يلحق إلاً مع الخيارِ.

(١) في (د): «ألحقنا».

باب اختلاف المتبايعين

إذا اختلفا في قدر الثمن، تحالفاً، فيحلفُ البائعُ: ما بعته بكذا بل بكذا. ثمَّ المحرر
يحلفُ المشتري: ما اشتريته بكذا بل بكذا. ثمَّ لكل واحدٍ منهما الفسخُ، إلا أن يرضى
الآخرُ بقوله، ومن نكلَ منهما، قُضِيَ عليه. فإن مات، فوارثه مقامه، فإن كان المبيعُ
تالفاً، تحالفاً، وغرمَ المشتري قيمته، والقولُ قوله في قدره وقيمه وصفته، وكذلك
كلُّ غارمٍ إلا أن يصفه بعيبٍ، كالبرصِ والخرقِ، فيؤخذُ بقولِ صاحبه في نفيه. وقيل:
بقوله أيضاً. وعنه: يحلفُ المشتري وحده مع التلفِ، ويؤخذُ بقوله.

وإن اختلفا في صفة الثمنِ، فظاهرُ كلامه، أنه يرجعُ إلى أغلبِ نقودِ البلدِ، فإن
تساوت، فأوسطها. وقال القاضي: يتحالفاً.

وإن اختلفا في أجلٍ أو شرطٍ يصحُّ، تحالفاً^(١). وعنه: القولُ قولُ منكره، كما لو
اختلفا في مفسدٍ^(٢) للعقد.

وإن اختلفا في قدر المبيعِ أو عينه، أخذُ بقولِ البائعِ. نصَّ عليه. وقيل: يتحالفاً.

ولو اختلفا في قدر الثمنِ بعد قبضه، وقد فُسِّخَ العقدُ، فالقولُ قولُ البائعِ.

وإذا تشاحاً^(٣) في التسليمِ، والثمنُ عينٌ، نُصِبَ عدلٌ^(٤) يقبضُ منهما، ثم
يقبضُهما، وإن كان ديناً، فليس للبائعِ حبسُ المبيعِ على قبضه. نصَّ عليه. وقيل: له
ذلك، وله الفسخُ متى بان المشتري معسراً، أو ماله غائباً عن البلدِ على مسافة
القصر، فأماً دونها، فعلى وجهين.

التكث

(١) في (م): «تحالفاً».

(٢) في (م): «مقيد».

(٣) في (م): «تشاحنا».

(٤-٤) في (م): «يقبض فيهما».

obbeikandi.com

باب السَّلْم

المحرد كلُّ مكِيلٍ، أو موزونٍ، أو مذروعٍ أمكن ضبطه، كالْبُرِّ، واللَّخْمِ، والخُبْزِ، والثِّيَابِ، ونحوها، فالسَّلْمُ فيه جائزٌ.

فأمَّا المعدودُ، كالبيضِ، والرُّمَّانِ، والحيوانِ^(١)، والرؤوسِ، والجلودِ ونحوها، فعلى روايتين^(٢).

ولا يصحُّ إلا بأربعة شروطٍ: أجلٌ معلومٌ له وَقَع في الثمن. وغلبةُ المُسَلِّمِ فيه في محلِّه، وإنْ فُقِدَ وقتَ العَقْدِ. وقبضُ رأسِ ماله في المجلسِ، وذِكْرُ^(٣) ما يختلفُ به ثمنه غالباً مِنْ جنسيه، ونوعه، وبلده، وقدره، وكونه حديثاً أو عتيقاً، وجيداً أو رديئاً، وهل يُشترط العِلْمُ بقدرِ رأسِ المالِ و^(٤) صفته^(٥)، أو تكفي مشاهدته؟ على وجهين^(٦)، وكذلك الأجرةُ في الإجارة.

ولا يصحُّ السَّلْمُ في المذروعِ إلا بالذُّرْعِ. فأمَّا السَّلْمُ في المكِيلِ وزناً، وفي الموزونِ كيلاً، فعلى روايتين^(٧).

ومَنْ أسَلَّمَ ثمناً في جنسَيْنِ، ولم يبيِّن قسَطَ كلِّ جنسٍ، لم يصحَّ. وعنه: أنه يصحُّ. وإذا أسلم في شيءٍ يأخذُ منه كلَّ يومٍ جزءاً معلوماً، جاز.

النكت

(١) بعدها في (م): «غير الحامل».

(٢) بعدها في (م): «المذهب عنه الصَّحَّةُ في الحيوان والجلود، ولا يصح حالياً. هذا هو المذهب».

(٣) جاء في هامش (د) ما نصه: «قاعدة كل شرط لم يخالف الكتاب والسنة ولم يحل محرماً ولم يحرم حلالاً فهو شرط صحيح. اهـ من هامش الأصل».

(٤) في (م): «على».

(٥) بعدها في (م): «المذهب اشتراط».

(٦) بعدها في (م): «أحدهما: لا تكفي وهو المذهب، بخلاف الأجرة في الإجارة، والثمن في البيع».

(٧) بعدها في (م): «إحدى الروايتين: لا يصح».

وَمَنْ أَسْلَمَ فِي غَلَّةٍ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ، أَوْ بِكَيْلٍ لَا عُرْفَ لَهُ، أَوْ فِي مِثْلِ هَذَا الثَّوْبِ، أَوْ فِي أَجْرٍ الطَّعَامِ، لَمْ يَصِحَّ^(١). وَإِنْ شَرَطَ الْأَرْدَا، فَعَلَى وَجْهَيْنِ.

