

بسم الله الرحمن الرحيم

٩ — كتاب: البيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيع^(١)

أفرد المصنف رحمه الله تعالى لفظ البيع ولم يعتبر كغيره بالبيع تأسياً بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلُّ اللَّهُ التَّيْبِعَ﴾^(٢). ويُطلق على أمرين: أحدهما قسم الشراء، وهو الذي يشتق منه لمن صدر عنه لفظ البيع. وحده: ثقل ملك بثمان على وجه مخصوص، والشراء قبول ذلك على أن لفظ كل منهما يقع على الآخر. تقول العرب: بعثت بمعنى شريت وبالعكس؛ قال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾^(٣) أي باعوه، وقال تعالى: ﴿وَلَيْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ﴾^(٤)؛ ويقال لكل من المتبايعين بائع وبيّع ومشتري وشار. الثاني: العقد المركب من الإيجاب والقبول، وهو المراد بالترجمة؛ وهو لغة: مقابلة شيء بشيء، قال الشاعر:

مَا بَغْتُكُمْ مُهَجَّتِي إِلَّا بِوَضْلِكُمْ وَلَا أَسْلَمُهَا إِلَّا يَدًا يَسِيدِ

قال بعض المتأخرين: كذا قالوه، وينبغي أن يُزاد فيه معاوضة أو على وجه المعاوضة ليخرج رد السلام ونحوه فإنه لا يسمّى بيعاً أهـ. وشرعاً: مقابلة مال بمال على وجه مخصوص. فإن قيل: يرد على هذا التعريف القرض كما لو قال خذ هذا بمثله، وكذلك الإجارة فإن الحدّ صادقٌ عليهما وليسا ببيع، ولهذا لا يتعدان بلفظ البيع. فإن أجيب عن الإجارة بأن المال لا يُطلق على المنفعة زُدْ بلزوم كون الحد غير جامع الجواز جعل الثمن منفعة. وقد صرح في كتاب الوصية بدخول المنفعة في المال، فقال: الأموال تنقسم إلى أعيان ومنافع؛ وأيضاً المقابلة المطلقة ليس فيها دلالة على المقصود فإنه لم يتعرض لكونها في عقد ولا أن ذلك العقد يقتضي انتقال الملك، ولهذا زاد في المجموع: «تمليكاً». أجيب عن القرض بأنه لا يشترط فيه مقابلة المال بالمال حالة العقد لأن صيغة المقابلة مفاعلة فلا بدّ منها في الجانبين، والقرض لا يشترط فيه ذلك بل يكفي الدفع وتسمية أحد العوضين خاصة حتى لو قال: «أقرضتك هذا» ولم يقل «على أن تردّ بدله» صحّ وإن لم يذكر مقابله، بخلاف البيع فإنه لا بدّ فيه من التصريح بذكر العوضين لتحقق المفاعلة. وعن الإجارة بأن المنافع ليست أموالاً على الحقيقة بل على ضرب من التوسّع والمجاز بدليل أنها معدومة لا قدرة عليها؛ ولهذا اختلف العلماء في صحة

(١) روضة الطالبين: ٣/٣٣٦، حاشية الجمل: ٢/٣، التنبيه: ص ٥٤، حاشية الشراقي: ٢/٢، حاشية الباجوري: ١/٥٧٤، غاية البيان: ص ١٨١، المجموع: ٩/١٤٥، فتح الوهاب: ١/١٥٧، الإقناع: ١/٢٥٠، حاشية بجيري: ٣/٢، السراج الوهاج: ص ١٧٢، الأم: ٣/٤، كفاية الأخيار: ١/١٤٧، حاشية الشرواني: ٤/٢١٤، حاشية العبادي: ٤/٢١٤، إعانة الطالبين: ٣/٢، المهذب: ١/٢٥٧.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٣) سورة يوسف، الآية: ٢٠.

(٤) سورة البقرة، الآية: ١٠٢.

شَرْطُهُ الْإِجَابُ:

العقد عليها، فقد منع جماعة صحة الإجارة، وأنه لو حلف شخص لا مال له وله منافع يحنث على الصحيح كما قاله الرافعي، وأنه لو أقرَّ بمال ثم فسره بمنفعة لم يقبل كما دلَّ عليه كلام الرافعي أيضاً. وقولهم في الوصية: إن المنفعة تُحسب قيمتها من الثلث معناه أنها كالمال المفوت لا أنها في نفسها مال لأنها لا وجود لها، وإنما يُقدَّر وجودها لأجل تصحيح العقد عليها. وأيضاً المحدود إنما هو بيع الأعيان لا بيع المنافع؛ لأن بيع المنافع جنس برأسه، وإذا ثبت أن المنافع لا تسمى مالا حقيقة لم ترد على الحد لأن المجاز لا يدخل في الحدود.

فإن قيل: قد نصَّ الشافعي رحمه الله تعالى على أن الإجارة يَبُوعُ منفعةً كما نقله الإسماعيلي في كتاب الاضطلام. أجب أن محمول على ضرب من التوسع كما مرَّ لأن المنافع يُقدَّر وجودها لأجل صحة العقد، وما دخله التقدير لا يكون حقيقة كما يقدر الميت حياً ليملك الدية وتورث عنه.

وحدَّه بعضهم بأنه عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد فدخل بيع حق الممزر ونحوه وخرجت الإجارة بقيد التأبوت فإنها ليست ببيعاً؛ ولهذا لا تتعقد بلفظه كما مرَّ؛ والقرض بقيد المعاوضة فإنه لا يسمى معاوضة عُزْفاً؛ وعقد النكاح والخلع والصلح عن الدم بقيد الملك، فإن الزوج لا يملك منفعة البضع وإنما يملك أن ينتفع به، والزوجة والجاني لا يملكان شيئاً، وإنما يستفيدان رفع سلطنة الزوج؛ ومستحقُّ القصاص على أن النكاح خرج بقيد المعاوضة أيضاً فإنه لا يسمى معاوضة عُزْفاً. وهذا الحدُّ أولى من الأوَّل لما لا يخفى. والأصل في الباب قبل الإجماع آيات كقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢). وأظهر قول الشافعي أن هذه الآية عامة في كل بيع إلا ما خصَّ بالسنة فإنه ﷺ نَهَى عن بَيْعِ، والثاني: أنها مجملة والسنة مبينة لها. وتظهر فائدة الخلاف في الاستدلال بها في مسائل الخلاف، فعلى الأوَّل يستدل بها وعلى الثاني لا يستدل، وأحاديث كحديث: سئل النبي ﷺ أي الكسب أطيب؟ فقال: «عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ»^(٣)؛ أي لا غش فيه ولا خيانة. رواه الحاكم وصححه. وحديث: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَن تَرَاضٍ»^(٤).

وأركانه كما في المجموع ثلاثة، وهي في الحقيقة ستة: عاقد وهو بائع ومشتري، ومعقود عليه وهو ثمن ومثمن، وصيغة وهي إيجاب وقبول. وكان الأوَّل للمصنف أن يقدم الكلام على العاقد ثم المعقود عليه ثم الصيغة، لكنه بدأ بها كما قال الشارح لأنها أهم للخلاف فيها، وأوَّلَى من ذلك أن يقال لأن العاقد والمعقود عليه لا يتحقق إلا بها؛ وعبر عنها بالشرط خلاف تعبيره في المجموع كالغزالي بأركان البيع؛ والتعبير بالركن أوَّلَى. نعم قد يُراد بالشرط ما لا بد منه فيساوي التعبير بالركن، فقال:

(شرطه) أي البيع صيغة، وهي (الإيجاب) من البائع، وهو ما يدلُّ على التمليك بعوض دلالة ظاهرة؛

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٣) أخرجه الحاكم في «المستدرک» كتاب: البيوع (الحديث: ١٠/٢).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب: الإجارة، باب: في خيار المتبايعين (الحديث: ٣٤٥٨) بلفظ: لا يفرقن اثنان إلا عن تراض وأخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في خيار... (الحديث: ١٢٤٨) بلفظ: لا يفرقن عن بيع إلا عن تراض وأخرجه ابن ماجه في كتاب: التجارات، باب: بيع الخيار (الحديث: ٢١٨٥) وأخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٥٣٦/٢) بلفظ: لا يفرق المتبايعان عن بيع... .

كَبَيْتَكَ وَمَلَكَتْكَ، وَالْقَبُولُ كَأَشْتَرَيْتُ وَتَمَلَّكَتُ وَقَبَلْتُ؛

كَيْتَكَ) بكذا (وملكتك) بكذا، وهذا مبيع منك بكذا أو أنا بائعه لك بكذا كما بحثه الإسني وغيره قياساً على الطلاق، وهكذا لك بكذا كما نص عليه في الأم.

تنبيه: عبارة المحرر: «كَيْتَكَ أو ملكتك»، وهي أولى لأنها تدل على الإكتفاء بأحدهما، بخلاف عبارة المصنف. (والقبول) من المشتري، وهو ما يدل على التمليك دلالة ظاهرة، (كأشتريت وتملكت وقبلت) ورضي كما ذكره القاضي حسين عن والد الروياني، و «نعم» في الجواب كما سيأتي و «توليت» ونحوها، و «بعت» على ما نقله في شرح المذهب عن أهل اللغة والفقهاء؛ فلا يصح البيع بدون إيجاب وقبول، حتى إنهما يشترطاً في عقد تولي الأب طرفيه كالبيع لماله من طفله وعكسه فلا يكفي أحدهما، إذ معنى التحصيل غير معنى الإزالة وكالطفل المجنون وكذا السفية إن بلغ سفيهاً، وإلا فولئيه الحاكم فلا يتولى الطرفين لأن شفقتة ليست كشفة الأب، فلو وكل الحاكم الأب في هذه الصورة لم يتول الطرفين لأنه نائب عن الحاكم فلا يزيد عليه. وهل للأب أن يبيع مال أحد إبنه من الآخر وهما تحت حجره؟ فيه وجهان، والظاهر منهما الصحة. وإنما احتيج في البيع إلى الصيغة لأنه منوط بالرضا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١) ولقوله ﷺ: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَن تَرَاضٍ»^(٢) صححه ابن حبان. والرضا أمر خفي لا يطلع عليه فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة، فلا ينعقد بالمعطاة إذ الفعل لا يدل بوضعه، فالمقبوض بها كالمقبوض ببيع فاسد، فيطالب كل صاحبه بما دفع إليه إن بقي، وببدله إن تلف. وقال الغزالي: للبائع أن يتملك الثمن الذي قبضه إن ساوى قيمة ما دفعه لأنه مستحق ظفر بمثل حقه والمالك راض. هذا في الدنيا وأما في الآخرة فمطالبة لطيب النفس بها. واختلاف العلماء فيها نقله في المجموع عن ابن أبي عصرون وأقره قال: وخلاف المعاطاة في البيع يجري في الإجارة والرهن والهبة ونحوها؛ قال في الذخائر: وصورة المعاطاة أن يتفقا على ثمن ومثمن، ويعطيا من غير إيجاب ولا قبول، وقد يوجد لفظ من أحدهما. واختار المصنف وجماعة منها المتولي واليغوي الإنعقاد بها في كل ما يعده الناس بيعاً؛ لأنه لم يثبت اشتراط لفظ فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة؛ وبعضهم كابن سريج والروياني خصص جواز بيع المعاطاة بالمحقرات، وهي ما جرت العادة فيو بالمعاطاة: كرطل خبز وحزمة بقل، وقال بعضهم: كل من وسم بالبيع اكتفى منه بالمعاطاة كالعامة والتاجر وكل من لم يعرف بذلك لا يصح منه إلا باللفظ. قال في المجموع: وأما إذا كان يأخذ من البياع ويحاسبه بعد مدة ويعطيه كما يفعل كثير من الناس فإنه باطل بلا خلاف لأنه ليس ببيع لفظي ولا معاطاة فليعلم ذلك وليحذر منه ولا يفتتر بكثرة من يفعله. قال الأزرعي: وهذا ما أفتى به البغوي؛ وذكر ابن الصلاح في فتاويه نحوه والظاهر أنه قاله تفقهاً ومن كلامه أخذ المصنف. لكن الغزالي في الإحياء مسامح في ذلك، فقال: وأخذ الحاج من البياع يقم على ضربين: أحدهما أن يقول: أعطني بكذا لحمًا أو خبزاً مثلاً وهذا هو الغالب، فيقدم إلى

وَيَجُوزُ تَقَدُّمُ لَفْظِ الْمُشْتَرِي،

وأشار المصنف بكاف التشبيه فيما ذكره من صيغ الإيجاب والقبول إلى عدم الحصر فيه فيكفي غيره كما تقدم بعض ذلك. ومن ألفاظ صيغ الإيجاب: «صَارَفْتُكَ» في بيع النقد بالنقد، أو «قَرَّرْتُكَ» بعد الإنفاسخ بأن يقول البائع بعد انفساخ البيع: «قَرَّرْتُكَ على موجب العقد الأول» فيقبل صاحبه كما اقتضاه كلام الشيخين^(١) في القراض، و«وَلَيْتُكَ» و«أَشْرَكْتُكَ». ومن ألفاظ القبول: «صَارَفْتُ» و«تَقَرَّرْتُ» بعد الانفساخ في جواب «قَرَّرْتُكَ»؛ و«تَعَوَّضْتُ» في جواب «عَوَّضْتُكَ»؛ و«قَدِ فَعَلْتُ» في جواب «اشتر مني ذا بكذا» كما جزم به الرافعي في النكاح، وفي جواب «بعتك» كما في زيادات العبادي، نقله عنها الإسنوي؛ وبكاف الخطاب في الإيجاب إلى أمرين: أحدهما أن إسناد البيع إلى المخاطب لا بد منه، ولو كان نائباً عن غيره حتى لو لم يسند إلى أحد كما يقع في كثير من الأوقات أن يقول المشتري للبائع: «بعث هذا بعشرة» مثلاً، فيقول: «بعث» فيقبله المشتري لم يصح، وكذا لو أسنده إلى غير المخاطب كبعث موكلك بخلاف النكاح فإنه لا يصح إلا بذلك؛ لأن الوكيل ثَمَّ سفيرٌ محضٌ. وقد لا يعتبر الخطاب كما في مسألة المتوسط، وهي أن يقول شخص للبائع: «بعث هذا بكذا»، فيقول: «نعم» أو «بعث»، ويقول للآخر: «اشترت»، فيقول: «نعم» أو «اشترت»، فينعقد البيع لوجود الصيغة. ولو كان الخطاب من أحدهما للآخر فظاهر كلام الحاوي الصحة، وجرى على ذلك شيخنا في شرح البهجة؛ والمعتمد كما قال شيخي عدم الصحة لأن المتوسط قائم مقام المخاطبة ولم يوجد. نعم إن أجاب المشتري بعد ذلك صحَّ فيما إذا قال البائع: «نعم» دون «بعث» ولا يشترط في المتوسط التكليف لأن العقد لا يتعلّق به. ولو قال: «اشترت منك هذا بكذا» فقال البائع: «نعم» أو قال: «بعتك» فقال المشتري: «نعم» صحَّ كما ذكره في الروضة في باب النكاح استطراداً، وإن خالف في ذلك شيخنا في شرح البهجة، وعلّل ذلك بأنه لا التماس فلا جواب. ويدل لصحة القبول بـ «نعم» متأخرة عبارة ابن قاضي عجلون في تصحيحه، ويمتنع الابتداء بـ «نعم» بناء على صحة القبول بها متأخرة وهو الأصحّ أه. الأمر الثاني: لا بدّ من إسناده إلى جملة فلا يصح: «بعته»؛ ليدك أو لنصفك وذكر الرافعي في الركن الثاني من كتاب الظهار ضابط ما يصح إسناده إلى الجزء وما لا يصح فقال قال الأصحاب: ما يقبل التعليق من التصرفات تصحّ إضافته إلى بعض محلّ ذلك التصرف كالطلاق والعناق، وما لا يقبله لا تصحّ إضافته إلى بعض المحلّ كالنكاح والرجعة أه. فإن قيل: الكفالة لا يصحّ تعليقها وتصحّ إضافتها إلى جزء لا يبقى الشخص بدونه كراسه. أجيب بأن المراد تصحّ إضافته إلى أي جزء كان، وهذا إلى جزء مخصوص.

تنبيه: اعتبار الصيغة جارٍ حتى في البيع الضمني لكن تقديراً، كأن يقال: «أُعْتِقْتُ عَبْدَكَ عني على كذا» ففعل، فإنه يعتق عن الطالب ويلزمه العوّض كما سيأتي في الكفارة، فكأنه قال: «بغنيه وأغنيته عني» وقد أجابه. وسكت المصنف عن صيغة الثمن لوضوح اشتراط أنه لا بدّ من ذكره؛ وله صيغ منها أن يقول «بكذا» كما مرّت الإشارة إليه وهي الأصل، ومنها: «علي أن تعطيني كذا»، ومنها: «ولي عليك كذا» أو يقول المشتري: «ولك علي كذا». ومنها: «بعتك على ألف» ونحو ذلك.

(ويجوز تقدم لفظ المشتري) على لفظ البائع لحصول المقصود مع ذلك. ومنع الإمام والقفال تقدم «قبلت»

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: إذا خير أحدهما صاحبه... (الحديث: ٢١١٢) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس... (الحديث: ٣٨٣٣).

وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي، فَقَالَ: بِعْتِكَ؛ أُنْعَقِدَ فِي الْأَظْهَرِ. وَيُنْعَقِدُ بِالْكَنَايَةِ كَجَعَلْتَهُ لَكَ بِكَذَا فِي الْأَصَحِّ.

وهو قضية كلام الشيخين^(١) هنا؛ لكن ذكرا في التوكيل في النكاح أنه لو قال وكيل الزوج أولاً: «قبلت نكاح فلانة منك لفلان» فقال وكيل الولي: «زوجتها فلاناً» جاز، وقياسه أنه لو قال: «قبلت بيع هذا منك بكذا لموكلي أو لنفسي»، فقال: «بعتك» أنه يصح، وهو ظاهر لأن النكاح يحتاط فيه ما لا يحتاط في البيع.

(ولو قال) شخص لآخر بصيغة الأمر: (بعني) كذا بكذا (فقال بعتك انعقد) البيع (في الأظهر) لدلالة «بعني» على الرضا؛ والثاني: لا ينعقد إلا إذا قال المشتري بعد ذلك «اشتريت» أو «قبلت» لأنه قد يقول «بعني» لاستبانة الرغبة، ولو قال: «اشترتني» فقال: «اشتريت»، فكما قال «بعني» فقال «بعتك»؛ قاله البهوي وصححه في المجموع وإن لم يفهمه عبارة المصنف. ولو قال: «اشتريت هذا منك بكذا» فقال: «بعتك» انعقد إجماعاً كما نقله الأذرعى عن شرح الوجيز لابن يونس، فلو لم يأت بلفظ الأمر بأن أتى بلفظ الماضي أو المضارع كقوله: «بعتنى» أو «تبعينى»، فقال: «بعتك» لم ينعقد البيع حتى يقبل بعد ذلك؛ قال الإسوي: والمتجه أن يلحق بصيغة الأمر ما دل عليه كاسم الفاعل والمضارع المقرون بلام الأمر، ولا يضر اختلاف اللفظ من الجانيين، فلو قال: «اشتريت منك كذا بكذا» فقال البائع: «ملكتك»، أو قال له البائع: «ملكتك» فقال: «اشتريت» صحَّ لحصول المقصود بذلك. ويصح البيع بفعلت في جواب «بعني» وكذا ب «نعم» في جواب «بع» و «اشتريت» كما مرّت الإشارة إليه.

ثم ما ذكره المصنف صريح واستغنى عن التصريح به بقوله: (وينعقد) أي البيع (بالكناية) وهي ما تحتل البيع وغيره مع النية، (كجعلته لك) أو «خذ» أو «تسلمه» أو «سلطتك عليه»؛ (بكذا) ناوياً البيع فينعقد بذلك (في الأصح) ففي الأصح راجع إلى الإنعقاد بالكناية كما تقرر لا إلى كون جعلته من الكنايات فهذا لا خلاف فيه، فلو قال «وينعقد بالكناية في الأصح كجعلته لك بكذا» كما في المحرر لكان أحسن؛ والثاني: لا ينعقد بالكناية لأن المخاطب لا يدري أخو طَبَّ ببيع أم غيره. وأجيب بأن ذكر العوض ظاهر في إرادة البيع، ومن الكناية «باعك الله بكذا» ك «أفالك الله بكذا» أو «ردّه الله عليك في الإقالة» بخلاف «أبرك الله» فإنه صريح ك «طلقك الله»، وضابط ذلك أن ما استقل به الشخص وحده كالبراءة كان صريحاً ومالاً كالبيع فكناية، وليس من كناية البيع «أبحثك إياه بكذا»؛ قال في المجموع: لأنه صريح في الإباحة مجاناً فلا يكون كناية في غيرها، وهذا هو المعتمد وإن نظر فيه بعضهم. واستثنى في المطلب صحة طلاق السكران بالكناية، قال بعض المتأخرين: وقياسه منع صحة بيعه وشرائه بها أهد. والظاهر الصحة في الموضوعين، وينعقد بالكناية منع النية سائر العقود وإن لم يقبل التعليق، فإن توفرت القرائن على إرادة البيع قال الإمام: وجب القطع بصحته، والنكاح وبيع الوكيل المشروط فيه الإشهاد لا ينعقدان بها لأن الشهود لا يطلعون على النية؛ نعم إن توفرت القرائن عليه في الثانية، قال الغزلي: فالظاهر انعقاده؛ وأقرّه عليه في الروضة، وهو المعتمد خلافاً لما جرى عليه صاحب الأنوار من عدم الصحة؛ والفرق بينه وبين النكاح أن النكاح يحتاط له أكثر. وصورة الشرط أن يقول: «بع هذا على أن تشهد»، فإن قال: «بع واشهد» لم يكن الإشهاد شرطاً؛ صرح بذلك المرعشي، واقتضاه كلام غيره. والكتابة بالبيع ونحوه على نحو لوح أو ورق أو أرض كناية في ذلك فينعقد بها مع النية بخلاف الكتابة على المائع ونحوه كالهواء فإنه لا يكون كناية لأنها لا تثبت. ويشترط القبول من المكتوب إليه حال الإطلاع ليقترن بالإيجاب بقدر الإمكان، فإذا قبل فله

وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَطُولَ الْفَضْلُ بَيْنَ لَفْظَيْهِمَا،

الخيار ما دام في مجلس قبوله. ويثبت الخيار للكاتب ممتداً إلى أن ينقطع خيار صاحبه، حتى لو علم أنه رجوع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه في مجلسه صحَّ رجوعه ولم ينقصد البيع؛ أي لم يستمر، وإن كتب بذلك لحاضر صحَّ أيضاً في أحد وجهين رجحه الزركشي كالسبكي وهو المعتمد. ولو باع من غائب كأن قال: «بعث داري لفلان» وهو غائب فقبل حين بلغه الخبر صحَّ كما لو كاتبه بل أولى.

فروع: يصح البيع ونحوه من المعاملات بالعجمية مع القدرة على العربية قطعاً، وفي النكاح خلاف التعبد، والأصح فيه الصحة.

(ويشترط أن لا يطول الفصل) بين الإيجاب والقبول ولو بكتابة أو إشارة أخرى. وقوله: (بين لفظيهما) مثال، ولو عبر بما قدزته كان أولى، فإن طال ضرراً لأن طول الفصل يخرج الثاني عن أن يكون جواباً عن الأول، والطويل كما قال في زيادة الروضة في النكاح: وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول، بخلاف الفصل اليسير لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول. ويضمر تخلل كلام أجنبي عن العقد ولو يسيراً بين الإيجاب والقبول وإن لم يتفرقا عن المجلس؛ لأن فيه إعراضاً عن القبول بخلاف اليسير في الخلع. وفرق بأن فيه من جانب الزوج شائبة تعليق، ومن جانب الزوجة شائبة جعله، وكل منهما موسع فيه محتمل للجهالة، بخلاف البيع. وظاهر كلامهم أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون ممن يريد أن يتم العقد أو غيره، وهو كذلك كما يؤخذ من كلام القاضي حسين. ومن عدهم في باب الخلع والردة من الموجب كلاماً يسيراً؛ أي أجنبياً، ولأن الموجب تعلقه بالعقد باقٍ ما لم يقع القبول، فإنه لو جُنَّ أو خرج عن الأهلية لم يصح القبول، وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين فشرط أن يكون ذلك من القابل. والمراد بالكلام ما يشمل الكلم والكلمة لا المصطلح عليه عند النحاة. وخرج بالأجنبي غيره فلا يضر؛ وفسر في الأنوار الأجنبي بأن لا يكون من مقتضى العقد ولا من مصالحه ولا من مستحباته، قال: فلو قال المشتري: «بسم الله والحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت» صحَّ اهـ. وهذا إنما يأتي على طريقة الرافي، أما على ما صححه المصنف في باب النكاح فهو ليس بمستحب، لكنه لا يضر كما في النكاح. ويشترط أيضاً أن يكون القبول ممن صدر معه الخطاب، فلو مات المخاطب به قبل قبوله فقبل وارثه لم ينقصد، وكذا لو قبل وكيله أو موكله كما هو مقتضى كلام الأصحاب، وجزم به ابن المقري في شرح إرشاده، خلافاً للناشري القائل بالصحة في الموكل، وأن يصر البادي على ما أتى به من الإيجاب إلى القبول، وأن تبقى أهليته كذلك؛ فلو أوجب بموكل أو شرط الخيار ثم أسقط الأجل أو الخيار أو جُنَّ أو أغمي عليه مثلاً لم يصح العقد لضعف الإيجاب وحده. وأن يتلفظ كل منهما بحيث يسمعه من بقره وإن لم يسمعه صاحبه، وأن لا يكون العقد مؤقتاً، فلو قال: «بعتك بكذا شهراً مثلاً»، لم يصح. وأن لا يكون معلقاً بما لا يقتضيه العقد، فلو قال: «إن جاء زيد فقد بعتك كذا» لم يصح، بخلاف ما إذا علق بما يقتضيه العقد كقوله: «بعتك هذا بكذا إن شئت» فقال: «اشتريت»، أو قال: «اشتريت منك هذا بكذا إن شئت» فقال: «بعتك» صحَّ. ولا يضر هذا التعليق لأنه تصريح بمقتضى العقد، فأشبه ما لو قال: «إن كان هذا ملكي فقد بعته بكذا»، ولو قال في الجواب: «شئت» لم يصح لأن لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التملك. والظاهر كما قاله بعض المتأخرين أن «إن رضيت» أو «إن أجبته» أو «إن اخترت» أو «إن أردت» وإن شئت، ولو قال: «بعتك إن قبلت» فقيل صحَّ كما صححه الماوردي، ولو قال: «اشتريت منك بكذا» فقال: «بعتك إن شئت» لم يصح كما قاله الإمام لاقتضاء التعليق وجود شيء بعده ولم

وَأَنْ يُقْبَلَ عَلَى وَفْقِ الْإِجَابِ؛ فَلَوْ قَالَ: بِعْتِكَ بِأَلْفٍ مُكْسَّرَةً؛ فَقَالَ: قَبِلْتُ بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ، لَمْ يَصِحَّ. وَإِشَارَةُ الْأَخْرَسِ بِالْعَقْدِ كَالنُّطْقِ.

يوجد؛ فلو قال بعده: «اشترت» أو «قبلت» لم يصح أيضاً، إذ يبعد حمل المشيئة على استدعاء القبول وقد سبق فتعيين إرادتها نفسها فيكون تعليقا محضاً هو مبطل، ولو قال: «إن شئت بعته» لم يصح لأن فيه تعليقا لأصل العقد وهو ممتنع.

تنبيه: يستثنى من اشتراط عدم التعليق مسألة الوكيل في شراء الجارية إذا قال الموكل: «إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتهكها بها»، وما لو قال: «إن كان ملكي فقد بعتهك»، ولو علق بمشيئة الله تعالى فله ثلاث حالات مرّت في الوضوء والقياس مجيئها هنا. ولا بدّ أن يتأخر القبول عن تمام الإيجاب ومصالحة، فلو قال: «بعتهك هذا الثوب بألف درهم مؤجلة إلى شهر بشرط خيار الثلاث» فقبل قبل أن يفرغ البائع منه بطل، كما لو قال: «زوجتك ابنتي على ألف درهم مؤجلة إلى شهر» فقبل قبل الفراغ منه.

(وأن يقبل على وفق الإيجاب) في المعنى كالجنس والنوع والصفة والقدر والحلول والأجل. (فلو قال بعتهك) هذا العدّ مثلاً (بألف مكسرة فقال قبلت بألف صحيحة) أو عكسه كما فهم بالأولى، أو: «بعتهك بألف» فقبل بألف وخمسائة، أو: «بألف» فقبل بخمسائة؛ أو قبل بعض البيع أو قبل نصيب أحد الباعين كان قالاً: «بعتهك عبدنا بألف» فقبل نصيب أحدهما، (لم يصح) لاختلاف المعنى. ولو قال المخاطب فيما لو قيل له «بعتهك بألف»: «قبلت نصفه بخمسائة ونصفه الآخر بخمسائة» صحّ عند المتولي، وجزم به ابن المقري وهو المعتمد، وإن مال الإسنوي إلى البطلان، إذ لا مخالفة بذكر مقتضى الإطلاق. واستشكله الرافعي بأن أوجب له عقداً فقبل عقدين لتعدّد الصفة بتفصيل الثمن. قال في المجموع: والأمر كما قال الرافعي؛ أي من الإشكال، لكن الظاهر، أي من حيث النقل الصّحّة. أما الموافقة لفظاً فلا تشترط، فلو قال: «بعتهك» فقال: «اشترت» أو نحوه صحّ، ولو قال: «بعتهك هذه الدار مثلاً بألف على أن لي نصفها» صحّ، كما لو قال: «إلاً نصفها». ولا ينعقد البيع بالألفاظ التي بمعنى الهبة؛ كـ «أعمرتك» أو «أرقتك» كما جزم به في التعليقة تبعاً لأبي علي الطبري، فليس بصريح ولا كناية، خلافاً لبعض المتأخرين؛ وإنما صحّت الهبة بهذا اللفظ للنصّ. ولو قال: «أسلمت إليك كذا في هذا الثوب» مثلاً فقبل لم ينعقد بيعاً ولا سلماً كما سيأتي في باب إن شاء الله تعالى. ولا بدّ أن يقصد بلفظ البيع معنى البيع كما في نظيره في الطلاق، فلو لم يقصد أصلاً كمن سبق لسانه إليه أو قصده لا لمعناه كمن لقن أعجمياً ما لا يعرف مدلوله لم ينعقد، نعم إن قصد البيع أو غيره هازلاً صحّ كما في الطلاق.

(وإشارة الأخرس) وكتابه (بالعقد كالنطق) للضرورة؛ لأن ذلك يدل على ما في فؤاده كما يدل عليه النطق من الناطق. ولا حاجة إلى قوله: «من زيادته بالعقد»، بل قال السبكي: إنها مضرة لأن الفسخ والدعوى والأقارير ونحو ذلك كذلك؛ ولكن احترز به عن إشارته في الصلاة وبالشهادة وفيما إذا حلف لا يتكلم أو حلف عليه فليس لها حكم النطق. وأعاد المصنف هذه المسألة في الطلاق وضمّ الحلّي إلى العقد، وسيأتي فيه إن شاء الله تعالى أن إشارته إن فهمها الفطن وغيره فصريحة، أو الفطن فقط فكناية.

تنبيه: قال بعض المتأخرين: ويحتاج المصنف أن يزيد فيه فيقول كالنطق فيه، وإلا يلزمه أن يكون قبول الأخرس البيع في الصلاة كقبول النطق فتبطل صلاته.

وَشَرَطُ الْعَاقِدِ الرَّشْدُ. قُلْتُ: وَعَدَمُ الْإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ.

ثم شرع في الركن الثاني وهو العاقد، وقدمه على الميعود عليه لتقدم الفاعل على المفعول طبعاً، فقال: (وشرط العاقد) بانعاً أو مشترياً (الرشد) وهو أن يتصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله، فلا يصح من صبي وإن قصد اختياره ولا من مجنون ولا من محجور عليه بسفه ولو بغبطة، وإنما صح بيع العبد من نفسه لأن مقصوده العتق.

تنبية: قال المصنف في دقائقه: إن عبارته أصوب من قول المحرر «يعتبر في المتبايعين التكليف» لأنه يرد عليه ثلاثة أشياء: أحدها أن ينتقض بالسكران فإنه يصح بيعه على المذهب مع أنه غير مكلف كما تقرر في كتب الأصول. الثاني: أنه يرد عليه المحجور عليه بسفه فإنه لا يصح بيعه مع أنه مكلف. والثالث: المكره بغير حق فإنه مكلف ولا يصح بيعه؛ قال: ولا يرد واحد منها على المنهاج اهـ. بل ولا على المحرر. أما السكران ففي كونه مكلفاً خلاف، وقد نص الشافعي رحمه الله تعالى على أنه مكلف فقال: وهذا - أي السكران - آثم مضروب على السكر غير مرفوع عنه القلم اهـ. وسيأتي تحريره في الطلاق إن شاء الله تعالى. وأما السفه والمكره فلأن معنى قوله: «ويعتبر في المتبايعين التكليف» أنه لا بد في كل بيع منه وهو صحيح ولا يلزم عكسه، وهو اعتبار بيع كل مكلف، ولكن التعرض لهما أحسن لكن لا يردان على المحرر. واعترض عليه بأمر كما يدين الشخص يدان: أحدها أن تعبيره يخرج السكران أيضاً كما أخرجه قيد التكليف عند الأصوليين إلا أن يفرض في سكر لا يخرج عن الرشد لجهل أو إكراه وهو نادر. ثانيها: أن يرد عليه الفاسق فإن بيعه صحيح وليس برشيد، إذ الرشد صلاح الدين والمال. وثالثها: أنه يرد عليه أيضاً من طرأ سفهه بعد فك الحجر عنه فإنه لا بد من إعادة الحجر عليه، فإذا باع قبل إعادة الحجر عليه صح مع أنه ليس برشيد. ورابعها: أن عبارته تتناول الصبي كما قال بعضهم فإنه وصفه بالرشد في قوله في الصيام: «أو صبيان رشداء». وخامسها: الأعمى لا يصح بيعه ولا شراؤه كما سيأتي آخر الباب مع أنه رشيد؛ ولو عبر بمطلق التصرف لسلم من ذلك.

(قلت: وعدم الإكراه بغير حق) فلا يصح عقد مكره في ماله بغير حق، لقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ»^(١). ولا أثر لقول المكره بغير حق إلا في الصلاة فتبتطل به في الأصح، ولا لفعله إلا في الرضاع والحدث والتحول عن القبلة وترك القيام في الفريضة مع القدرة، وكذا القتل ونحوه في الأصح؛ وكل هذا يأتي في باب الطلاق إن شاء الله تعالى. ويرد على الأول ما لو أكرهه على طلاق زوجته نفسه أو بيع ماله أو عتق عبده وما أشبه ذلك فإنه ينفذ، وعلى الثاني ما لو أكرهه على إتلاف مال الغير أو أكله أو تسليم الوديعة فإنه يضمن الجميع، وما لو أكرهه مجوسياً مسلماً على ذبح شاة أو محرماً حلالاً على ذبح صيد فذبحه فإنه يحل، وما لو أكرهه على غسل ميت لم يتوجه عليه غسله فإنه يصح، وما لو أكرهه على وطء زوجته أو أمته فأحبلها فإنه يصح ويستقر للزوجة به المهر وللأمة أُمِّيَّةُ الولد وحلت الزوجة للمطلق ثلاثاً، وما لو حضر المحرم عرفة مكرهاً فإنه يصح وقوفه. أما الإكراه بحق فيصح إقامة لرضا الشرع مقام رضاه، وصوره في الروضة بمن توجه عليه دين وامتنع من الرقاء والبيع، فإن شاء القاضي باع ماله بغير إذنه لو فاه دينه، وإن شاء عزّره وحسبه إلى أن يبيعه. قال السبكي: وكان بعض مشايخنا يصوره بمن أمر عبده بالبيع فامتنع فأكرهه فإنه يصح لأنه من الاستخدام الواجب. وصوره بعضهم بما إذا أسلم عبد لكافر محجور عليه فإن الحاكم يجبر الولي على بيعه. قال السنوي: ومن

وَلَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ الْمُضْحَفِ، وَالْمُسْلِمِ فِي الْأَظْهَرِ،

صوّره: ما إذا أذن شخص لعبد غيره في بيع ماله، قال: فللسيد إكراهه على بيعه. ويصح بيع المُضَادِرِ - بفتح الدال - من جهة ظالم، بأن باع ماله لدفع الأذى الذي ناله لأنه لا إكراه فيه، إذ مقصود من صادر تحصيل المال من أي وجه كان.