وَلَا يَصِحُّ السَّلْمُ^(٢) فِيمَا لَا يُضْبَطُ^(٣) غَالِبًا^(٤)، كَالْجَوَاهِرِ، وَالْحَيَوَانَاتِ الْحَامِلِ، وَمَا لَهُ أَخْلَاطٌ مَقْصُودَةٌ لَا^(٥) تَمَيِّزٌ، كَالنَّقْدِ الْمَغْشُوشِ، وَالغَالِيَةِ، وَالْمَعَاجِينِ وَنَحْوِهَا. فَإِنْ تَمَيَّزَتْ أَخْلَاطُهُ، كَالْخِفَافِ، وَالْقَيْسِيِّ، وَالنَّبْلِ الْمُرَيْشِ، وَالثَّوْبِ الْمَنْسُوجِ مِنْ كَتَّانٍ وَقُظْنٍ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ.

وَيَجِبُ وَفَاءٌ دَيْنِ السَّلْمِ فِي مَكَانٍ عَقَدَهُ إِذَا أُطْلِقَ. فَإِنْ شَرَطَاهُ فِي غَيْرِهِ، صَحَّ. وَعَنْهُ: لَا يَصِحُّ^(٦). وَإِنْ عَقَدَا بِمَكَانٍ لَا يَصْلُحُ لِلْوَفَاءِ، كَالْبَرِّيَّةِ، لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يَشْرِطَا^(٧) لَهُ مَكَانًا. ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى. وَقَالَ الْقَاضِي: يَصِحُّ. وَيُوفَى بِأَقْرَبِ الْأَمَاكِنِ إِلَيْهِ.

وَإِذَا عَجَّلَ لَهُ دَيْنَ السَّلْمِ أَوْ الْكِتَابَةَ قَبْلَ مَحَلِّهِ، وَلَا ضَرَرَ فِي أَخْذِهِ، أَوْ آتَاهُ مِنْ جَنْبِهِ بِخَيْرٍ مِنْهُ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ. وَإِنْ تَضَرَّرَ بِتَعْجِيلِهِ، أَوْ آتَاهُ بِدُونِهِ، لَمْ يَلْزَمْهُ. وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْأَجْلِ أَوْ مَضِيَّهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ. وَإِذَا تَعَدَّرَ الْمُسْلِمَ فِيهِ فِي مَحَلِّهِ، فَلِلْمُسْلِمِ الصَّبْرُ، أَوْ فَسْخُ الْعَقْدِ. وَقِيلَ: يَنْفَسَخُ بِنَفْسِ التَّعَدُّرِ.

(١) بعدها في (م): «لأن ما في جيد أجود منه».

(٢) ليست في (م).

(٣) في (د) و(م): «ينضبط».

(٤) ليست في (د) و(س) و(ع) و(م).

(٥) في (م): «ولا».

(٦) بعدها في (م): «الصحيح الصحة».

(٧) في (س) و(ع) و(م): «يشترطا».

وإن تعذر البعض، ففُسخ في قدره أو في الكل، جاز. وقيل: يفسخ العقد في المحرر المتعذر، وله الخيار في الباقي.
وتصح الإقالة في دين السلم كله، وفي الإقالة ببعضه روايتان، ويرجع برأس ماله أو عوضه إذا تعذر.
ولا يُشترط قبضه في مجلس الإقالة. واشترطه أبو الخطاب.

النكت

obbeikandi.com

باب القرض

كلُّ ما جازَ بيعُهُ، جازَ قرضُهُ، إلَّا الرَّقِيقَ، وما يَمْتَنَعُ^(١) فيه السَّلَمُ، كالجوهَرِ المحرر ونحوه، فإنَّه على وجهين .

ويُشترطُ معرفةَ قدره ووصفه، ويملكُهُ المقرضُ بِقبضِهِ، فلا^(٢) يلزمه ردُّ عَيْنِهِ، بلْ يثبُتُ بَدَلُهُ في ذِمَّتِهِ حالاً، وإنَّ أَجَلَهُ. وبَدَلُ ما كَيْلٌ أو وُزْنٌ من جنسِهِ، وبَدَلُ ما يَمْتَنَعُ فيه السَّلَمُ قيمته يوم قبضه، وما سواهما بأيهما يُلْحَقُ؟ على وجهين؛ فإنَّ ردَّ عَيْنِ^(٣) ما افترضه ممَّا بَدَلَهُ مِنْ جنسِهِ، وَجَبَ قبولُهُ، ما لم يَعْبَ^(٤) عنده.

وإذا أقرضه فُلُوساً أو مُكَسَّرَةً، فحرَّمها السُّلطانُ، فله قيمتها وقت القرضِ.

وإذا أقرضه أو غصَّبه شيئاً ببلدٍ^(٥)، ثمَّ طلبَ منه في بلدٍ آخرَ بَدَلَهُ، لزمه، إلَّا ما لَحْمِلِهِ مَوْوَنَةٌ، إذا^(٦) كان ببلدِ القرضِ أنقصَ قيمةً، فلا يلزمه سوى قيمته فيه. ولا يُجِبُّ ربُّ الحقِّ على أخذِ قرضه هناك^(٧) إذا بَدَّلَ له^(٧) إلا فيما لا مَوْوَنَةٌ لَحْمِلِهِ، بشرطِ أَمْنِ البلدِ والطَّرِيقِ. وكذلك بَدَلُ المَغصُوبِ التَّالِفِ، فإنَّ كان باقياً، فلا يُجِبُّ بحالٍ.

ومن تبرَّع لمقرضه قَبْلَ الوفاءِ بعَيْنٍ أو منقَعَةٍ لم تجرِ بها عادتهُ، لم يَجْزِ^(٨) أنْ يقبَلَهَا، إلَّا أنْ يَتَوَيَّ مَكَافَاتَهُ. وإنَّ قضاةً خيراً ممَّا أَخَذَ أو أزيدَ منه، أو أهدى له بعد الوفاءِ، جاز.

النكت

- (١) في (م): «يمنع».
- (٢) في (م): «ولا».
- (٣) في (م): «غير».
- (٤) في (م): «يصب».
- (٥) في (م): «بلده».
- (٦) في (م): «وإذا».
- (٧-٧) ليست في (م).
- (٨) بعدها في (م): «له».

obbeikandi.com

باب الرَّهْنِ

المحرر يصحُّ أخذُ الرَّهْنِ بكلِّ دَيْنٍ واجبٍ، إلَّا دَيْنَ السَّلَمِ، فإنَّ فيه روايتين. وفي دَيْنِ الكتابةِ وجهان.

ولا يصحُّ عَقْدُهُ قَبْلَ وجوبِ الحَقِّ. وقال أبو الخطاب: يصحُّ. ويصحُّ في كلِّ عَيْنٍ يجوزُ بيعُها.

فإنَّ كانت لا تَبْقَى إلى محلِّ الدَّيْنِ، باعها الحاكمُ، وجعلَ ثمنها مكانها. وإنَّ كانت مُشاعاً ولم يَتَّفِقِ المرتهنُ والشريكُ على مَنْ يكونُ الكلُّ عنده، عدلها^(١) الحاكمُ.

ويصحُّ رَهْنُ الزَّرْعِ قَبْلَ اشتداده، والشَّمْرِ قَبْلَ بدو^(٢) صلاحه مطلقاً، وبشرط^(٣) التَّيقُّنِ.

ولا يلزمُ الرَّهْنُ في حقِّ الرَّاهِنِ، إلَّا أن يقبضه للمرتهنِ، أو لَمَنْ اتَّفقا عليه، ولا يجوزُ نَقْلُهُ عنه إذا لم يتغيَّر حاله إلَّا باتفاقهما، ومتى استردَّ الرَّاهِنُ بإذنِ المرتهنِ؛ زالَ لزومُه. ^(٤) فإنَّ عادَ أقبضه ^(٤)، عادَ لزومُه.

وإنَّ أجرَه أو أعارَه من المرتهنِ أو^(٥) غيره بإذنه، فلزومُه بحاله، وعنه ما يدلُّ على زواله.

وفي رَهْنِ المعينِ روايةٌ أخرى: أنَّه يلزمُ بمجردِ العَقْدِ، فمتى أبى الرَّاهِنُ أن يُسَلِّمَه^(٦) أُجبرَ.

النكت

(١) في (م): «أعدلها».

(٢) ليست في الأصل و(د) و(ع).

(٣) في (م): «ويشترط».

(٤-٤) في (ع): «عاد قبضه»، وفي (م): «أعاد قبضه».

(٥) بعدها في (م): «من».

(٦) ليست في (م).

وإذا تصرف الرَّاهِنُ في الرهنِ بغيرِ البيعِ ممَّا يمنعُ^(١) ابتداءَ عَقْدِهِ، كالهبةِ، والوقفِ، والرهنِ ونحوهِ بإذنِ المرتهنِ، أبطله.

وإنْ باعَهُ بإذنه، وقد حلَّ الدَّيْنُ، أو بشرط أن يرتهنَ ثمنَهُ مكانه، كان الثَّمَنُ رهنًا. وإنْ قَدَّ الأمران، فعلى وجهين. وإنْ باعه بإذنِ شَرَطَ فيه أن يعجَّلَ له دينَهُ المؤجَّلَ من ثمنه، لم يصحَّ البيعُ، وهو زَهْنٌ بحالِهِ. وقيل: يصحُّ البيعُ. وفي كَوْنِ الثَّمَنِ رهنًا وجهان. ويلغُو شرطُ التَّعجيلِ قولاً واحداً.

وللمرتهنِ أن يرجعَ في كلِّ تصرفٍ أُذِنَ فيه قبلَ وقوعِهِ. فإنْ تصرفَ الرَّاهِنُ جاهلاً برجوعِهِ، فعلى وجهين.

ومنْ أعتقَ عبده المرهونَ، أو قتله بقصاص، استحقَّه عليه، أو أُخْبِلَ الأمةَ، ولم يكنْ ذلكَ بإذنِ المرتهنِ، أو أقرَّ بالعتقِ فكذَّبه، فعليه القيمةُ تكونُ رهنًا.

ويتخرَّجُ أن لا يصحَّ عتقُ المفلسِ، ولا يصحُّ تصرفُهُ بغيرِ العتقِ إلا بالإذنِ. وقال القاضي: له تزويجُ الأمةِ، دونَ تسليمها.

ونماءُ الرَّهْنِ، وكسْبُهُ، ومَهْرُهُ، وأرْشُ الجنائيةِ عليه، من الرهنِ.

فإنْ أوجِبَتِ الجنائيةُ قصاصاً، فاستوفاه السَّيِّدُ بغيرِ إذنِ المرتهنِ، لزمه أرشُها، يكونُ^(٢) رهنًا. نصَّ^(٢) عليه. وقيل: لا يلزمه شيءٌ، وهو أصحُّ عندي.

ومؤونةُ الرَّهْنِ، وكراءُ مَخزِنِهِ، وكَفَّنُهُ إنْ مات، على الرَّاهِنِ. فإنْ أنفقَ عليه المرتهنُ ناوياً للرجوعِ^(٣)، فلا شيءَ له، إلا أنْ يأذَنَ له الرَّاهِنُ، أو يتعدَّرَ استئذانهُ، فإنَّهُ يرجعُ بالأقلِّ ممَّا أنفقَ، أو نفقةً مثله.

(١) في (م): «يمتنع».

(٢-٢) ليست في (م).

(٣) في (م): «الرجوع».

وكذلك حُكْمُ الحيوانِ المودَعِ، أو المؤجَّرِ، أو الآبِقِ في حالِ ردِّه.
وللمرتهنِ أن يركبَ ويحلبَ ما له ظَهْرٌ ودرٌّ^(١) بقَدْرِ النَّفْقَةِ. وفي استخدامِ العبدِ،
روايتان.