فروع: لو أتلف الصبيُّ أو تلف عنده ما ابتاع أو ما اقترض من رشيد وأقبضه له لم يضمن؛ لأن المقبض هو المضيع لماله. هذا في الظاهر، أما في الباطن فيغرم بعد البلوغ كما نصّ عليه في الأم في باب الإقرار. أو من صبيّ مثله ولم يأذن الوليان ضمن كل منهما ما قبض من الآخر، وإن كان ذلك بإذن الوليين فالضمان عليهما فقط لوجود التسليط منهما؛ وعلى البائع للصبي ردّ الثمن إلى وليه، فلو رده إلى الصبي ولو بإذن الولي وهو ملك الصبي لم يبرأ منه أو للولي براءة منه. ومحل عدم الإبراء بالدفع للصبي بإذن وليه كما قال الزركشي ما إذا لم يكن في مصلحة تتعلق ببذنه من مأكّل ومشرب ونحوهما وإلّا براءة. ولو قال شخص لآخر له عنده وديعة سلّم وديعتي إلى الصبي أو ألقها في البحر ففعل براءة لأنه امتثل أمره في حقّ المتعين، بخلاف ما لو قال ذلك لمن له عليه دين فإنه لا يبرأ لأن ما في الذمة لا يتعين إلّا بقبض صحيح. ولو أعطى صبي ديناراً لتقّاد ينقده أو متاعاً لمقوم يقومه ضمن من أخذه إن لم يرده لوليه إن كان للصبي، أو لمالكه إن كان لغيره. ولو أوصل صبيّ هدية إلى غيره وقال هي من زيد مثلاً أو أخبر بالإذن بالدخول عمل بخبره مع ما يفيد العلم أو الظن من قرينة أو من قوله لاعتماد السلف عليه في ذلك حيثئذ؛ وكالصبي في ذلك الفاسق كما نقله في المجموع عن الأصحاب.

(ولا يصح شراء الكافر) ولو مرتدّاً لنفسه أو لمثله؛ (المصحف) كله أو بعضه، ولا يتملكه بسلم ولا بهبة ولا وصية ولا كتب حديث ولا آثار سلف ولا كتب فقه فيها شيء من الثلاثة لما في ذلك من الإهانة لها. قال الأذرعى في القوت: والمراد بآثار السلف حكايات الصالحين لما في ذلك من الإهانة والاستهزاء بهم. قال السبكي: والأحسن أن يقال كُتِبَ عِلْمٌ وإن خَلَّتْ عن الآثار تعظيماً للعلم الشرعي اه. وهذا لا بأس به. قال ابنه: وتعليبه يفيد جواز تملكه كتب علوم غير شرعية، وينبغي منعه من تملك ما يتعلق منها بالشرع ككتب النحو واللغة. قال شيخنا: وفيما قاله نظر؛ أي بل الظاهر الجواز وهو كذلك. ولو نسخ الكافر مصحفاً؛ أو أي شيء مما ذكر من كتب الحديث أمر بإزالة الملك عنه. قال ابن عبد السلام: ولا يمكن الكافر من تجليد المصحف اه. ولا يسلم إليه ولو رجا إسلامه بخلاف تمكينه من القراءة لما في تمكينه من الإهانة اه. وقد عمّت البلوى بتملك أهل الذمة الدراهم والدنانير وعليها الآيات من القرآن، ولم ينكر ذلك أحد من السلف ولا من الخلف. قال بعض المتأخرين: وكأنه سُمِحَ في ذلك للحاجة.

(و) لا يصح شراء الكافر العبد (المسلم) لنفسه ولا لمثله لما فيه من إذلال المسلم، ولقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾. وقوله: (في الأظهر) ظاهره أنه راجع للمسألتين؛ وهو صحيح في شراء المسلم، وأما في المصحف فلا، بل الأصح فيه وفيما ذكر معه في الشرحين والروضة والتهديب القطع بالبطلان. وفرّق الشافعي في الأم برجاء العتق، والرافعي بأن العبد يمكنه الاستغائة ودفع الذل عن نفسه، ومقابله يصح ذلك ويؤمر بإزالة الملك. أما لو اشترى ما ذكر الكافر لمسلم فإنه يصح لانتفاء المحذور، ويفارق منع إنابة المسلم كافرأ في قبول نكاح مسلمة باختصاص النكاح بالتعبد لحرمة الإبضاع، وبأن الكافر لا يتصور نكاحه لمسلمة، بخلاف ملكه لمسلم كما سيأتي. ولا يتملك الكافر مرتدّاً كما صححه في المجموع لبقاء علقه الإسلام، ولا شراء المسلم العبد المسلم الوكالة لكافر؛ قاله في الروضة. والمُضْحَفُ وما ذكر معه كالعبد المسلم في ذلك.

إِلَّا أَنْ يَغْتَقَّ عَلَيْهِ فَيَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ.

(إِلَّا أَنْ يَغْتَقَّ عَلَيْهِ) وذلك في ثلاث صور؛ الأولى: إذا كان المبيع أصلاً أو فرعاً للمشتري. الثانية: إذا قال: «أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ الْمُسْلِمَ عَنِّي بَعْوَضٍ أَوْ بَغْيَرِهِ» وأجابته. الثالثة: إذا أقرَّ بحرية عبد مسلم ثم اشتراه؛ قاله الإسنوي. لكن الصحيح في هذه الثالثة أنه افتداه من جهة المشتري لا شراءه.

(فَيَصِحُّ) بالرفع؛ أي فإنه يصح شراؤه ويملكه في هذه الصور المذكورة؛ (فِي الْأَصَحِّ) لأنه يستعقب العتق فلا إذلال. وإنما قيدت كلام المصنف بالرفع تبعاً للشارح ليكون مستأنفاً، إذ لو كان منصوباً لكان من دخول الاستثناء فيلزم استثناء الشيء من نقيضه؛ أي يلزم استثناء الصحة من عدم الصحة وهو فاسد. والثاني: لا يصح، إذ لا يخلو عن إذلال. وللکافر استتجار العبد المسلم ولو إجارة عين، وله استتجار مصحف ونحوه إذ لا يثبت له على شيء منها تسلط تام، وإنما يستوفي منفعة بعوض؛ وقد أجز علي رضي الله تعالى عنه نفسه لکافر. ومحلّه كما قال الزركشي في غير الأعمال الْمُتَهَنَّةِ أما فيها كإزالة قاذوراته فتمتنع قطعاً. ويؤمر في إجارة العين بإجارته لمسلم كما في المجموع ليزيل ملكه عن المنفعة كما يزيل ملكه عن الرقبة كما سيأتي، بخلاف إجارة الذمة لأن الأجير فيها يمكنه تحصيل العمل بغيره. وله ارتهانه وارتهان المصحف وما ألحق به لأنه مجرد استيثاق؛ قال ابن المقري: وتُرفع يده عنهما فيوضعان عند عدل. وقضيته أنه يتسلمهما أولاً، وقضية كلام الروضة أنه لا يمكن من ذلك بل يسلم أولاً للعدل. قال الأذري: ويحتمل أن يقال: «ويسلم إليه الرقيق ثم ينزع منه حالاً» إذ لا محذور كما في إيداعه منه بخلاف المصحف فإنه محدث مكلف فلا يسلم إليه. وهذا كما قال شيخنا متّجه. وينبغي أن يكون غير المصحف مما ألحق به كالعبد أخذاً من العلة. ولا يصح شراء الكافر رقيقاً مسلماً بشرط الإعتاق لأنه لا يستعقب العتق، ولو أسلم رقيق الكافر أمر بإزالة الملك عنه ببيع أو هبة أو عتق أو وقف أو نحو ذلك دفعاً للإهانة والإذلال وقطعاً لسلطنة الكافر على المسلم. ولا يحكم بزوال ملكه ما لو أسلمت الزوجة تحت كافر إذ ملك النكاح لا يقبل النكاح فتعين البطلان بخلاف ملك اليمين، ولا يكفي رهنه ولا إجارته ولا تزويجه ولا تدبيره ونحو ذلك لأنها لا تفيد الاستقلال؛ وهل المراد أن ذلك لا يصح أو يصح؟ لكنه لا يكفي؛ قال الزركشي: فيه نظر والأقرب الأول. ولا يكفي وقفه على ذمّي على المتّجه، ويكفي كتابته وإن لم يُزَلَّ بها الملك لإفادتها الاستقلال.

مهمة: يدخل المسلم في ملك الكافر ابتداءً في أربعين صورة، وما أنا أسردها لك تنميماً للفائدة: الأولى والثانية من صور استعقاب العتق المذكورات. الثالثة: الإرث، كأن يموت كافر عن ابن كافر ويخلف في تركته عبداً مسلماً. الرابعة: الردّ بالعيب. الخامسة: الإفلاس. السادسة: الإقالة. السابعة: أن يرجع إليه بتلف مقابله قبل القبض، وفي معناه ما إذا أتلفه متلف فإنما تُخَيَّرَ البائع فإذا اختار الفسخ عاد العبد إلى ملكه. الثامنة: أن يبيعه بثوب ثم يجد بالثوب عيباً فيرده. التاسعة: إذا تباع كافران عبداً كافرأ فأسلم قبل القبض تخيّر المشتري فإن فسخ دخل في ملك البائع. العاشرة: إذا باع كافر مسلماً لمسلم بشرط الخيار للمشتري ففسخ. الحادية عشر: تباع كافران كافرأ بشرط الخيار للبائع فأسلم فيدخل في ملك المشتري بانقضاء خيار البائع. الثانية عشر: أن يرده لفوات شرط كالكتابة والخياطة. الثالثة عشر: اشترى ثمرة بعبد كافر فأسلم ثم اختلطت وفسخ. الرابعة عشر: باع كافر عبداً مغصوباً لقادر على انتزاعه فعجز قبل قبضه فله الفسخ، وكذا لو باعه فغصب قبل القبض. الخامسة عشر: إذا باعه لمسلم رآه قبل العقد ثم وجده متغيراً فله الفسخ. السادسة عشر: باعه لمسلم ماله في مسافة بمسافة القصر فللكافر الفسخ. السابعة عشر: باعه بصبرة طعام فظهر تحتها ذكّة فله الفسخ. الثامنة عشر: جعله

وَلَا الْحَرْبِيُّ سِلَاحًا، وَاللَّهُ أَغْلَمُ.

رأس مال سلم فانقطع المسلم فيه فله الفسخ. التاسعة عشر: أقرضه فأسلم في يد المقترض جاز للمقرض الرجوع. المتممة عشرين: ورث عبداً مسلماً أو كافراً فأسلم ثم باعه فظهر دين على التركة ولم يقض فيفسخ البيع ويعود إلى ملكه متعلقاً به الدين. الحادية والعشرون: وكل كافر في شراء كافر فاشتره ثم أسلم وظهر أنه معيب وأخر الوكيل الرد فإنه يقع عن الوكيل. الثانية والعشرون: اشترى عامل القراض الكافر عبداً للقراض ثم اقتسما بعد إسلامهم. الثالثة والعشرون: أن يجعله أجرة أو جُفلاً ثم يقتضي الحال الفسخ. الرابعة والعشرون: الفسخ بالتحالف. الخامسة والعشرون: أن يصدق الكافر زوجته عبداً كافراً فيسلم ثم يرجع كله أو بعضه إلى الزوج بطلاق أو فسخ. السادسة والعشرون: أن يلتقط المتلفط محكوماً بكفره بشرطه إما لعدم تمييزه، أو وقت نهب وغارة فأسلم ثم أثبت كافر أنه ملكه فإنه يرجع فيه؛ لأن تملك الالتقاط كالتملك بالقرض. السابعة والعشرون: أن يقف على كافر أمة كافرة فتسلم ثم تأتي بولد فهو مسلم يملكه الموقوف عليه. الثامنة والعشرون: أن يوصي لكافر بما تحمله أمته من زوجها الكافر فيقبل ثم تُسلم الجارية وتأتي بولد. التاسعة والعشرون: أن يخالع الكافر زوجته الكافرة على عبد كافر فيسلم، ثم يقتضي الحال فسخ الخلع ببيع أو فوات شرط. المتممة ثلاثين: أن يتزوج كتابي أمة كافرة لكتابي ثم تُسلم وتأتي بولد فإنه يكون مسلماً مملوكاً لسيدها. الحادية والثلاثون: إذا ولد كافر أمة مسلمة لولده كلها أو بعضها انتقلت إليه وصارت مستولدة له. الثانية والثلاثون: إذا وطئ مسلم أمة كافرة ظاناً أنها زوجته الأمة، فالولد مسلم مملوك للكافر. الثالثة والثلاثون: إذا أسلم عبد لكافر بعد أن جنى جنابة توجب ما لا يتعلق برقبته وباعه بعد اختيار الفداء فتعذر تحصيل الفداء، أو تأخر لإفلاسه، أو غيبته، أو صبره على الحبس، فيفسخ البيع فيعود إلى ملكه ثم يباع في الجنابة. الرابعة والثلاثون: أن ي كاتب الكافر عبداً مسلماً أو كافراً فيسلم، ثم يشتري المكاتب عبداً مسلماً أو تأتي أمته المسلمة بولد من نكاح أو زنا، ثم يعجز نفسه ويفسخ الكتابة، فيدخل الولد أو العبد في ملك الكافر. الخامسة والثلاثون: إذا حضر الكفار الجهاد بإذن الإمام، وكانت الغنيمة أطفالاً ونساءً وعبداً وأسلموا بالاستقلال أو التبعية ثم اختار الغانمون التملك كان للإمام أن يرخص للكافر مما وجد لتقدم سبب الاستحقاق. السادسة والثلاثون: أن يكون بين كافرين أو كافر ومسلم عبيد مسلمون أو بعضهم واقتسموا. السابعة والثلاثون: أن يعتق الكافر نصيبه من عبد مسلم، فإن الباقي يدخل في ملكه ويُقوَّم عليه كما نقله في المجموع في البيع عن البغوي وأقره. الثامنة والثلاثون: إذا وهبه لفرعه فأسلم في يده فله الرجوع فيه. التاسعة والثلاثون: إذا أقر بحرية مسلم في يد غيره ثم اشتراه كما ذكر ههنا وإن كان ذلك في الحقيقة اقتداء. المتممة أربعين: أن تُسلم مستولدة الكافر ثم تأتي بولد من نكاح أو زنا فإنه يكون مسلماً مملوكاً له ويثبت له حكم أمه.

والشامل لجميع هذه الصور ثلاثة أسباب: الأول: الملك القهري. الثاني: ما يفيد الفسخ. الثالث: ما يستعقب العتق؛ فاستفد ذلك فإنه ضابط مهم.

(ولا) يصح شراء (الحربي سلاحاً) كسيف ورمح أو وغيره من عدة الحرب كدرع وترس، (والله أعلم) لأنه يستعين بذلك على قتالنا، بخلاف الذمي في دارنا فإنه في قبضتنا، وبخلاف عدة غير الحرب ولو مما يتأتى منه كالحديد، إذ لا يتعين جعله عدة حرب، فإن غلب عن الظن أنه يعمل سلاحاً كان كبيع العنب لعاصر الخمر وسيأتي في المناهي. أما الذمي في دار الحرب فهو كالحربي؛ ومقتضى كلام المصنف أن المستأمن كالذمي، والأوجه كما قاله الإسني إنه كالحربي.

وَلِلْمَبِيعِ شُرُوطٌ: طَهَارَةٌ عَيْنِيهِ؛ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْخَمْرِ وَالْمُتَنَجِّسِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ تَطْهِيرُهُ كَالْخَلِّ وَاللَّبَنِ، وَكَذَا الدَّهْنِ

تنبيه: صرّحوا في صلاة الخوف بأن الترس والدرع ليسا من السلاح، وهو مقتضى قولهم في السلب كدرع وسلاح، ولذا قلت: «أو غيره» ومثّلت بذلك؛ لكن كلام الإمام يقتضي أنه منه، فإنه استدل على بيع السلاح ورهنه من الذميّ بأنه عليه الصلاة والسلام توفي ودرعه مرهون عند يهوديّ، فدل على أنه يسمّى سلاحاً؛ ولعله إنما سمّاه سلاحاً لأن أهل الحرب يستعينون به على قتالنا كما مرّ. ويمتنع شراء الحربي الخيل أيضاً كما نقل عن النصّ وغيره.

ثم شرع في الركن الثالث وهو المبيع ثمناً أو مثمناً ذاكراً لشروطه فقال:

(وللمبيع شروط) خمسة كما قاله في الروضة، وسيذكرها المصنف؛ وزاد البارزي على ذلك الرؤية. قال الولي العراقي: والتحقيق أن اشتراط الرؤية داخل في اشتراط العلم، فإنه لا يحصل بدون رؤية، ولو وُصف فورا الوصف أمور تضييق عنها العبارة. فإن قيل: يشترط في الربويات شروط أحرّ زيادة على ذلك. أجب بأن الكلام في غيرها فإن تلك لها باب يخصها. فإن قيل: يرد على ذلك حريم الملك فإنه لا يصح بيعه وحده مع وجود الشروط. أجب بأنه إن أمكن إحداث حريم للملك فالوجه الصحة والألمنع راجع إلى عدم قدرة تسليمه كبيع بعض معين ينقص بالقطع. قال السبكي: والذي يتحرّز من الشروط الملك والمنفعة فلا يشترط له غيرهما؛ وأما اشتراط الطهارة فمستفاد من الملك لأن النجس غير مملوك، وأما القدرة على التسليم والعلم به فشرط في العاقد، وكذا كون الملك لمن له العقد. ثم شرع المصنف في بيان الخمسة فقال:

أحدها: (طهارة عينه فلا يصح بيع) نجس العين، سواء أمكن تطهيره بالاستحالة كجلد الميتة أم لا كالسرجين، و (الكلب) ولو معلماً، (والخمر) ولو مختزماً؛ لخبر الصحيحين: أنه ﷺ نهى عن ثمن الكلب وقال: «إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ»^(١) وقيس بها ما في معناها. (و) لا بيع (المتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالخلّ واللبن) والصبيغ والأجرّ المعجون بالزبل لأنه في معنى نجس العين. أما ما يمكن تطهيره كالثوب المتنجس والأجرّ المعجون بمائع نجس فإنه يصح بيعه لإمكان طهره. (وكذا الدهن) كالزيت إذ لا يمكن تطهيره، (في الأصح) لأنه لو أمكن لما أمر بإراقة السمن فيما روى ابن حبان: أنه ﷺ قال في الفأرة تموت في السمن: «فَإِنْ كَانَ جَامِداً فَأَلْقُوهَا وَمَا حَوْلَهَا، وَإِنْ كَانَ مَائِداً فَأَرِيْقُوهَا»^(٢). والثاني: يمكن تطهيره بغسله بأن يوضع على قَلْتِي ماء أو يصب عليه ماء يغمره ثم يحرك حتى يصل إلى جميع أجزائه. وهذه المسألة مكررة في كلام المصنف فإنه ذكرها في باب النجاسات. وظاهر كلامه صحة بيعه إذا قلنا أنه يطهر بالغسل وهو وجه، والأصح المنع لخبر الفأرة المتقدم؛ ويشكل الفرق بينه وبين الثوب المتنجس حيث صحّ بيعه قطعاً. قال الرافعي: ويجري الوجهان في بيع الماء المتنجس، ومقتضاه المنع، وبه صرّح في المجموع. قال الإسني: ويلزم من منع بيع الأجرّ فساد بيع الدار المبنية به. وأجب بأن البناء إنما يدخل في بيع الدار تبعاً للطاهر منها كالحجر والخشب، فاغتر في ذلك لأنه من مصالحها كالحيوان يصح بيعه وبياطنه النجاسة، وينزل كلامهم على بيع الأجر منفرداً. وفي هذا الجواب نظر كما قاله بعض المتأخرين، والأولى أن يقال صحّ بيعها للحاجة، ويطرّد ذلك في الأرض

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيع، باب: بيع الميتة والأصنام (الحديث: ٢٢٣٦) وأخرجه البخاري أيضاً في كتاب: المغازي، باب: ٥١ (الحديث: ٤٢٩٦) وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر... (الحديث: ٤٠٢٤).

(٢) أخرجه ابن حبان في «صحيحه» كتاب: الطهارة، باب: النجاسة وتطهيرها (الحديث: ١٣٩٣).

فِي الْأَصْح. الثَّانِي: النَّفْعُ؛ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَشْرَاتِ، وَكُلُّ سَبْعٍ لَا يَنْفَعُ، وَلَا حَبْتِي الْحِنْطَةِ وَنَحْوَهَا، وَآلَةُ اللَّهْوِ؛ وَقِيلَ: يَصِحُّ فِي الْآلَةِ إِنْ عُدَّ.....

المسدة بالنجاسة فإنه لا يمكن تطهيرها إلا بإزالة ما وصل إليه السمد، والطاهر منها غير مرثي. قال الأذري: والإجماع الفعلي على صحة بيعها. ولو تصدق بدهن نجس لنحو استئصباح به على إرادة نقل اليد جاز، وكالتصدق الهبة والوصية ونحوهما، وكالدهن السرجين والكلب ونحوهما.

فائدة: سئل السبكي عن الوشم النجس الذي لا يمكن زواله من اليد هل يمنع صحة البيع كالأعيان التي لا يمكن تطهيرها؟ فقال: الذي أراه القطع بصحة البيع، وأن الوشم النجس لا يمنع من ذلك.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن امتناع بيع ما لا يمكن تطهيره مفرغ على اشتراط طهارة العين؛ وليس مراداً فإنه طاهر العين، ومع ذلك لا يصح بيعه، لذلك قال في الحاوي: طاهر أو يظهر بالغسل فلم يعتبر طهارة عينه؛ وإنما اعتبر أن لا يكون نجساً نجاسة لا تطهر بالغسل.

فروع: يصح بيع فأرة المسك بناء على طهارتها وهو الأصح، وبيع القرز وفيه الدود ولو ميتاً، لأن بقاءه فيه من مصلحته كبيع الحيوان وفي باطنه النجاسة، وبيع جزافاً ووزناً كما صرح به في الروضة وغيرها، والدود فيه كنوى التمر. وظاهر أنه لا فرق في صحته بالوزن بين أن يكون في الذمة أو لا، وهو كذلك وإن خالف في الكفاية. ويجوز اقتناء السرجين وتربية الزرع به لكن مع الكراهة. ويجوز اقتناء الكلب لمن يصيد به، أو يحفظ به نحو ماشية كزرع ودرج، وتربية الجرو الذي يتوقع تعليمه لذلك، ولا يجوز اقتناؤه لغير مالك ماشية ليحفظها به إذا ملكها، ولا لغير صياد ليصطاد به إذا أراد كما صرح به في الروضة والمجموع. ولا يجوز اقتناء الخنزير مطلقاً، ويجوز اقتناء الفهد كالقرود والفيل وغيرها.

الشرط (الثاني) من شروط المبيع: (النفع) أي الانتفاع به شرعاً ولو في المآل كالجحش الصغير، (فلا يصح بيع) ما لا نفع فيه لأنه لا يعدّ مالاً، فأخذ المال في مقابلته ممتنع للنهي عن إضاعة المال. وعدم منفعة إما لخشته ك (الحشرات) التي لا نفع فيها جمع حشرة بفتح الشين، وهي صغار دواب الأرض كالخنفساء والحية والعقرب والفأرة والنمل، ولا عبرة بما يذكر من منافعتها في الخواص.

(و) لا بيع (كل سبع) أو طير (لا ينفع) كالأسد والذئب والحدأة والغراب غير المأكول. ولا نظر لمنفعة الجلد بعد الموت، ولا لمنفعة الريش في النبل، ولا لاقتناء الملوك لبعضها للهيبة والسياسة؛ أما ما ينفع من ذلك كالفهد للصيد، والفيل للقتال، والقرود للحراسة، والنحل للعسل، والعنديل للأنس بصوته، والطاووس للأنس بلونه، والعلق لامتناع الدم فيصيح؛ وكذا يصح بيع الرقيق الزمن لأنه يتقرب بعته بخلاف الحمار الزمن ولا أثر لمنفعة جلده إذا مات. وإما لقلته كما قال: (ولا) بيع (حبتي الحنطة ونحوها) كحبتي الشعير والزبيب. ولا أثر لضم ذلك إلى أمثاله أو وضعه في فخ، ومع هذا يحرم غصبه، ويجب ردّه ولا ضمان فيه إن تلف إذ لا مالية؛ وما نقل عن الشافعي رضي الله تعالى عنه من أنه يجوز أخذ الخلال والخلالين من خشب الغير يحمل على علمه برضا مالكة. ويحرم بيع السم إن قتل كثيره وقليله، فإن نفع قليله وقتل كثيره كالسقمونيا والأفيون جاز بيعه.

(و) لا بيع (آلة اللهو) المحرمة كالطنبور والصنج والمزمار والرباب والعود، وكذا الأصنام والصور، وإن اتخذت المذكورات من نقد إذ لا نفع بها شرعاً. (وقيل يصح) البيع (في الآلة) أي ما ذكر معها، (إن عد

رُضَاضُهَا مَالًا؛ وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمَاءِ عَلَى الشَّطِّ، وَالتُّرَابِ بِالصَّخْرَاءِ فِي الْأَصَحِّ. الثَّلَاثُ: إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ؛

رُضَاضُهَا) وهو بضم الراء وكسرها، (مالاً) لأن فيها نفعاً متوقعاً كالجحش الصغير؛ ورُدُّ بأنها على هيئتها لا يقصد منها غير المعصية. ولا يصح بيع الرد إلا إن صلح ببادق للشطرنج فيصح مع الكراهة كبيع الشطرنج. ويصح بيع آنية الذهب والفضة لأنهما المقصودان، ولا يشكل بما مرَّ من منع بيع آلات الملاهي والصور المتخذة منهما لأن آنيتهما يباح استعمالها للحاجة بخلاف تلك. والصليب من النقد قال الإسوي: هل يلحق بالأواني أو بالصنم ونحوه؟ فيه نظر اهـ. والأوجه أنه ملحق بالصنم كما جرى عليه بعض المتأخرين. ويصح بيع جارية الغناء، وكبش النطاح، وديك الهراش ولو زاد الثمن لذلك قصد أو لا؛ لأن المقصود أصالة الحيوان. ويصح بيع الأطباق والثياب والفرش المصورة بصور الحيوان. ولا يصح بيع مسكن بلا ممر بأن لم يكن له ممر، أو له ممر ونفاه في بيعه لتعذر الانتفاع به، وسواء أتمكن المشتري من اتخاذ ممرٍ إلى شارع أو ملكه أم لا كما عليه الأكثرون، وإن شرط البغوي عدم تمكنه من ذلك. فإن قيل: قد صرح في الروضة بأنه لو باع داراً واستثنى بيتاً منها ونفى الممر فإنه يصح إن أمكنه اتخاذ ممرٍ، وإلا فلا فقياسه أن يكون هنا كذلك. أوجب بأنه يغتفر في الدوام، وهو هنا دوام الملك ما لا يغتفر في الابتداء. ولا يصح بيع كتب الكفر والسحر والتنجيم والشعبثة والفلسفة كما جزم به في المجموع. قال: بل يجب إتلافها لتحريم الاشتغال بها.

(ويصح بيع الماء على الشط) والحجر عند الجبل (والتراب بالصحراء) ممن حازها، (في الأصح) لظهور المنفعة فيها. ولا يقدح في ذلك ما قاله الثاني من إمكان تحصيل مثلها بلا تعب ولا مؤنة.

تنبيه: الشط من زيادة المصنف على المحرز وهو جانب الوادي والنهر كما في الصحاح. وقضية كلامه أنه إذا لم يكن عليه أنه يصح قطعاً، وليس مراداً بل فيه وجه بناء على أن الماء لا يملك.

ويصح بيع لبن آدميات لأنه طاهر منتفع به فأشبهه لبن الشياه، ومثله لبن آدميين بناء على طهارته؛ وهو المعتمد كما مرَّ في باب النجاسة. ويصح بيع نصف دار شائع بنصفها الآخر على الأصح، وفائدته عدم رجوع الوالد فيما وهبه لولده، وعدم رجوع البائع في عين ماله عند فلس المشتري.

الشرط (الثالث) من شروط المبيع: (إمكان تسليمه) في بيع غير ضمني بأن يقدر عليه حساً أو شرعاً ليوثق بحصول العوض وليخرج عن بيع الغرر المنهية عنه في مسلم؛ قال الماوردي: والغرر ما تردد بين متضادين أغلبهما أخوقهما؛ وقيل: ما انطوت عنّا عاقبته. ولا يشترط في الحكم بالبطلان اليأس من التسليم، بل ظهور التعذر كاف، وقد يصح مع عجزه عن التسليم لكون المشتري قادراً على التسلم كما سيأتي في المغصوب، وككون المبيع ضمنياً كما ذكره الشيخان في كفارة الظهار. قال الزركشي: ومثله من يحكم بعقده على المشتري.

تنبيه: قد جرت عادة المصنف رحمه الله تعالى أن يذكر أولاً محلّ الاتفاق ثم يذكر المختلف فيه، فإمكان تسليمه يصح بالاتفاق وإمكان تسليمه على الصحيح، فإذا لا اعتراض؛ لكن كان الأولى أن يعبر بالقدرة بدل الإمكان كما عبّر بها في المجموع، إذ لا يلزم من ثبوت إمكانه ونفي الاستحالة عند القدرة عليه. ويستثنى من ذلك ما لو باع بنقد يعزّ وجوده فإنه يصح بناء على جواز الاستبدال عن الثمن وهو الأصح، ثم عند التسليم إن وجد فذاك وإلا فيستبدل.

فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الضَّالِّ وَالْأَبْقِ وَالْمَغْضُوبِ، فَإِنْ بَاعَهُ لِقَادِرٍ عَلَى أَنْتِزَاعِهِ صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ نَضْفٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الْإِنَاءِ وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا.

وإذا علم اعتبار قدرة التسليم (فلا يصح بيع) ما يتعذر تسليمه كالطير في الهواء، وإن تعود العود إلى محله لما فيه من الغرر، ولأنه لا يوثق به لعدم عقله؛ وبهذا فارق صحة بيع العبد المرسل في حاجة. نعم يصح بيع النحل الموثقة أمه وهي يعسوبه وهو أميره بأن يكون في الكؤورة - وهي بضم الكاف وفتحها مع تشديد الواو فيها ومع تخفيفها في الأولى الخلية - ، وهي بيت يعمل للنحل من عيدان كما قاله في المحكم، وقال في الصحاح: هو العسل في شمع، ولا معنى له هنا؛ وحكي أيضاً كسر الكاف مع تخفيف الواو. وفارق بقية الطيور بأنه لا يقصد بالجوارح، وبأنه لا يأكل عادة إلا مما يرعاه فلو توقف صحة بيعه على حبسه لربما أضرَّ به. أو تعذر بيعه بخلاف بقية الطيور، والناد، والضال، والريق المنقطع خبره (والأبق والمغضوب) من غير غاصبه، للعجز عن تسليم ذلك حالاً.

فائدة: الضال لا يقع إلا على الحيوان إنساناً كان وغيره، وأما الأبق فقال الثعالبي: لا يقال للعبد أبق إلا إذا كان ذهابه من غير خوف ولا كذب في العمل وإلا فهو هارب. قال الأزرعي: لكن الفقهاء يطلقونه عليهما.

(فإن باعه) أي المغضوب (لقادر على انتزاعه) دونه أو الأبق لقادر على ردّه دونه، (صح على الصحيح) نظراً إلى وصوله إليهما إلا إن احتاجت قدرته إلى مؤنة فالظاهر البطلان كما قاله في المطلب. والثاني: لا يصح؛ لأن التسليم واجب على البائع وهو عاجز عنه؛ أما إذا كان البائع قادراً على انتزاعه أو ردّه فإنه يصح بلا خلاف كما علم مما مر. قال في المطلب: إلا إذا كان فيه تعب شديد فينبغي أن يأتي فيه ما في بيع السمك في البركة؛ أي وشقّ تحصيله فيها، والأصح عدم الصحة. فإن قيل: منع بيع الضال والأبق والمغضوب مُشْكِلٌ لأن إعتاقهم جائز، وقد صرّحوا بأن العبد إذا لم يكن في شرائه منفعة إلا حصول الثواب بالعتق كالعبد الزمن صحَّ بيعه، وإعتاق المبيع قبل قبضه صحيح ويكون قبضاً فلم لا يصح بيع هؤلاء إذا كانوا زمناً، بل مطلقاً لوجود منفعة من المنافع التي يصح لها الشراء. أجب بأن الزمن ليس فيه منفعة قد جيل بين المشتري وبينها بخلاف المغضوب ونحوه، وقضيته أنه إذا لم يكن لهم منفعة سوى العتق يصح بيعهم، والظاهر أنه لا يصح مطلقاً. وقول الكافي: يصح بيع العبد التائه لأنه يمكن الانتفاع بإعتاقه في التقرب إلى الله تعالى بخلاف الحمار التائه، ممنوع. ولا يصح بيع سمك في ماء، ولو في بركة إن شقّ تحصيله منها لعدم قدرته على تسليمه، فإن سهل تحصيله ولم يمنع الماء رؤيته صح، وبرج الطائر كالبركة للسمك. وتصح كتابة الأبق وكذا المغضوب إن تمكن من التصرف، كما يصح تزويجهما وعتقهما وإن انتفت القدرة على التسليم.

(ولا يصح بيع نصف) مثلاً (معين من الإناء والسيف ونحوهما) كثوب نفيس تنقص بقطعه قيمته للعجز عن تسليم ذلك شرعاً؛ لأن التسليم فيه لا يمكن إلا بالكسر أو القطع وفيه نقص وتضييع مال وهو حرام؛ وفرقوا بينه وبين بيع ما قالوه من صحة بيع ذراع من أرض بأن التمييز فيها يحصل بنصب علامة بين المالكين بلا ضرر. فإن قيل: قد تضييق مرافق الأرض بالعلامة وتنقص القيمة فينبغي إلحاقها بالثوب. أجب بأن النقص فيها يمكن تداركه بخلافه في الثوب. قال في المجموع: وطريق من أراد شراء ذراع معين من ثوب نفيس أن يواطىء صاحبه على شرائه ثم يقطعه قبل الشراء ثم يشتريه فيصح بلا خلاف؛ وظاهره أنه لا يحرم القطع، ووجهه أنه حلّ لطريق البيع فاحتمل للحاجة، ولا حاجة إلى تأخيره عن البيع. وأولى من ذلك كما قال الزركشي أن يشتريه مشاعاً ثم

وَيَصِحُّ فِي الثُّوبِ الَّذِي لَا يَنْقُصُ بِقَطْعِهِ فِي الْأَصْحَ، وَلَا الْمَرْهُونَ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ، وَلَا الْجَانِي الْمُتَعَلِّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَا يَضُرُّ تَعَلُّقُهُ بِذِمَّتِهِ، وَكَذَا تَعَلُّقُ الْقِصَاصِ فِي الْأَظْهَرِ.

يقطعه؛ لأن بيع الجزء المشاع جائز مطلقاً ويصير الجميع مشتركاً. ولا يصح بيع جذع معين في بناء لأن الهدم يوجب النقص، ولا يبيع بعض معين من جدار إذا كان فوقه شيء أو كان الجدار قطعة واحدة من نحو طين كخشب لأنه لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما فوقه في الأولى وهدم شيء منه في الثانية، وكذا إذا كان الجدار من لبن أو آجر ولا شيء فوقه وجعلت النهاية نصف سمك اللبن أو الآجر، فإن جعلت النهاية صفًا من صفوفهما صح. فإن قيل: هذا مشكل؛ لأن موضع الشق قطعة واحدة من طين أو غيره ولأن رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقي فيفسد البيع كبيع جذع في بناء. أجيب عن الأول بأن الغالب أن الطين الذي بين اللبنة لا قيمة له، وعن الثاني بأن نقص القيمة من جهة انفراد فقط وهو لا يؤثر، بخلاف الجذع فإن إخراجها يؤثر ضعفاً في الجدار.