ولو عمَّر في دارٍ ارتهنَّها، لم يرجعْ إلَّا بأعيانِ آلتِه.

ولو ارتهنَّ أمةً فوطئها، حُدَّ، ورَقَّ ولدُه، إلَّا أن يدَّعيَ جهلَ الحظرِ، ومثلهُ
يجهلهُ، فلا يحُدُّ، وولدُه حرٌّ، وعليه فداؤه إن وطئَ بدونِ إذنِ الرَّاهنِ. وإن وطئَ
بإذنه، فعلى وجهين. فأما المهرُ، فيجبُ إلَّا مع الإذنِ، عالماً كان أو جاهلاً.

ومن رهن عبداً له، فجنى^(٢)، فله بيعُه في الجنايةِ أو تسليمُه، ويبطلُ الرهنُ، وإن
فداهُ، فهو رهنٌ بحالِه، وإن فداهُ المرتهنُّ بغيرِ إذنه، لم يرجعْ بشيءٍ.

وإن نقصَ الأرشُ عن قيمته، يَبِعَ كلُّه، وما فضلَ عن الأرشِ، فرهنٌ. وقيل: لا
يُباعُ منه إلَّا بقَدْرِ الأرشِ.

وإذا حلَّ الحقُّ، والعدلُ أو^(٣) المرتهنُّ وكيلٌ في البيعِ، باع بأغلبِ نُقُودِ البلدِ.
فإن تساوت، وفيها جنسُ الدينِ، باع به، وإلا، فيما^(٤) يراهُ أصلحَ، فإن عَزَلهما^(٥)
الراهنُ، أو لم يكنْ وكَّلهما^(٦)، أمرٌ بالوفاءِ، أو البيعِ^(٧). فإن أبى، حُسِنَ. فإن أصرَّ،
باع الحاكمُ عليه. وإذا وُقِيَ بعضُ الحقِّ، فالرهنُ كلُّه بما بقي.

(١) في (م): «وضرع».
(٢) في (م): «جانياً».
(٣) في (م): «و».
(٤) في (م): «فما».
(٥) في (م): «غرمها».
(٦) في (م): «وكيلهما».
(٧) في (م): «بالبيع».

وَمَنْ قَضَى جَمَلَةً مِنْ دَيْنٍ بِبَعْضِهِ رَهْنٌ أَوْ كَفِيلٌ، كَانَتْ عَمَّا نَوَاهُ مِنَ الْقَسَمَيْنِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي النَّيَّةِ. فَإِنْ أَطْلَقَ وَلَمْ يَنْوِ، صَرَفَهُ إِلَى أَيُّهُمَا شَاءَ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُوَزَّعَ بَيْنَهُمَا بِالْحِصَصِ.

وَالرَّهْنُ أَمَانَةٌ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَلَا يَسْقُطُ بِتَلْفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي التَّلْفِ دُونَ الرَّدِّ، مَعَ صِحَّةِ الْعَقْدِ وَفَسَادِهِ.

وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ فِيهِمَا. وَكَذَلِكَ الْأَجِيرُ، وَالْمُسْتَأْجِرُ، وَالْمُضَارِبُ، وَمَنْ كَانَ وَكِيلاً أَوْ وَصِيّاً بِجُعْلِ، فَأَمَّا الْمُوَدَّعُ، وَالْوَكِيلُ وَالْوَصِيُّ الْمْتَبَرِّعَانِ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُمْ فِيهِمَا قَوْلاً وَاحِداً.

وَمَنْ ادَّعَى مِنْهُمْ التَّلْفَ بِحَادِثٍ ظَاهِرٍ، كَحَرِيقِ عَامٍ، وَنَهْبِ جَيْشٍ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي التَّلْفِ حَتَّى يَبْتَأَ الْحَادِثُ بِالْبَيِّنَةِ.

وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتْرَاهِنَانِ فِي قَدْرِ الرَّهْنِ أَوْ الْحَقِّ، أُخِذَ بِقَوْلِ الرَّاهِنِ مَعَ يَمِينِهِ.

باب التصرف في الدين بالحوالة وغيرها

وَمَنْ أُحِيلَ بدينٍ ^(١) على مَنْ عليه مثله في الجنس، والصفة، والحلول أو المعرر التأجيل، قرَضِي، صحَّتِ الحوالة، ولم يرجع على مُحيله بحالٍ، إلا أن يشترط ملاءة المُحالِ عليه فيبين مُفلساً، وإن لم يرض، لم يُجَبَّرَ على قبولها، إلا على مليء بماله وقوله وبدنه، فيُجَبَّر. وهل تبرأ ذمَّة مُحيله قبل أن يُجَبَّرَ الحاكم؟ على روايتين.

وتصحُّ الحوالة بدينِ الكتابة، دون الحوالة عليه. ولا يصحَّان في دينِ السَّلَمِ، وفي صحَّتِهما في رأسِ ماله بعدَ الفسخِ وجهان. ويصحَّان في سائرِ الدُّيون. وقيل: لا تصحُّ على غيرِ مُستقرِّ بحالٍ ^(٢).

وإذا أحالَ المشتري بتمنِ المبيعِ أو أُحِيلَ عليه ^(٣) به، فلم يُقبَضْ حتى فُسخَ البيعُ بعيبٍ أو خيارٍ أو غيره، لم تبطلِ الحوالة ^(٤). وقيل: تبطلُ. وأبطلَ القاضي الحوالةَ به دونَ الحوالةِ عليه. ولو بانَ المبيعُ مستحقاً؛ بان أن لا حوالة.

وَمَنْ قال لغريمه: أحلتني بدينني؟ فقال: بل وكُلْتُكَ في القَبْضِ. أو العكس، فالقولُ قولُ مُنكِرِ الحوالةِ. فإن اتَّفقا أنه قال: أحلتك. وقال أحدهما: المرادُ به الوكالةُ. فالقولُ قوله. وقيل: قولُ مدَّعي الحوالةِ، فإن قال: أحلتك بدينك. فهو حوالةٌ وجهاً واحداً.