(ويصح) البيع (في الثوب الذي لا ينقص بقطعه) كغليظ كزياس (في الأصح) لانتفاء المحذور؛ والثاني: لا يصح لأن القطع لا يخلو عن تغيير المبيع. ويصح بيع أحد مضرأعي باب وأحد زوجي خُف وإن نقصت قيمتهما بتفريقهما، لأن المالية في ذلك لم تذهب بالكلية لإمكان تلاقيهما بشراء البائع ما باعه أو بشراء المشتري ما بقي، بخلاف مالية الثوب أو نحوه الذي ينقص بقطعه فإنها ذهبت بالكلية لا تدارك لها، ولا يصح بيع فص في خاتم، لأن فصله يوجب النقص، ولا يبيع ثلج وجمد وهما يسيلان قبل وزنهما، هذا إذا لم يكن لهما قيمة عند السيلان، وإلا فينبغي كما قال شيخنا أن العقد لا يفسخ وإن زال الاسم كما لو اشترى بيضاً ففرخ قبل قبضه، والجمد بسكون الميم هو الماء الجامد من شدة البرد.

(ولا) يصح بيع (المرهون) بعد قبضه (بغير إذن مرتته) للعجز عن تسليمه شرعاً؛ أما قبل قبضه أو بعده بإذن مرتته فيصح لانتفاء المانع. ويلتحق بالمرهون كل عين استحق حبسها كما لو قَصَرَ الثوب أو صبغه. وقلنا القِصَارة عين فإن له الحبس إلى قبض الأجرة؛ ولو استأجر قصاراً على قصر ثوب ليس له بيعه ما لم يقصره كما جزما به في باب بيع المبيع قبل قبضه. وبيع المرهون من المرتهن قبل فكّه صحيح كما نقل الإمام الاتفاق عليه.

(ولا) يبيع (الجانبي المتعلق برقبته مال) بغير إذن المجني عليه وقبل اختيار السيد الفداء، (في الأظهر) لتعلق الحق به كالمرهون بل أولى لأن الجنابة تقدم على الرهن، سواء أكان الأرض مستغراً لقيمة الرقبة أم لا، وسواء أوجب المال بإتلاف مال أم لا كقتل خطأ أو شبه عمداً وعمد لا قصاص فيه أو فيه قصاص وعفا مستحقه على مال. والثاني: يصح في الموسر، وقيل: والمعسر. والفرق أن حق المجني عليه ثبت من غير اختيار المالك، بخلاف حق المرتهن، وعلى هذا يكون السيد الموسر يبيعه مع علمه بالجنابة مختاراً للفداء، وقيل: لا بل هو على خيرته إن فدى مضى البيع وإلّا فسخ، فإن باعه بعد اختيار الفداء صح جزماً، والفداء بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجنابة كما سيأتي إن شاء الله تعالى في باب موجبات الدية. ولا يشكل صحة البيع بصحة رجوعه عن الاختيار لأن مانع الصحة قد زال بانتقال الحق لذمة السيد وإن لم يلزمه ما دام العبد في ملكه، فإذا باع لزمه المال الذي فداه به فيجبر على أدائه كما لو أعتقه أو قتله، فإن أذاه فذاك واضح وإن تعذر ولو لإفلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس أو موته فسخ البيع وبيع في الجنابة لأن حق المجني عليه سبق حق المشتري. نعم إن أسقط الفسخ حقه كان وارث البائع فلا فسخ، إذ به يرجع العبد إلى ملكه فيسقط الأرض؛ نبه على ذلك الزركشي. وخرج يبيعه عتقه، فيصح من الموسر لانتقال الحق إلى ذمته مع وجود ما يؤدي منه، بخلاف المعسر

الرَّابِعُ: الْمَلِكُ لِمَنْ لَهُ الْعَقْدُ؛ فَبَيْعُ الْفُضُولِيِّ بَاطِلٌ، وَفِي الْقَدِيمِ مَوْقُوفٌ: إِنْ أَجَازَ مَا نَقَدَ،

لما فيه من إبطال الحق بالكلية، إذ لا متعلق له سوى الرقبة. وفي استيلاء الأمة الجانية هذا التفصيل ولا يتأثر بالأرض بولدها، إذ لا جناية منه.

(ولا يضر تعلقه) أي الأرض بكسبه؛ كأن زوجه سيده، ولا (بذمته) كأن اشترى فيها شيئاً بغير إذن سيده وأتفنه أو أقرّ بجناية خطأ أو شبه عمد ولم يصدق سيده، ولا بينة لأن البيع إنما ورد على العين، ولا حجر للبيوع على ذمة عبده.

(وكذا) لا يضر (تعلق القصاص) بربقته (في الأظهر) لأنه مرجو السلامة بالعمو ويخاف تلفه بالقصاص فيصح بيعه قياساً على المريض والمرتد. والثاني: لا يصح؛ لأن المتحقق يجوز له العفو على مال. وقد ذهب إلى أن تعلق المال مانع؛ وطريقة القولين ضعيفة، والمذهب عند الجمهور القطع بالصحة، وهو ما في الروضة، فكان التعبير بالمذهب أولى. ولو عفا بعد البيع على مال فهل يبطل البيع أو لا؟ وجهان رجح البطلان منهما البطلان. ولا يضر تعلق القصاص بعضو من أعضائه بل يصح بيعه قطعاً. ولو قُتِلَ في المحاربة وقُدِّرَ قبل التوبة صحَّ بيعه كالمرتد كما في الروضة في باب خيار النقص، وإن خالف في ذلك الشيخ أبو حنيفة وأتباعه.

الشرط (الرابع) من شروط المبيع: (الملك) فبيع (لمن له العقد) الحديث: «لَا يَبْعُ إِلَّا فِيمَا تَمَلَّكَ» أبو داود والترمذي وقال إنه حسن^(١). وهذا الضابط ذكره في الوجيز وتبعه الشихان. وإنما عبروا بمن له الملك ولم يقولوا للعاقدة ليدخل المالك والوكيل والولي والحاكم في بيع مال المفلس والممتنع من وفاء دينه والملق والظافر بغير جنس حقّه، لكن بيع الفضولي وارد على هذه العبارة فإن العقد يقع للمالك موقوفاً على إجازته من يقول بصحته كما سيأتي. والمقصود إخراجه، ولهذا فرع بطلانه عليه بالفناء، وأراد الشارح دفع ذلك بقوله «لمن له العقد» والواقع وهو إنما يأتي على أحد الرأيين في بيع الفضولي، وهو أن الصحة موقوفة على الإجازة لأن البيع صحيح والملك موقوف على الإجازة. والرأي الأول هو الراجح خلافاً لما نقله الرافي عن الإمام أن الراجح الثاني. قال شيخنا: وقد رجح الأول المصنف في بعض كتبه؛ ولو قال المصنف: «أن يكون للمالك عليه ولاية» لكان جامعاً مانعاً.

تنبيه: كان ينبغي تقييد الملك بالتأم ليخرج بيع المبيع قبل قبضه فإنه لا يصح كما سيأتي.

(بيع الفضولي) وهو البائع مال غيره بغير إذنه ولا ولاية، (باطل) للحديث المتقدم، وكذا سائر تصرفات القابلة للنباية؛ كما لو زوج أمة غيره أو ابنته أو طلق منكوحته أو أعتق عبده أو أجر داره أو وقفها أو وهبها

وَالْأَفْلَا. وَلَوْ بَاعَ مَالَ مُورَثِهِ ظَانًّا حَيَاتِهِ وَكَانَ مَيْتًا صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ. الْخَامِسُ: الْعِلْمُ بِهِ؛ فَبَيْعُ أَحَدِ الثَّوْنَيْنِ بَاطِلٌ. وَيَصْحُحُ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ

مضى، (والأفلا) ينفذ، ودليل ذلك ما رواه البخاري مرسلًا وأبو داود والترمذي وابن ماجه بإسناد صحيح أن عروة البارقي قال: دفع إلي رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري به شاة فاشتريت به شاتين، فبعت إحداهما بدينار وجئت إلى النبي ﷺ بشاة ودينار وذكرت له ما كان من أمري، فقال: «بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفَقَةِ يَمِينِكَ!» فكان لو اشتري التراب ربح فيه^(١). رواه أبو داود وابن ماجه بإسناد صحيح. وهذا القول نص عليه في الأم، ونقله جماعة عن الجديد؛ وقال في زيادة الروضة: إنه أقوى من جهة الدليل. وأجيب من جهة الأول بأن حديث عروة محمول على أنه كان وكيلًا مطلقاً عن النبي ﷺ، ويدل عليه أنه باع الشاة وسلمها، وعند القائل بالجواز لا يجوز التسليم إلا بإذن من المالك. والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ.

تنبية: محل الخلاف إذا لم يحضر المالك، فلو باع مال غيره بحضرة وهو ساكت لم يصح قطعاً كما جزم به في المجموع. ولو عبر المصنف بقوله: «إن أجاز متوَلَّيه» بدل «مالكه» لشمّل ما قدرته.

(ولو باع مال مورثه) أو أبرأ منه أو زوج أمته (ظانًّا حياته وكان ميتاً) بسكون الياء وتشديدها؛ أو باع عبد نفسه ظانًّا إياقه أو كتابته فبان أنه قد رجع من إياقه أو فسخ كتابته، (صح في الأظهر) لتبين ولايته على ذلك؛ فالعبرة بما نفس الأمر لا بما في ظن العاقد والوقف فيه وقف تبين لا وقف صحة. ويخالف إخراج زكاة المال بشرط موت مورثه لأن النية معتبرة فيها ولم بينها على أصل. فإن قيل: كيف صحَّ النكاح في تزويج الأمة مع أنه لا يصح نكاح من لم يعلم أنها معتدة أو أخته أم لا؟ أجيب بأن الشك ثم في حل المعقود عليه، وهنا في ولاية العاقد، وبينهما فرق وإن اشتركا في الركنية. والثاني: لا يصح لظنه عدم ولايته عليه. ولو باع شيئاً ظنه لغيره فبان لنفسه فقد جزم الإمام في كتاب الرجعة بالصحة. ولو قال: «إن مات أبي فقد زوجتك أمتي» لم يصح كما في الروضة في النكاح لأنه تعليق فأشبهه قوله: «إن قدم زيد زوجتك أمتي». وصورة المسألة وجميع نظائرها كما هو حاصل كلام ابن الصباغ أن لا يعلم حال التعليق وجود المعلق عليه وإلا فيصح؛ ذكره في المهمات. وهو مناسب لما يأتي في النكاح في قوله: «وقد بشر بنت إن صدق المخبر فقد زوجتكها».

تنبية: قوله: «ظانًّا حياته» يفهم أنه لو كان ظانًّا موته صحَّ جزماً إذا بان الأمر كما ظنه؛ ويؤيده أنه لو باع مال أبيه على ظن أنه لنفسه ثم بان موث الأب صحَّ قطعاً كما حكاها الإمام عن شيخه، ثم قال: وهو مع حسنة محتمل. ولو باع ماله هالاً صحَّ لأنه أتى باللفظ مع قصد واختيار، وعدم رضاه بوقوع لظنه أنه لا يقع لا أثر له لخطأ ظنه؛ وكذا لو باع أمانة بأن يبيع ماله لصديقه خوف غصب أو إكراه وقد توافقا قبله على أن يبيعه له ليرده إذا أمن، وهذا كما يسمّى بيع الأمانة يسمّى بيع التلجئة.

الشرط (الخامس) من شروط المبيع: (العلم به) للمتعاقدين لا من كل وجه بل عيناً في المعين وقدر أو صفة فيما في الذمة على ما يأتي بيانه، للنهي عن بيع الغرر كما مرّ. (فبيع أحد الثوينين) ونحوهما كالعبدین (باطل) للغرر؛ (ويصح بيع صاع من صبرة) وهي الكومة من الطعام تعلم صيعانها للمتعاقدين كعشرة لعدم الغرر. وقطع الجمهور بأنه ينزل على الإشاعة فيملك المشتري عشرها، فلو تلف بعضها تلف بقدره من المبيع.

(١) أخرجه البخاري في كتاب: المناقب، باب: حدثني محمد... (الحديث: ١٧١٥) وأخرجه أبو داود في كتاب: البيوع، باب: في المضارب يخالف (الحديث: ٣٣٨٤) وأخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: الشراء والبيع الموقوفين (الحديث: ١٢٥٨) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الصدقات، باب: الأمين يتجر فيه... (الحديث: ٢٤٠٢).

تُعْلَمُ صِبْعَانِهَا، وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي الْأَصْحِ. وَلَوْ بَاعَ بِمِلءٍ ذَا الْبَيْتِ حِنْطَةً، أَوْ بِرِزَّةِ هَذِهِ الْحَصَاةِ ذَهَبًا، أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ فَلَانَ فَرَسَهُ، أَوْ بِأَلْفِ دَرَاهِمٍ وَدَنَانِيرٍ لَمْ يَصِحَّ. وَلَوْ بَاعَ بِتَقْدِ، وَفِي الْبَلَدِ نَقْدٌ غَالِبٌ تَعَيَّنَ،

(وكذا) يصح (إن جهلت) أي صيعانها للمتعاقدين أو أحدهما، (في الأصح) لتساوي أجزائها. وتغتنر جهالة المبيع هنا فإنه ينزل على صاع مبهم لتعذر الإشاعة حتى لو لم يبق منها غير صاع تعين، وللبيع تسليمه من أسفل الصبرة ووسطها، إذ رؤية ظاهرها كروية كلها، بخلاف بيع ذراع من مجهول الذرعان من أرض أو ثوب لتفاوت الأجزاء كبيع شاة من هذه الشياه، وبخلاف ما لو فرّق الصيعان وباع صاعاً منها. قال القاضي: لأنها ربما تفاوتت في الكيل فيختلف الغرض. والثاني: لا يصح، كما لو فرّق صيعانها وقال «بعثك صاعاً منها». وعلى الأول هي مستثنى من اشتراط العلم. واستثنى مسائل أيضاً للضرورة والمسامحة: منها ما لو اختلط حمام البرجين وباع أحدهما ماله لصاحبه فإنه يصح على الأصح كما ذكره المصنف في باب الصيد والذباح. ومنها ما لو باع المال الزكوي بعد الوجوب فإن الأصح البطلان في قدر الزكاة والصحة في غيره وهو مجهول العين، ومثلها شراء كوز الفُقَاع وما المقصود لَبَه كَالْحَشْكُنَان. ومنها بيع القَرز وفي باطنه الدود، وسواء أكان حياً أم ميتاً، وسواء أباعه وزناً أم جزافاً؛ فإذا باعه وزناً كان المبيع مجهول القدر. ولو باع الصُّبْرَةَ إِلَّا صَاعاً وصيعانها معلومة صحَّ وإلا فلا؛ «لأنه ﷺ نهى عن بيع الثنّيا» - رواه الترمذي^(١) «إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ»، وقال حسن صحيح؛ ولأن المبيع ما وراء الصاع وهو مجهول، بخلاف بيع صاع منها كما مرّ لأنه معلوم القدر والصفة، وبخلاف بيع جميع الصبرة لأن العيان يحيط بظاهر المبيع من جميع جوانبه فكان أقدر على تخمين مقداره بخلافه في مسألتنا لا يمكن فيه ذلك لأن المبيع خالطه أعيان آخر. ولا يكفي مجرد التخمين بل لا بدّ من إحاطة العيان لجميع أجزاء المبيع ولم يوجد هنا، وكذا لو قال: «بعثك نصفها وصاعاً من النصف الآخر» صحَّ، بخلاف «إِلَّا صَاعاً مِنْهُ»، ولو قال: «بعثك كل صاع من نصفها بدرهم وكل صاع من نصفها الآخر بدرهمين» صحَّ.

(ولو باع بملاء ذَا الْبَيْتِ حِنْطَةً أَوْ بِرِزَّةِ هَذِهِ الْحَصَاةِ ذَهَبًا أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ فَلَانَ فَرَسَهُ) مثلاً: أي بمثل ذلك، ولم يعلموا أو أحدهما قبل العقد المقدار، (أو بألف دراهم ودنانير) أو صحاح ومكسرة؛ (لم يصح) البيع للجهل بأصل المقدار في الثلاثة الأول وبمقدار الذهب من الفضة أو الصحاح والمكسرة في الرابعة، فإن علما قبل العقد مقدار البيت والحصاة ثمن الفرس وقال فيه بمثل كما مرّ صحَّ لانتفاء المحذور، وكذا إن قصده كما في المطلب، فإن لم يقل بمثل ولم يقصده صحَّ أيضاً كما لو قال: «أوصيت لفلان بنصيب إبنني» فإنه يحمل على مثل نصيبه. أما إذا كان ما باع به فلان فرسه قد صار للمشتري يارث أو غيره وهو باق فإن الإطلاق ينزل عليه لا على مثل إذا قصده البائع؛ ومحلّ امتناع البيع بما ذكر إذا كان في الذمة، فإن كان الثمن معيناً، كان قال: «بعثك بملاء هذا البيت من هذه الحنطة» صحَّ كما صرّح به في المجموع والشرع الكبير في السلم، وعلله الرافي بإمكان الأخذ قبل تلف البيت.

تنبيه: قوله: «بملاء» كذا في المحرر مجرور بالحرف فيكون من صور الثمن كما تقرر، والذي في الروضة وأصلها «ملاء» منصوب ولا حرف معه فيكون من صور المبيع؛ وهو أحسن.

(ولو باع بتقد) دراهم أو دنانير وأطلق، (وفي البلد نقد) منها (غالب) وغير غالب، (تعين) الغالب ولو كان

(١) أخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في النهي عن... (الحديث: ١٢٩٠).

أَوْ تَقْدَانٍ لَمْ يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا أَشْتَرَطَ التَّعْيِينَ. وَيَصِحُّ بَيْعُ الصَّبْرَةِ الْمَجْهُولَةِ الصَّبِيحَانِ كُلِّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ،

دراهم عديدة زائدة الوزن أو ناقصته أو صحاحاً ومكسرة؛ لأن الظاهر إرادتهما له. ولو غلب من جنس العروض نوع انصرف العقد إليه عند الإطلاق على الأصح، كأن يبيع ثوباً بصاع حنطة والمعروف في البلد نوع منها. ولو غلبت الفلوس حمل العقد عليها كما جزم به الشيخان^(١)، قال الأذرعى: هذا إذا سُمِّي الفلوس، أما إذا سُمِّي الدراهم فلا. اهـ.

تنبيه: لا تدخل هذه الصورة ولا التي قبلها في عبارة المصنف؛ لأن الفلوس ليست من النقد، وإن أوهمت عبارة الشارح وابن المقري أنها منه، فلو عبّر بالثمن لكان أولى. ولا يحتاج في الفلوس إلى الوزن بل تجوز بالعدّ وإن كانت في الذمة ولو كان النقد مغشوشاً جازت المعاملة به وإن جهل قدر الفضة نظراً للعرف، ولو بان بعد البيع قلة فضة المغشوش جداً ثبت الردّ إن اجتمع منها مالية لو ميزت وإلا فيبطل البيع كما لو ظهرت من غير الجنس، ولو باع بوزن عشرة دراهم من فضة ولم يبين أنها مضروبة أو تير لم يصح لترده.

(أو) في البلد (نقدان) فأكثر ولو صحاحاً ومكسرة؛ (لم يغلب أحدهما) أو غلب أحدهما واختلفت القيمة، (اشترط التعيين) لفظاً لاختلاف الغرض باختلافهما، فلا يكفي التعيين بالنية بخلاف نظيره في الخلع لأنه يغتفر فيه ما لا يغتفر هنا. فإن قيل: لو قال من له من بنات: «زوجتك بنتي» ونوباً واحدة فإنه يصح مع أن النكاح يحتاط فيه. أجب بأن ذكر العوض هنا وأجب فوجب الاحتياط باللفظ بخلافه ثم فاكنتى بالنية فيما لا يجب ذكره. أما إذا اتفقت النقود ولو صحاحاً ومكسرة بأن لم تتفاوت قيمة وغلبة فإن العقد يصح بها من غير تعيين، ويسلم المشتري أيها شاء. ولو باع بنقد معدوم وأصلاً ولو مؤجلاً أو معدوم في البلد حالاً أو مؤجلاً إلى أجل لا يمكن فيه نقله إلى البلد عادة لم يصح لعدم القدرة على تسليمه، أو إلى أجل يمكن فيه النقل عادة بسهولة للمعاملة صحّ، فلو لم يحضره استبدال عنه لجواز الاستبدال عنه فلا يفسخ العقد، وكذا يستبدل لو باع بوجود عزيز فلم يجده وليس له فيما إذا عقد بنقد إلا النقد الواجب بالعقد وإن أبطله السلطان، كما لو أسلم في حنطة بوصف ليس له غيرها. ولو باع بنقد ثم لقيه في بلد آخر لا يتعاملون به فيه فدفعه إليه لزمه قبوله في الأصح.

(ويصح بيع الصبرة المجهولة الصبحان) للمتعاقدين، (كل صاع بدرهم) قال الشارح: ينصب «كل»؛ أي على تقدير: بعثك الصبرة؛ ويصح جزؤه على أنه بدل من الصبرة. وإنما صحّ هذا البيع لأن المبيع مشاهدٌ. ولا يضر الجهل بجملته الثمن لأنه معلوم بالتفصيل والغرر مرتفع به، كما إذا باع بثمان معين جزافاً. وقيل: لا يصح البيع لأنه لم يعلم مبلغ الثمن في حال العقد. وعلى الأول فارق عدم الصحة فيما لو باع ثوباً بما رُقم؛ أي كتب عليه من الدراهم المجهولة القدر بأن الغرر منتفٍ في الحال؛ لأن ما يقابل كل صاع معلوم القدر حينئذ بخلافه في تلك. ومثل الصبرة ما لو قال: «بعثك هذه الأرض» أو «هذا الثوب كل ذراع بدرهم» أو «هذه الأغنام أو العبيد كل واحد بدرهم»، ولو قال: «بعثك من هذه الصبرة كل صاع بدرهم» أو «كل صاع من هذه الصبرة بدرهم» لم يصحّ لأنه لم يبيع الجملة، بل بعضها المحتمل للقليل والكثير فلا يعلم قدر المبيع تحقيقاً ولا تخميناً. وإن قال: «بعثك صاعاً منها بدرهم وما زاد بحسابه» صحّ في صاع فقط لأنه المعلوم، أو «بعثكها وهي عشرة أصع كل صاع بدرهم وما زاد بحسابه» صحّ في العشرة فقط لما مرّ، بخلاف ما لو قال فيهما: «على أن ما زاد بحسابه» لم يصحّ لأنه شرط عقد في عقد.

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: بيع الفضة بالفضة (الحديث: ٢١٧٧) وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: الربا (الحديث: ٤٠٣٠).

وَلَوْ بَاعَهَا بِمِائَةِ ذِرْهِمٍ كُلِّ صَاعٍ بِذِرْهِمٍ صَحَّ إِنْ خَرَجَتْ مِائَةٌ وَإِلَّا فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ. وَمَتَى كَانَ الْعَوْضُ مُعَيَّنًا كَفَتْ مُعَايِنَتُهُ. وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعَائِبِ، وَالثَّانِي: يَصِحُّ.

(ولو) قابل جملة الصبيرة أو نحوها كأرض وثوب بجملة الثمن وتفصيلها بتفصيله، كأن (باعها) أي الصبيرة أو الأرض أو الثوب (بمائة درهم كل صاع) أو ذراع (بدرهم، صحَّ إن خرجت مائة) لتوافق الجملة والتفصيل؛ (وإلا) أي وإن لم تخرج مائة بأن خرجت أقل أو أكثر، (فلا) يصح البيع (على الصحيح) وفي الروضة: «الأظهر» لتعذر الجمع بين جملة الثمن وتفصيله. والثاني: يصح تغليبا للإشارة. فإن قيل: يشكل على الأول ما رجحه في زوائد الروضة في باب الربا من أنه لو باع صبيرة حنطة بصبيرة شعير صاعاً بصاع فزادت إحداها ورضي صاحبها بتسليم الزيادة ثم البيع ولزم الآخر قبولها أو صاحب الناقصة بقدرها أقزوا وإن تشاها فسح العقد. أجب بأن الثمن هنا عينت كميته، فإذا اختل عنها صار مبهماً فأبطل بخلافه ثمة لم تعين كمية صيعانه، والصبيرة الناقصة قد ورد العقد على جميعها فصار كما لو باع صبيرة صغيرة بقدرها من كبيرة فإنه يصح. أما إذا قابل الجملة بالجملة ولم يقابل الأجزاء بالأجزاء كان قال: «بعثكها بمائة» فإنه يصح وإن خرجت زائدة أو ناقصة. ويثبت الخيار لمن عليه الضرر، فإن قال المشتري للبائع: «لا تفسخ وأنا أفتع بالقدر المشروط» أو «أنا أعطيك ثمن الزائد» لم يسقط خيار البائع؛ ولا يسقط خيار المشتري بحط البائع من الثمن قدر النقص وإذا أجاز فبالمسمى فقط، أو قابل الأجزاء بالأجزاء ولم يقابل الجملة بالجملة، كان قال: «بعثكها كل صاع بدرهم على أنها مائة صاع»، فهي كما قال الإسنوي قريبة من الأولى، وإن جزم الماوردي بالصحة عند النقصان؛ وخرج الزائدة على القولين.

(ومتى كان العوض) أو المعوض (معيناً) قال الشارح: أي مشاهداً؛ لأن المعين صادق بما عين بوصفه وبما هو مشاهد، أي معين؛ فالأول من التعيين والثاني من المعاينة؛ أي المشاهدة، وهو مراد المصنف بقريته قوله: (كفت معاينته) عن العلم بقدره اعتماداً على التخمين المصحوب بها، فلو قال: «بعثك بهذه الدراهم أو هذه الصبيرة» وهي مجهولة القدر صحَّ البيع اعتماداً على المشاهدة مع الكراهة لأنه قد يقع في الندم. فإن قيل: قد صرح في التتمة بأن مجهول الذرع لا كراهة فيه. أجب بأن الصبيرة لا تعرف تخميناً غالباً لتراكم بعضها على بعض بخلاف المذروع، ولو علم أحد المتعاقدين أن تحتها دكة أو موضعاً منخفضاً أو اختلاف أجزاء الظرف الذي فيه العوض أو المعوض من نحو ظرف عسل وسمن رقة وغلظاً بطل العقد لمنعها تخمين القدر فيكثر الغرر، قال شيخنا: لأن التخمين يضعف عند العلم. نعم إن رأى ذلك قبل الوضع فيه صحَّ البيع لوجود التخمين، وإن جهل كل منهما ذلك بأن ظن أن المحل مستو فظهر خلافه صحَّ البيع وخير من لحقه النقص بين الفسخ والإمضاء إلحاقاً لما ظهر بالعين؛ فالخيار في مسألة الدقة للمشتري، وفي الحفرة للبائع. وقيل: إن ما في الحفرة للبائع ولا خيار، وجرى على ذلك في التهذيب.

(والأظهر أنه لا يصح بيع الغائب) وهو ما لم يره المتعاقدان أو أحدهما وإن كان حاضراً، للنهي عن بيع الغرر. (والثاني يصح) إذا وصف بذكر جنسه ونوعه اعتماداً على الوصف، فيقول «بعثك عبدي التركي أو فرسي العربي» أو نحو ذلك؛ وهذا لا بد منه على هذا، وقيل: لا حاجة إلى ذلك، وهو ما يوهمه إطلاق المصنف، حتى لو قال «بعثك ما في كفي أو ميراثي من أبي» صحَّ.

وَيُثَبِّتُ الْخِيَارَ عِنْدَ الرُّؤْيَةِ، وَتَكْفِي الرُّؤْيَةُ قَبْلَ الْعَقْدِ فِيمَا لَا يَتَغَيَّرُ غَالِباً إِلَى وَتَبِ الْعَقْدِ دُونَ مَا يَتَغَيَّرُ غَالِباً. وَتَكْفِي رُؤْيُهُ بَعْضِ الْمَبِيعِ إِنْ دَلَّ عَلَى بَاقِيهِ كظَاهِرِ الصَّبْرَةِ

(ويثبت الخيار) للمشتري (عند الرؤية) وإن وجده كما وصف، لحديث: «لَيْسَ الْخَيْرُ كَالْمُعَايَنَةِ»^(١) رواه بهذا اللفظ الإمام أحمد وابن حبان والغازي في الأوسط. ولا خيار للبائع، خلافاً لمقتضى إطلاق المتن وإن قوّاه الإسنوي. نعم إن وجده زائداً ثبت له الخيار كالمشتري إذا وجده ناقصاً؛ قاله الماوردي. ودليل هذا القول حديث: «مَنْ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ»^(٢) لكنه حديث ضعيف كما قاله البيهقي، وقال الدارقطني: إنه باطل. ويثبت قبل الرؤية الفسخ دون الإجازة. ويمتد الخيار امتداد مجلس الرؤية، وقيل: على الفور. ويجري القولان في رهن الغائب وهبته على صحتهما لا خيار عند الرؤية إذ لا حاجة إليه، قال في المجموع: ويجري القولان في الوقف أيضاً؛ ولكن الأصح في زوائد الروضة تبعاً لابن الصلاح في كتاب الوقف صحته وأنه لا خيار عند الرؤية. ولا ينافي ذلك ما نقل عن فتاوى القفال من الجزم بالمنع؛ لأن كلام المصنف وابن الصلاح في وقف ما استقر ملكه عليه ولم يره كأن ورثه أو اشتراه له وكيله، وكلام القفال فيما لم يستقر ملكه عليه.

(و) على الأظهر في اشتراط الرؤية، (تكفي الرؤية قبل العقد) ولو لمن عَمِيَ وقته، (فيما لا يتغير غالباً) إلى وقت العقد كالأرض ونحو الحديد وإن منعنا بيع الغائب لأنه قد عرفه بتلك الرؤية، والغالب بقاءه على ما شاهده عليه؛ قال الماوردي: وإنما تكفي الرؤية السابقة إذا كان حال العقد ذاكراً للأوصاف، فإن نسيها لطول المدة ونحوه فهو بيع غائب. وهو ظاهر كما قال شيخنا وإن استغربه في المجموع وبه جزم الروياني وابن الرفعة. وقال النشائي في نكته: إنه ظاهر النص. وإن وجده متغيراً ثبت له الخيار، وقيل: يتبين بطلان العقد. وليس المراد بالتغير حدوث عيب فيه فإن خيار العيب لا يختص بهذه الصورة بل التغير عما كان عليه؛ والصفة الموجودة عند الرؤية كالشروط في الصفات الكائنة عند الرؤية، فإذا بان فَوْتُ شيء منها كان بمثابة الخلف في الشرط، وإن اختلفا في التغير فقال البائع: هو بحاله. وقال المشتري: بل تغير صدق المشتري بيمينه لأن البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة، والأصل عدمه كدعوى علمه بالغيب. فإن قيل: هذا يشكل بما إذا اختلفا في عيب يمكن حدوثه فإن القول قول البائع في الأصح. أجيب بأنهما ثم اتفقا على وجود العيب في يد المشتري، والأصل عدم وجوده في يد البائع.

تنبيه: قول المصنف: «فيما لا يتغير غالباً» يفهم الصحة فيما يحتمل التغير وعدمه على السواء، كالحیوان؛ وهو الأصح لأنه يصدق بأنه لا يتغير غالباً، ولا ينافيه قوله: (دون ما يتغير غالباً) كالأطعمة بل يوافقه. قال ابن شعبة: خلافاً لمن قال من سُراح الكتاب إن مفهوم المنهاج متدافع فإنه يفهم أول كلامه البطلان ومفهوم آخره الصحة، وإنما بطل فيما يتغير غالباً لأن الرؤية السابقة لم تُفد معرفة حال العقد، وعلم من كلامه البطلان فيما تحقق تغيره بطريق الأولى.

(وتكفي رؤية بعض المبيع إن دل على باقيه كظواهر الصبرة) من حنطة ونحوها وجوز ونحوه وأدقة،

(١) أخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٢٧١/١) و(الحديث: ٢١٥/١) وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» كتاب: التاريخ، باب: بدء الخلق (الحديث: ٦٢١٣) وذكره السيوطي في «الدر المنثور» (الحديث: ٥٦٤/٣).

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب: البيوع، باب: من قال يجوز بيع العين... (الحديث: ٢٦٨/٥) وأخرجه الدارقطني في كتاب: البيوع (الحديث: ٤/٣) و(الحديث: ٥/٣).

وَأَنْمُودَجِ الْمُتَمَاثِلِ، أَوْ كَانَ صَوَانًا لِلْبَاقِي خَلْقَةً كَقَشْرِ الرُّمَانِ وَالْبَيْضِ، وَالْقَشْرَةَ السُّفْلَى لِلْجَوْزِ وَاللُّوزِ.

وكأعالي المائعات في أوعيتها كالدهن، وأعلى التمر في قوصرتة والطعام في آنيته، وكذا القطن المجرد من جوزه ولو في عدله؛ ولا خيار له إذا رأى الباطن إلا إذا خالف الظاهر بنقص بخلاف صُبْرَةِ الرمان والسفرجل والبطيخ ونحو ذلك لعدم الدلالة على باقياها، بل يشترط رؤية كل واحدة منها حتى لو رأى أحد جانبي البطيخة كان كبيع الغائب، ولو كان الغائب أنها لا تتفاوت كالثوب الصفيق يرى أحد وجهيه قاله البغوي في فتاويه. قال الشيخان: ولا يكفي في سلة العنب والخوخ ونحوهما رؤية أعلى ظاهره لكثرة الاختلاف في ذلك بخلاف الجيوب.

(و) مثل (أنمودج المتماثل) أي المتساوي الأجزاء كالحيوب، فإن رؤيته تكفي عن رؤية باقي المبيع فلا بد من إدخاله في البيع. ولا يشترط خلطه في المبيع قبله، فإذا قال: «بعتك حنطة هذا البيت مع الأنمودج» صح وإن لم يخلطه بها قبل البيع؛ وقول الإسنوي: إنه لا بد من خلطه في المبيع قبل عقد البيع كما أتى به البغوي ممنوع؛ لأن البغوي إنما أتى بأنه لا يصح ولو خلطه بها كما لو باع شيئاً رأى بعضه دون بعض، أما إذا باعها دونه كأن قال: «بعتك من هذا النوع كذا» فإنه لا يصح لأنه لم ير المبيع ولا شيئاً منه.

تنبيه: قوله: «وأنمودج» هو بضم الهمزة والميم ويفتح الذال المعجمة: مقدار تسميه السماسرة عيناً معطوف على ظاهر من قوله: «كظواهر الصبرة» كما علم من التقدير، فيكون كل منهما، أعني من ظاهر وأنمودج مثلاً لبعض المبيع الدال على باقيه، لا أنه معطوف على بعض المبيع فإنه من أمثلة رؤية البعض لما تقدم من أنه لا بد من إدخاله في البيع.

(أو) لم يدل على باقيه بل (كان صواناً) بكسر الصاد وضمها، ويقال صيان؛ (للباقي) لبقائه (خلقة كقشر الرمان والبيض والقشرة السفلى للجوز واللوز) فتكفي رؤيته لأن صلاح باطنه في بقاءه فيه وإن لم يدل هو عليه فقوله: «أو كان إلخ» قسيم قوله: «إن دل» كما قدرته. وقوله كالمحزر: «خلقة» مزيد على الروضة وأصلها، وهو صفة لبيان الواقع في الأمثلة المذكورة ونحوها، واحترز به عن جلدة الكتاب ونحوه فإن رؤيته لا تكفي، ولكن يرد على طرده الدر في صدفه والمسك في فأرته لأنه لا يصح البيع فيهما مع أن الصوان خلقي، وعلى عكسه الخشكانان والحببة المحشوة بالقطن فإنه يصح بيعهما مع أن صوانهما غير خلقي. قال الأذري: وهل يلتحق الفرش واللحف بهما؟ فيه وقفة، والظاهر كما قال ابن شهبة عدم الإلحاق لأن القطن فيها مقصود لذاته بخلاف الحببة. ولا يرد على المصنف بيع كوز الفُقَاع كما أورده الإسنوي فإنه صح بيعه فيه من غير رؤية كما مر؛ لأن الكوز ليس داخلياً في البيع بخلاف الخشكانان ونحوه، وإنما يرد على اشتراط الرؤية كما مر. وإنما صح فيه من غير رؤية لأن بقاءه فيه من مصلحته، ولأنه تشق رؤيته، ولأنه قدر يسير يتسامح به في العادة وليس فيه غرر يفوت به مقصود معتبر. واحترز بوصف القشرة بالسفلى لما ذكر، وهي التي تُكسر حالة الأكل عن العليا؛ فإنه لا يصح البيع قبل إزالتها كما سيأتي باب بيع الأصول والثمار لاستناره بما ليس من مصلحته؛ نعم إن لم تتعقد السفلى كَفَتْ رؤية العليا لأن الجميع مأكول. ولا يصح بيع اللب من نحو الجوز وحده في قشره لأن تسليمه لا يمكن إلا بكسر القشر فينقص عن المبيع، ولا يبيع ما زوي من وراء زجاج لانتفاء تمام المعرفة وصلاح إبقائه فيها بخلاف رؤية السمك والأرض تحت الماء الصافي إذ به صلاحهما. أما الكدر فإنه يمنع صحة البيع وإن لم يمنع صحة الإجارة لأنها أوسع لأنها تقبل التأقيت، ولأن العقد فيها على المنفعة دون العين. ويجوز بيع قصب السكر في قشره الأعلى لأن قشره الأسفل كباطنه لأنه قد يمتص معه فصار كأنه في قشر واحد.