وَمَنْ ثَبَّتَ عليه لغريمه مثلُ دينه في الصِّفَةِ والقَدْرِ، تقاصاً وتساقطاً ^(٥). فإن اختلفا في القَدْرِ، سقط الأقلُّ، ومثله من الأَكْثَرِ، وعنه: لا يُتقاصُ الدَّينان، وإن رضى به.

النكت

(١-١) في (م): «ممن».

(٢) بعدها في (م): «وهو المذهب».

(٣) ليست في (م).

(٤) بعدها في (م): «وهو المذهب».

(٥) في (د): «فتساقطا»، وفي (س) و(ع)، و(م): «فتساقطا».

المحرر وعنه: إن رضي أحدهما به، تقاصاً، وإلاً، فلا. ومتى كان الدينان أو أحدهما دينَ سَلَمٍ، امتنعت المقاصَّةُ.

ولا يجوزُ بيعُ الدينِ من غيرِ الغريمِ. ويجوزُ بيعُه من الغريمِ إلا دينَ السَلَمِ. وفي دينِ الكتابةِ ورأسِ مالِ السَلَمِ بعدَ الفسخِ، وجهان.

وإذا باعه بموصوفٍ في الذمَّة، أو بما لا يُباعُ به نسيئةً، اشترط قبضه في المجلسِ.

وإن باعه بغيرهما، لم يُشترط، وقيل: يُشترط. ولا يجوزُ بيعُه بدين. وعنه: لا يجوزُ بيعُ الدينِ بحالٍ.

ومن أذن لغريمه أن يضاربَ بما عليه، أو يتصدَّقَ به عنه، لم يصحَّ ذلك، ولم يبرأ به^(١).

ويتخرَّجُ أن يصحَّ، فإن قال: تصدَّقَ عني بكذا. ولم يقل: مِنْ دَيْنِي. صحَّ، وكان اقتراضاً، كما لو قاله لغيرِ غريمه، لكن يسقط من دينه بقدره بالمقاصَّةِ.

ومن كان بينهما دينٌ مشتركٌ بإرثٍ أو إتلافٍ، فما قبضَ منه أحدهما، فلآخرِ محاصَّته فيه. وإن كان بعقْدٍ، فعلى وجهين. ومتى كان القبضُ بإذنِ الشريكِ، فلا محاصَّةٌ فيه في أصحِّ الوجهين.

وإذا تَلَفَ المقبوضُ، فكلُّه من حصَّةِ القابضِ، ولا يضمنُ لصاحبه شيئاً.

ومن استوفى ديناً بكيلٍ أو غيره، ثم ادعى غلطاً يُغلَطُ بمثله^(٢)، فهل يُقبلُ قوله؟ على وجهين، فإن قبضه جزافاً، فالقولُ قوله في قدره، وجهاً واحداً.

وتصحُّ البراءةُ من الدينِ بلفظِ الإبراءِ، والإسقاطِ، والهبةِ، والعفوِ، والصدقةِ، والتَّحليلِ، سواءً قبله المُبرأ، أو رده.

النكت

(١) في (م): «منه».

(٢) في (م): «مثله».

ويصحُّ مع جهلِ المُبرئِ بقَدْرِهِ، أو وضمِّهِ^(١)، أو بهما، وإنَّ عَرَفَهُ المُبرَأُ. وعنه: المحرر
لا يصحُّ^(٢) إذا عرفه المُبرَأُ. وعنه: لا يصحُّ و^(٢) إنَّ جهلاه إلا فيما يتعدَّر علمُه.
ويتخرَّجُ أنَّ يصحَّ بكلِّ حالٍ، إلا إذا عَرَفَهُ المُبرَأُ، وظَنَّ المُبرئُ جهْلَهُ بِهِ، فلا
يصحُّ.

ولا تصحُّ هبةُ الدَّينِ لِغَيْرِ الغَريمِ.

ومَن أراد قضاءَ دَينٍ عن الغَيرِ، فامتنع ربُّ الدَّينِ من قَبُولِهِ منه، لم يُجْبِرْ، كما لو
أغسَرَ الزَّوْجُ بنفقَةِ الزَّوْجَةِ، فبذلها أجنبيًّا، لم تُجْبِرْ على قَبُولِهَا، ومَلَكَتِ الفسَخَ.

النكت

.....

(١) في (م): «أو صفته».

(٢-٢) ليست في (م).

obbeikandi.com

باب الضمان والكفالة

الضمان: التزام الإنسان في ذمته دين المديون مع بقائه عليه، ولربه مطالبة من المحرر شاء منهما. وعنه: يبرأ المديون بمجرد إذا كان ميتاً مفلساً.

ولا يصح إلا من جاز تبرؤه، سوى المفلس المحجور عليه^(١).

ويصح ضمان ما على الميت^(٢) والضامن وكل دين، إلا دين السلم والكتابة، فإنهما على روايتين.

ويصح ضمان الأعيان المضمونة، كالعقاري والغصوب.

ولا يصح ضمان الأمانات، وعنه: يصح، ويُحتمل على التعدي فيها، كما لو صرح به.

ويصح ضمان عهدة المبيع لأحد المتبايعين عن الآخر.

ويصح ضمان ما لم يجب، وله إبطاله قبل وجوبه على الأصح.

وإذا قال: ما أعطيت فلاناً فهو عليّ. فهل هو للواجب، أو لما يجب إذا لم تكن قرينة؟ على وجهين.

ويصح ضمان الحق مع الجهل به، أو بره، أو بغريمه، بشرط ماله إلى العلم.

وقيل: تُعتبر معرفة ربه دون غريمه^(٣). وقيل: تُعتبر معرفتهما.

وإذا قال: كفلت بعض الدين، أو: أخذ هذين. لم يصح.

ويصح ضمان الحال مؤجلاً، فإن ضمن المؤجل حالاً، صح مؤجلاً. وقيل:

حالاً، وقيل: لا يصح.

النكت

-
- (١) بعدها في (م): «وهو غير العاقل البالغ الرشيد».
(٢) ليست في (م).
(٣) بعدها في (م): «وقيل: يعتبر معرفة غريمه دون ربه».

وإذا طُولِبَ ضامنُ المديونِ بالدَّيْنِ، فله مطالبته بتخليصه، إلا إذا ضَمِنَهُ بغيرِ إذنه. وإذا قضى عنه ناورياً للرجوعِ أو أحالَ به، رجع به عليه. وعنه: لا يرجعُ إلا أن يكونَ أَذِنَ له في الضَّمانِ أو القضاء. وإن أعطى بالدَّيْنِ عَرُوضاً، رَجَعَ بالأقلِّ من قَدْرِهِ أو قيمتها.

وإن قَضَى المؤجَّلَ قبلَ أَجلِهِ، لم يرجع حتى يحلَّ.

وإذا ادَّعى القضاء، فأنكره الآخرون، فلا رجوعَ له. وإن صدَّقه ربُّ الحقِّ وحدَه، فوجهان^(١). وإن صدَّقه المديونُ وحدَه، رَجَعَ عليه إن قضى بحضرتِهِ، أو بإشهادٍ، وإلا، فلا. وقيل: لا يرجعُ فيما قُضِيَ بحضرتِهِ.

وإذا قال ربُّ الحقِّ للضَّامن: برئت إليَّ من الدَّيْنِ. فهو مقرٌّ بقبضه، وإن لم يقل: إليَّ. فوجهان.

ومن تكفَّلَ بإحضارِ عَيْنٍ مضمونةٍ أو مديونٍ، صحَّ. وقيل: لا تصحُّ كفالةُ المديونِ إلا بإذنه، ولا يلزمه أن يحضَرَ معه - حيثُ تصحَّ - إلا إذا طُولِبَ به، أو كفله بإذنه. وإذا قال: تكفَّلْتُ بوجهِ فلانٍ. كان كفيلاً به، وإن سمَّى عضواً غيرَ الوجهِ أو جزءاً شائعاً، فعلى وجهين.

ويصحُّ تعليقُ الضَّمانِ والكفالةِ بالشروط. وقيل: لا يصحُّ بغيرِ^(٢) سببِ الحقِّ^(٣).

وإذا تكفَّلَ برجلٍ على أنه إن لم يأتِ به، فهو ضامنٌ لغيره، أو كفيلاً به، صحَّ فيهما. وقيل: لا يصحُّ.

ولا تصحُّ الكفالةُ ببدنِ مَنْ عليه حدٌّ أو قودٌ، إلا لأخذِ مالٍ، كالديَّةِ وغُرمِ السرقةِ، فيصحُّ.

(١) في (م): «ففيه وجهان».

(٢-٢) في (م): «شرط».

المحرر وإذا طُولِبَ الكفيلُ بإحضارِ النَّفْسِ أو العَيْنِ، فتعذَّر؛ لهَرَبٍ أو إخفاءٍ^(١) أو غَيْبٍ تُغْلَمُ، وَمَضَّتْ مَدَّةٌ يُمْكِنُهُ الرَّدُّ فِيهَا، أو عَيَّنَ وَقْتاً لِلإِحْضَارِ فجاوزه، لَزِمَهُ الدَّيْنُ و^(٢) عَوْضُ العَيْنِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ البراءةَ مِنْهُ.

فإن مات المكفولُ، أو تلفتِ العَيْنُ بفعلِ الله تعالى قبلَ ذلك، برئَ الكفيلُ. وَمَنْ كَفَّلَهُ اثْنانِ، فَسَلَّمَهُ أَحَدُهُما، أو كَفَّلَ لاثْنينِ^(٣)، فأبراهُ أَحَدُهُما، بقيتِ^(٤) كِفَالَةُ الآخرِ.

النكت

-
- (١) في (س) و(م): «إخفاء».
(٢) في (س) و(م): «أو».
(٣) في (م): «الاثنين».
(٤) في (م): «تبعيت».

obbeikandi.com

باب الصلح

وَمَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ حَقًّا، فَأَنْكَرَهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُهُ، صَحَّ الصُّلْحُ عَنْهُ، وَكَانَ إِبْرَاءً^(١) فِي الْمَحْرُورِ حَقَّهُ، فَلَا يَسْتَحِقُّ لِعَيْبٍ فِي الْمَدَّعَى شَيْئًا، وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهُ بِشَفْعَةٍ، وَيَكُونُ فِي حَقِّ الْمَدَّعَى بَيْعًا، فَيُرَدُّ مَا أَخَذَ بِالْعَيْبِ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ بِالشُّفْعَةِ إِنْ كَانَتْ تَجِبُ فِيهِ، إِلَّا، أَنْ يَكُونَ بَعْضَ الْعَيْنِ الْمَدَّعَاةِ، فَيَكُونُ فِيهِ كَالْمُنْكَرِ. وَمَنْ عَلِمَ مِنْهُمَا أَنَّهُ مَبْطُلٌ، فَحَرَامٌ عَلَيْهِ مَا أَخَذَ^(٢).

فَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُنْكَرِ أَجْنَبِيًّا بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَالْمَدَّعَى دَيْنًا، صَحَّ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا، لَمْ يَصَحَّ، إِلَّا أَنْ يَذْكَرَ أَنَّ الْمُنْكَرَ وَكَلَّهُ فِيهِ. وَإِنْ صَالَحَ الْأَجْنَبِيُّ لِيَكُونَ الْحَقُّ لَهُ، فَقَدْ اشْتَرَى دَيْنًا أَوْ عَيْنًا مَغْضُوبَةً. وَقَدْ بَيَّنَّا حُكْمَهُ.