وَتُعْتَبَرُ رُؤْيُهُ كُلُّ شَيْءٍ عَلَى مَا يَلِيْقُ بِهِ، وَالْأَصْحَحُّ أَنْ وَضْفَهُ بِصِفَةِ السَّلْمِ لَا يَكْفِي؛ وَبِصِحِّهِ

فائدة: روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه كان إذا سقطت منه حبة رمانة أكلها، فستل عن ذلك فقال: بلغني عن النبي ﷺ أنه قال: «لَيْسَ فِي الْأَرْضِ رُمَانَةٌ تَلْفَحُ إِلَّا بِحَبَّةٍ مِنْ رُمَانِ الْجَنَّةِ»^(١) فلعلها هذه. وقيل: إذا أخذت رمانة من شجرة وعددت حباتها فتكون حبات رمان تلك الشجرة كذلك، وإذا عدت شرافات قمع الرمانة، فإن كانت زوجاً فعدت حباتها زوج أو فرداً فعدت حباتها فرد.

(وتعتبر رؤية كل شيء) غير ما ذكر (على ما يليق به) فيعتبر في الدار رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران والمستحم والبالوعة، وكذا رؤية الطريق كما في المجموع، وفي البستان رؤية أشجاره ومجرى مائه؛ وكذا يشترط رؤية الماء الذي تدور به الرحي خلافاً لابن المقرئ لاختلاف الغرض. ولا يشترط رؤية أساس جدران البستان، ولا رؤية عروق الأشجار ونحوهما؛ ويشترط رؤية الأرض في ذلك ونحوه. ولو رأى آلة بناء الحمام وأرضها قبل بنائها لم يكف عن رؤيتها كما لا يكفي في التمر رؤيته رطباً. ولو رأى سَخْلَةً أو طَبِيّاً فكملاً لا يصح بيعها إلا برؤية أخرى. ويشترط في الرقيق ذكراً كان أو غيره رؤية ما سوى العورة لا اللسان والأسنان. ويشترط في الدابة رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها وظهرها حتى شعرها، فيجب رفع الجبل والسرج والإكاف، ولا يشترط إجراؤها ليعرف سيرها؛ ولا يشترط في الدابة رؤية اللسان والأسنان. ويشترط في الثوب نشره ليرى الجميع، ولو لم ينشر مثله إلا عند القطع. ويشترط في الثوب رؤية وجهي ما يختلف منه كأن يكون صَفِيْقاً كديباج منقوص وبسط، بخلاف ما لا يختلف وجهها ككِرْبَاسٍ فيكفي رؤية أحدهما. ويشترط في شراء المصحف رؤية جميع الأوراق، وفي الورق البياض رؤية جميع الطاقات. ولا يصح بيع اللبن في الضرع وإن حلب منه شيء ورؤي قبل البيع، للنهي عنه ولاختلاطه بالحادث ولعدم يقن وجود قدر اللبن المبيع ولعدم رؤيته؛ ولا يصح الصوف قبل الجز أو التذكية لاختلاطه بالحادث ولأن تسليمه إنما يمكن باستئصاله وهو مؤلم للحيوان، فإن قبض قطعة وقال «بعتك هذه» صح قطعاً كما في المجموع؛ ولا يصح الأكارع والرؤوس قبل الإبانة، ولا المذبوح أو جلده أو لحمه قبل السلق أو السمط لأنه مجهول، قال الأذري: وكذا مسلوق لم يُنَقَّ جوفه وبيع وزناً، فإن بيع جزافاً صح بخلاف السمك والجراد فيصح مطلقاً لقلته ما في جوفه. ولا يصح مسك اختلط بغيره لجهل المقصود كتحوي لبن مخلوط بنحو ماء؛ نعم إن كان معجوناً بغيره كالغاية والتدصح لأن المقصود بيعهما لا المسك وحده. ولو باع المسك فأرته لم يصح. ولو فتح رأسها كاللحم في الجلد، فإن رآها فارغة ثم ملئت مسكاً لم يره ثم رأى أعلاه من رأسها أو رآه خارجها ثم اشتراه بعد ردّه إليها جاز. ولو باعه السمن وظرفه أو المسك فأرته كل قيراط بدرهم مثلاً صح وإن اختلفت قيمتهما إن عرفا وزن كل منهما وكان للطرف قيمة وإلا فلا يصح. ويجوز بيع حنطة مختلطة بشعير كَيْلاً ووزناً وجزافاً. ولا يصح بيع تراب معدن قبل تمييزه من الذهب والفضة، ولا تراب صاغة؛ لأن المقصود مستور بما لا مصلحة له فيه عادة كبيع اللحم في الجلد، ولو كان الثوب على منسج قد نسج بعضه فباعه قبل أن ينسج البائع الباقي لم يصح البيع قطعاً؛ نص عليه.

(والأصح أن وصفه) أي الشيء الذي يراد بيعه، (بصفة السلم) أو سماع وصفه بطريق التواتر، (لا يكفي) عن الرؤية لأنها تفيد أموراً تقصر عنها العبارة، وفي الخبر: «لَيْسَ الْخَبْرُ كَالْعَيْنِ»^(٢)؛ والثاني: يكفي. ولا خيار

(١) ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (الحديث: ٤٥/٥).

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرک» كتاب: التفسير (الحديث: ٣٢١/٢) وأخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٢٧١/١) و(الحديث: ٢١٥/١) وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» كتاب: التاريخ، باب: بدء الخلق (الحديث: ٦٢١٣) وذكره ابن عدي =

سَلَّمَ الْأَعْمَى وَقِيلَ إِنَّ عَمِيَّ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ فَلَا.

١ - بَابُ: الرِّبَا

للمشتري لأن ثمرة الرؤية المعرفة والوصف يفيدها. فإن قيل: عدم الاكتفاء بوصفه بطريق التواتر مع قول الأصوليين إنه يفيد القطع مشكلاً. أجب بأن المعلوم يتفاوت، ولا شك أن العيان أقوى، ولهذا تقدم في توجيهه أن الرؤية تفيد أموراً تقصر عنها العبارة.

(ويصح سَلَّمَ الْأَعْمَى) أي أن يسلم أو يسلم إليه لأنه يعرف الصفات بالسمع، ومحل هذا إذا كان العرض موصوفاً في الذمة ثم عتِن في المجلس، ويوكل من يقبض عنه أو يقبض له رأس مال السلم والمسلم فيه لأن السلم يعتمد الوصف لا الرؤية، فإن كان العوض معيناً لم يصح كبيعه عيناً. (وقيل إن عمي قبل تمييزه) بين الأشياء أو خلق أعمى، (فلا) يصح سلمه لانتفاء معرفته بالأشياء. وأجاب الأول بأنه يعرفها بالسمع ويتخيل فرقاً بينها، كبصير يسلم فيما لم يكن رآه كأهل خراسان في الرطب وأهل بغداد في الموز.

تنبيه: قد يفهم كلامه أنه لا يصح من الأعمى من العقود غير السلم، وليس مراداً بل يصح أن يشتري نفسه ويؤجرها لأنه لا يجهلها، وأن يقبل الكتابة على نفسه، وله أن يكتب عبده على الأصح تغليلاً للعتق؛ وقياسه كما قال الزركشي صحة شرائه من يعتق عليه ويبيعه العبد من نفسه، وأن يزوّج ابنته ونحوها. وأما ما يعتمد فيه الرؤية كالبيع والإجارة والرهن فلا يصح منه، وإن قلنا بصحة بيع الغائب، وطريقه أن يوكل فيه.

خاتمة: لو اشترى البصير شيئاً ثم عمي قبل قبضه وقلنا لا يصح شراؤه فهل يفسخ البيع؟ فيه وجهان، صحح المصنف منهما عدم البطلان. ولا يصح بيع البصل والجزر ونحوهما في الأرض لأنه غرر. قال المصنف: ومما تعم به البلوى - أي مع عدم صحته - ما اعتاده الناس من بيع النصيب من الماء الجاري من نهر أو نحوه للجهل بقدره، ولأن الجاري إن كان غير مملوك فذاك وإلا فلا يمكن تسليمه لاختلاط غير المبيع به، فطريقه أن يشتري القناة أو سهماً منها، فإذا ملك القرار كان أحق بالماء؛ ذكره القاضي والعمرائي وغيرهما. وإن اشترى القرار مع الماء لم يصح فيهما للحوالة. ولا يشترط الذوق والشم في مثل الخلّ والمسك ولا لمس الثياب؛ لأن معظم المقصود يتعلق بالرؤية فلا يشترط غيرها. ولو اشترى سمناً أو غيره من المائعات أو غيرها في ظرفه كل رطل بدرهم مثلاً على أن يوزن بظرفه ويسقط أرتالاً معينة بسبب الظرف ولا يوزن الظرف فالبيع باطل بلا خلاف لأنه غرر ظاهر. قال في المجموع: وهذا من المنكرات المحرمة التي تقع في كثير من الأسواق. ولو رأى ثوبين مستويين قيمة ووصفاً وقدرًا كنصفي كرباس فسرق أحدهما واشترى الآخر غائباً عنه ولا يعلم أيهما المسروق صحَّ لحصول العلم، لا إن اختلفت الأوصاف المذكورة. وإذا اختلفا في الرؤية فالقول قول مُدَّعِيهَا بيمينه لأن الإقدام على العقد اعتراف بصحته وهو على القاعدة في دعوى الصحة والفساد من تصديق مدَّعِيهَا.

باب الربا: بالقصر، وألْفُهُ بدل من واو، ويكتب بهما وبالياء، وهو مكتوب في المصحف بالواو. قال الغزالي: لأن أهل الحجاز تعلموا الخط من أهل الحرة ولغتهم «الرَّبَا»، فعلموهم صورة الخط على لغتهم. ويقال فيه «الرماء» بالميم والمد. وهو لغة: الزيادة. قال تعالى: ﴿اٰفْتَرٰتْ وَّرِيَتْ﴾^(١) أي زادت ونمت. وشرعاً:

= في «الكامل في الضعفاء» (الحديث: ٢٥٩٦/٧) وذكره الطبراني في «الأوسط» (الحديث: ٢٥) وذكره الخطيب البغدادي في «تاريخ بغداد» (الحديث: ٥٦/٦) وذكره السيوطي في «الدر الثمور» (الحديث: ٥٦٤/٣).

(١) سورة الحج، الآية: ٥، سورة فصلت، الآية: ٣٩.

إِذَا بَاعَ الطَّعَامَ بِالطَّعَامِ إِنْ كَانَ جِنْسًا اشْتَرَطَ الْحُلُولُ وَالْمُمَائِلَةُ وَالتَّقَابُضُ قَبْلَ التَّفْرِقِ، أَوْ جِنْسَيْنِ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ جَازَ التَّقَابُضُ، وَاشْتَرَطَ الْحُلُولُ وَالتَّقَابُضُ.

عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما.

وهو ثلاثة أنواع: ربا الفضل؛ وهو البيع مع زيادة أحد العوضين عن الآخر. وربا اليد؛ وهو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما. وربا النساء؛ وهو البيع لأجل. وزاد المتولّي ربا القرض المشروط فيه جر نفع. قال الزركشي: ويمكن رده لربا الفضل. والأصل في تحريمه قبل الإجماع آيات كآية: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١) وأخبار كخبر مسلم: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَكْلَ الرِّبَا وَمَوَكَلَهُ وَكَاتِبَهُ وَشَاهِدَهُ»^(٢). وروى الدارقطني والبيهقي: «دَوَّهْمُ رَبَا يَأْكُلُهُ ابْنُ آدَمَ أَشَدُّ عِنْدَ اللَّهِ إِثْمًا مِنْ سِتِّ وَثَلَاثِينَ زَنِيَةً»^(٣). وفي صحيح الحاكم عن مسروق عن عبدالله أن النبي ﷺ قال: «الرِّبَا سَبْعُونَ بَابًا أَيْسَرُهَا مِثْلُ أَنْ يَنْكِحَ الرَّجُلُ أُمَّهُ وَإِنَّ أَزْبَى الرِّبَا عَرْضُ الرَّجُلِ الْمُسْلِمِ»^(٤) وقال: إنه صحيح على شرط الشيخين؛ وهو من الكبائر، قال الماوردي: حتى قيل إنه لم يحل في شريعة قط لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾^(٥) يعني في الكتب السابقة.

فائدة: رَوَى السَّبْكَي وَابْنُ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ رَجُلًا أَتَى مَالِكَ بْنَ أَنَسٍ فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ رَأَيْتَ رَجُلًا سَكَرَانًا يَتَقَافَزُ يَرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ الْقَمَرُ بِيَدِهِ فَقُلْتُ امْرَأَتِي طَالِقٌ إِنْ كَانَ يَدْخُلُ جَوْفَ ابْنِ آدَمَ شَيْءٌ أَشْرَ مِنَ الْخَمْرِ! فَقَالَ: ارْجِعْ حَتَّى أَتَفَكَّرَ فِي مَسْأَلَتِكَ! فَاتَاهُ مِنَ الْغَدِ فَقَالَ: امْرَأَتُكَ طَالِقٌ، فَإِنِّي تَصَفَّحْتُ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ فَلَمْ أَرْ شَيْئًا أَشْرَ مِنَ الرِّبَا، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَذَنٌ فِيهِ بِالْحَرْبِ؛ أَي فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَذْنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾^(٦). وقال عمر رضي الله تعالى عنه: «لَا يَتَجَرَّ فِي سَوْقِنَا إِلَّا مَنْ فَهَهُ وَإِلَّا أَكَلَ الرِّبَا». وقال علي رضي الله عنه: «مَنْ أَتَجَرَ قَبْلَ أَنْ يَتَفَهَهُ ارْتَطَمَ فِي الرِّبَا ثُمَّ ارْتَطَمَ ثُمَّ ارْتَطَمَ» أي وقع وارْتَبَكَ ونسب. والقصد بهذا الباب بيع الربوي وما يعتبر فيه زيادة على ما مرّ.

(إِذَا بَاعَ الطَّعَامَ بِالطَّعَامِ إِنْ كَانَ جِنْسًا) أي الثمن والمثمن، وفي بعض النسخ: «إِنْ كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا كَبُرُ وَبُرُّ». (اشْتَرَطَ) في صحة البيع ثلاثة أمور: (الحلول) من الجانبين، (والمماثلة والتقابض) لهما (قبل التفرق) ولو وقع العقد في دار الحرب. (أو) كانا (جنسين كحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ جَازَ التَّقَابُضُ وَاشْتَرَطَ) أمران: (الحلول والتقابض) لهما قبل التفرق، قال ﷺ فيما رواه مسلم: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمَلْحُ بِالْمَلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلِ سَوَاءٍ بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَجْنَاسُ فَيَبِئُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ»^(٧) أي مقابضة - قال الرافعي: ومن لازمه الحلول - أي غالباً - ولا بد من القبض الحقيقي فلا

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: لعن أكل الربا... (الحديث: ٤٠٦٨) و(الحديث: ٤٠٦٩).

(٣) أخرجه الدارقطني في كتاب: البيوع (الحديث: ١٦/٣) وأخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٢٢٥/٥) وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (الحديث: ١١٧/٤). وذكره السيوطي في «الدر المنثور» (الحديث: ٢٦٧/١) وذكره التبريزي في «مشكاة المصابيح» (الحديث: ٢٨٢٥).

(٤) أخرجه الحاكم في «المستدرک» كتاب: البيوع (الحديث: ٣٧/٢) وفيه ثلاث وسبعون بدل سبعون.

(٥) سورة النساء، الآية: ١٦١.

(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٧٩.

(٧) أخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب... (الحديث: ٤٠٣٩).

وَالطَّعَامُ مَا قُصِدَ لِلطَّعْمِ اقْتِنَاتًا أَوْ تَفَكُّهَا أَوْ تَدَاوِيًا.

تكفي الحوالة وإن حصل القبض بها في المجلس. ويكفي قبض الوكيل في القبض عن العاقدين أو أحدهما وهما في المجلس، وكذا قبض الوارث بعد موت مورثه في المجلس، بخلاف ما إذا كان العاقد عبداً مأذوناً له فقبض سيده أو وكلاً فقبض موكله لا يكفي. واختلف قول الشافعي رضي الله تعالى عنه في علة الربا في المطعومات، فقال في القديم: الطعم مع التقدير في الجنس بالكيل والوزن فلا ربا فيما لا يُكَال ولا يوزن كالسفرجل والرمان والبيض، وفي الجديد، وهو الأظهر: العلة الطعمية لقوله ﷺ: «الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ»^(١) فدل على أن العلة الطعم وإن لم يكن ولم يوزن؛ لأنه علق ذلك على الطعام وهو اسم مشتق، وتعليق الحكم على الاسم المشتق يدل التعليل بما منه الاشتقاق.

(والطعام ما قصد للطعم) بضم الطاء مصدر طَعِمَ بكسر العين أي أكل غالباً. وذلك بأن يكون أظهر مقاصده الطعم وإن لم يؤكل إلا نادراً كالبلوط والطرثوث، وهو نبت يؤكل، وإن لم يكن ولم يوزن كما مرّ. (اقتيناً أو تفكها أو تدواياً) كما تؤخذ الثلاثة من الخبر السابق، فإنه نصّ فيه على البر والشعير، والمقصود منهما التفوت، فالحق بهما ما في معناهما كالأرز والذرة؛ وعلى التمر، والمقصود منه التفكها والتأثم فالحق به ما في معناه كالتين والزبيب؛ وعلى الملح، والمقصود منه الإصلاح فالحق به ما في معناه كالمُضَطَّكِي بضم الميم والقصر، والسقمونيا والطين الأرمني والزنجبيل. ولا فرق بين ما يصلح الغذاء أو يصلح البدن، فإن الأغذية لحفظ الصحة والأدوية لرد الصحة. وإنما لم يذكر الدواء فيما يتناوله الطعام في الإيمان لأنها لا تتناوله في العزف المبنية هي عليه. ولا ربا في حب الكتان - بفتح الكاف وكسرهما - ودهنه ودهن السمك لأنها لا تقصد للطعم، ولا في الطين غير الأرمني كالخراساني لأنه إنما يؤكل سفهاً، ولا فيما اختصّ به الجن كالعظم، أو البهائم كالتبن والحشيش والنوى، أو غلب تناولها له وإن قصد للآدميين كما قاله الماوردي وجرى عليه الشارح، وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين؛ أما إذا كانا على حد سواء، فالأصح ثبوت الربا فيه. ولا ربا في الحيوان مطلقاً سواء أجاز بلعُ كصغار السمك أم لا؛ لأنه لا يعد للأكل على هيئته. وقد اشترى ابن عمر رضي الله تعالى عنهما بغيراً ببعيرين بأمره ﷺ.

تنبيه: قوله: «قُصِدَ» أشار به إلى أنه لا ربا فيما لا يجوز أكله، ولكنه لا يقصد كالعظم الرخو وأطراف قضبان العنب كما قاله صاحب التتمة وغيره، وكذا الجلود كما قاله في زيادة الروضة، أي التي لم تؤكل غالباً بأن خشت وغلظت كما يؤخذ من كلام الماوردي وغيره. ودخل في قوله: «تدواياً» الماء العذب فإنه ربوي مطعوم فلا يرد عليه، قال تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي﴾^(٢) بخلاف الماء المالح فإنه ليس بربوي؛ وأورد الإسني على المصنف الحلوي، قال في الغنية: وهو غلط صدر عن ظن أن المراد بقوله تفكهاً الفاكهة التي هي الثمر. وأما قوله: «الطعم» فقد ذكره في الإمداد، واستشكله الفقهاء لأنهم لا يفرقون بين الأكل والاشتهاء.

وَاللُّحُومُ وَالْأَلْبَانُ كَذَلِكَ فِي الْأَظْهَرِ. وَالْمُمَائِلَةُ تُعْتَبَرُ فِي الْمَكِيلِ كَيْلًا، وَالْمَوْزُونُ وَزْنَا؛ وَالْمُعْتَمَةُ غَالِبُ عَادَةِ أَهْلِ الْحِجَازِ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَمَا جُهَلَ يُرَاعَى فِيهِ بَلَدُ الْبَيْعِ، وَقِيلَ: الْكَيْلُ وَقِيلَ: الْوَزْنُ، وَقِيلَ: يَتَّخِيَرُ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ لَهُ أَضَلُّ أُعْتَبِرَ.

الرطب بمثله. الثالثة: بيع خل الزبيب بمثله. الرابعة: بيع خل التمر بمثله. الخامسة: بيع خل العنب بخل الرطب. السادسة: بيع خل العنب بخل الزبيب. السابعة: بيع خل العنب بخل التمر. الثامنة: بيع خل الرطب بخل الزبيب. التاسعة: بيع خل الرطب بخل التمر. العاشرة: بيع خل الزبيب بخل التمر. ففي خمسة منها يجوز بالجواز، وفي خمسة بالمنع؛ الخمسة الأولى: خل عنب بخل عنب، خل رطب بخل رطب، خل عنب بخل تمر، خل رطب بخل زبيب، خل عنب بخل رطب. والخمسة الثانية: خل عنب بخل زبيب، خل رطب بخل تمر، خل زبيب بخل زبيب، خل تمر بخل تمر، خل زبيب بخل تمر. واحترز بالمختلفة عن المتحدة كأد القمح فإنها جنس واحد قطعاً.

(واللحوم والألبان) أي كل منهما أجناس، (كذلك في الأظهر) لأنهما فروع لأصول مختلفة الأجناس فأشبهت الأدقة، فيجوز بيع لحم البقر بلحم الضأن ولبن البقر بلبن الضأن متفاضلاً. والثاني: أنهما جنس واحد لا اشتراكهما في الاسم الذي لا يقع التميز بعده إلا بالإضافة، فأشبهت أنواع التمر كالمعلي والبرني، وعلى الأول لحوم البقر جواميها وعرابها جنس، وليس من البقر البقر الوحشي لأن الوحشي والإنسي من سائر الحيوانات جنسان ولحوم الغنم ضأنها ومعزها جنس، والظباء والإيبل بضم الهمزة وكسرهما وفتح التحتية المشددة، وهما الوعل يفتح الواو وكسر العين تيس الجبل، ويقال شاته جنس. والألبان كذلك والسموك المعروفة جنس. وبيد الماء وغنمه وغيرهما من حيوانات البحر أجناس. وأما الطيور: فالعصافير على اختلاف أنواعها جنس، والبطون جنس، وكذا أنواع الحمام على الأصح، وبيوض الطيور أجناس، والكبد والطحال والقلب والكروش والرثة والماء أجناس وإن كانت من حيوان واحد لاختلاف أسمائها وصفاتها، وشحم الظهر والبطن واللسان والرأس والأكار أجناس، والعجرات ليس بلحم ولا شحم، والبطيخ الأخضر والأصفر والخيار والقثاء أجناس.

(والممائلة تعتبر في المكيل كَيْلًا) وإن تفاوتت في الوزن؛ (و) في (الموزون وزناً) وإن تفاوتت في الكيل فلا يصح بيع بعض المكيل ببعض وزناً، ولا يبيع بعض الموزون ببعض كَيْلًا.

(والمعتبر) في كون الشيء مكيلًا أو موزونًا (غالب عادة أهل الحجاز في عهد رسول الله ﷺ) لظهوره أطلع على ذلك وأقره، فلو أحدث الناس خلاف ذلك فلا اعتبار به.

(وما) لم يكن في ذلك العهد أو كان و (جهل) حاله ولو لسيان، أو كان ولم يكن بالحجاز، أو استعمل

وَالنَّقْدُ بِالنَّقْدِ كَطَعَامٍ بِطَعَامٍ.

وَلَوْ بَاعَ جِزَافًا تَخْمِينًا لَمْ يَصِحَّ وَإِنْ حَرَجًا سَوَاءً.

مكيلاً لأنه يتخلل فلا يظهر أثره، فإن كان كثيراً يظهر في المكيال ضرر، وأما الموزون فيضر مطلقاً لظهور كثيره قليله في الوزن. ويكفي الوزن بالقبان والتساوي بكفتي الميزان وإن لم يعرف قدر ما في كل كفة. وقد يتأتى للوزن بالماء بأن يوضع الشيء في ظرف ويُلقى في الماء وينظر قدر غوصه، لكنه ليس وزناً شرعياً ولا عرفياً، فالظاهر كما في أصل الروضة أنه لا يكفي هنا وإن كفى في الزكاة وأداء المسلم فيه، وإن قال البلقيني إنه أولى الجواز من القصة.

(والتقد بالنقد) والمراد به الذهب والفضة مضروباً كان أو غير مضروب؛ (كطعام بطعام) في جميع ما سبق من الأحكام، فإن بيع بجنسه كذهب بذهب اشترطت المماثلة والحلول والتقابض قبل التفرق والتخاير، وإن بيع بغير جنسه كذهب بفضة جاز التفاضل أو اشترط الحلول والتقابض قبل التفرق أو التخاير للخبر السابق. فإن قيل: كان الأولى للمصنف تقديم النقد على الطعام موافقةً للحديث. أجب بأن الكلام في الطعام أكثر فقدم ذلك، ولا يقال إن تقدم ما للكلام فيه أقل أولى لأن هذا بحسب المقاصد. وعلة الريا في الذهب والفضة جنسية لأثمان غالباً كما صححه في المجموع، ويعبر عنها أيضاً بجمهورية الأثمان غالباً، وهي منتفية عن الفلوس وغيرها من سائر العروض لا أنها قيم الأشياء كما جرى عليه صاحب التنبية؛ لأن الأواني والتبر والحلي تجري فيها الريا كما مرّ وليست مما يقوم بها. واحترز بـ «غالباً» عن الفلوس إذا راجت فإنه لا ربا فيها كما تقدم، ولا أثر لقيمة لصنعة في ذلك؛ حتى لو اشترى بدنانير ذهباً مصوغاً قيمته أضعاف الدنانير اختبرت المماثلة ولا نظر إلى القيمة.

تنبية: بيع النقد من جنسه وغيره يستى صزافاً، ويصح على معينين بالإجماع كـ «بعثك أو صارفثك هذا للدینار بهذه الدراهم»، وعلى موصوفين على المشهور: كقوله: «بعثك أو صارفثك دیناراً صفته كذا في ذمتي بعشرين درهماً من الضرب الفلاني في ذمتك»، ولو أطلق فقال: «صارفثك على دینار بعشرين درهماً» وكان هناك نقد واحد لا يختلف أو نقود مختلفة إلا أن أحدهما أغلب صحّ ونزل الإطلاق عليه، ثم يعينان ويتقابضان قبل التفرق. ويصح أيضاً على معين بموصوف كـ «بعثك هذا الدینار بعشرة دراهم في ذمتك»، ولا يصح على دينين كـ «بعثك الدینار الذي في ذمتك بالعشرة التي لك في ذمتي» لأن ذلك بيع دين بدين. والحيلة في تمليك الربوي بجنسه متفاضلاً كبيع ذهب بذهب متفاضلان أن يبيعه من صاحبه بدراهم أو عرض ويشتري منه بها أو به الذهب بعد التقابض، فيجوز وإن لم يتفرقا ولم يتخايراً لتضمن البيع الثاني إجازة الأول بخلافه مع الأجنبي، أو يقرض كل صاحبه ويبرئه أو يتواها الفاضل لصاحبه، وهذا جائز إذا لم يشترط في بيعه وإقراضه وهبته ما يفعله صاحبه إن كره قصده.

وَتُعْتَبَرُ الْمُمَاثَلَةُ وَقَتَّ الْجَفَافِ، وَقَدْ يُعْتَبَرُ الْكَمَالُ أَوْلَا؛

قَابَلُ الْجَمْلَةُ بِالْجَمْلَةِ وَهِيَ مَتَفَاوِتَانِ. وَيَصِحُّ بَيْعُ صُبْرَةٍ بِكَيْلِهَا فِيمَا يُكَالُ أَوْ وَزْنَهَا فِيمَا يُوزَنُ مِنْ صَبْرَةٍ أَكْبَرَ مِنْ لِحْصُولِ الْمُمَاثَلَةِ. وَلَوْ تَفَرَّقَا فِي هَذِهِ وَفِي الَّتِي قَبْلُهَا فِيمَا إِذَا صَحَّ الْبَيْعُ بَعْدَ قَبْضِ الْجَمْلَتَيْنِ وَقَبْلَ الْكَيْلِ الْوِزْنِ، جَازَ لِحْصُولِ التَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ، وَمَا فَضَلَ مِنَ الْكَبِيرَةِ بَعْدَ الْكَيْلِ أَوْ الْوِزْنِ لِصَاحِبِهَا، فَالْمُعْتَبَرُ فِي الْقَبْضِ هُنَا مَا يَنْقَلُ الضَّمَانُ فَقَطْ لَا مَا يَفِيدُ التَّصَرُّفَ أَيْضاً لَمَّا سَيَأْتِي أَنَّ قَبْضَ مَا يَبِيعُ مَقْدَرًا إِنَّمَا يَكُونُ بِالتَّقْدِيرِ وَلَوْ بَاعَ صَبْرَةً بُرٌّ بِصَبْرَةٍ شَعِيرٍ جَزَافًا جَازَ لِعَدَمِ اشْتِرَاطِ الْمُمَاثَلَةِ، فَإِنْ بَاعَهَا بِهَا مَكَايِلَةً فَإِنْ خَرَجْتَ سِوَاءَ صَحَّ وَتَفَاضَلَتْ وَسَمِحَ رَبُّ الْمَالِ بِإِعْطَائِهِ الزَّائِدَ أَوْ رَضِيَ رَبُّ النَاقِصِ بِقَدْرِهِ مِنَ الزَّائِدِ أَقْرَبَ الْبَيْعِ وَإِنْ تَشَاحَا فَسُخِّ؛ وَتَقَا مَا فِي هَذِهِ مَعَ جَوَابِهِ فِي الْكَلَامِ عَلَى بَيْعِ الصَّبْرَةِ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلِّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ.

(وتعتبر المماثلة) للربوي حال الكمال، فيعتبر في الثمار والحبوب (وقت الجفاف) وتفتيتها شرط للمماثلة للكمال؛ لأنه ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: «أَيُنْقَضُ الرُّطْبُ إِذَا يَسَّ؟» فقالوا: نعم؛ فنهى عن ذلك صححه الترمذي وغيره^(١). أشار ﷺ بقوله: «أينقص» إلى أن المماثلة إنما تعتبر عند الجفاف، وإلا فالنقص أوضح من أن يسأل عنه. ويعتبر أيضاً إيقاؤه على هيئة يتأتى إدخاله عليها كالتمر بنواه؛ لأنه إذا نزع بطل كماله لتسارع الفساد إليه، بخلاف الخوخ والمشمش ونحوهما فإن كماله لا يبطل بتزج نواه فإن الغالب في تجفيفها أي في بعض البلاد - تزج نواه، كما أن اللحم المقدد لا يبطل كماله بتزج العظم منه.

واختلف المتأخرون في فهم قوله: (وقد يعتبر الكمال أولاً) فإنه من مشكلات الكتاب، فقال الشارح وذلك في مسألة العرايا الآتية في باب بيع الأصول والثمار اه. وهذا أحد احتمالين للإنسوي وقال: إنه الأصول في الحمل، والاحتمال الثاني: أنه أراد إدخال العصير والخل من الرطب والعنب فإنه يباع بعضه ببعض، واقتصر على ما مر لاقضى أنه لا يباع الرطب إلا تمرًا ولا العنب إلا زبيبًا، فنبه على أنه يُكْتَفَى بِالْكَمَالِ الْأَوَّلِ وَجَرَى عَلَى هَذَا السَّبْكِ وَالْأَذْرَعِي، وَهُوَ الْأَوَّلَى كَمَا قَالَ ابْنُ شَهْبَةَ مِنَ الْأَوَّلِ، إِذْ يَلْزَمُ مِنَ الْحَمْلِ عَلَى الْأَوَّلِ اخْتِلَافَ مَفْهُومِ الْكِتَابِ فَإِنَّهُ يَفْهَمُ حِينَئِذٍ اعْتِبَارَ الْكَمَالِ آخِرًا لِأَنَّ فِي الْعَرَايَا وَلَيْسَ مَرَادًا. وَقَالَ السَّبْكِ: وَقَوْلُهُ «أَوْلَا» نَبَهَ بِهِ عَلَى أَنَا إِذَا اعْتَبَرْنَا الْكَمَالُ يُكْتَفَى بِالْكَمَالِ الْأَوَّلِ كَالْعَصِيرِ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْآخِرُ كَالخَلِّ، فَكَأَنَّهُ قَالَ يَعْتَبَرُ الْكَمَالُ وَلَوْ أَوْلَا. وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ: كَلَّا الْأَمْرَيْنِ فَاسِدٌ، أَمَا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ لَا كَمَالُ فِي الرُّطْبِ وَالْعَنْبِ، وَلَكِنْ رُخِّصَ فِي بَيْعِهِ بِمِثْلِهِ جَاقًا بِشَرُوطِهِ؛ وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ تِلْكَ الْحَالَةَ لَيْسَتْ أَوَّلَ أَحْوَالِهِ. قَالَ: وَمَعْنَى كَلَامِ الْكِتَابِ أَنَّ الْمُمَاثَلَةَ قَدْ تَعْتَبِرُ وَقَتَّ كَمَالِ ذَلِكَ الرَّبْوِيِّ فِي أَوَّلِ أَحْوَالِهِ وَهُوَ الْحَلِيبُ فَتَعْتَبِرُ الْمُمَاثَلَةُ ذَلِكَ الْوَقْتِ اه. وَقَالَ مِنْ أَنَّ الْعَصِيرَ لَيْسَ أَوَّلَ أَحْوَالِ الْكَمَالِ مَمْنُوعٌ، إِذْ لَيْسَ لَهُ حَالَةٌ كَمَالٍ قَبْلَ الْعَصِيرِ.

تنبيه: قال السبكي: ورأيت في بعض النسخ: وقيل وهو تصحيف. والصواب وقد، وهكذا هو بخط المصنف

فَلَا يُبَاعُ رُطْبٌ بِرُطْبٍ وَلَا بِتَمْرٍ، وَلَا عِنَبٌ بِعِنَبٍ وَلَا بِزَيْبٍ. وَمَا لَا جَفَافَ لَهُ كَالْقَثَاءِ وَالْعِنَبِ
الَّذِي لَا يَتَزَبَّبُ لَا يُبَاعُ أَصْلًا، وَفِي قَوْلٍ تَكْفِي مُمَائِلُهُ رُطْبًا. وَلَا تَكْفِي مُمَائِلُهُ الدَّقِيقِ وَالسُّوَيْقِ
وَالْحُبْزِ، بَلْ تُعْتَبَرُ المُمَائِلَةُ فِي الحُبُوبِ حَبًّا، وَفِي حُبُوبِ الدَّهْنِ كَالسُّمْسِمِ حَبًّا أَوْ دُهْنًا، وَفِي
العِنَبِ زَيْبًا أَوْ حَلَلًا عِنَبٍ، وَكَذَا العَصِيرُ فِي الأَصْحَحِ،

ولا يباع رطب المطعومات برطبها بفتح الراء فيهما ولا بجافها إذا كانت من جنس إلا في مسألة العرايا،
سواء أكان لها حالة جفاف كما قال: (فلا يباع رطب برطب) بضم الراء فيهما، (ولا) برطبها بجافها كرطب
(بتمر، ولا عنب بعنب ولا) عنب (بزبيب) ولا تين رطب بتين رطب، ولا رطب اليابس للجهل بالمماثلة وقت
الجفاف لحديث الترمذي المتقدم؛ وألحق بالرطب فيما ذكر طري اللحم فلا يباع بطريه ولا بقديده من جنسه،
وبباع قديده بقديده بلا عظم ولا ملح يظهر في الوزن. ولا تباع حنطة بحنطة مبلولة وإن جفت. ولا يشترط في
التمر والحب تناهي الجفاف لأنهما مكيلان فلا يظهر أثر الرطوبة في الكيل، بخلاف اللحم فإنه موزون يظهر أثره
في الوزن؛ أو لم يكن لها حالة جفاف كما قال: (وما لا جفاف له كالقثاء) بكسر القاف وضمها والمثلثة
والمد، (والعنب الذي لا يتزبيب) والرطب الذي يتتمر (لا يباع) بعضه ببعض (أصلًا) قياساً على الرطب بالرطب.
وقد يفهم أنه لو جف على ندور لا يباع جافاً، والذي أورده الشيخ أبو حامد والمحاملي وغيرهما الجواز، وقال
السبكي: إنه الأقيس.

(وفي قول) مخرج (تكفي مائلته رطباً) بفتح الراء لأن معظم منافعه في رطوبته، فكان كاللبن فيباع وزناً وإن
أمكن كي له؛ وعلى الأول يشتتى الزيتون فإنه لا جفاف له، ويجوز بيع بعضه ببعض كما جزم به الغزالي وغيره.
(ولا تكفي مائلة الدقيق والسويق) أي دقيق الشعير، (والخبز) ونحوها مما يتخذ من الحب كالعجين
والنشاء، ولا مائلة لما فيه شيء مما اتخذ منها كالفالودج فإن فيه النشاء فلا يباع شيء منه بمثله، ولا بالحب
الذي اتخذ منه لخروجها عن حالة الكمال وعدم العلم بالمماثلة، فإن الدقيق ونحوه يتفاوت في النعومة، والخبز
ونحوه يتفاوت في تأثير النار. ولا تباع حنطة مقلية بحنطة مطلقاً لاختلاف تأثير النار فيها، ولا حنطة بما يتخذ
منها ولا بما فيه شيء مما يتخذ منها. ويجوز بيع الحب بالنخالة والحب الممزس إذا لم يبق فيه لبٌ أصلاً لأنهما
ليسا بربوبين. ويصح بيع التمر بطلع الذكور دون طلع الإناث لأنه ليس بربوبي، وأما طلع الإناث فإنه ربوبي.

(بل تعتبر المماثلة في الحبوب) التي لا دهن فيها (حباً) لتحقيقها فيهما وقت الجفاف (و) تعتبر (في حبوب
الدهن كالسمسم) بكسر السين، (حباً أو دهنًا) أو كُنْبًا خالصاً من دهنه، فيجوز بيع المسم بمثله والشيرج
بمثله والكسب بمثله. وأما كُنْبٌ غير المسم واللوز الذي لا يأكله إلا البهائم، كُنْبُ القرطم، أو أَكْلُ البهائم
له أكثر فليس بربوبي كما يؤخذ من القاعدة المتقدمة. وليس للطحينة قبل استخراج الدهن حالة كمال فلا يجوز

وَفِي اللَّبَنِ لَبْنًا أَوْ سَمْنًا أَوْ مَخِيضًا صَافِيًا؛ وَلَا تَكْفِي الْمُمَائِلَةُ فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ كَالْجُبْنِ وَالْأَقِطِ. وَ تَكْفِي مُمَائِلَةٌ مَا أَثَرَتْ فِيهِ النَّارُ بِالطَّنِيخِ أَوْ الْقَلْبِيِّ أَوْ الشَّيِّ، وَلَا يَضُرُّ تَأْيِيرُ تَمْيِيزِ كَالْعَسَلِ وَالسَّمْنِ

الأصح؛ وأما بيع الخل بعضه ببعض فقد تقدم الكلام عليه. ففلم من كلامه أنه قد يكون للشئ حالاً كما فأكثر. والثاني: ليس للعصير حالة كمال لأنه ليس على هيئة كمال المنفعة. ومثل عصير العنب والرطب عصير الرمان والتفاح وسائر الثمار وكذا عصير قصب السكر، والمعيار في الدهن والخل والعصير الكيل.

(و) تعتبر الممائلة (في اللبن لبناً) خالصاً غير مشوبٍ بماء أو إنفحة أو ملح وغير مغلي بالنار كما يعلم ما يأتي، فبياع الحليب بمثله وإنما يباع بعد سكون رغوته والرائب بمثله والرائب بالحليب كيلاً، ولا يُبَالَى بِكَوْنِ يحويه المكيال من الخائر أكثر وزناً لأن الاعتبار فيه بالكيل كالحنطة الصلبة بالرخوة.

(أو سمناً) خالصاً مصفى بشمس أو نار، فإنه لا يتأثر بالنار تأثير انعقاد ونقصان فيجوز بيع بعضه ببعض وزناً وإن كان مائعاً على النض، وقيل: كيلاً، وقيل: وزناً إن كان جامداً وكيلاً إن كان مائعاً؛ قاله البغوي. قال في أصل الروضة: وهو توسط بين وجهين أطلقهما العراقيون اهـ. واستحسن التوسط في الشرح الصغير. قال شيخنا: ويؤيده أن اللبن يُكَالُ مع أنه مائع اهـ. ولا تأييد لأن اللبن أصله مائع فأجري فيه الكيل، والسمن أصل جامد فأجري فيه الوزن؛ وإنما يؤيده لو فرق في اللبن بين المائع والخائر، بل قالوا بالكيل مطلقاً لما قلناه. و يباع زبد بزبد من جنسه في الأصح، لأن ما فيهما من اللبن يمنع الممائلة. فإن قيل: يباع اللبن بعضه ببعض كل منهما زبد. أجب بأن الصفة ممتازة فلا عبرة بها. وخالفه العسل بشمعه لامتياز العسل عن الشمع. ولا يبي زبد بسمن والأسمان أجناس كالألبان.

(أو مخيضاً صافياً) أي خالصاً عن الماء؛ لأن منفته كاملة؛ والمخيض ما نُزِعَ زبده، وبياع بمثله وبالسمن وبالزبد. قال السبكي: وظاهر كلام المصنف أنه إذا كان فيه ماء يسير لا يكون كاملاً، وليس كذلك. قال وهكذا الحليب وسائر الألبان. ويُعتبر في المخيض الصرف أن لا يكون فيه زبد، فإن كان فيه لم يُبَعْ بمثله ولا يزبد ولا يسمن؛ لأنه يصير من قاعدة مُدَّ عَجْوَةٌ. فإن قيل: اللبن جنس ينقسم إلى مخيض وحليب ورائب ف يحسن جعل المخيض قسيماً للبن بل هو قسم منه. أجب بأنه لما كان الغالب خلط المخيض بالماء عطفه على وإن كان قسماً منه، وقيدته بالخالص وإن كان غيره مقيداً به أيضاً كما قدرته.

(ولا تكفي الممائلة في سائر أحواله) أي باقيها، (كالجبين) بإسكان الباء وبضمها مع تشديد النون وبدونه (والأقط) والمصل والزبد لأنها لا تخلو عن مخالطة شيء، فالجبين يخالطه الإنفحة، والأقط يخالطه الملح والمصل يخالطه الدقيق، والزبد لا يخلو عن قليل مخيض؛ فلا تتحقق فيها الممائلة فلا يباع بعض كل من بعض. ولا يباع الزبد بالسمن ولا اللبن بما يتخذ منه كالسمن المخيض.

وَإِذَا جَمَعَتِ الصَّفْقَةُ رِبَوِيًّا مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَاخْتَلَفَ الْجِنْسُ مِنْهُمَا كَمُدَّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ وَكَمُدٍّ وَدِرْهَمٍ بِمُدِّينٍ أَوْ دِرْهَمَيْنِ، أَوْ التَّوَعُ كَصِحَاحٍ وَمُكْسَرَةٍ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا فَبَاطِلَةٌ.

وفي الذهب والفضة لتمييز الغش، وهي لطيفة بالنسبة إلى العسل والسمن لا تؤثر في العقد؛ فلو فرض أنها عقده امتنع بيع بعضه ببعض، أما قبل التمييز فلا يجوز ذلك للجهل بالمثالة. ولا يجوز بيع العسل بشمعه بمثله ولا بصاف لقاعدة مدَّ عجوة. فإن قيل: هلا جاز كييع التمر بعضه ببعض وفيه النوى! أجب بأن النوى في التمر غير مقصود بخلاف الشمع في العسل فكان اجتماعهما يؤدي إلى الجهالة.

(وإذا جمعت الصفقة) أي البيعة، سميت بذلك لأن أحد المتبايعين يصفق يده على يد الآخر في عاد العرب جنساً؛ (ربوياً من الجانبين) وليس تابعاً بالإضافة إلى القصور، (واختلف الجنس) أي جنس المبيع (منهما) جميعهما بأن اشتمل أحدهما على جنسين ربويين اشتمل الآخر عليهما؛ (كمُدَّ عجوة ودرهم بمدٍّ) من عجوة (ودرهم، و) كذا لو اشتمل على أحدهما فقط، (كمُدَّ ودرهم بمدِّين أو درهمين) أو اشتملا جميعهما على جنس ربوي وانضمَّ إليه غير ربوي فهما كدرهم وثوب بدرهم وثوب، أو في أحدهما كدرهم وثوب بدرهم، (أو) اختلف (النوع) أي نوع المبيع؛ والمراد به ما يعم الوصف بأن اختلف النوع الحقيقي من الجانبين جميعهما بأن اشتمل أحدهما من جنس ربوي على نوعين اشتمل الآخر عليهما، كمُدَّ تمر صيحاني ومدَّ برني بمدَّ تمر صيحاني ومدَّ برني، أو على أحدهما كمُدَّ صيحاني ومدَّ برني بمدِّين صيحاني أو برني. أو اختلف الوصف من الجانبين جميعهما بأن اشتمل أحدهما من جنس ربوي على وصفين اشتمل الآخر عليهما، (كصحاح ومكسرة) تنقصر قيمتها عن قيمة الصحاح (بهما) أي بصحاح ومكسرة أو جيدة وردية بجيدة وردية، (أو بأحدهما) أي بصحاح فقط أو بمكسرة فقط أو بجيدة فقط أو رديئة فقط.

(فباطلة) هذه المسألة هي القاعدة المعروفة بقاعدة مدَّ عجوة. والأصل فيها خير مسلم عن فضالة بن عبيد قال: أتى النبي ﷺ بقلادة فيها خرز وزهَبُ تُبَاعُ بِتِسْعَةِ دَنَانِيرٍ، فَأَمَرَ النَّبِيَّ ﷺ بِالذَّهَبِ الَّذِي فِي الْقَلَادَةِ فَنَزَعَهُ وَحَدَّهُ ثُمَّ قَالَ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَرُزْنًا بِوَزْنِهِ»^(١) وفي رواية: «لَا تُبَاعُ حَتَّى تُفْصَلَ». واستدل على القاعدة من جهة المعنى بأن قضية اشتمال أحد طرفي العقد على مالين مختلفين توزيع ما في الآخر عليهما اعتباراً بالقيمة كما في بيع شقص مشفوع وسيف بألف وقيمة الشقص مائة والسيف خمسون فإن الشفيع يأخذ الشقص بثلاثين، والتوزيع هنا يؤدي إلى المفاضلة أو الجهل بالمثالة؛ لأنه إذا باع مدّاً ودرهماً بمدِّين إن كانت قيمة المدِّ الذي مع الدرهم أكثر أو أقل منه لزمته المفاضلة أو مثله فالمثالة مجهولة، فلو كانت قيمته درهمين فالمدُّ ثلثا طرفه فيقابله ثلث المدِّين أو نصف درهم فالمدُّ ثلث طرفه فيقابله ثلث المدِّين فتلزم المفاضلة أو مثله؛ فالمثالة مجهولة، لأنها تعتمد التقويم وهو تخمين قد يخطئ. فإن قيل: يُشْكَلُ على هذا ما قالوه في الصلح من أنه لو كان له على غير

معقلي فإنه يجوز. وقوله: «ربوياً من الجانبين»: أي ولو كان الربوي ضمناً من جانب واحد كبيع سمس بدهنه فيبطل لوجود الدهن في جانب حقيقة وفي الآخر ضمناً، بخلاف ما لو كان ضمناً من الجانبين كبيع سمس بسمس فيصح، وبليس تابعاً بالإضافة إلى المقصود ما إذا كان تابعاً كبيع حنطة بشعير وفيهما أو في أحدهما حبات من الآخر يسيرة بحيث لا يقصد تمييزها لتستعمل وحدها فإنه يصح، وكذا لو باع صاع بر جيد وردي مختلطاً بمثله فإنه يصح، ويصح بيعه بجيد أو رديء إذ المتوزع شرطه التمييز. وظاهر كلامهم أنه يصح وإن كثرت حبات الآخر وهو كذلك، وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين. والفرق بين الجنس والنوع أن الحبات إذ كثرت في الجنس لم تتحقق المماثلة بخلاف النوع. وكبيع دار فيها بئر ماء عذب بمثلها فإنه يصح، لأن الماء وإن اعتُبر عِلْمُ العاقدين به تابع بالإضافة إلى مقصود الدار لعدم توجه القصد إليه غالباً، ولا ينافي كونه تابعاً بالإضافة كونه مقصوداً في نفسه حتى يشترط التعرُّض له في البيع ليدخل. والحاصل أنه من حيث أنه تابع بالإضافة اغتفت من جهة الربا، ومن حيث أنه مقصود في نفسه اعتبر التعرُّض له في البيع ليدخل فيه. وينقص قيمة المكسرة عن الصحيحة ما لو تساوت قيمتها فلا بطلان. ولو باع داراً وقد ظهر بها معدن ذهب بذهب لم يصح للربا؛ لأن المعدن مع العلم به مقصود بالمقابلة، فلو ظهر بها المعدن بعد الشراء جاز، لأن المعدن مع الجهل به تابع بالإضافة إلى مقصود الدار والمقابلة بين الذهب والدار خاصة. فإن قيل: لا أثر للجهل بالمفسد في باب الربا أوجب بأنه لا أثر له في غير التابع. وأما في التابع فقد يُتسامح بجهله؛ والمعدن من توابع الأرض كالحمل يتنبأ أمه في البيع وغيره. فإن قيل: قد منعوا بيع ذات لبن بذات لبن. أوجب بأن الشرع جعل اللبن في الضرع كهو فو الإناء بخلاف المعدن، وبأن ذات اللبن المقصود منها اللبن، والأرض ليس المقصود منها المعدن.

وإذا عرفت هذا ففي كلام المصنف أمور ننبه عليها تشيحياً للذهن؛ أحدها: قوله: «وإذا جمعت الصفة» خرج بها ما إذا تعددت؛ وهو صحيح فيما إذا تعددت بتفصيل الثمن دون ما إذا تعددت بتعدد البائع أو المشتري كما مر. ثانيها: كان ينبغي أن يقول «جنساً» قبل قوله «ربوياً» كما قدرته في كلامه؛ لأنه لو باع ذهباً وفضة بحنطه فقط أو بشعير فقط أو بهما، وما أشبه ذلك فإنه يصح مع دخوله في الضابط. ثالثها: قوله: «واختلف الجنس منهما» ليس المراد الجنس الربوي المعتبر وجوده من الجانبين كما يوهمه كلامه فإن ذلك متحد كما مر، وإنما المراد اختلف جنس المبيع بأن يكون مع الربوي جنس آخر كما يظهر ذلك من مثاله؛ فلو عيّر بقوله «واختلف المبيع جنساً» لاستقام. رابعها: كان ينبغي أن يقول «أو من أحدهما» كما قاله في المحرر؛ لأنه لو باع مُدَّ ودرهماً بمُدَّين لم يختلف الجنس منهما. قال الزركشي: وهو مراد المصنف بدليل تمثيله بالمدِّ والدرهم فو مقابلة المدين؛ وقد صرح به في النوع ولا فرق، فحذفه من الأول لدلالة الثاني عليه. خامسها: كان ينبغي أن

وَيَحْرُمُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ، وَكَذَا بِغَيْرِ جِنْسِهِ مِنْ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ.

٢ - باب: في البيوع المنهي عنها

نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ عَسَبِ الْفَحْلِ، وَهُوَ ضِرَابُهُ،

فروع: يجوز بيع الجوز بالجوز واللوز باللوز وزناً وإن اختلف قشرهما، وسيأتي في ذلك خلاف في السلد إن شاء الله تعالى. ويجوز بيع لب الجوز بلب الجوز ولب اللوز بلب اللوز. فإن قيل: قد منعوا بيع منزوع النوى بمثله لبطان كماله وهو موجود هنا. أجيب بأن منزوع النوى أسرع فساداً من لثهما كما هو معلوم. ويجوز بيع البيض مع قشره بالبيض كذلك وزناً عند اتحاد الجنس، فإن اختلفا جاز جزافاً.

(ويحرم بيع اللحم) وما في معناه كالشحم والكبد والقلب والكلية والطحال والألية (بالحيوان من جنسه كبيع لحم ضأن بضأن؛ (وكذا) يحرم (بغير جنسه من مأكول) كبيع لحم البقر بالضأن ولحم السمك بالشاة ولحم الشاة بالبعير، (وغيره) أي غير مأكول كبيع لحم ضأن بحمار، (في الأظهر) لأنه ﷺ: «نَهَى أَنْ تَبَاعَ الشَّاةُ بِاللَّحْمِ»^(١) رواه الحاكم والبيهقي وقال: إسناده صحيح، «ونهى عن بيع اللحم بالحيوان»^(٢) رواه أبو داود عن سعيد بن المسيب مرسلًا، وأسند الترمذي عن زيد بن سلمة الساعدي. ومقابل الأظهر الجواز. أما في المأكول وهو مبي على أن اللحوم أجناس، فبالقياس على بيع اللحم باللحم. وأما في غيره فوجه بأن سبب المنع بيع مال الربا بأصله المشتل عليه ولم يوجد ذلك هنا. أما بيع الجلد بالحيوان فيصح بعد ديبغه بخلافه قبله.

خاتمة: يجوز بيع لبن شاة بشاة حُلب لبُنْها، فإن بقي فيها لبن بقصد حلبه لكثرته أو باع ذات لبن مأكول بذات لبن كذلك من جنسها لم يصح؛ لأن اللبن في الضرع يأخذ قسطاً من الثمن بدليل أنه يجب التمر في مقابله في المصرة بخلاف الآدميات ذوات اللبن، فقد نقل في البيان عن الشاشي الجواز فيها وفتق بأن لبن الشاة في الضرع له حكم العين؛ ولهذا لا يجوز عقد الإجارة عليه بخلاف لبن الآدمية فإن له حكم المنفعة؛ ولهذا يجوز عقد الإجارة عليه. ولو باع لبن بقرة بشاة في ضرعها لبن صح لاختلاف الجنس كما مر. أما بيع ذات لبن بغير ذات لبن فصحيح، وبيع بيض بدجاجة كبيع لبن بشاة، فإن كان في الدجاجة بيض والبيض المبيع بيض دجاجة لم يصح، وإلا صح. وبيع دجاجة فيها بيض بدجاجة كذلك باطل كبيع ذات لبن بمثلها.

باب: في البيوع المنهي عنها وغيرها. والبيوع المنهي عنها قسمان: فاسد لاختلال ركن أو شرط وهو المصدر به؛ وغير فاسد لكون النهي ليس لخصوصيته بل لأمر آخر كما سيأتي؛ وتعاطي المعقود الفاسد حرام في الربوي وغيره إلا في مسألة المضطر المعروفة، وهي فيما إذا لم يبعه مالك الطعام إلا بأكثر من ثمن المثل، فلذا إن يشتريه شراءً فاسداً إن أمكن حتى لا يلزمه أكثر منه.

وَيَقَالُ مَاؤُهُ، وَيَقَالُ أَجْرُهُ ضِرَابِهِ؛ فَيَحْرُمُ ثَمَنُ مَائِهِ، وَكَذَا أَجْرَتُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَعَنْ حَبْلِ الْحَبَلَةِ، وَهُوَ نَتَاجُ النَّتَاجِ؛ بِأَنْ يَبِيعَ نَتَاجُ النَّتَاجِ أَوْ يَتَمَنَّى إِلَى نَتَاجِ النَّتَاجِ. وَعَنْ الْمَلَاقِيحِ، وَهِيَ مَا فِي الْبُطُونِ، وَالْمَضَامِينِ وَهِيَ مَا فِي أَضْلَابِ الْفُحُولِ، وَالْمَلَامَسَةِ بِأَنْ يَلْمَسَ ثُوبًا مَطْوِيًّا ثُمَّ.....

الفحل للأثنى؛ قال الرافعي: وهذا هو المشهور في كتب الفقه. (ويقال ماؤه) وصححه الماوردي والرويانى، وعليهما لا بد من تقدير في الحديث ليصح النهي لأن نفس العنْب وهو الضراب لا يتعلق به النهي لأنه ليس من أفعال المكلفين والإعارة له محبوبة، فيكون التقدير على الأول أجرة عسب الفحل، وعلى الثاني ثمن مائه. (ويقال أجرة ضرابه) ورجحه الخطابي في غريب الحديث، وجزم به صاحب الكافي، أي أنه نهى عن بذل ذلك وأخذه. فإن قيل: على هذا التقدير ما الفرق بين التفسير الأول والثالث؟ أجيب بأن الأجرة على التفسير الأول مقدرة، وعلى الثالث ظاهرة. وهذا كاف في الفرق.

(فيحرم ثمن مائه) عملاً بالأصل في النهي من التحريم، والبيع باطل لأنه غير متقوم ولا معلوم ولا مقدور التسليم. (وكذا) يحرم (أجرته في الأصح): لما ذكره. ولم تصح إجارته لأن فعل الضراب غير مقدور عليه للمالك بل يتعلق باختيار الفحل؛ والثاني: يجوز كالإستجار لتلقيح النخل. وأجاب الأول بأن الأجير قادر على تسليم نفسه وليس عليه عين حتى لو شرط عليه ما يلقح به فسدت الإجارة، وههنا المقصود الماء والمؤجر عاجز عن تسليمه؛ وعلى الأول لمالك الأثنى أن يعطي مالك الفحل شيئاً هدية، وإعارته للضراب محبوبة كما مر.

(و) الثاني منها: النهي (عن) بيع (حبل الحبله)^(١) رواه الشيخان؛ (وهو) بفتح المهملة والموحدة وغلط من سكنها، (نتاج النتاج) بأن يبيع نتاج النتاج) هذا تفسير أهل اللغة؛ ووجه البطلان انتفاء الملك وغيره من شروط البيع. (أو) يبيع شيئاً (بثمن إلى نتاج النتاج) وهذا تفسير ابن عمر رضي الله تعالى عنهما كما ثبت في الصحيحين وهو راوي الحديث. ووجه البطلان جهالة الأجل.

تنبيه: الحبله جمع حابل، وقيل: هو مفرد وهاؤه للمبالغة. وفي كلام المصنف تبعاً للحديث مجاز من وجهين: الأول إطلاق الحبل على البهائم مع أنه مختص بالآدميات الاتفاق حتى قيل إنه لا يقال لغيرهن إلا في الحديث، وإنما يقال للبهائم الحمل بالميم. والثاني: أنه مصدر، والمراد به اسم المفعول وهو المحبول به. والنتاج بفتح النون على المشهور، وضبطه المصنف بخطه بكسرها وهو الذي يتلفظ به الفقهاء، يقال: نُتِجَتْ الناقة على ما لم يسم فاعله.

(و) الثالث منها: النهي (عن) بيع (الملاقيح) جمع ملقوح، وهو لغة: جنين الناقة خاصة، وشرعاً أعم من ذلك كما يؤخذ من قوله: (وهي ما في البطون) من الأجنة.

بِشْتَرِيَهُ عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ لَهُ إِذَا رَأَاهُ، أَوْ يَقُولُ: إِذَا لَمَسْتَهُ فَقَدْ بَعْتَكُ. وَالْمُنَابَذَةُ بِأَنْ يَجْعَلَ التَّبَذَ بَيْعاً، وَيَبِيعُ الْحَصَاةَ بِأَنْ يَقُولَ لَهُ: بَعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الْأَثْوَابِ مَا تَقَعُ هَذِهِ الْحَصَاةُ عَلَيْهِ أَوْ يَجْعَلَ الرَّمِيَّ بَيْعاً، أَوْ: بَعْتُكَ وَلَكَ الْخِيَارُ إِلَى رَمِيهَا؛ وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ بِأَنْ يَقُولَ: بَعْتُكَ بِأَلْفٍ نَقْداً أَوْ أَلْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ، أَوْ: بَعْتُكَ ذَا الْعَبْدِ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي ذَارِكٌ بِكَذَا؛ وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ كَبَيْعٍ بِشَرْطٍ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ.

يشتره على أن لا خيار له إذا رآه) اكتفاء بلمسه عن رؤيته. (أو يقول: إذا لمسته فقد بعته) اكتفاء بلمسه عن الصيغة. وبتلان البيع في ذلك عدم الرؤية على التفسير الأول وعدم الصيغة على التفسير الثاني.

(و) السادس منها: النهي عن بيع (المنابذة) بالمعجمة^(١)؛ رواه الشيخان. والنبد الطرح والإلقاء، قال تعالى: «فَتَبَدَّوْهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ»^(٢)؛ (بأن يجعل النبد بيعاً) اكتفاء به عن الصيغة، فيقول أحدهما: «أنبذ إليك ثوبي بعشرة» فيأخذه الآخر. ووجه التلان قد الصيغة؛ ويجيء فيه الخلاف المذكور في المعاطاة، فإن المنابذة مع قرينة البيع هي المعاطاة بعينها؛ هكذا نقله الراجعي عن الأئمة حتى قيل: إن النص على المنع هنا نص على إبطال المعاطاة. ورده السبكي قال: لأن المعاطاة فغل مع قرينة تدل على قصد البيع حتى كأنه وضع عرفاً لذلك، وهذا ما علم ذلك منه إلا بقوله: «إذا نبذت فقد بعته»، وحالة النبد لم يوجد قصد ولا قرينة وليس ذلك حقيقة المعاطاة اهـ. أو يقول: «بعته هذا بكذا على أي إذا نبذته إليك لزم البيع وانقطع الخيار». ووجه التلان في ذلك وجود الشرط الفاسد.

(و) السابع منها: النهي عن (بيع الحصاة) رواه مسلم^(٣)؛ (بأن يقول له: بعته من هذه الأثواب ما تقع هذه الحصاة عليه) أو بعته من هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت إليه هذه الحصاة. (أو يجعل) أي المتبايعان، (الرمي) لها (بيعاً) بأن يقول: «إذا رميت هذه الحصاة فقد بعته هذا الثوب بكذا». (أو) يجعله قاطعاً للخيار بأن يقول: (بعته ولك) أو لي أو لغيرهما (الخيار إلى رميها) ووجه التلان في الأول جهالة المبيع، وفي الثاني فقدان الصيغة، وفي الثالث الجهل بمدّة الخيار.

تنبيه: لا يجوز عطف الثالث على ما قبله بل على الأول فإنهما معمولان لقوله في الأول: «بأن يقول»، فكان ينبغي تقديمه على الثاني، أو يزيد لفظة «يقول» كما قدرتها تبعاً للمحرر.

(و) الثامن منها: النهي (عن بيعتين في بيعة) رواه الترمذي وصححه؛ (بأن يقول: بعته) هذا (بألف نقد) أو الفين إلى سنة) فخذ بأيهما شئت أنت أو شئت أنا. وهو باطل للجهالة. (أو بعته ذَا الْعَبْدِ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي ذَارِكٌ بِكَذَا) أو تشتري ذاري مني بكذا. (و) عدم الصحة للنهي (عن بيع وشروط) رواه عبد الحق في أحكامه؛ وذلك (كبيع بشروط بيع) كما تقدم، (أو) بشروط (قوض) كأن سعه عبده بألف بشرط أن يقضه مائة؛

وَلَوْ اشْتَرَى زَرْعاً بِشَرْطٍ أَنْ يَخْصُدَهُ الْبَائِعُ أَوْ ثُوباً وَبُخِطَهُ، فَلَأَصَحُّ بَطْلَانُهُ. وَيُسْتَتَى صَوْرٌ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ أَوْ الْبِرَاءَةِ مِنَ الْعَيْبِ أَوْ بِشَرْطِ قَطْعِ الثَّمْرِ أَوْ الْأَجْلِ وَالرَّهْنِ وَالْكَفِيلِ الْمُعَيَّنَاتِ لِثَمَنِ فِي الذَّمَّةِ

أحدهما بطلان الأول لأنهما أثبتاه على حكم الشرط الفاسد، فإن علما فساد الأول صح. وسبب فساد الشرط كما قاله الغزالي أن انضمام الشرط إلى البيع يبقي علاقة بعد البيع يثور بسببها منازعة بين المتبايعين فبطل؛ أعني الشرط إلا ما استثنى لمعنى كما سيأتي.

(ولو اشترى زرعاً بشرط أن يحصده البائع) بضم الصاد وكسرهما، أو ويحصده البائع. (أو ثوباً) بشرط أن يخيطة البائع، أو (ويخيطة) البائع وما أشبه ذلك؛ (فالأصح) من طرق ثلاثة (بطلانه) أي الشراء، لاشتماله على شرط عمل فيما لم يملكه المشتري الآن؛ لأنه لم يدخل في ملك المشتري إلا بعد الشرط، وذلك فاسد. والطريقة الثانية في البيع والشرط القولان في الجمع بين بيع وإجارة، والطريقة الثالثة يبطل الشرط، وفي البيع قولاً تفريق الصفة.

تنبية: قد عبر في المحرر بلفظ الشرط في المثالين، فقال: «أو ثوباً بشرط أن يخيطة». قال الإسنوي: فعدل إلى ما ذكره للتنبية على فائدة نفيسة، وهي أنه لا فرق بين أن يصرح بالشرط أو يأتي به على صورة الإخبار؛ وقد صرح بذلك في شرح المهدب، فقال: «سواء أقال بَعَثَكَ بِألف على أن تحصده أو تحصده، وقال الشيخ أبو حامد: لا يصح الأول قط أو في الثاني الطريقان اهـ. ولم يتعرض الرافعي في كتبه إلى هذه الفائدة ولا المصنف في الروضة. ولو قال: «اشتريت بعشرة واستأجرتك لحصده أو خياطته بدرهم» وقيل بأن قال: «بعثك وأجرتك» صح البيع دون الإجارة لأنه استأجره قبل الملك لمحل العمل، فإن اشتراه واستأجره بالعشرة قولاً تفريق الصفة في البيع وتبطل الإجارة كما صرح به في المجموع. ولو اشترى حطباً مثلاً على دابة بشرط إيصاله منزله لم يصح وإن عرف منزله لأنه بيع بشرط، فإن أطلق العقد صح، ولا يجب إيصاله منزله وإن اعتيد بل يسلمه له في موضعه.

(ويستت) من النهي عن بيع وشرط (صور) تصح كما سيأتي؛ (كالباع بشرط الخيار أو البراءة من العيب أو بشرط قطع الثمر) وسيأتي الكلام عليها في محالها؛ (أو) بشرط (الأجل) في عقد لا يشترط فيه الحلول والتقاضى كالرقيات، (والرهن والكفيل المعينات لثمن) أو مبيع (في الذمة) أما الأجل فلقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَانَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾^(١) أي معين. نعم التأجيل بما يستبعد بقاء الدنيا إليه كآلف سنة فاسد كما قاله في زوائد الروضة. وأما الرهن والكفيل فللحاجة إليهما في معاملة من لا يرضى إلا بهما والتعيين في الرهن بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم، وفي الكفيل بالمشاهدة أو بالاسم والنسب؛ ولا يكفي الوصف كموسر ثقة، وبحث الرافعي

وَالْإِشْهَادِ؛ وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الشُّهُودِ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ لَمْ يَزَهَنْ أَوْ لَمْ يَتَكَفَّلِ الْمُعَيَّنُ قَلْبًا بَعْدَ الْخِيَارِ. وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطِ إِعْتَاقِهِ فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ،

للعاقل، وهو الكفيل على غيره، ولو عبّر بقوله: «بعوض» حتى يشمل المبيع لاستغنى عما قدزنته، فإن المبيع قد يكون في الذمة أيضاً كما لو قال: «اشتريت منك صاعاً في ذمتك بصفة كذا» فيصح فيه اشتراط الأجل والرهن والكفيل. وخرج بقيد في الذمة المعين كما لو قال: «بعثت بهذه الدراهم على أن تسلمها إلي وقت كذا أو ترهن بها كذا أو يضمنك بها فلان» فإن العقد بهذا الشرط باطل لأنه رفق شرعاً لتحصيل الحق والمعين حاصل، فشرط كل من الثلاثة معه واقع في غير ما شرع له. وأما صحة ضمان العوض المعين فمشرط بقبضه كما سيأتي في محله وبالضمن، والمبيع ما لو شرط رهناً أو ضماناً بدين آخر فإنه لا يصح لأنه شرط مقصود لا يوجب العقد، وليس من مصالحه. ويستثنى من إطلاقه الكفيل ما لو باع سلعة من اثنين وشرط أن يتضامنا فإنه لا يصح كما في تعليق القاضي حسين والوسيط وغيرهما، وعللوه بأنه شرط على المشتري أن يكون ضامناً لغيره؛ وهو باطل لخروجه عن مصلحة عقده بخلاف عكسه.

(و) بشرط (الإشهاد) على الثمن أو المضمن سواء المعين وما في الذمة، لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(١) وللحاجة إليه.

(ولا يشترط تعيين الشهود في الأصح) لأن المقصود ثبوت الحق، وهو يثبت بأي عدول كانوا. والثاني: يشترط كما في الرهن والكفيل. وعلى الأول لو عيّنهم لم يتعينوا. ولا خيار لمن شرط له ذلك إذا امتنعوا فيجوز إبدالهم بثلثهم أو فوقهم في الصفات.

(فإن لم) يشهد من شرط عليه الإشهاد كأن مات قبله، أو لم (يرهن) ما شرط رهنه كأن تلف المرهون أو أعتقه مالكة أو دبره أو بان معيماً قبل القبض، (أو لم يتكفل المعين) كأن مات قبله؛ (فللبائع الخيار) وإن شرط له أو شرط للمشتري فله إذا فات المشروط من جهة البائع لفوات المشروط؛ وهو على الفور لأنه خيار نقص. ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بما شرط لزوال الضرر بالفسخ، ولا يقوم غير المعين مقامه إذا تلف ولا خيار له إن تعيب بعد القبض إلا إن استند إلى سبب سابق جهله كردة وسرقة سابقين فيثبت له الخيار، بخلاف ما لو مات بمرض سابق. ولو تغير حال الكفيل بإعسار أو غيره قبل أن يتكفل أو تبين أنه كان قد تغير قبله فالقياس كما قال الإسنوي إلحاقه بالرهن. ولو علم المرتهن بالعيب بعد هلاك المرهون فلا خيار له، لأن الفسخ إنما يثبت إذا أمكنه رد المرهون كما أخذه. نعم إن كان الهلاك يوجب القيمة فأخذها المرتهن رهناً ثم علم بالعيب فله الخيار كما جزم به الماوردي.

(ولو باع) رقيقاً (عبداً) أو أمةً (بشرط إعاقته) مطلقاً أو عن المشتري، (فالمشهور صحة البيع والشرط)

وَالْأَصْحَحُ أَنَّ لِلْبَائِعِ مَطَالِبَةَ الْمُشْتَرِي بِالِإِعْتِاقِ، وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ مَعَ الْعِتْقِ الْوَلَاءَ لَهُ أَوْ شَرَطَ تَدْبِيرَهُ أَوْ كِتَابَتَهُ أَوْ إِعْتِاقَهُ بَعْدَ شَهْرٍ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ.

هتبه. والثالث: يصح البيع ويبطل الشرط كما في النكاح. أما إذا شرط إعتاقه عن البائع أو أجنبي فإنه لا يصح لأنه ليس في معنى ما ورد به الخبر. وخرج بإعتاق المبيع شرط إعتاق غيره، فلا يصح معه البيع لأنه ليس من مصالحه وشرط اعتقاد بعضه. نعم إن عتق المقدر المشروط فالمشجبه كما قال شيخنا الصحة، ولو باع بعض بشرط إعتاق ذلك البعض صح كما هو قضية كلام البهجة كالحاوي. ويُسْتَثْنَى من إطلاق المصنف ما لو كان المشروط إعتاقه قريبه الذي يعتق عليه بالشراء كأيبه أو ابنه، فإن البيع لا يصح لتعذر الوفاء بالشرط لأنه يعتق عليه قبل إعتاقه؛ وهذا هو المعتمد وإن قال في المجموع وفيه نظر؛ ويحتمل الصحة ويكون شرطه تأكيداً للمعنى قال الأذري: والظاهر أن شراء من أقر بحريته بشرط العتق كإعتاق قريب، ويحتمل الفرق بينهما اهـ. والأول أظهر للعلة المذكورة.