وَيَصَحُّ الصُّلْحُ عَنْ كُلِّ مَجْهُولٍ تَعَدَّرَتْ مَعْرِفَتُهُ مِنْ عَيْنٍ وَدَيْنٍ لِلْحَاجَةِ، وَ^(٣) لَا تَصَحُّ الْبِرَاءَةُ مِنْ عَيْنٍ بِحَالٍ^٣.

وَمَنْ أَقْرَأَ لِرَجُلٍ بِمِئَةِ مَوْجَلَةٍ، فَقَالَ: صَالِحِي فِيهَا بِخَمْسِينَ حَالَةً. لَمْ يَجْزِ إِلَّا فِي دَيْنِ الْكِتَابَةِ. وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْحَالِ بِبَعْضِهِ، فَعَلَى رَوَايَتَيْنِ. وَكَذَلِكَ يَخْرُجُ فِي قَوْلِهِ: أِبْرَأْتُكَ مِنْ كَذَا عَلَى أَنْ تُوفِّيَنِي الْبَاقِي.

وَمَنْ صَالَحَ عَنِ مِثْلَفٍ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ مِنْ جَنْبِهَا، لَمْ يَجْزِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلِيًّا. وَلَوْ صَالَحَ امْرَأَةٌ بِتَزْوِيجِ نَفْسِهَا عَنْ عَيْبٍ ظَهَرَ بِمَبِيعِ اشْتِرَائِهَا مِنْهَا، جَازَ. فَإِنْ بَانَ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْبٍ، فَمَهْرُهَا أَرْضُهُ.

النكت

(١) فِي (م): «إِكْرَامًا».

(٢) فِي (م): «أَخْذَهُ».

(٣-٣) لَيْسَتْ فِي (د) وَ(س) وَ(ع) وَ(م).

وَصُلِّحَ الْمَكَاتِبِ أَوْ الْمَأْذُونِ لَهُ عَنْ حَقِّهِ بَدْوْنِهِ، لَا يَصِحُّ، إِلَّا أَنْ يُجْحَدَ وَلَا بَيِّنَةٌ
به.

وَمَنْ ادَّعَى ^(١) رِقًّا رَجُلٍ، أَوْ زَوْجِيَّةً امْرَأَةً، فَأَقْرَأَ ^(٢) بَعُوضٍ، لَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُمَا،
فَإِنْ صَالَحَهُ الْمَدْعَى رَفْعَهُ عَنْ دَعْوَاهُ بِشَيْءٍ، صَحَّ. وَفِي الزَّوْجَةِ، وَجِهَانٌ ^(٣).
وَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ بَعُوضٍ عَنْ شُفْعَةٍ وَلَا حَدِّ قَذْفٍ. وَهَلْ يَسْقُطَانِ بِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.
وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْقِصَاصِ بِكُلِّ مَا يَثْبُتُ ^(٤) مَهْرًا، وَإِنْ جَاوَزَ الدِّيَةَ. فَإِنْ بَانَ
مُسْتَحَقًّا، وَجِبَتْ قِيمَتُهُ، وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا ^(٥) كَدَارٍ وَشَجْرَةٍ ^(٦)، وَجِبَتْ الدِّيَةُ أَوْ أَرشُ
الْجُرْحِ.

(١-١) جاءت العبارة في (م) هكذا: «عتق رجل، أو زوجته براءة فأقر». .

(٢) بعدهما في (م): «الصحيح لا يصح الصلح».

(٣) في (م): «يكتب».

(٤-٤) في (م): «وشجبه».

باب أحكام الجوار

يلزِمُ أعلى الجارين سَطْحاً بناءً سِتْرَةً تَمْنَعُ مِشَارَفَةً^(١) الأسفل، فإن استويا، ألزِمَ المحرر الممتنعُ منهما بالبناء مع الآخر.

وَمَنْ أَحْدَثَ فِي مِلْكِهِ مَا يَضُرُّ بَجَارِهِ، مِنْ تَنْوِيرٍ، أَوْ كَنْيْفٍ، أَوْ حَمَّامٍ، أَوْ رَحَى، وَنَحْوِهَا، فَلَهُ مَنَعُهُ.

ولو سقى أرضه، أو أوقدَ فيها ناراً، فتعدى إلى ملك جاره فأتلفه، لم يضمن إذا لم يكن فرطاً.

ولا يجوز أن يتصرف في جدارٍ لجاره أو لهما، إلا بوضع الخشب، إذا لم يضر به؛ للآثر^(٢). وهل له الوضُّع في جدار المسجد؟ على روايتين.

وَمَنْ انْهَدَمَ لَهَا جِدَارٌ أَوْ سَقْفٌ بَيْنَ سُفْلِ أَحَدِهِمَا وَعُلُوِّ الْآخَرِ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَبْنِيَ الْآخَرَ مَعَهُ، أُجْبِرَ، وَعَنْهُ: لَا يُجْبَرُ، لَكِنْ لِشْرِيكِهِ بِنَاؤُهُ، وَمَنَعُهُ مِمَّا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مِنْ طَرِحِ خَشَبٍ أَوْ غَيْرِهِ.

وَيُمنَعُ أيضاً في صورة السَّقْفِ من سَكَنِي السُّفْلِ في ظاهر قوله. وقيل: لا يُمنَع.

فإن بذل نصف قيمة البناء ليعود حقه، أو نصف قيمة تأليفه^(٣) إن رده بالآلة العتيقة، لزم الباني^(٤) قبوله، أو أخذ الآلة إن كانت له، لبيئاه منهما^(٥).

وكذلك إن كان لهما بئرٌ أو قناةٌ واحتاجت أن تُغمرَ، أو انهدم السُّفْلُ، وطلب

النكت

.....