(وَالْأَصْحَحُ) عَلَى الْأَوَّلِ (أَنَّ لِلْبَائِعِ مَطَالِبَةَ الْمُشْتَرِي بِالِإِعْتِاقِ) وَإِنْ قُلْنَا الْحَقُّ فِيهِ لَيْسَ لَهُ بِلِ اللَّهِ تَعَالَى، وَهُوَ الْأَصْحَحُ؛ كَالْمَلْتَزِمِ بِالنَّذْرِ لِأَنَّهُ الْأَزْمُ بِاشْتِرَاطِهِ، وَيُثَابُ عَلَى شَرْطِهِ فَلَهُ غَرَضٌ فِي تَحْصِيلِهِ، وَلِذَلِكَ قَدْ تَسَامَحَ فِي الشُّن. قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَلَمْ يَلْقَ لِلْحَادِ الْمَطَالِبَةَ حَسِيَةً، لَا سِيَمَا عِنْدَ مَوْتِ الْبَائِعِ أَوْ جُنُونِهِ؟ وَالثَّانِي: لَيْسَ لَهُ مَطَالِبَتُهُ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ فِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى. فَإِنْ قُلْنَا: حَقُّ الْبَائِعِ فَهُوَ الْمَطَالِبَةُ قَطْعاً وَلَوْ أَسْقَطَ الْبَائِعُ حَقَّهُ سَقَطَ عَلَى الْمَذْهَبِ كَمَا لَوْ شَرَطَ رَهْناً أَوْ كِفَيْلاً ثُمَّ عَفَا عَنْهُ، وَلَوْ امْتَنَعَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْإِعْتِاقِ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ. لِأَنَّ الْحَقَّ فِيهِ اللَّهُ تَعَالَى كَمَا مَرَّ، فَإِنْ أَصْرَّ عَلَى الْاِمْتِنَاعِ أَعْتَقَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ كَمَا قَالَ الْقَاضِي وَالمَتَوَلَّى، وَقِيلَ يَحْبِسُهُ حَتَّى يَعْتَقَهُ. أَمَا إِذَا قُلْنَا الْحَقُّ فِيهِ لِلْبَائِعِ لَمْ يَجْبِرْهُ بَلْ يَثْبِتُ لِلْبَائِعِ الْخِيَارَ، وَإِذَا أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ الْحَاكِمُ عَنْهُ فَالْوَلَاءُ لَهُ. وَإِنْ قُلْنَا الْحَقُّ فِيهِ لِلْبَائِعِ وَلِلْمُشْتَرِي قَبْلَ الْعِتْقِ اسْتِخْدَامَهُ وَإِكْسَابَهُ وَقِيَمَتَهُ إِنْ قَتَلَ وَلَا يَكْلِفُ صَرْفَهُ إِلَى عِتْقِ غَيْرِهِ، وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرَى أُمَّةً كَانَ لَهُ وَطْؤُهَا عَلَى الْأَصْحَحِ، فَإِنْ أَوْلَدَهَا لَمْ يَجْزِهِ عَنِ الْإِعْتِاقِ بَلْ عَلَيْهِ إِعْتِاقُهَا؛ وَلَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ وَلَوْ بِشَرْطِ الْإِعْتِاقِ لِأَنَّ عِتْقَهُ مَتَعِينَ عَلَيْهِ وَلَا الْإِجَارَةُ عَلَى الْأَصْحَحِ فِي الْمَجْمُوعِ. وَلَوْ جُنِيَ قَبْلَ إِعْتِاقِهِ لَزِمَهُ فِدَاؤُهُ كَأَمِ الْوَلَدِ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَنْ كِفَارَتِهِ لَمْ يَجْزِهِ عَنْهَا وَإِنْ أذِنَ لَهُ فِيهِ الْبَائِعُ لِاسْتِحْقَاقِهِ الْعِتْقَ بِجَهْدِ الشَّرْطِ فَلَا يَصْرَفُ إِلَى غَيْرِهَا كَمَا لَا يَعْتَقُ الْمَنْذُورُ عَنِ الْكِفَارَةِ. وَبِمَا تَقَرَّرَ عُلِمَ أَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ الْإِعْتِاقُ فَوَراً، وَإِنْ يَلْزِمُهُ إِذَا طَلَبَهُ مِنْهُ الْحَاكِمُ أَوْ الْبَائِعُ أَوْ ظَنَّ فَوَاتَهُ لَوْ لَمْ يَأْتِ بِهِ، فَلَوْ مَاتَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ إِعْتِاقِهِ فَالْقِيَاسُ أَنْ وَارِثُهُ يَقُومُ مَقَامَهُ. هَذَا ظَاهِرٌ فِي غَيْرِ مَنْ اسْتَوْلَدَهَا، أَمَا مَنْ اسْتَوْلَدَهَا فَيَنْبَغِي أَنَّهَا تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ، وَلَا يَنْبَغِي ذَلِكَ قَوْلَهُمْ: إِنْ اِسْتَوْلَدَ لَا يَجْزِيءُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِعْتِاقٍ، إِذْ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ طَلَبُ الْعِتْقِ لِأَنَّهَا لَا تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ لِأَنَّ الشَّارِعَ مَتَشَوِّفٌ إِلَى الْعِتْقِ مَا امْكَنَ، وَالْحَقُّ فِي ذَلِكَ لِلَّهِ تَعَالَى لَا لِلْبَائِعِ عَلَى الْمَعْتَمَدِ فَتَعْتَقُ بِمَوْتِهِ أَوْلَى مِنْ أَنْ نَأْمُرَ الْوَارِثَ لِعِتْقِهَا. وَلَوْ شَرَطَ عِتْقَ حَامِلٍ فَلِدَتْ ثُمَّ أَعْتَقَهَا لَمْ يَعْتَقِ الْوَلَدُ عَلَى الْأَصْحَحِ فِي الْمَجْمُوعِ لِانْقِطَاعِ التَّعْتَقِ

وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ كَالْقَبْضِ وَالرَّدِّ بَعِيْبٍ أَوْ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ كَشَرَطِ أَنْ لَا يَأْكُلَ إِلَّا كَذَا صَحَّ .
وَلَوْ شَرَطَ

﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾^(١). وشرط الولاة لأجنبي أولى بالبطلان. وأما في الباقي فلأنه لم يحصل في واحد منه ما تشوَّف إليه الشارع من العتق الناجز؛ والثاني: يصح البيع ويبطل الشرط، واشترط الوقف كاشتراط التدبير ونحوه. واحتراز بقوله: «مع العتق» عما إذا شرط الولاة فقط بأن قال: «إن أعتقه فولأوه لي» فإن البيع باطل قطعاً؛ لأن الولاة تابع للعتق وهو لم يشترط الأصل. ولو باع رقيقاً بشرط أن يبيعه المشتري بشرط الإعتاق لم يصح البيع، وكذا لو اشترى داراً بشرط أن يقفها أو ثوباً بشرط أن يتصدق به لأن ذلك ليس في معنى ما ورد به الشرع.

(ولو شرط مقتضى العقد كالقَبْضِ والرَدِّ بعيْبٍ أو) شرط (ما لا غرض فيه، كشرط أن لا يأكل إلا كذا) كهريسة، أو لا يلبس إلا كذا كحريز؛ (صح) العقد فيهما. أما في الأولى فلأن اشتراطه تأكيد وتبنيه على ما أوجب الشارع عليه، وأما في الثانية فلأن ذكره لا يورث تنازعا في الغالب فذكره فيها لغو؛ وهذا ما جزم به في المجموع ونقله في أصل الروضة عن الإمام والغزالي، ثم قال: لكن في التتمة أنه لو شرط إلزام ما ليس بلازم كما لو باع بشرط أن يصلِّي النوافل، أو يصوم شهراً غير رمضان، أو يصلِّي الفرائض في أول أوقاتها فسد العقد لأنه إلزام ما ليس بلازم؛ قال: وقضيته فساد العقد في مسألة الهريسة والحريز. قال الإسنوي: ومقتضاه أنه لم يجد تصريحاً بالبطلان، وإنما يؤخذ من مقتضى كلام التتمة. وهو عجيب، فقد نصَّ عليه الشافعي في الأم، فقال: وإذا باعه العبد على أن لا يبيعه من فلان أو على أن يبيعه منه أو على أن لا يستخدمه أر على أن ينفق عليه كذا وكذا فالبيع فاسد. فتلخَّص أن مذهب الشافعي في اشتراط ما لا غرض فيه البطلان وأن الراجعي لم يطلع فيه إلا على كلام بعض المتأخرين المعدودين في المصتفين لا في أصحاب الوجوه. قال: وقد اختار ابن الصلاح وابن الرفعة في «لا يأكل إلا الهريسة» أن يقرأ بقاء الخطاب، فإنه حينئذ لا غرض فيه أصلاً، بخلاف ما إذا قرئ بآلية آخر الحروف فقد يتخيَّل فيه الإفساد لأنه ينفع العبد كالإعتاق. وما قالاه بعيد عن السياق لكنه صحيح نقلاً كما بينته. وأجاب عن ذلك الزركشي بأن ما في التتمة محلّه فيما لا يلزم السيد أصلاً ومسألتنا محلّها فيما يلزمه في الجملة، إذ نفقة الرقيق مقدرة بالكفاية، وقد شرط عليه أداؤها من أحد الأنواع التي تتأذى هي بعضها فيصح، ولا يلزمه الوفاء به لأن الواجب أحدها، فأشبه خصال الكفارة لا يتعين أحدها بالتعيين. قال: وأما قوله في الأم «على أن ينفق عليه كذا وكذا» فيه إشارة إلى التقدير بقدر معلوم وإلى أنه يجمع له بين أدمين أو نوعين من الأطعمة، وذلك لا يلزم السيد فإذا شرط فقد شرط ما لا يلزمه وهو مخالف لمقتضى لعقد فأبطله. قال: وفي التحليل يبيع الحريز نظر إذا كان العبد بالغاً فيبغى أن لا يصح البيع، كما لو باع سيفاً بشرط أن يقطع به الطريق. وأجاب عنه شيخنا بأن لبس الحريز جائز في الجملة بخلاف المنظر به. قال البخوي: ولو باعه إناءً بشرط أن لا يجعله فيه محملاً أو سيفاً بشرط أن لا يقطع به الطينة، أو عهداً بشرط أن لا يعاقبه بما لا يحسن صحَّ البيع،

وَصَفَا يُقْصَدُ: كَكَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا، أَوْ الدَّابَّةِ حَامِلًا، أَوْ لَبُونًا صَحَّ.

وَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ أَخْلَفَ، وَفِي قَوْلِ يَبْتَاطُ الْعَقْدُ فِي الدَّابَّةِ. وَلَوْ قَالَ «بِعْتُكَهَا وَحَمَلَهَا» بَطَلٌ فِي الْأَصْحَحِ. وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَمَلِ وَخَدَّهُ، وَلَا الْحَامِلِ دُونَهُ، وَلَا الْحَامِلِ بِحَرٍّ؛

(ولو شرط وصفاً يقصد ككون العبد كاتباً أو الدابة) أو الأمة (حاملًا أو) الدابة (لبونًا) أي ذات لبن؛ (صحَّ) العقد مع الشرط، لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض، ولا التزم موجوداً عند العقد؛ ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط، ولا سمى شرطاً تجوزاً فإن الشرط لا يكون إلا مستقبلاً، ويكفي في الصفة المشروطة ما يطلق عليها الاسم. نعم شرط حسن الخط. فإن كان غير مستحسن في العزف فله الخيار وإلا فلا؛ قاله المتولي. ولو شرط وضع الحمة لشهر مثلاً أو أنها نذر كل يوم صاعاً مثلاً لم يصح لأن ذلك غير مقدور عليه فيهما وغير منضبط في الثانية، فصح كما لو شرط أن يكتب العبد كل يوم عشر ورقات مثلاً.

تنبيه: قال بعض شراح الكتاب: ولو أبدل المصنف لفظ الدابة بالحيوان لكان أحسن ليشمل الأمة فإنه حكمها كذلك؛ ولذلك قدرتها في كلامه. ولعل هذا حمل الدابة على العرف فإن حملت على اللغة فهو كالتعبير بالحيوان.

(وله الخيار) فوراً كما قاله الرافعي، (إن أخلف) المشروط لفوات شرطه. (وفي قول يبطل العقد في الدابة بصورتها بالشرط لا بالخلف) لأنه شرط معها شيئاً مجهولاً، فأشبه ما لو قال «بعتكها وحملها». وأجاب الأول بأن المقصود الوصف به لا إدخاله في العقد، لأنه داخل عند الإطلاق. وخرج بـ «يقصد» ما لا يقصد، بل هو من العيوب كالزنا والسرقة فإنه لا خيار بفواته، بل إن كان من البائع فهو بيان للعيب، وإن كان من المشتري فهو في حكم الرضا بالعيب. ولو شرط ثبوتها فخرجت بكرة فلا خيار له على الأصح، خلافاً للحاوي الصغير. وشرط أنه حصي فإن فعلاً ثبت له الخيار، قالوا: لأنه لا يدخل على الحرم؛ ولعل المراد به الممروح وإلّا فبقاؤ الذكر كالفحل في وجوب الاحتجاب منه.

(ولو قال بعتكها) أي الدابة ومثلها الأمة (وحملها) أو بعتكها ولبن ضرعها، (بطل) البيع (في الأصح) لجعله الحمل أو اللبن المجهول مبيعاً مع المعلوم، بخلاف بيعها بشرط كونها حاملًا أو لبونًا كما مر؛ لأنه جعل ذلك وصفاً تابعاً؛ وبيض الطير كالحمل. والثاني: يجوز؛ لأنه داخل في العقد عند الإطلاق فلا يضر التنصيص عليه، كما لو قال: «بعتك هذا الجدار بأساسه». وفرق الأول بأن الأساس داخل في معنى الجدار فذكره ذلك لما دخل في اللفظ فلا يضر التنصيص عليه، والحمل غير داخل في معنى البهيمة، فإذا ذكر فقد ذكر شيئاً مجهولاً وباعه مع المعلوم؛ ودخوله تبعاً لا يستلزم دخوله في معنى اللفظ. ويصح بيع الجبة بحشوها لدخول

وَلَوْ بَاعَ حَامِلاً مُطْلَقًا دَخَلَ الْحَمْلُ فِي الْبَيْعِ .

٣ - فصل: فيما نهى عنه من البيوع

وَمِنَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لَا يُبْتَطَلُ لِرُجُوعِهِ إِلَى مَعْنَى يَقْتَرَنَ بِهِ، كَبَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ بِأَنْ يُقَدَّمَ غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعْمُ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسَعْرِ يَوْمِهِ، فَيَقُولُ بَلَدِي: أَتَرَكَهُ عِنْدِي لِأَبِيعَهُ عَلَى التَّدْرِيجِ بِأَعْلَى!

مالك الأم فباعهما دفعة لم يصح لأنه لم يملك العقد بنفسه فلا يصح منه التوكيل فيه. فإن قيل: يشكل على عدم صحة بيع الحامل بجزء أو برفيق لغير مالك الأم صحة بيع الدور المستأجرة مع أن المنفعة لا تدخل فكأنه استثنأها. أوجب بأن الحمل أشد اتصالاً من المنفعة بدليل جواز إفرادها بالعقد بخلافه، وبأن استثناء المنفعة قد ورد في قصة جابر لما باع جملة من النبي ﷺ واستثنى ظهره إلى المدينة، فيبقى ما سواه على الأصل.

(ولو باع حاملاً) حملها له (مطلقاً) من غير تعرض لدخول أو عدمه (دخل الحمل في البيع) تبعاً لها بالإجماع. أما إذا كان حملها لغيره فإن البيع لا يصح كما مر. ولو وضعت ولداً ثم باعها مالكتها فوضعت عند المشتري ولداً آخر وبينه وبين الأول دون ستة أشهر، ففي أواخر النهاية على النص أنه للبايع لأنه حمل واحد؛ قال الإمام: والقياس أنه للمشتري لانفصاله في ملكه؛ وبهذا جزم الشيخان في باب الكتابة مستدلين به على نظائرها من الكتابة، وقال المتولي في باب بيع الأصول والثمار: إنه ظاهر المذهب، فمن استثنى هذه الصورة من إطلاق المصنف فقد وهم.

فصل: فيما نهى عنه من البيوع نهياً لا يقتضي بطلانها، وفيه أيضاً ما يقتضي البطلان وغير ذلك.

وقد شرع في بيان ذلك فقال: (ومن المنهي عنه ما لا يُبْتَطَلُ) بضم الياء بضبط المصنف؛ أي مع كسر الطاء: أي النهي فيه البيع. ويجوز فتح الطاء مع ضم الياء أيضاً وعكسه. والضمير للمنهى عنه، والضمير في الرجوعه) يعود إلى النهي لدلالة المنهي عليه. (إلى معنى يقترون به) لا إلى ذاته؛ لأن النهي ليس للبيع خصوصه، بل لأمر آخر. هذا هو القسم الثاني، فجميع ما فيه من الصور يصح فيها البيع ويحرم إلا في صورتين الأخيرتين آخر الفصل، ولو قدمهما عليه كان أولى.

ثم شرع في الصور التي لا يبطل البيع فيها وهي سبعة مبتدئاً بواحدة منها فقال: (كبيع حاضر لباد، بأن يقدم) شخص (غريب) أو غيره (بمتاع تعم الحاجة) أي حاجة أهل البلد (إليه) كالطعام وإن لم يظهر بيعه سعة في البلد لقلته، أو لعموم وجوده ورخص السعر، أو لكبر البلد؛ (ليبيعه بسعر يومه) أي حالاً، (فيقول) له شخص (بلدي) أو غيره: (اتركه عندي) أو عند غيري (لأبيعه) لك (على التدرج) أي شيئاً فشيئاً، (بأعلى) من بيعه حالاً؛ وذلك لخبر الصحيحين: «لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ»^(١) زاد مسلم: «دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُوا اللَّهَ بِنَصَبِهِمْ مِنْ بَعْضِ»^(٢) قال ابن شعبة: زاد مسلم: «دَعُوا النَّاسَ فِي فُقُلَاتِهِمْ خَيْرٌ»^(٣). والمعنى: في التحريم التضدية. علم الناس، فإن

وَتَلَقَّى الرُّكْبَانَ؛ بَأَنْ يَتَلَقَّى طَائِفَةٌ يَحْمِلُونَ مَتَاعًا إِلَى الْبَلَدِ فَيَشْتَرِيهِ قَبْلَ قُدُومِهِمْ وَمَعْرِفَتِهِمْ بِالسَّفَرِ وَلَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا عَرَفُوا الْغَبْنَ، وَالسُّومُ عَلَى سَوْمٍ غَيْرِهِ،

فقال له: «اتركه عندي لأبيعه» كذلك لم يحرم لأنه لم يضر بالناس، ولا سبيل إلى منع المالك منه لما فيه الإضرار به؛ ولهذا اختص الإثم بالحضري كما نقله في زيادة الروضة عن القفال وأقره. فإن قيل: الأصح يحرم على المرأة تمكين المحرم من الوطاء؛ لأنه أعانه على معصية، فينبغي أن يكون هذا مثله. أوجب المعصية إنما هي في الإرشاد إلى التأخير فقط وقد انقضت لا الإرشاد مع البيع الذي هو الإيجاب للصادر وأما البيع فلا تضييق فيه، لا سيما إذا صمَّ المالك على ما أشار به حتى لو لم يباشره المشير عليه باشره بخلاف تمكين المرأة الحلال المحرم من الوطاء، فإن المعصية بنفس الوطاء. ولو استشاره البدوي فيما فيه ففي وجوب إرشاده إلى الأذخار والبيع بالتدريج وجهان، أوجههما يجب إرشاده كما قال الأذرعى إنه الأذرعى وكلام الروضة يميل إليه؛ والثاني: لا، توسيعاً على الناس. ولو قدم البادي يريد الشراء فتعرض له حاضر يأن يشتري له رخيصاً. وهو المسمى بالسماز. فهل يحرم عليه كما في البيع؟ تردد فيه في المطلب، وقال يونس في شرح الوجيز: هو حرام؛ ونبغي كما قال الأذرعى الجزم به. والحاضر: ساكن الحاضرة، وهي القرى والريف، وهي أرض فيها زرع وخصب؛ والبادي: ساكن البادية، وهي خلاف الحاضرة. والتعبد بالحاضر والبادي جرى على الغالب، والمراد أي شخص كان كما مرَّت الإشارة إليه.

ثم شرع في الصورة الثانية فقال: (وتلقى الركبان بأن يتلقى) شخص (طائفة يحملون متاعاً) طعاماً أو (إلى البلد) مثلاً، (فيشتره) منهم (قبل قدومهم) البلد (ومعرفتهم بالسعر) فيعصي بالشراء ويصح وإن لم يقبله التلقي، وذلك لقوله ﷺ: «لَا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ» رواه الشيخان^(١). والمعنى فيه احتمال غبنهم سواء أخبر المشتري كاذباً أم لم يخبر.

(ولهم الخيار إذا) أعنوا، و (عرفوا الغبن) ولو قبل قدومهم لما رواه البخاري: «لَا تَلْقُوا السَّلْعَ حَتَّى يَهْبُطَ إِلَى السُّوقِ، فَمَنْ تَلَقَّاهَا فَصَاحِبُ السَّلْمَةِ بِالْخِيَارِ»^(٢) وهو على الفور قياساً على خيار العيب، فإن التمسوا البيع ولو مع جهلهم بالسعر، أو لم يغبنوا كان اشتراؤه منهم بسعر البلد أو بدونه وهم عالمون فلا خيار لهم لانتفاء الم السابق؛ وكذا لا خيار لهم إذا كان التلقي بعد دخول البلد ولو خارج السوق لإمكان معرفتهم الأسعار من المتلقين وإن كان ظاهر الخبر يقتضي خلافه؛ وبعضهم نسب لظاهر الحديث خلاف ذلك فاحذره. ولو لم يعرّف الغبن حتى رخص السعر وعاد إلى ما باعوا به ففي ثبوت الخيار وجهان في البحر، أوجههما عدم ثبوته كما في زعيب المبيع وإن قيل بالفرق بينهما وتلقي الركبان للبيع منهم كالتلقي للشراء في أحد وجهين رجحه الزركشي، المعتمد نظراً للمعنى وإن رجح الأذرعى مقابله، وبعضهم نسب للأذرعى خلاف ذلك فاحذره. والركبان ج

إِنَّمَا يَحْرُمُ ذَلِكَ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الثَّمَنِ وَالْبَيْعِ عَلَى بَيْعٍ غَيْرِهِ قَبْلَ لُزُومِهِ بِأَنْ يَأْمُرَ الْمُشْتَرِي بِالْفَسْخِ لِيَبْعَهُ
ثَمَلُهُ، وَالشُّرَاءِ عَلَى الشُّرَاءِ بِأَنْ يَأْمُرَ الْبَائِعُ بِالْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ، وَالنَّجْشِ بِأَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ لَا لِرُغْبَةٍ ...

غير بمعنى النهي، والمعنى فيه الإيذاء؛ وذكر الرجل والأخ ليس للتقييد بل الأول لأنه الغالب. والثاني: للرافة
العطف، فغيرهما مثلهما في ذلك؛ ولهذا قال المصنف: والسوم على سوم غيره، وإنما يحرم ذلك بعد استقرار
الثمن) بالتراضي صريحاً وقبل العقد، كأن يقول شخص لمن يريد شراء شيء بكذا: «لا تأخذه وأنا أبيعك خيراً
منه بهذا الثمن أو بأقل منه أو مثله بأقل» أو يقول لمالكة: «لا تبعه وأنا أشتريه منك بأكثر»، فإن لم يصرح له
بمالك بالإجابة بأن عرض بها أو سكت أو كانت الزيادة قبل استقرار الثمن، أو كان إذ ذاك ينادي عليه بطلب
زيادة لم يحرم ذلك لكن يكره فيما إذا عرض له بالإجابة.

ثم شرع في الصورة الرابعة فقال: (والبيع على بيع غيره قبل لزومه) أي البيع بأن يكون في زمن خيار
مجلس أو الشرط لتمكنه من الفسخ، أما بعد لزومه فلا معنى له. نعم لو اطلع بعد اللزوم على عيب ولم يكن
تأخير مضرّاً، كأن كان في ليل، فاتجه كما قال الإسني التحريم لما ذكر. (بأن) أولى منه «كان»، (يأمر
مشتري بالفسخ لبيعه مثله) أي المبيع بأقل من هذا الثمن، أو خيراً منه بمثل ثمنه أو أقل.

ثم شرع في الصورة الخامسة، فقال: (والشراء على الشراء) في زمن الخيار كما مرّ، (بأن) أولى منه «كان»
يأمر البائع بالفسخ ليشتريه) بأكثر من ثمنه، وكلا صورتين حرام ولو رأى المشتري في الأولى والبائع في الثانية
غيبوناً لعموم خبر الصحيحين: «لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ»^(١) زاد النسائي: «حَتَّى يَبْتَاعَ أَوْ يَدْرَ»^(٢)، وفي
عقده الشراء على الشراء، والمعنى فيهما الإيذاء. وفي معنى البيع على البيع ما نصّ عليه الشافعي من نهي الرجل
أن يبيع المشتري في مجلس العقد سلعة مثل التي اشتراها خشية أن يرد الأولى؛ ومثل خيار المجلس في ذلك
خيار الشرط. وألحق الماوردي بالشراء على الشراء طلب السلعة من المشتري بزيادة ربح والبائع حاضر لأدائه
على الفسخ أو الندم. ثم محلّ التحريم عند عدم الإذن، فلو أذن البائع في البيع على بيعه أو المشتري في الشراء
على شرائه لم يحرم لأن الحق لهما وقد أسقطاه؛ ولمفهوم الخبر السابق، هذا كما قال الأذرعى إن كان الإذن
مالكاً، فإن كان وليّاً أو وصياً أو وكيلاً أو نحوه فلا عبرة بإذنه إن كان فيه ضرر على المالك. ولا يشترط للتحريم
حقوق ما وعد به من البيع أو الشراء لوجود الإيذاء بكل تقدير، خلافاً لابن النقيب في اشتراطه.

تنبيه: الأمر بالفسخ وقع في كتب الشيخين وغيرهما. قال السبكي: وليس الأمر شرطاً، والذي في كلام
لأكثريين أن يعرض عليه سلعة مثلها بأرخص أو أجود منها بمثل الثمن اهـ. وقد تقدم ما يدل على ذلك.

ثم شرع في الصورة السادسة، فقال: (والنجش بأن يزيد في الثمن) للسلعة المعروضة للبيع (لا لرغبة) في

بَلْ لِيُخَدَعَ غَيْرُهُ؛ وَالْأَصْحَحُّ أَنَّهُ لَا خِيَارَ، وَيَبِيعُ الرُّطْبَ وَالْعَنْبَ لِعَاصِرِ الخَمْرِ. وَيَحْرُمُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْوَالِدِ حَتَّى يُمَيِّزَ،

شرائها (بل ليخدع غيره) فيشتريها للنهي عنه في خبر الصحيحين؛ والمعنى فيه الإيذاء. (والأصح أنه لا خيار للمشتري لتفريطه حيث لم يتأمل ولم يراجع أهل الخبرة؛ والثاني: له الخيار للتدليس كالتصرية. ومحل الخلاف عنده مواطاة البائع للناجش وإلا فلا خيار جزماً. ويجري الوجهان فيما لو قال البائع: «أعطيت في هذه السلعة كذا» فبان خلافه، وكذا لو أخبره عارف بأن هذا عقيق أو فيروزج بمواطاة فاشتراه، ثم بان خلافه.

تنبيه: قوله «ليخدع غيره» قد يوهم أنه لو زاد لساوي قيمة السلعة أنه يجوز، وجرى على ذلك بعض الشراح؛ والمتجه التحريم لإيذاء المشتري، ولعموم قوله ﷺ: «ذَعُوا النَّاسَ يَزُرُقِ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ»^(١).

ثم شرع في الصورة السابعة، فقال: (وبيع الرطب والعنب) ونحوهما كتمر وزبيب (لعاصر الخمر) والنبذ؛ أي لمتخذها لذلك بأن يعلم منه ذلك أو يظنه ظناً غالباً. ومثل ذلك بيع الغلمان المُرَدِّ ممن عُرف بالفجور بالغلمان وبيع السلاح من باغ وقاطع طريق ونحوهما، وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية كما نقله في زوائد الروضة عن الغزالي وأقره. أما إذا شك فيما ذكر أو توهمه فالبيع مكروه. ويحرم الاحتكار للتضييق على الناس؛ وهو إمساك ما اشتراه وقت الغلاء ليبيعه بأكثر مما اشتراه عند اشتداد الحاجة، بخلاف إمساك ما اشتراه وقت الرخص لا يحرم مطلقاً، ولا إمساك غلة ضيعته ولا إمساك ما اشتراه في وقت الغلاء لنفسه وعياله أو لبيعه بمثل ما اشتراه. وفي كراهة إمساك ما فضل عن كفايته وكفاية عياله سنة وجهان أوجههما عدم الكراهة، لكن الأولى بيعه كما صرح به في أصل الروضة. ويختص تحريم الاحتكار بالأقوات، ومنها الذرة والأرز والتمر والزبيب فلا يعم جميع الأطعمة. ويحرم التسعير ولو في وقت الغلاء، بأن يأمر الوالي السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بكذا للتضييق على الناس في أموالهم. وقضية كلامهم أن ذلك لا يختص بالأطعمة، وهو كذلك؛ فلو سقر الإمام عُزْر مخالفة بأن باع بأزيد مما سقر لما فيه من مجاهرة الإمام بالمخالفة، وصح البيع إذ لم يعهد الحجر على الشخص في ملكه أن يبيع بثمن معين. وظاهر كلام أصل الروضة أن التعزير مفرغ على تحريم التسعير، وجرى عليه ابن المقري لما مر، وإن خالف في ذلك ابن الرفعة وغيره، وقالوا: إنه مفرغ على جواز. وشرط التحريم في جميع المناهي علم النهي بها حتى في النجش كما نقل عن نص الشافعي خلافاً لما جرى عليه ابن المقري تبعاً لبحث الرافعي.

ثم شرع في الصورتين الأخيرتين مبتدئاً بواحدة منهما، فقال: (ويحرم التفريق بين الأم) الرقيقة (والولد) الرقيق الصغير المملوكين لواحد ببيع أو هبة أو فسخ بإقالة أو رد بعيب أو قسمة أو نحو ذلك لا بعق ووصية، (حتى يميز) وذلك لقوله ﷺ: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَالِدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبِّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٢) رواه أبو داود

(١) أخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر للبادي (الحديث: ٣٨٠٥) وأخرجه أبو داود في كتاب: البيوع والإجازات، باب: في النهي أن يبيع حاضر لباد (الحديث: ٣٤٤٢) وأخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء لا يبيع حاضر لباد (الحديث: ١٢٢٣) وأخرجه النسائي في كتاب: البيوع، باب: بيع الحاضر للبادي (الحديث: ٤٥٠٧) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: التجارات، باب: النهي أن يبيع حاضر لباد (الحديث: ٢١٧٦) وأخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٣٠٧/٣) (الحديث: ٣٨٦/٣) وأخرجه البيهقي في كتاب: البيوع، باب: لا يبيع حاضر لباد (الحديث: ٣٤٦/٥) وذكره القرطبي في «تفسيره» (الحديث: ١٥٣/٥) وذكره الحميدي في «مسنده» (الحديث: ١٢٧٠).

(٢) لم أجده عند أبو داود وأخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين (الحديث: ١٢٨٣) وأخرجه الحاكم في «مستدرکه» في كتاب: البيوع (الحديث: ٥٥/٢) وأخرجه البيهقي في كتاب: السير، باب: التفريق بين الوالدة وولدها (الحديث: ١٢٦/٩).

وَفِي قَوْلٍ: حَتَّى يَبْلُغَ.

وحسنه والحاكم وصححه، ولقوله ﷺ: «مَلْعُونٌ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدِ وَوَلَدِهِ»^(١) رواه أبو داود. وسواء رضيت الأم بذلك أم لا رعاية لحق الولد. وخرج بما ذكر ما لو كانا لمالكين فيجوز لكل منهما أن يتصرف في ملكه، وأما إذا كان أحدهما حرّاً فإنه يجوز لمالك الرقيق أن يتصرف فيه وما إذا فرّق بعتق أو وصية أو وقف لأن العتق محسن، وكذا الواقف، والوصية لا تقتضي التفريق بوضعها فلعل الموت يكون بعد زمان التحريم. قال الأذرعي: والمتّجه منع التفريق برجوع المقرض، ومالك اللقطة دون الواهب إذا كان أصلاً؛ لأن الحق في القرض واللقطة ثابت في الذمة فإذا تعذر الرجوع في العين رجع في غيرها بخلافه في الهبة، فأما لو منعناه فيها الرجوع لم يرجع الواهب بشيء. ويؤخذ من ذلك أن الموصي لو مات قبل تمييز الولد لم تبطل الوصية، وهو كذلك، وله القبول حينئذ. أما بعد التمييز فلا يحرم لأنه حينئذ يستغني عن التعهد والحضانة. وخبر: «لَا يُفَرِّقُ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا»، قيل: إلى متى؟ قال: «حَتَّى يَبْلُغَ الْغُلَامُ وَتَحِيضُ الْجَارِيَةُ»^(٢) ضعيف. وظاهر كلامه الاكتفاء بالتمييز وإن حصل قبل السبع، وعبارة المحرر إلى سن التمييز، وعبارة الجمهور إلى سبع سنين؛ فيجوز أن يكون إطلاقهم لذلك، لأنه مظنه التمييز كما في الحضانة وغيرها. ويجوز أن يعتبر هنا منع التمييز قبلها ليحصل له قوة واستبدال على الأفراد اهـ. وهذا كما قال الأذرعي حسن.

تنبيه: قوله: «حتى يميز» قد يفهم أنه لا يجوز التفريق بين الأم والولد المجنون البالغ، وهو كذلك كما صرح به القاضي حسين وأتباعه؛ لكن قوله: (وفي قول حتى يبلغ) يدل على أن المراد التمييز المتقدم على البلوغ. وإنما اعتبر هذا القول البلوغ لتقصان تمييزه قبله، ولهذا يجوز التقاطه ما لم يبلغ على الصحيح وأفهم جواز التفريق بعده جزماً، وهو كذلك خلافاً للإمام أحمد؛ وهو مكروه بعد التمييز وقبل البلوغ وكذا بعد البلوغ لما فيه من التشويش، ويصح العقد. ويفهم من تعبيره بالتمييز أن غير الآدمي يجوز التفريق بينه وبين أمه، وهو المذهب إن استغنى عن اللبن، لكن يُكره، وقيل: يحرم؛ ويجوز بالذبح قطعاً كما في زيادة الروضة. قال السبكي: ومراده ذبح الولد. أما ذبحها مع بقائه فيظهر أنه غير الذبح، وظاهر أن المراد ذبح المأكول إذ غيره لا يجوز ذبحه ولا بيعه لذبحه بحال. وأحسن ما قيل في حد التمييز أن يصير الطفل بحيث يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده، وقيل: أن يصير بحيث يفهم الخطاب ويرد الجواب. ولو اجتمع الأب والأم حُرّم التفريق بينه وبينها وحلّ بينه وبين الأب، أو اجتمع الأب والجدّة للأم عند فقد الأم فهما سواء فيبيع مع أيهما كان كما هو قضية كلام الحاوي الصغير؛ والجدّة للأم كالألم عند عدمها لا عند وجودها على الأصح. وفي الجدات والأجداد للأب عند فقد الأبوين وأم الأم ثلاثة أوجه حكاهما الشيخان في باب السير من غير ترجيح، ثالثها: جواز التفريق في الأجداد دون الجدات لأنهم أصلح للترية. قال الولي العراقي: ويظهر تصحيح المنع وهو الذي أورده الروياني والجرجاني، وأما الجد للام فقال المتولي: إنه كالجد للأب، وقال الماوردي: إنه كسائر المحارم. والأقرب كما قال السبكي الأول. ولا يحرم التفريق بينه وبين سائر المحارم كالأخ والعم وإن قوّى السبكي التحريم بينه وبينهم.

(١) لم أجده عند أبو داود وأخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٤١٤/٥).

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب: السير، باب: الوقت الذي يجوز فيه التفريق (الحديث: ١٢٨/٩) وأخرجه الحاكم في «مستدرکه» في كتاب: البيوع (الحديث: ٥٥/٢) وذكره الزبيدي في «إتحاف السادة المتقين» (الحديث: ٤٣٤/٥) وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (الحديث: ١٦/٣) وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (الحديث: ٣٠/٤).

وَإِذَا فَرَّقَ بَيْنَهُ أَوْ هَبَهُ بَطْلًا فِي الْأَظْهَرِ. وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعَرَبُونَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لِيَتَكُونَ مِنَ الثَّمَنِ إِنْ رَضِيَ السَّلْعَةَ، وَإِلَّا فَهَبَةٌ.

(وإذا فرق) بين الولد بعد سقيه اللبن وبين من يمتنع التفريق بينه وبينه، (بيع أو هبة بطلا في الأظهر) لعدم القدرة على التسليم شرعاً. والثاني: لا؛ لأن النهي للإضرار لا للخلل في نفس المبيع؛ وعلى هذا لا نقرهما على التفريق، بل إن تراضيا على ضم أحدهما إلى الآخر استمر العقد وإلا فسخ كما قاله. ويجري القولان في جميع أنواع التمليك، وأما قبل سقيه اللبن فيبطل جزماً. ويستثنى من الأول ما لو كان المبيع ممن يحكم بعته على المشتري، فالظاهر كما قال الأزرعي وغيره عدم التحريم وصحة البيع لتحصيل مصلحة الحرية؛ ولما مر من جواز التفريق الإعتاق. ويحرم بيع بعض أحدهما فقط وبيع أحدهما مع بعض الآخر وبيع بعض كل منهما عند عدم التساوي، فإن تساوى البعضان كأن باع نصفهما معاً جاز كما دل عليه كلام الرافعي في السير. وألحق الغزالي التفريق بالسفر بالتفريق بالبيع، وطرده في التفريق بين الزوجة وولدها وإن كانت حرة بخلاف المطلقة لا يحرم لإمكان صحبتها له. ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو ملك كافر صغيراً وأبويه وهما كافران ثم أسلم الأب وتخلت الأم فإن الولد يتبعه ويؤمر بإزالة الملك عنهما دونها؛ قاله صاحب الاستقصاء. وينبغي أنه لو مات الأب أن يُباع الولد للضرورة كما قاله بعض المتأخرين. قال الأزرعي: ومثله ما لو تبع الطفل السابي في الإسلام ثم ملك أمه الكافرة فله بيع أحدهما دون الآخر فيما يظهر اه. وهذا ممنوع؛ لأن الأصحاب لم يفرقوا بين الأم المسلمة والكافرة، والتفريق وَجْهٌ حكاه الدارمي، وإنما فرق في الصورة المتقدمة للضرورة.

تنبيه: قوله: (بطلاً)، قال السنوي: كان الأحسن إسقاط الألف منه، فإن الأفصح في الضمير الواقع بعد أو أن يؤتى به مفرداً، يقول: إذا لقيت زيدا أو عمراً فأكرمه؛ وقال الولي العراقي: والصواب حذف الألف اه. والأولى ما قاله الزركشي من أنه إنما تُتَى الضمير لأن «أو» للتنوع، فهو نظير قوله تعالى: ﴿إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَأَلِّهْ أَوْلَىٰ بِهِمَا﴾^(١).

ثم شرع في الصورة الثانية، فقال: (ولا يصح بيع العربون) وهو (بأن يشتري) سلعة (ويعطيه دراهم) مثلاً (لتكون من الثمن إن رضي السلعة وإلا فهبة) بالنصب، للنهي عنه^(٢)؛ رواه أبو داود وغيره؛ ولأن فيه شرطين فاسدين أحدهما: شرط الهبة، والثاني: شرط الرد على تقدير أن لا يرضى.

تنبيه: في العربون سِتُّ لغات: فتح العين والراء، وهي الفصيحة. وضم العين وإسكان الراء، وعُزبان بالضم والإسكان، وإبدال العين همزة مع الثلاثة. وهو أعجمي معرب، وأصله في اللغة التسليف والتقديم.

فائدة: البيع ينقسم إلى الأحكام الخمسة: وهي الواجب والحرام والمندوب والمكروه والمباح؛ فالواجب كبيع الولي مال اليتيم إذا تعين بيعه، وبيع القاضي مال المفلس بشروطه. وأما بيع الماء لمحتاجه والطعام من المضطر، فالواجب فيهما التمليك لا البيع نفسه، وبعضهم أدرجهما في البيع الواجب. وأما الحرام فغالب ما

(١) سورة النساء، الآية: ١٣٥.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب: الإجارة، باب: في العربان (الحديث: ٣٥٠٢) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: التجارات، باب: بيع العربان (الحديث: ٢١٩٢) وأخرجه البيهقي في كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيع العربان (الحديث: ٣٤٢/٥) وأخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ١٨٣/٢) وأخرجه البغوي في «شرح السنة» (الحديث: ١٣٥/٨) وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (الحديث: ٢٠٥/١٤) وذكره ابن عدي في «الكامل في الضعفاء» (الحديث: ١٤٧١/٤).

٤ - فصل: في تفريق الصفقة

بَاعَ خَلَاءً وَخَمْرًا أَوْ عَبْدَهُ وَحُرًّا أَوْ عَبْدَ غَيْرِهِ أَوْ مُشْتَرَكًا بِغَيْرِ إِذْنِ الْآخِرِ صَحَّ فِي مَلِكِهِ فِي الْأَظْهَرِ،

ذكره المصنف في هذا الفصل والذي قبله. وأما المندوب فكالبيع بالمحابة وبيع الطعام زمن الغلاء ونحوه. وأما المكروه فكبيع دُورِ مكة والبيع ممن أكثر ماله حرام أو فيه حرام ولم يتحقق أن المأخوذ من الحرام، وإلا فحرام؛ وبيع المصحف، قيل: وثمنه يقابل الدفتين، لأن كلام الله لا يباع، وقيل: إنه بدل أجره نُسْخِهِ؛ حكاها المرافعي عن الصيمري. وبيع العينة، وهي بكسر المهملة وإسكان التحتية وبالنون: أن يبيعه عيناً بثمن كثير مؤجل ويسلمها له ثم يشتريها منه بنقد يسير ليبقى الكثير في ذمته. وأما المباح فغالب البيوع.

فروع: المقبوض بشراء فاسد لفقده شرط أو لشرط فاسد يضمه المشتري ضمان الغصب؛ لأنه مخاطب كل لحظة. فإن كان تأليفاً لزمه رد مثله إن كان مثلياً وأقصى قيمه إن كان متقوماً، وإن كان باقياً فعليه رده ومؤنة الرد، وليس له حبسه لاسترداد الثمن، ولا يتقدم به على الغرماء كالرهن الفاسد، وإن أنفق عليه لم يرجع على البائع بما أنفق، ولو جهل الفاسد. وإن كان المشتري جارية ووطئها لم يحد وإن علم الفساد إلا إذا علمه. والثمن ميتة أو دم أو نحو ذلك مما لا يملك به أصلاً بخلاف ما إذا كان الثمن نحو خمر كخنزير؛ لأن الشراء به يفيد الملك عند أبي حنيفة. وحيث لا حدٌ يجب المهر، فإن كانت بكرًا فمهر بكر قياساً على النكاح الفاسد وأرش بكارة لإتلافها بخلافه في النكاح الفاسد؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه. وأرش البكارة مضمون في صحيح البيع دون صحيح النكاح، لأن المشتري إذا أطلع على عيب بعد زوال البكارة لم يكن له الردٌ بغير أرش البكارة، بخلاف ما لو طلقها بعد زوال بكارتها لا شيء عليه. ولا ينافي هذا ما قالوه في الغصب من أنه لو اشترى بكرًا مغصوبة ووطئها جاهلاً أنه يلزمه مع أرش البكارة مهرٌ ثيبٌ لوجود العقد المختلف في حصول الملك به هنا كما في النكاح الفاسد بخلافه ثم. ولو حذف العاقدان المفسد للعقد ولو في مجلس الخيار لم ينقلب صحيحاً إذ لا عبرة بالفاسد، بخلاف ما إذا ألحق شرطاً فاسداً أو صحيحاً في مجلس الخيار، فإنه يلحق العقد؛ لأن مجلس العقد كالعقد.

فصل: في تفريق الصفقة وتعددها وتفريقها ثلاثة أقسام؛ لأنها إما في الإبتداء أو في الدوام أو في اختلاف الأحكام، وتأتي في كلامه على هذا الترتيب.

وقد شرع في القسم الأزل منها فقال: لو (باع) في صفقة واحدة جلاً وحزماً، كأن باع مذكاة وميته، أو (خلأً وخمراً) أو شاةً وخنزيراً، (أو عبده وحزراً، أو عبده وغيره، أو مشتركاً بغير إذن) الشريك (الآخر صح) البيع (في ملكه) من الخل والمذكاة والشاة وعبده وحصته من المشترك، وبطل في غيره (في الأظهر) إعطاء لكل منهما حكمه. والثاني: يبطل فيهما. وفي علته وجهان: أحدهما الجمع بين حلال وحرام، لقول ابن عباس: «ما اجتمع حرامٌ وحلالٌ إلا وغلبَ الحرامُ الحلالُ»^(١). والثاني: جهالة العوض الذي يقابل الحلال. ويُستفاد من تمثيل المصنف بالمشارك أن العلة الصحيحة هي الأولى؛ لأن الحصاة من الثمن معلومة، وجرى على ذلك في المجموع. فإن قيل: ما صححه المصنف تبعاً للرافعي خلاف مذهب الشافعي، فإنه إذا كان للمجتهد في المسألة

(١) ذكره السيوطي في «الدرر المنتثرة في الأحاديث المشتهرة» (الحديث: ١٥٥) وذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (الحديث: ٢/

٢٥٤) وذكره الفتني في «تذكرة الموضوعات» (الحديث: ١٣٤).

فَيَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي إِنْ جَهَلَ، فَإِنْ أَجَازَ فَبِحَصَّتِهِ مِنَ الْمَسْمَى بِأَعْتَابٍ قِيمَتِهَا، وَفِي قَوْلِ بَجْمِيعِهِ،

قولان وعلم المتأخر منهما كان الأول مرجوعاً عنه فيكون مذهبه هو الثاني؛ وقد رجع الشافعي عن القول بالصححة، كذا ذكره الربيع في الأم، وعبر بقوله إن البطلان هو آخر قوله. قال الإسنوي: وهي دقيقة غفلوا عنها. وقال الأذري: إذا كان راوي المذهب قد شهد بذلك ففي النفس حزاةً من ترجيح الصححة، مع ذلك أوجب بأن قول الربيع إن البطلان آخر قوله يحتمل أن يكون آخرهما في الذكر لا في الفتوى، وإنما يكون المتأخر مذهب الشافعي إذا أتى به، أما إذا ذكره في مقام الاستنباط والترجيح ولم يصرح بالرجوع عن الأول فلا مع أن هذه اللفظة، وهي «آخر قوله»، يحتمل أنها كانت أحد قوله بالدال فقُصرت فقُرت بالراء.

تنبيه: قول المصنف: «بغير إذن الآخر» قال الإسنوي: إنه يعود إلى المشترك فإنه مع الإذن يصح جزماً، ولا يصح عوده إليه وإلى عبد الغير معاً؛ لأنه إذا أذن له وباعه ولم يفصل الثمن لم يصح للجهل به حالة العقد، وإن فصله صح جزماً؛ لكن ليس مما نحن فيه لأن الكلام في الصفقة الواحدة وتلك صفتان. وقال ابن شعبة: الظاهر عَوْدُهُ إِلَيْهِمَا فإنه يصدق أنه إذا أذن كان الحكم بخلاف ذلك؛ وهو صحيح، ومحل القول بالصححة إذا كان كل من ملكه وغيره معلوماً وإلاً فلا يصح، ولو كان الجهل في غير ملكه فقط لتعذر التقييط. وعلى الأظهر (فيتخير المشتري إن جهل) الحال لضرر التبعض، وهو كما في المطلب على الفور؛ لأنه خيار نقص، فإن كان عالماً فلا خيار له لتقصيره، (فإن أجاز) البيع أو كان عالماً بالحال (فبحصته) أي المملوك له، (من المسمى باعتبار قيمتها) لأنهما أوقعا الثمن في مقابلتهما جميعاً فلا يلزم المشتري في مقابلة أحدهما إلا قسطه.

تنبيه: ظاهر عبارة المصنف أنا نعتبر قيمة الخمر والخنزير عند من يرى لهما قيمة، وهو احتمال للإمام صححه الغزالي. والصواب كما صححه المصنف أنا نقدر الخمر خلاً والميتة مذكاةً والخنزير شاةً والحرّ رقيقاً، فإذا كانت قيمتها ثلاثمائة والمسمى مائة وخمسين وقيمة المملوك مائة فحصته من المسمى خمسون.

(وفي قول بجميعه) لأن العقد لا يتوجه إلا إلى ما يجوز ببيعِهِ فكان الآخر كالمعدوم. وعلى الأول لو لم يكن الحرام مقصوداً كالدوم فالظاهر كما قال الإسنوي إن الإجازة بكل الثمن كما يقتضيه كلامهم في الخلع والكتابة. وأجمعوا على جواز تفريق الصفقة في الطلاق والعتق ونحوهما مما هو مبني على السراية والتغليب، واتفقوا على منعه فيما إذا كان كل واحد قابلاً للعقد لكن امتنع لأجل الجمع كنكاح الأختين. والخلاف فيما عدا ذلك، ويجري في أبواب كثيرة من البياعات والإجازات والأنكحة والشهادات وغيرها، واستثنى من ذلك مسائل: منها ما إذا أجزى الراهن العين المرهونة مدة تزيد على محل الدين، فإنه يبطل في الجميع على الأصح عند الشيخين^(١). ومنها ما إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين فزاد عليه فإنه يبطل في الكل على الأصح. وفي استثناء هاتين الصورتين كما قاله بعض المتأخرين نظراً؛ لأن القاعدة في تفريق الصفقة أن يعقد على شيئين موجودين أحدهما حلّ والآخر حرم، والمنفعة شيء واحد فلا وجه فيها إلا القول بالصححة أو البطلان، والصححة متعذرة لعدم الإذن من جهة المرتهن، وفي الصورة الثانية تصرف في ملك الغير على وجه لم يأذن له فيه فبطل صيانة لحق الغير. ومنها ما إذا فاضل في الربويات فإنه يبطل في الكل. ومنها ما إذا زاد في العرايا على القدر الجائز فإنه يبطل في الكل. ومنها ما لو زاد في خيار الشرط على ثلاثة أيام، فإنه إن كان في صلب العقد لم ينعقد جزماً أو في خيار

(١) ذكره ابن حجر في «فتح الباري» في كتاب: الرهن (٥/١٤٤).

وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ . وَلَوْ بَاعَ عَبْدِيهِ فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ لَمْ يَنْفَسَخْ فِي الْآخِرِ عَلَى الْمَذْهَبِ ، بَلْ يَتَّخِيرُ ، فَإِنْ أَجَازَ فَبِالْحِصَّةِ قَطْعاً . وَلَوْ جَمَعَ فِي صَفْقَةٍ مُخْتَلَفِي الْحُكْمِ كِإِجَارَةِ وَبَيْعٍ أَوْ سَلَمٍ ، صَحَّاحاً فِي الْأَظْهَرِ وَيُوزَعُ الْمُسَمَّى عَلَى قِيَمَتَيْهِمَا ؛

المجلس يبطل قطعاً . ومنها ما إذا أوصى من لا وارث له بأكثر من الثلث فإنه يصح في الثلث قطعاً . قال الزركشي : ومنها ما لو قدم الباطل ، كأن قال : «بعتك الحر والعبد» فإنه يبطل في الكل ؛ لأن العطف على الباطل باطل كما قاله فيما لو قال نساء العالمين طوالق وأنت يا زوجتي لا تطلق لعطفها على من لم يطلق اهـ . وليس هذا كما قال شيخي قياسه ، وإنما قياسه أن يقول : «هذا الحر مبيع منك وعبدي» فإنه لا يصح بخلاف المثال المذكور فإنه يصح في العبد ؛ لأن العامل في الأول عامل في الثاني . وقياسه في الطلاق أن يقول : «طلقت نساء العالمين وزوجتي» فإنها تطلق في هذه الحالة .

(و) إذا لم يجب إلا الحصة (لا خيار للبائع) لأنه المفرط حيث باع ما لا يملكه وطمع في ثمن ما لا يستحقه .

ثم شرع في القسم الثاني منها ، فقال : (ولو باع عبديه) مثلاً (فتلف أحدهما قبل قبضه) انفسخ البيع فيه ، و (لم ينفسخ في الآخر على المذهب) وإن لم يقبضه ؛ (بل يتخير) المشتري بين الفسخ والإجازة . (فإن أجاز فبالحصة) من المسمى باعتبار قيمتهما ، لأن الثمن قد توزع عليهما في الابتداء والقسم عليهما فلا يتغير بهلاك أحدهما . وقوله : (قطعاً) تبع فيه المحرر ، وفي الشرح والروضة عن أبي إسحق طرد القولين فيه . أحدهما بجميع الثمن ، وضعف بالفرق بين ما اقترن بالعقد وبين ما حدث بعد صحة العقد مع توزيع الثمن فيه عليهما ابتداء . وقضية كلامه أنه لا خيار للبائع ، وهو كذلك كما صرح به في المجموع ولكنه مُشْكَلٌ ؛ لأن علة المنع فيما تقدم التفريط ، وهو مفقود هنا . والطريق الثاني : ينفسخ في أحد القولين وإن قبض المشتري أحد العبدین . ولو تلف المقبوض وغيره لم يثبت للمشتري الخيار فيما تلف في يده كما صححه في المجموع ، بل عليه حصته من الثمن ؛ لأن العقد استقر بقبضه . وفي معنى ما في المتن ما لو باع عصبياً صار بعضه خمرأ قبل قبضه ؛ قاله الدارمي .

ثم شرع في القسم الثالث فقال : (ولو جمع في صفقة مختلفي الحكم كإجازة وبيع) كأن يقول : «أجرتك داري شهراً وبعتك ثوبي هذا بدينار» ، (أو) إجازة و (سلم) كأن يقول : «أجرتك داري شهراً أو بعتك صاع قمح في ذمتي سلماً بكذا» ؛ (صحاً في الأظهر ، ويوزع المسمى على قيمتهما) أي قيمة المؤجر من حيث الأجرة وقيمة المبيع أو المسلم فيه . ووجه الاختلاف بين البيع والإجازة اشتراط التأقيت فيها ، وهو مبطل للبيع ، والإجازة تنفسخ بالتلف بعد القبض دونه . والاختلاف بين الإجازة والسلم اشتراط قبض العوض في المجلس في السلم دونها . والثاني : يبطلان ؛ لأنه قد يعرض لاختلاف حكمهما باختلاف أسباب الفسخ ؛ والانفساخ ما يقتضي فسخ أحدهما فيحتاج إلى التوزيع . ويلزم الجهل عند العقد بما يخص كلاً منهما من العوض ، وذلك محذور . وأجاب الأول بأنه لا محذور في ذلك ، ألا ترى أنه يجوز بيع ثوب وشقص من دار في صفقة وإن اختلفا في حكم الشفعة واحتيج إلى التوزيع بسببها؟ ويؤخذ مما مثل به أن محل الخلاف أن يكون العقدان لازمين ، فلو جمع بين لازم وجائز كيبيع وجعالة لم يصح قطعاً كما ذكره الرافعي في المسابقة ، أو كان العقدان جائزين كشركة وقراض صح قطعاً ؛ لأن العقود الجائزة بابها واسع . وإنما قال : «مختلفي الحكم» ولم يقل «عقدين مختلفي الحكم» كما عبر به في المحرر ليشمل بيع عبدين بشرط الخيار في أحدهما أكثر من الآخر فإنه على القولين مع أن الحكم مختلف والعقد واحد .

أَوْ بَيْعٍ وَنِكَاحٍ صَحَّ النِّكَاحُ؛ وَفِي الْبَيْعِ وَالصَّدَاقِ الْقَوْلَانِ. وَتَتَعَدَّدُ الصَّفَقَةُ بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ كَبَيْعِكَ ذَا بَيْعًا وَذَا بَيْعًا، وَبِتَعَدُّدِ الْبَائِعِ وَكَذَا بِتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ وَكَلَاهُ أَوْ وَكَلَهُمَا فَلَا صَحَّ أَغْتَبَارُ الْوَكِيلِ.

تنبيه: المراد بالإجارة مع السلم إجارة العين، فإن إجارة الذمة يشترط فيها القبض كالسلم. وشمل كلامه ما إذا اشتمل العقد على ما يشترط فيه التقابض وما لا يشترط كصاع بُر وثوب بصاع شعير.

(أو بيع ونكاح) ومستحق الثمن والمهر واحد، كقوله: «زوجتك بنتي وبعتك عبدها» وهي في حجره، أو: «زوجتك أمي وبعتك ثوبي». (صحح النكاح) لأنه لا يفسد بفساد الصداق. (وفي البيع والصدّاق القولان) السابقان أظهرهما صحتهما، ويوزع المسمّى على قيمة المبيع ومهر المثل. والثاني: بطلانهما، ويجب مهر المثل. والمصنف أعاد هذه المسألة في كتاب الصداق بأبسط ما ذكره هنا. أما إذا اختلف المستحق كقوله: «زوجتك بنتي وبعتك عبدي بكذا»؛ فإن البيع لم يصح ولا الصداق، كما لو كان لكل منهما عبد فباعهما بثمن واحد كما مر. ويصح النكاح بمهر المثل؛ ولو جمع بين بيع وخلع صحّ الخلع، وفي البيع والمسمّى القولان.

تنبيه: شرط التوزيع في صورة المتن أن يكون حصّة النكاح مهر المثل فأكثر، فإن كان أقل وجب مهر المثل كما في المجموع إلا إن أذنت الرشيدة في قدر المسمّى فيعتبر التوزيع مطلقاً.

(وتتعدد الصفقة بتفصيل الثمن) من البائع، (كبعتك ذا بكذا وذا بكذا) فيقبل فيهما سواء أفضّل المشتري في القبول أم لا على الأصح؛ وله رد أحدهما بالعيب، فلو قال: «بعتك عبدي بألف وجاريتي بخمسائة» فقبل أحدهما بعينه لم يصحّ كما سيأتي في تعدد البائع والمشتري، وإن قال القاضي: الظاهر الصحة.

(ويتعدّد البائع) كبعنك هذا بكذا؛ والمبيع مشترك بينهما، فيقبل فيهما وله ردّ نصيب أحدهما بالعيب. فلو قبل المشتري نصيب أحدهما بنصف الثمن لم يصحّ في الأصح كما قاله البغوي وتبعه الشيخان^(١)؛ لأن اللفظ يقتضي جوابهما جميعاً، وإن صحّح السبكي تبعاً للمتولي الصحة.

(وكذا بتعدّد المشتري) كبعنكما هذا بكذا، (في الأظهر) قياساً على البائع. والثاني: لا؛ لأن المشتري يبي على الإيجاب السابق. ولو قبل أحدهما نصفه بنصف الثمن لم يصح إن قلنا بالاتحاد، وكذا إن قلنا بالعدد على الأصح وإن صحّح السبكي الصحة كما مر. ومحلّ ما ذكره المصنف في غير العريا والشفعة، أو فيهما؛ فتتعدد بتعدّد المشتري قطعاً، وكذا بتعدّد البائع في الأظهر عكس ما هنا.

(ولو وكلاه أو وكلهما فالأصح اعتبار الوكيل) لأنه العاقد، وأحكام العقد من الخيار وغيره تتعلق به. والثاني: اعتبار الموكل لأن الملك له. وهذا هو الأصح في أكثر نسخ المحرّر، فأصلحه في المنهاج، واحتذر عنه في الدقائق. ولم يتقدم في كلام المصنف ما يعود عليه الضمير المذكور، ومعناه: لو وكلّ اثنان واحداً أو

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: إذا خيّر أحدهما صاحبه... (الحديث: ٢١١٢) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتابعين (الحديث: ٣٨٣٣) وأخرجه النسائي في كتاب: البيوع، باب: ذكر الاختلاف على نافع... (الحديث: ٤٤٨٣) مختصراً و(الحديث: ٤٤٨٤) مختصراً وأخرجه ابن ماجه في كتاب: التجارات، باب: البيعان بالخيار ما لم يفترا (الحديث: ٢١٨١) وأخرجه البيهقي في كتاب: البيوع، باب: اختلاف المتبايعين (الحديث: ٣٣١/٥).

٥ - بَابُ: الْخِيَارِ

يُثْبِتُ خِيَارَ الْمَجْلِسِ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ، كَالصَّرْفِ وَالطَّعَامِ بِطَعَامٍ وَالسَّلْمِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالتَّشْرِيكِ وَصُلْحِ الْمُعَاوَضَةِ،

وَكُلِّ الْوَاحِدِ اثْنَيْنِ. وَمَحَلُّ مَا قَالَهُ فِي غَيْرِ الرِّهْنِ وَالشَّفْعَةِ، أَمَا فِيهِمَا فَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ الْمُوَكَّلِ لَا الْوَكِيلَ اعْتِبَاراً بِاتِّحَادِ الدِّينِ وَالْمَلِكِ وَعَدَمِهِ، فَلَوْ وَكَّلَ اثْنَانِ وَاحِداً فِي رَهْنٍ عِنْدَهُمَا عِنْدَ زَيْدٍ بِمَا لَهُ عَلَيْهِمَا مِنَ الدِّينِ ثُمَّ قَضَى أَحَدُهُمَا دَيْنَهُ أَنْفَكَ نَصِيْبَهُ.

خاتمة: قال في الإحياء: يحرم أخذ المال من السلطان إذا كان أكثر ما في بيت المال حراماً كما هو الغالب. قال المصنف: وهذا شاذٌ ليس مذهباً بل المذهب الكراهة اهـ. أي بل الممنوع أن يتحقق أن ما أخذه من الحرام كما مرَّت الإشارة إليه؛ ومن ذلك مبايعة من في يده الحلال والحرام كالتَّظْلَمَةِ والمكاسين والمنجمين والذي يضرب بالنفير والحصى والرمل، فكل ما يأخذه هؤلاء بهذا الفعل حرام. ولو نهب متاع مخصوص ووجد من ذلك شيئاً يباع واحتمل أن يكون من المنهوب فالوَرَعُ تَرْكُهُ. والوَرَعُ لمن اشترى شيئاً للأكل أو غيره أن يشتريه بشمن في ذمته فإنه يملكه قطعاً بخلاف ما اشتراه بالعين فإنه لا يقطع بأنه ملكه. وقد يقال في الأول: يحتمل أن لا يكون ملكاً للبائع فلا يملكه المشتري إلا أن يتحقق ملك البائع له بنحو اصطيد.

باب الخيار: لما فرغ المصنف من صحة العقد وفساده شرع في لزومه وجوازه. والخيار هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه. والأصل في البيع اللزوم؛ لأن القصد منه نقل المُلْكِ، وقضية الملك التصرف، وكلاهما فرع اللزوم؛ إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقاً بالمتعاقدين. وهو نوعان: خيار تشهُ، وخيار نقيصة؛ فخيار التشهُي ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما من غير توقُّف على فوات أمر في المبيع، وسببه المجلس أو الشرط. وخيار النقيصة سببه خلف لفظي أو تغرير فعلي أو قضاء عرفي، فمنه خيار العيب والتصرية والحلف وتلقي الركبان ونحو ذلك.

وقد شرع في سبب الأول من النوع الأول فقال: (يثبت خيار المجلس في أنواع البيع) لما روى الشيخان أنه ﷺ قال: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَنْتَفِرَا أَوْ يَقُولَا أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ أَخْتَرْتُ»^(١) قال في المجموع: وقوله: «أَوْ يَقُولَا» منصوب بأو تقديره إلا أن، أو إلى أن؛ ولو كان معطوفاً لجزمه فقال: أَوْ يَقُولَا.

ويبين أنواع البيع بقوله: (كالصرف) بيع (الطعام بطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة) لظاهر الخبر السابق؛ لأن اسم البيع يشمل الكل. وخرج بصلح المعاوضة صلح الحطيطة فلا خيار فيه؛ لأنه إن ورد على دين فإبراء أو على عين فهبة، ولا خيار فيهما لكنه يتناول الصلح على المنفعة، ولا خيار فيه على الأصح لأنه أجازته، وقد ذكر بعد ذلك أنه لا خيار فيها. ويتناول الصلح عن دم العمد، ولا خيار فيه كما قاله القاضي حسين؛ قال الأذري: ولم أر ما يخالفه. ويثبت أيضاً في عقد تولَّى الأب طرفيه لأنه أقيم مقام شخصين في صحة العقد، فكذا في الخيار. ولفظ الخبر ورد على الغالب. ويستثنى من قوله: «في أنواع البيع» صوراً لا خيار فيها، منها الحوالة فإنها وإن جُعِلت معاوضة ليست على قواعد المعاوضات؛ وربما يقال إن كلام المصنف في

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (الحديث: ٢١١١) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع،

وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَغْتَقُّ عَلَيْهِ. فَإِنْ قُلْنَا: الْمَلِكُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ أَوْ مَوْقُوفٌ؛ فَلَهُمَا الْخِيَارُ. وَإِنْ قُلْنَا: لِلْمُشْتَرِي؛ تَخَيَّرَ الْبَائِعُ دُونَهُ. وَلَا خِيَارَ فِي الْإِبْرَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالْهَبَةِ بِلَا ثَوَابٍ، وَكَذَا ذَاتِ الثَّوَابِ وَالشُّفْعَةَ وَالْإِجَارَةَ.....

بيع الأعيان فلا تستثنى هذه الصورة لأنها بيع دين بدين. ومنها شراء العبد نفسه؛ لأن مقصوده العتق كالكتابة كما رجحه في الشرح الصغير والمجموع؛ وهذا هو المعتمد وإن قال الزركشي هذا بالنسبة للعبد فقط، لأنه من جهة السيد بيع ومن جهة العبد يشبه الفداء، كما لو أقر بحريته ثم اشتراه يثبت الخيار للبائع دونه. ومنها قسماً الإفراز والتعديل، سواء أجزنا بإجبار أم بتراضٍ إذا قلنا إنهما في حالة التراضي بيع، لأنه لو امتنع منهما الشريك أُجبر عليهما، والإجبار ينافي الخيار؛ وهذا هو المعتمد وإن قال الأذري: الذي جزم به القاضي أبو الطيب وغيره ثبوت الخيار. أما قسمة الرد ففيها الخيار لأنه لا إجبار فيها. ويثبت الخيار في شراء الجمد ولو في شدة الحر بحيث ينمأ بها. واستشكل ابن عبد السلام ثبوت الخيار في الصرف، لأن المقصد به تروّي العاقد في اختيار الأفضل له، والمماثلة شرط هم الربوي، فالأمران مستويان، فإذا قطع بانتفاء العلة كيف يثبت الخيار؟ وما قاله لا يتأتى في بيع الربوي بغير جنسه بل فيما بيع بجنسه، ولعله مراده؛ بدليل قوله «والمماثلة شرط» بل الخيار ليس محصوراً فيما ذكر، لأنه قد يكون لخلف أو غيره.

(ولو اشترى من يعتق عليه) من أضوله أو فروعه بُني الخيار فيه على خلاف الملك؛ (فإن قلنا الملك في زمن الخيار للبائع) على مرجوح (أو موقوف) على الأظهر، (فلهما الخيار) لوجود المقتضى بلا مانع. (وإن قلنا) الملك (للمشتري) على مرجوح (تخيّر البائع دونه) أما تخيّر البائع فلما مرّ، وأما عدم تخيّر المشتري فلأن مقتضى ملكه له أن لا يتمكن من إزالة الملك، ولا يحكم بعنقه على كل قول حتى يلزم العقد فيتبين أنه عتق من حين الشراء. ولو شرط نفي خيار المجلس لم يصحّ البيع لأنه ينافي مقتضاه، فأشبه ما لو شرط أن لا يسلم المبيع، فإذا قال لعبد مثلاً: «إذا بعك فأنت حرّ» فباعه بشرط نفي خيار المجلس لم يعتق لعدم صحة البيع، بخلاف ما إذا لم يشترطه فإنه يعتق لأن عتق البائع في زمن الخيار نافذ.

(ولا خيار في الإبراء والنكاح والهبة بلا ثواب) وهي التي صرح بنفي الثواب عنها أو أطلق، وقلنا لا يقتضيه وهو الراجح؛ لأن اسم البيع لا يصدق على شيء من هذه الثلاثة. ولا خيار أيضاً في الوقف والعتق والطلاق، وكذا العقود الجائزة من الطرفين كالقراض والشركة والوكالة أو من أحدهما كالكتابة والرهن.

(وكذا) الهبة (ذات الثواب) لا يثبت الخيار فيها في الأصح. وعلاؤه بأنها لا تسمى بيعاً؛ كذا قاله هنا، وقال في باب الهبة: الأصح أنها بيع فيثبت فيها الخيار. وعده في المهمات تناقضاً، وحمل بعضهم ما هنا على القول بأنها هبة وإن قيّدت بثواب معلوم، وما هنا على القول بأن المقيدة بثواب معلوم بيع. ويؤيده تحليلهم هنا بأنها لا تسمى بيعاً، والصواب كما قال الأذري ما هناك وهو مقابل الأصح هنا، فقد جزم به القاضي أبو الطيب والمحامي والشيخ أبو حامد وغيرهم.

(و) كذا (الشفعة) لا يثبت فيها الخيار في الأصح؛ لأن الخيار يثبت فيما ملك بالإختيار فلا معنى لإثباته فيما أخذ بالقهر والإجبار، ومقابل الأصح ثبوته لأن الأخذ بها ملحق بالمعاوضات بدليل الرد بالعيب. وصحح هذا الراجح في الشرحين واستدرك عليه في الروضة وصحح الأول ونقله عن الأكثرين.

(و) كذا (الإجارة) لا يثبت فيها الخيار في الأصح؛ لأنها عقد غرر إذ هو عقد على معدوم، والخيار غرر،

وَالْمَسَاقَاةُ وَالصَّدَاقُ فِي الْأَصَحِّ. وَيَنْقَطِعُ بِالتَّخَايُرِ بَأَنْ يَخْتَارَ لِرُؤْمِهِ، فَلَوْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا سَقَطَ حَقُّهُ وَبَقِيَ لِلْآخَرِ.

وَبِالتَّفَرُّقِ بِيَدَيْهِمَا، فَلَوْ طَالَ مَكْتُهُمَا أَوْ قَامَا وَتَمَاشِيَا مَنَازِلَ دَامَ خِيَارُهُمَا؛

فلا يضم غرر إلى غرر. ومقابل الأصح يثبت فيها الخيار لأنها معاوضة. قال القفال وطائفة: ومحل الخلاف في إجارة العين، أما إجارة الذمة فيثبت فيها الخيار قطعاً كالسلم؛ والمعتمد الإطلاق، ويفرق بينها وبين السلم بأنها لا تسمى بيعاً. والمعتمد في الخيار اسم البيع وبأن المنفعة فيه أقوى. وقيل: يثبت أيضاً في الإجارة المقدرة بمدة، وصححه المصنف في تصحيح التنبيه، والمشهور خلافه.

(و) كذا (المساقاة) لا يثبت فيها الخيار في الأصح كالإجارة حكماً وتعليلاً. (و) كذا (الصدّاق) لا يثبت فيه الخيار. وقوله: (في الأصح) راجع للمسائل الخمس كما تقرّر، ووجه عدم إثباته في الصدّاق أن المال تبع في النكاح لا مقصود؛ ووجه إثباته أنه مستقل. ومثل الصدّاق عوض الخلع.

(وينقطع) خيار المجلس (بالتخاير) من العاقدين، (بأن يختاروا لزومه) أي العقد بهذا اللفظ، كقولهما: «تخايرنا» أو «اخترنا»، أو غيره كقولهما: «أمضينا العقد» أو «ألزمناه» أو «أجزناه» أو «أبطلنا الخيار» أو «أفسدناه» لأنه حقهما فيسقط بإسقاطهما كخيار الشرط.