(١) في (س): «مشارفته»، وفي (م): «مشارفته على».

(٢) وهو ما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يفرز خشبة في جداره». وهو عند البخاري (٢٤٦٣)، ومسلم (١٦٠٩)، وأحمد (٧٧٠٢).

(٣) في (م): «تألفه».

(٤) في (ع) و(م): «الثاني».

(٥) في (د): «بينهما».

المحرر صاحبُ العُلُوِّ بِنَاءَهُ، ففي^(١) الإِجْبَارِ رَوَايَتَانِ.

وَيَنْفَرِدُ مَالِكُ السُّفْلِ بِنَائِهِ. وَعَنْهُ: يَشَارِكُهُ صَاحِبُ العُلُوِّ فِيمَا يَحْمِلُهُ مِنْهُ.

وَمَنْ اشْتَرَى عُلُوًّا سَفْلُهُ^(٢) غَيْرُ مَبْنِيٍّ، لَيْبِنِي عَلَيْهِ إِذَا بَنِيَ، جَازَ إِذَا وَصِفَا.

وَمَنْ صَوْلَحَ بَعُوضٍ عَلَى إِجْرَاءِ مَاءٍ فِي مَلِكِهِ، أَوْ مَمْرُ فِيهِ إِلَى دَارٍ، أَوْ فَتَحَ بَابَ فِي حَائِطِهِ، أَوْ وَضَعَ حَشَبٍ عَلَيْهِ، وَكَانَ ذَلِكَ مَعْلُومًا، جَازَ.

وَمَنْ أَخْرَجَ رَوْشَنًا^(٣)، أَوْ مِيزَابًا إِلَى دَرْبٍ نَافِذٍ، لَمْ يَجْزُ، وَضَمَّنَ مَا تَلَفَ بِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ الإِمَامِ وَلَا مَضْرَّةَ فِيهِ، وَإِنْ أَخْرَجَهُ إِلَى هَوَاءٍ جَارِهِ، أَوْ دَرْبٍ مُشْتَرِكٍ، أَوْ خَرَجَتْ إِلَيْهِ أَغْصَانُ شَجَرَتِهِ، لَزِمَهُ إِزَالَةُ ذَلِكَ. فَإِنْ صَالَحَ عَنْهُ بَعُوضٌ، جَازَ فِي الرُّوشَنِ. وَفِي الشَّجَرَةِ، وَجْهَانِ.

وَمَنْ نَقَلَ بَابَهُ فِي دَرْبٍ مُشْتَرِكٍ إِلَى أَوْلَاهِ، جَازَ^(٤). وَإِنْ نَقَلَهُ إِلَى صَدْرِهِ، لَمْ يَجْزُ، إِلَّا بِإِذْنِ مَنْ فَوْقَهُ.

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَفْتَحَ فِي ظَهْرِ دَارِهِ بَابًا فِي دَرْبٍ لَا يَنْفِذُ، إِلَّا لِغَيْرِ الاسْتِطْرَاقِ فَيَجُوزُ، وَيَحْتَمِلُ الْمَنْعُ.

وَمَنْ خَرَقَ بَيْنَ دَارَيْنِ لَهُ مِتْلَاصَتَيْنِ بَابًا هُمَا فِي دَرْبَيْنِ مُشْتَرِكَيْنِ، وَاسْتَطْرَقَ إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الأُخْرَى، فَهَلْ يَجُوزُ. عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمَنْ مَالَ حَائِطَهُ إِلَى غَيْرِ مَلِكِهِ، فَعَلِمَ بِهِ، فَلَمْ يَهْدَمْهُ حَتَّى سَقَطَ، فَأَتَلَفَ شَيْئًا، لَمْ يَضْمَنْهُ. وَعَنْهُ: إِنْ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ بِنَقْضِهِ، فَلَمْ يَفْعَلْ، ضَمَّنَهُ. وَإِلَّا، فَلَا. وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَضْمَنَ مَطْلَقًا.

النكت

(١) في (م): «فعلى».

(٢) في (د) و(س) و(م): «أسفله».

(٣) الرُّوشَنُ: الرَّفْثُ. وَقِيلَ: الكَوَّةُ. «لسان العرب» (رشن).

(٤) ليست في (م).

وإذا تداعيا جداراً بين ملكيهما، حلقاً، وكان لهما، إلا أن يكون معقوداً ببناء المحرر أحدهما أو متصلاً به اتصالاً لا يمكن عادةً إحدائه، أو له عليه أزج^(١) أو سُترة، فيكون له مع يمينه، ولا يُرَجَّحُ مَنْ له عليه جذوع. وقيل: يُرَجَّحُ.

وإذا تنازعا مسنة^(٢) بين أرضٍ أحدهما ونهرٍ الآخر، فهي بينهما.

وإن تنازعَ صاحبُ العُلُوِّ والسُّفْلِ في سُلْمٍ منصوبةٍ أو درجةٍ، فهي لصاحبِ العُلُوِّ، إلا أن يكونَ تحتَ الدرجةِ مسكنٌ، فيكونُ بينهما، وإن كان في الدرجةِ طاقةٌ ونحوها، فوجهان.

وإن تنازعا في السَّقْفِ الذي بينهما، فهو لهما. وقال ابنُ عقيلٍ: هو لربِّ العُلُوِّ.

النكت

وبهذا انتهى الجزء الأول من المحرر

ومعه النكت والفوائد السنية

وبليه - إن شاء الله تعالى - الجزء الثاني، وأوله:

كتاب التفتيس

(١) الأزج: بيت بيني طولاً، ويقال: الأزج: السَّقْف. «المصباح المنير» (أزج).

(٢) في (م): «مشاة». والمسناة: حائط بيني في وجه الماء، ويسمى السد. «المصباح المنير» (سنن).