(فلو اختار أحدهما) لزومه (سقط حقه) من الخيار (وبقي) الحق فيه (للآخر) كخيار الشرط؛ وقيل: لا يبقى لأن خيار المجلس لا يتبعض في الثبوت ولا يتبعض في السقوط. لكن على الأول لو كان المبيع ممن يعتق على المشتري واختار البائع سقط خيار المشتري أيضاً للحكم بعقود المبيع؛ قاله شيخنا في شرح بهجته. ولو قال أحدهما لصاحبه «أخترت» سقط خيار القائل ولو لم يختر صاحبه لتضمنه الرضا باللزم. واحتز المصنف باختيار أحدهما للزوم عن اختياره الفسخ فإنه يفسخ العقد وإن اختار الآخر للزوم؛ لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكّن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها وتبايعهما في العوضين ولو ربويين بعد قبضهما بيعاً ثانياً إجازة للأول؛ لأنه رضي بلزومه، ويصحّ الثاني ويثبت فيه الخيار. ولو أجاز في الربوي قبل التقابض بطل وإن تقابض قبل التفرّق على المعتمد كما تقدّم في بابه.

(و) يبطل أيضاً خيار المجلس (بالتفرّق بيديهما) عن مجلس العقد للخبر السابق. (فلو طال مكثهما أو قاما وتماشيا منازل دام خيارهما) وإن زادت المدة على ثلاثة أيام أو أعرضاً عمّا يتعلق بالعقد، حتى لو تبايع شخصان ملتصقان دام خيارهما ما لم يختاروا أو أحدهما، بخلاف الأب إذا باع لابنه أو اشترى منه وفارق المجلس انقطع الخيار؛ لأنه شخص واحد لكن أقيم مقام اثنين، بخلاف الملتصقين فإنهما شخصان حقيقة بدليل أنهما يحجبان الأُمّ من الثلث إلى السادس. ويحصل التفرّق بأن يفارق أحدهما الآخر من المجلس ولو ناسياً أو جاهلاً وإن استمرّ الآخر فيه، لأن التفرّق لا يتبعض بخلاف التخاير. وكان ابن عمر راوي الخبر: «إِذَا ابْتِئَاعَ شَيْئاً فَارَقَ صَاحِبَهُ»؛ رواه البخاري^(١)، وروى مسلم: «قَامَ يَمْشِي هُنَيْهَةً ثُمَّ رَجَعَ»^(٢). فإن قيل: قضية ذلك حل الفراق خشية أن يستقبله صاحبه، وقد قال ﷺ كما رواه الترمذي وحسنه: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (الحديث: تعليقا).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (الحديث: ٣٨٣١).

وَيُعْتَبَرُ فِي التَّفَرُّقِ العُرْفُ. وَلَوْ مَاتَ فِي المَجْلِسِ أَوْ جُنَّ فَالأَصْحَحُ ائْتِقَالُهُ إِلَى الوَارِثِ وَالوَلِيِّ.

صَفَقَةُ خِيَارٍ. وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَفَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةً أَنْ يَسْتَقِيلَهُ^(١). أَجِيبَ بِأَنَّ الحَلَّ فِي الخَبْرِ مَحْمُولٌ عَلَى الإِبَاحَةِ المَسْتَوِيَةِ الطَّرْفَيْنِ. وَلَوْ حَمَلَ أَحَدَ العَاقِدِينَ فَأَخْرَجَ مِنَ المَجْلِسِ مَكْرَهُاً بِغَيْرِ حَقٍّ لَمْ يَنْقَطِعْ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْ شَيْئاً، وَكَذَا لَا يَنْقَطِعُ خِيَارُهُ إِذَا أَكْرَهَ عَلَى الخُرُوجِ وَلَوْ لَمْ يَسُدِّ فَمَهُ لِأَنَّ الفِعْلَ المَكْرَهُ فِعْلٌ كَلَا وَالسُّكُوتُ عَنِ الفِسْخِ لَا يَقْطَعُ الخِيَارَ كَمَا فِي المَجْلِسِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ مَرَّ أَنَّ النَّاسِيَّ وَالجَاهِلَ يَنْقَطِعُ خِيَارُهُمَا مَعَ تَسْوِيَتِهِمَا لِلْمَكْرَهُ فِي أَبْوَابٍ كَثِيرَةٍ. أَجِيبُ بِنَسْبَتِهِمَا لِلتَّقْصِيرِ هُنَا بِخِلَافِ المَكْرَهُ، فَإِنَّ فَارِقَهُ الإِكْرَاهُ فِي مَجْلِسٍ فَلَهُ الخِيَارُ فِيهِ حَتَّى يَفَارِقَهُ، أَوْ مَا زَا فَحَتَّى يَفَارِقَ مَكَانَهُ الَّذِي انْقَطَعَ فِيهِ الإِكْرَاهُ؛ وَأَمَّا صَاحِبُهُ فَإِنَّ لَمْ يَخْرُجْ مَعَهُ انْقَطَعَ خِيَارُهُ إِلاَّ إِنْ مَنَعَ مِنَ الخُرُوجِ مَعَهُ. وَلَوْ هَرَبَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَتْبَعَهُ الأَخْرَ بَطَلَ خِيَارُهُ كخِيَارِ الهَارِبِ، وَلَوْ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنْ أَنْ يَتْبَعَهُ لَتِمَّكَنْهُ مِنَ الفِسْخِ بِالقَوْلِ؛ وَلِأَنَّ الهَارِبَ فَارِقٌ مُخْتَاراً بِخِلَافِ المَكْرَهُ فَإِنَّهُ لَا فِعْلَ لَهُ. وَقَضِيَّةُ التَّعْلِيلِ الأَوَّلِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنَ الفِسْخِ بِالقَوْلِ بَقِيَ خِيَارُهُ حَتَّى يَتِمَّكَنْ مِنْهُ. فَإِنْ قِيلَ: قِيَاسٌ مَا قَالَهُ فِي الأَيْمَانِ أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ لَا يَفَارِقُ غَرِيمَهُ فَفَارِقَهُ غَرِيمَهُ لَمْ يَحْنُثْ وَإِنْ أَمَكْنَهُ مَتَابَعَتُهُ، أَنْ يَكُونَ الحَكْمُ هُنَا كَذَلِكَ. أَجِيبُ بِأَنَّ الحَكْمَ هُنَا مُنَوِّطٌ بِالتَّفَرُّقِ وَهُوَ يَحْصُلُ بِوُجُودِ الفَرْقَةِ مِنْ كُلِّ مَنَّهُمَا، وَهُنَاكَ مَنُوطٌ بِالمَفَارِقَةِ مِنَ الحَالْفِ، نَعَمْ لَوْ قَالَ «وَاللَّهِ لَا تَفْتَرِقُ» كَانَ الحَكْمُ كَمَا هُنَا؛ أَمَّا إِذَا تَبَعَهُ فَالخِيَارُ بَاقٍ مَا لَمْ يَتَبَاعَدَا كَمَا حَكَاهُ فِي المَجْمُوعِ عَنِ المَتَوَلِيِّ وَأَقْرَبَهُ. وَيَبِينُ هَذَا التَّبَاعُدُ قَوْلَ البَسِيطِ: إِنْ لَحِقَهُ قَبْلَ انْتِهَائِهِ إِلَى مَسَافَةٍ يَحْصُلُ بِمِثْلِهَا المَفَارِقَةُ عَادَةً فَالخِيَارُ بَاقٍ وَإِلَّا فَلاَ أَثَرٌ لِلحَقُوقِ. وَيَحْمَلُ عَلَى هَذَا أَيْضاً مَا نَقَلَهُ فِي الكِفَايَةِ عَنِ القَاضِيِّ مِنْ ضَبْطِهِ يَفُوقُ مَا بَيْنَ الصَّفِينِ، فَالْمَرَادُ مِنْ هَذِهِ العِبَارَاتِ وَاحِدٌ.

(ويعتبر في التفرق العرف) فما يعدّه الناس تفرقاً يلزم به العقد وما لا فلا؛ لأن ما ليس له حدٌ شرعاً ولا لغة يرجع فيه إلى العرف؛ فإن كانا في دار كبيرة فبالخروج من البيت إلى الصحن أو من الصحن إلى الصفة أو البيت، وإن كانا في سوق أو صحراء أو في بيت متفاحش السعة فبأن يولي أحدهما الآخر ظهره ويمشي قليلاً ولو لم يبعد عن سماع خطابه، وإن كانا في سفينة أو دار صغيرة أو مسجد صغير فبإخراج أحدهما منه أو صعوده السطح. ولا يحصل التفرق بإقامة ستر ولو ببناء جدار بينهما؛ لأن المجلس باقٍ. وظاهر كلامهم أنه لا فرق بين أن يبنيه أو يبني بأمرهما؛ وهو كذلك كما صححه والد الروياني واعتمده شبخي وإن جزم الغزالي بالحصول، وقال الأذريعي: وهو المتجه. ولو تناديا بالبيع من بُعد ثبت لهما الخيار وامتد ما لم يفارق أحدهما مكانه، فإن فارقه ووصل إلى موضع لو كان الآخر معه بمجلس العقد عدّ تفرقاً بطل خيارهما. وقول ابن الرفعة: هذا إذا لم يقصد جهة الآخر وإلا فالذي يظهر القطع بدوام الخيار، ليس بظاهر. وتقدم في أوائل البيع حكم ما لو تباعا بالمكاتبة.

(ولو مات) أحدهما (في المجلس أو جن) أو أغمي عليه (فالأصح انتقاله) أي الخيار في المسألة الأولى، (إلى الوارث) ولو عاماً (و) في الثانية والثالثة (إلى الولي) من حاكم أو غيره إلى الموكل عند موت الوكيل وإلى السيد عند موت المكاتب أو المأذون له كخيار الشرط والعيب سواء فيه عقد الربا أو غيره. فإن كان الوارث طفلاً أو مجنوناً أو محجوراً عليه بسفه نصب الحاكم من يفعل عنه ما فيه المصلحة من فسخ وإجازة. وعجز المكاتب كموته كما في المجموع. ثم إن كان من ذكر في المجلس ثبت له مع العاقد الآخر الخيار وامتد إلى أن يتفرقا أو يتخيرا، وإن كان غائباً ووصله الخبر امتد خياره إلى أن يفارق مجلس الخبر لأنه حليفة مورثه. والثاني: يسقط

(١) أخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (الحديث: ١٢٤٧).

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي التَّفَرُّقِ أَوْ الْفَسْخِ قَبْلَهُ صُدِّقَ النَّافِي.

٦ - فصل: في خيار الشرط

لَهُمَا وَلِأَحَدِهِمَا شَرْطُ الْخِيَارِ

الخيار لأن مفارقة الحياة أولى به من مفارقة المكان؛ وفي معناها مفارقة العقد. وعلى الأول لو ورثه جماعة حضور في مجلس العقد لم ينقطع خيارهم بفراق بعضهم له بل يمتد حتى يفارقه كلهم لأنهم كالمورث وهو لا ينقطع خياره إلا بمفارقة جميع بدنه، أو غائبون عن المجلس ثبت لهم الخيار وإن لم يجتمعوا في مجلس واحد كما في بعض نسخ الروض وهي المعتمدة، وفي بعضها: إذا اجتمعوا في مجلس واحد. ويثبت الخيار للعاقد الباقي ما دام في مجلس العقد سواء أكان الوارث الغائب واحداً أم متعدداً. ولو فارق أحدهما مجلسه دون الآخر لم ينقطع خيار الآخر خلافاً لبعض المتأخرين، وينفسخ العقد بفسخ أحدهم في نصيبه أو في الجميع، ولو أجاز الباقيون كما لو فسخ المورث في البعض وأجاز في البعض ولا يتبعض الفسخ للإضرار بالحي. فإن قيل: لو مات مورثهم ثم أطلعوا على عيب المبيع ففسخ بعضهم لا يفسخ في شيء منه لأن الوارث قائم مقام مورثه وهو ليس له الفسخ في البعض فهلاً كان الحكم هنا كذلك؟ أجيب بأن للضرر ثم جابراً وهو الأرش ولا جابر له هنا. ولو أجاز الوارث أو فسخ قبل علمه بموت مورثه نفذ ذلك بناءً على أن من باع مال مورثه ظاناً حياته أنه يصح، وإن قال الإمام: الوجه نفوذ فسخه دون إجازته. ولو خرس أحد العاقدين ولم تفهم إشارته ولا كتابة له نصب الحاكم نائباً عنه، كما لو جُن؛ وإن أمكنت الإجازة منه بالتفرق، وليس هو محجوراً عليه، وإنما الحاكم ناب عنه فيما تعذر منه بالقول. أما إذا فهمت إشارته أو كان له كتابة فهو على خياره. ولو اشترى الولي لطفله شيئاً ببلغ رشيداً قبل التفرق لم ينتقل إليه الخيار كما في البحر ويبقى للولي على الأوجه من وجهين حكاهما في البحر، وأجراهما في خيار الشرط.

(ولو تنازعا في التفرق) بأن جاء معاً وقال أحدهما «تفرقنا» وأنكر الآخر وأراد الفسخ، (أو) في (الفسخ قبله) أي التفرق بأن اتفقا على حصول التفرق وقال أحدهما «فسخته قبله» وأنكر الآخر، (صدّق النافي) بيمينه؛ لأن الأصل دوام الاجتماع وعدم الفسخ. ولو اتفقا على عدم التفرق وأدعى أحدهما الفسخ فدعواه الفسخ فسخ. ثم شرع في السبب الثاني من النوع الأول مترجماً له بفصل، فقال:

فصل: في خيار الشرط: (لهما) أي لكل من المتعاقدين (ولأحدهما شرط الخيار) على الآخر المدة الآتية مع موافقة الآخر بالإجماع. نعم إن استعقب الملك العتق، كان اشترى من يعتق عليه وشرط الخيار له وحده لم يَجُزْ لعتقه عليه فيلزم من ثبوت الخيار عدم ثبوته؛ ويجوز التفاضل فيه، كأن يشرط لأحدهما خيار يوم وللآخر خيار يومين أو ثلاثة. ولو شرط خيار يوم فمات أحدهما في أثناءه فزاد وارثه مع الآخر خيار يوم آخر جاز. قال الروياني: ويجوز للعاقد لنفسه شرطه لأجنبي أو العبد المبيع؛ لأن الحاجة تدعو لذلك لكونه أعزف بالمبيع، ولا يثبت مع شرطه لأجنبي أو العبد المبيع للشارط اقتضاراً على الشرط. قال الزركشي: والأقرب اشتراط بلوغ الأجنبي لا رشده. وإذا مات الأجنبي ثبت الخيار للشارط، ولو شرط الوكيل في البيع أو الشراء الخيار للموكل أو لنفسه ولو بلا إذن صح؛ لأنه لا يضر موكله. وليس لوكيل أحد العاقدين أن يشرطه للآخر، فإن فعل بطل العقد وله شرطه لأجنبي بإذن موكله، ولا يتجاوز الخيار من شرط له؛ فلو شرط للوكيل لم يثبت للموكل وبالعكس. فإن أذن له فيه موكله وأطلق بأن لم يقل «لي» ولا «لك» فاشترطه الوكيل وأطلق ثبت له دون الموكل؛

فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَا الْقَبْضَ فِي الْمَجْلِسِ كَرَبَوِيٍّ وَسَلَمٍ. وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ لَا تَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ،

لأن معظم أحكام العقد متعلقة به وحده، ولا يلزم العقد برضا الموكل لأن الخيارَ مَنُوطٌ برضا وكيله. ولو باع مسلم عبداً مسلماً لمسلم وجعل الخيار لكافر، أو باع حلالاً لحلال صيداً وجعل الخيار لمحرّم، صحَّ فيهما كما قاله الروياني خلافاً لوالده، إذ لا ملك ولا ولاية. وحيث ثبت للوكيل الخيار لا يفعل إلا ما فيه حظ الموكل لأنه مؤتمن؛ بخلاف الأجنبي المشروط له الخيار لا يلزمه رعاية الحظ. ولا يبطل البيع بعزل الموكل وكيله في زمن خيار المجلس ولا بموت الوكيل ولا الموكل في المجلس وإن خالف في ذلك الروياني.

تنبيه: قول المصنّف: «لهما ولأحدهما شرط الخيار» يوهم جواز انفرد أحدهما بالشرط؛ وليس مراداً بل لا بد من اجتماعهما عليه، ولذلك قلت «مع موافقة الآخر». ولم يرد المصنّف بيان الشارط لوضوحه كما قاله الإسنوي، فإنه لا يكون إلاّ منهما. وإنما أراد بيان المشروط له، لكن عبارته لا توفي بمقصوده، فلو قال: «يجوز شرطهما الخيار لهما ولأحدهما» لأفاد مقصوده، ولكن يمكن ردّ عبارته إلى الصواب كما قاله الوليّ العراقي بأن لا يجعل قوله «لهما ولأحدهما» خبراً عن قوله «شرط الخيار» وإنما هو متعلق بالخيار والخبر قوله: (في أنواع البيع) أي شرط الخيار الكائن لهما أو لأحدهما ثابت في أنواع البيع. ومع ذلك فعبارة توهم أنه لا يجوز شرطه لأجنبي، وتوهم جواز اشتراط وكيل البائع الخيار للمشتري وجواز اشتراط وكيل المشتري الخيار للبائع؛ وليس مراداً كما عُلم مما تقرر. وعُلم من تقييده بالبيع أنه لا يشرع في غيره كالفسوخ والعتق والإبراء والنكاح والإجارة وهو كذلك.

(إلا أن يشترط القبض في المجلس كربوي وسلم) فلا يجوز شرط الخيار فيه لأحد؛ لأنه لا يحتمل التأجيل، والخيار أعظم غرراً منه لا مانع من الملك أو من لزومه.

تنبيه: إنما ذكر المصنّف مثالين لينبّه على أنه لا فرق بين ما يُشترط فيه القبض من الجانبين كالربوي أو من أحدهما فقط كالسلم. وأورد على حصره فيما ذكر مسائل: منها البيع الضمني. ومنها الحوالة إذا جعلناها بيعاً. ومنها ما إذا اشترى من يعتق عليه كما مرّ. ومنها المصرة فإنه لا يجوز شرط خيار الثلاث فيها للبائع لأنه يمنع من الحلب وترك الحلب يضر بالهيمّة. قال الأذرعي: ويجب طرده في كل حَلُوبٍ وإن لم تكن مصراً، إذ تَرَكُهَا ثلاثاً بلا حَلْبٍ يضرها بلا شك وإن كانت المصرة أشدّ ضرراً. فإن قيل: لك أن تقول ما المانع من حلب البائع لها إذا كان الخيار له، لأن الملك له حينئذ، واللبن في زمن الخيار لمن له الملك؟ أجيب بأن اللبن الموجود حال البيع مبيع، فهو كالحمل الموجود عند البيع فيمتنع على البائع الحلب لذلك؛ والبائع إنما يملك لو تمّ البيع اللبن الحادث بعد العقد كالولد الحادث بعده. ومنها ما إذا باع الكافر عبده المسلم بشرط الخيار ثم فسخ ثم باعه بشرط الخيار وفسخ وهكذا، فإن الحاكم يلزمه أن يبيع بيعاً باتاً كما قاله المتولّي؛ وقضيته جواز الخيار للكافر في العبد المسلم ابتداءً، وهو ما نقله في المجموع عن القاضي حسين وأقرّه. فإن قيل: قد أتى المصنّف بالكاف في قوله: «كربويٍّ وسَلَمٍ» فيقتضي أنّ لنا غيرهما يشترط فيه قبض العوض في المجلس ولم يوجد. أجيب بالمنع، فإن الإجارة على عمل في الذمة يشترط قبض الأجرة فيها في المجلس.

(وإنما يجوز) شرط الخيار (في مدة معلومة) متصلة بالعقد المشروط فيه الخيار، متوالية (لا تزيد على ثلاثة أيام) لأن الأصل امتناعه لكونه مخالفاً لوضع البيع فإنه يمنع نقل الملك أو لزومه ثبت في الثلاث بما روي في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما: أن رجلاً من الأنصار كان يُخدع في البيوع فشكا إلى

وَتَحَسَّبُ مِنَ الْعَقْدِ وَقِيلَ مِنَ التَّفْرِقِ؛ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَمِلْكُ الْمَبِيعِ

رسول الله ﷺ، فقال له: «إِذَا بَايَعْتَ فُقُلَ لَا خِلَابَةَ»^(١)، وفي رواية: «فُقُلَ لَا خِلَابَةَ وَأَنْتَ بِالْخِيَارِ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتِنْتَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ»^(٢)، والخلاصة بكسر الخاء المعجمة وبالباء الموحدة، ومعناه: لا غبن ولا خديعة؛ فثبت خيار المشتري بالنص، وألحق به البائع بالقياس عليه، فبقي ما زاد على الأصل. وهذه الكلمة في الشرع عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثاً، فإذا كانا عالمين بمدلولها كان كالتصريح باشتراط الخيار، وإن كانا جاهلين به أو أحدهما لم يثبت الخيار. وفي مصنف عبد الرزاق عن أنس: أن رجلاً اشترى من رجل بغيراً واشترط الخيار أربعة أيام، فأبطل رسول الله ﷺ البيع، وقال: «الْخِيَارُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ»^(٣). ولأن الحاجة تندفع بها غالباً، فلو زاد عليها بطل العقد. ولا يخرج على تفريق الصفة لوجود الشرط الفاسد وهو مبطل للعقد لأن الشرط يتضمن غالباً زيادة في الثمن أو محاباة، فإذا سقطت انجزت الجهالة إلى الثمن بسبب ما يقابل الشرط الفاسد فيفسد البيع؛ فلماذا لم يصح الشرط في الثلاث ويبطل ما زاد عليها؛ وقد نهت على استثناء ذلك في الكلام على تفريق الصفة. فإن شرط الثلاث من الغد أو فرقها لم يصح العقد لأن العقد إذا لم يصير بعد ذلك جائزاً. ويدخل في الأيام المشروطة ما اشتملت عليه من الليالي للضرورة كما في المجموع؛ ومقتضى هذه العلة كما قاله الإسئوي أنه لو عقد وقت الفجر لا يثبت الخيار في الليلة الثالثة بخلاف نظيره من مسح الخف، وعلى هذا لو باع نصف النهار بشرط الخيار يوماً ثبت إلى نصف اليوم الثاني. ويدخل الليل في حكم النهار للضرورة كما قاله المتولي وغيره.

(وتحسب) المدة المشروطة (من) حين (العقد) الواقع فيه الشرط كالأجل، فإن ابتداءه من العقد لا من التفريق؛ لأنه لو اعتبر من التفريق لصار أول مدة الخيار مجهولة لأنه لا يعلم متى يفترقان.

(وقيل) تحسب (من التفريق) أو التخخير؛ ونسب الماوردي إلى الجمهور لأن الظاهر أن الشارط يقصد بالشرط زيادة على ما يفيد المجلس. وغورض بأن التفريق مجهول كما تقدم، واعتباره يؤدي إلى جهالة ابتداء المدة. ولو شرط الخيار بعد العقد في المجلس قلنا بشبوتة وهو الأصح، فالحكم على الثاني لا يختلف؛ وعلى الأول تحسب من الشرط لا من العقد، فلو قال المصنف «من الشرط» بدلاً عن «العقد» لدخلت هذه الصورة. ولو انقضت المدة المشروطة وهما في المجلس بقي خياره فقط، وإن تفرقاً والمدة باقية فبالعكس. ويجوز إسقاط الخيارين أو أحدهما فإن أطلقا الإسقاط سقطا، ولأحد العاقدين الفسخ في غيبة صاحبه وبلا إذن حاكم؛ لأنه فسخ متفق على ثبوتيه بخلاف الفسخ بالعنة. ويسن كما قال الخوارزمي أن يشهد حتى لا يؤدي إلى النزاع.

(والأظهر) في خيار المجلس أو الشرط (أنه إن كان الخيار) المشروط (للبائع فملك المبيع) مع توابعه كلبن

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: ما بكره من الخداع... (الحديث: ٢١١٧) وأخرجه أيضاً في كتاب: الاستقراض، باب: ما ينهى عن إضاعة المال (الحديث: ٢٤٠٧) وأخرجه أيضاً في كتاب: الخصومات، باب: من باع على الضعيف... (الحديث: ٢٤١٤) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: من يخدع في البيع (الحديث: ٣٨٣٨).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في «مستنده» (الحديث: ٤٤/٢) (الحديث: ٧٢/٢) و(الحديث: ٨٤/٢) و(الحديث: ١٠٧/٢) (الحديث: ١٣٠/٢) وأخرجه الحاكم في «مستدرکه» في كتاب: البيوع (الحديث: ٢٢/٢) وذكره الساعاتي في «بدائع المنز» (الحديث: ١٢٥٥).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (الحديث: ٨٩/٨) وأخرجه البيهقي في كتاب: البيوع، باب: الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام (الحديث: ٢٧٤/٥) وأخرجه الدارقطني في كتاب: البيوع (الحديث: ٥٦/٣) وذكره الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ٩٦٨٥) وذكره الزيلعي في «نصب الزاوية» (الحديث: ٨/٤).

لَهُ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَلَهُ، وَإِنْ كَانَ لَهُمَا فَمَوْقُوفٌ، فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ الْعَقْدِ وَإِلَّا فَلِلْبَائِعِ. وَيَخْصُلُ الْفَسْخُ وَالْإِجَارَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا؛ كَفَسَخْتُ الْبَيْعَ وَرَفَعْتُهُ وَأَسْتَرْجَعْتُ الْمَبِيعَ، وَفِي الْإِجَارَةِ: أَجْرْتُهُ وَأَمْضَيْتُهُ. وَوَطَّءَ الْبَائِعُ وَإِعْتَاقَهُ فَسَخٌ،

ومهر وتمر وكسب وكنفوذ عتق وحلّ وطء في مدة الخيار. (له وإن كان للمشتري فله) أي الملك؛ لأنه إذا كان الخيار لأحدهما كان هو وحده متصرفاً في المبيع، ونفوذ التصرف دليل على الملك. (وإن كان) الخيار (لهما) فموقوف) أي الملك؛ لأنه ليس أحد الجانبين أولى من الآخر فتوقفنا.

(فإن تم البيع بان أنه) أي الملك فيما ذكر، (للمشتري من حين العقد وإلا فللبائع) وكأنه لم يخرج عن ملكه. والثاني: الملك للمشتري مطلقاً لتمام البيع له بالإيجاب والقبول. والثالث: للبائع مطلقاً. والخلاف جارٍ في خيار المجلس كما مرّ، وكونه لأحدهما بأن يختار الآخر لزوم العقد. وحيث حكم بملك المبيع لأحدهما حكم بملك الثمن للآخر، وحيث وقف وقف ملك الثمن ولو شرط الخيار لأجنبي. قال ابن النقيب: لم أر من تعرّض لمن ملك المبيع وذكر فيه خلافاً. ونازعه الولي العراقي. وحاصله أنه إن كان الأجنبي من جهة أحدهما فملك المبيع له، وإن كان من جهتهما فموقوف. ولو اجتمع خيار المجلس وخيار الشرط لأحدهما فهل يغلب الأول فيكون الملك موقوفاً أو الثاني فيكون لذلك الأحدهما؟ الظاهر وهو ما اقتضاه كلامهم كما قال شيخنا الأول؛ لأن خيار المجلس كما قال الشيخان أسرع وأولى ثبوتاً من خيار الشرط لأنه أقصر غالباً خلافاً للزركشي في قوله: «الظاهر الثاني» معللاً له بأن خيار الشرط ثابت بالإجماع؛ ومثل ذلك ما لو كان خيار المجلس لواحد بأن ألزم البيع من الآخر وخيار الشرط للآخر والحمل الموجود عند البيع مبيع كالأم فيقابله قسط من الثمن لا كالزوائد الحاصلة في زمن الخيار، بخلاف ما إذا حدث في زمن الخيار فإنه من الزوائد. ومتى وطئ الأمة المبيعة من انفراد بالخيار حلّ له لنفوذ تصرفه فيها. فإن قيل: حلّ وطء المشتري متوقف على الاستبراء وهو غير معتد به في زمن الخيار على الأصح. أجيب بأن المراد بحلّ الوطاء حلّه المستند للملك لا للاستبراء ونحوه كحيض وإحرام؛ على أنه قد لا يجب الاستبراء، بأن يشتري زوجته فلا يحرم وطؤها في زمن الخيار من حيث الاستبراء. ولو اشترى زوجته بشرط الخيار ثم طلقها في زمنه، فإن كان الخيار للبائع وقع لبقاء الملك له، وكذا يقع إن كان الخيار لهما وفسخ البيع لتبين بقاء الملك له لا إن تمّ لتبين أنها ملك المشتري. وإن كان الخيار للمشتري وتمّ البيع لم يقع لأنها ملكه، وإن فسخ فوجهان مبنيان على أن الفسخ يرفع العقد من حينه أو من أصله؛ والأصح الأول فلا يقع. ويحرم وطؤها في زمن الخيار إذا كان له وحده لجهالة جهة المبيع له لأنه لا يدري أيطأ بالملك أو بالزوجة؛ وإذا اختلفت الجهة وجب التوقف احتياطاً للبيع. أما إذا كان الخيار للبائع أو لهما فيجوز الوطاء بالزوجة لبقائها.

(ويحصل الفسخ) للعقد (والإجازة) له في زمن الخيار، (بلفظ يدلّ عليهما) ففي الفسخ (كفسخت البيع) ورفعته واسترجعت المبيع) ورددت الثمن، (وفي الإجازة: أجرته) أي البيع، (وأمضيته) وألزمته ونحو ذلك. وهذه الألفاظ صرائح. ويحصلان بالكناية أيضاً. قال في المجموع: والفسخ بالخيار هل يرفع العقد من أصله أو من حينه؟ فيه الخلاف الآتي في الفسخ بالعيب؛ والأصح فيه الثاني ومرت الإشارة إليه.

(ووطء البائع) الأمة المبيعة (واعتاقه) الرقيق المبيع في زمن الخيار المشروط له أو لهما، (فسخ) للبيع؛ أي متضمن له. أما الاعتاق فلتضمنه الفسخ، وأما الوطاء فلاشعاره باختيار الإمساك. فإن قيل: قياس ذلك أن الرجعة

وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَرْوِجُهُ فِي الْأَصَحِّ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مِنَ الْمُشْتَرِي إِجَارَةٌ.
وَأَنَّ الْعَرَضَ عَلَى الْبَيْعِ وَالتَّوَكُّيلَ فِيهِ لَيْسَ فَسْخًا مِنَ الْبَائِعِ وَلَا إِجَارَةً مِنَ الْمُشْتَرِي.

تحصل بالوطء . أوجب بأن الرجعة لتدازك النكاح ، وابتدأه لا يحصل بالفعل فكذا تداركه ، والفسخ هنا لتدارك الملك ، وابتدأه يحصل بالقول والفعل كالسبي والاحتطاب فكذا تداركه . ومقدمات الجماع كاللمس بشهوة والقبلة ليست فسخاً كاستخدامه الرقيق وركوبه الدابة ، وإن قال في المطلب : الأشبه أنها فسخ . ولا حدٌ على من وطئ منهما مطلقاً . وينفذ استيلاء البائع إن كان الخيار له أو لهما ، فإن وطئها المشتري بلا إذن والخيار للبائع دونه لزمه المهر وإن تم البيع لأنه وطئ أمةً غيره بشبهة . وكذا يلزمه المهر إن كان الخيار لهما ولم يتم البيع بأن فسخ لا إن تم ، بناءً على أن الملك موقوف فيهما والولد الحاصل منه حرٌ نسيب في الأحوال كلها للشبهة ، وحيث يلزمه المهر لا يثبت استيلاؤه ، وإن ملك الأمة بعد الوطء لانتفاء ملكه لها حين العلوق ويلزمه قيمة الولد للبائع لأنه فوت عليه رقه ، وإن وطئها البائع والخيار للمشتري دونه فكما لو وطئ المشتري والخيار للبائع دونه في المهر والاستيلاء والقيمة . وقول البائع في زمن الخيار للمشتري : «لا أبيع حتى تزيد في الثمن أو تعجله» وقد عقد بمؤجل فامتنع المشتري فسخ ، وكذا قول المشتري : «لا أشتري حتى تنقص من الثمن أو تؤجله» وقد عقد بحال فامتنع البائع .

(وكذا بيعه) المبيع (وإجارته) ووقفه (وتزويجه) ورهنه المقبوض وهبته المقبوضة فسخ (في الأصح) لإشعاره بعدم البقاء عليه ، وصح ذلك منه أيضاً ؛ وتقدم أنه لا يجوز له الوطء إلا إذا كان الخيار له . والثاني : لا يكفي في الفسخ بذلك لأن الأصل بقاء العقد فتستصحب إلى أن يوجد الفسخ صريحاً ؛ وإنما جعل العتق فسخاً لقوته .

(والأصل أن هذه التصرفات) الوطء وما بعده (من المشتري) في زمن الخيار المشروط له أو لهما ، (إجازة) للشراء لإشعارها بالبقاء عليه . والثاني : لا يكفي في الإجازة بذلك . وعلم مما مر أن وطأه حلال إن كان الخيار له وإلاً فحرام ، وقول الإنسوي إنه حلال إن أذن له البائع مبني على أن مجرد الإذن في التصرف إجازة ، والمنقول خلافه . ويستثنى الوطء من الخنثى والوطء له فليس فسخاً ولا إجازة . فإن اختار الموطوء في الثانية الأئونة بعد الوطء تعلق الحكم بالوطء السابق ؛ ذكره في المجموع . وقياسه : أنه لو اختار الواطئ في الأولى الذكورة بعد تعلق الحكم بالوطء السابق ، والظاهر كما قال الأذري : أن محل كون الوطء فسخاً أو إجازة إذا علم الواطئ أو ظن أن الموطوءة هي المبيعة ولم يقصد بوطئه الزنا لاعتقاده ذلك ، والإعتاق نافذ منه إذا كان الخيار له ؛ وإن كان لهما أو للبائع ، فإن أذن فيه البائع نفذ وكان إجازة من البائع أيضاً ، وإن لم يأذن بموقوف فيما إذا كان الخيار لهما فإن تم البيع نفذ وإلاً فلا ، وغير نافذ فيما إذا كان الخيار للبائع وإن تم البيع ، والبقية صحيحة إن كان الخيار له ، وكذا إن كان لهما أو للبائع أو باع للبائع نفسه وإلاً فغير صحيحة . وعلى هذا التفصيل يحمل قول الشارح إنها غير صحيحة .

(و) الأصح (أن العرض) للمبيع في زمن الخيار (على البيع والتوكيل فيه) والهبة والرهن إذا لم يتصل بهما قبض ؛ (ليس فسخاً من البائع ولا إجازة من المشتري) لعدم إشعارها من البائع بعدم البقاء عليه ومن المشتري بالبقاء عليه ؛ لأنه قد يقصد أن يستين ما يدفع فيه ليعلم أربح أم خسر . والثاني : أن ذلك فسخ وإجازة . فإن قيل : إن ذلك رجوع في الوصية فهلاً كان ذلك فسخاً أوجب بضعف الوصية ، لأنه لم يوجد في حياة الموصي إلا أحد شقي العقد .

٧ - فصل: في خيار النقيصة

لِلْمُشْتَرِيِ الْخِيَارُ بِظُهُورِ عَيْبٍ قَدِيمٍ كَخَصَاءِ رَقِيقٍ وَزَنَاهُ وَسَرْقَتِهِ وَإِبَاقِهِ

ثم شرع في النوع الثاني مترجماً له بفصل، فقال:

فصل: في خيار النقيصة؛ وهو المعلق بفوات مقصود مظنون، نشأ الظن فيه من قضاء عرفي أو التزام شرطي أو تغرير فعلي.

ثم شرع في الأمر الأول، وهو ما يُظنُّ حصوله بالعُزْفِ، وهو السلامة من العيب، فقال: (للمشتري) الجاهل بما يأتي (الخيار بظهور عيب قديم) والمراد بقدمه كونه موجوداً عند العقد أو حدث قبل القبض كما يُعلم من كلامه الآتي. أما المقارن فبالإجماع، وأما الحادث قبل القبض فلأن المبيع حينئذ من ضمان البائع فكذا جزؤه وصفته.

تنبيه: إنما اقتصر المصنف على ثبوت الخيار للمشتري لأن حصول العيب في المبيع هو الغالب. ويُستثنى من ردّه مسائل: منها ما إذا حدث العيب قبل القبض بفعل المشتري كما سيأتي. ومنها ما إذا كان المشتري مفلساً أو وليّ محجور أو عامل قراض وكانت الغبطة في الإمساك. ومنها ما إذا اشترى الوكيل ورضي الموكل بالعيب. وقضية إطلاقه أنه لا فرق بين أن يقدر المشتري على إزالة العيب أم لا، وهو كذلك؛ نعم لو أحرم العبد بغير إذن سيده ثم باعه فللمشتري تحليله كالبائع كما مرّ في بابه، ولا خيار له كما في زوائد الروضة وإن قال البلقيني بثبوت الخيار. وفوات الوصف المقصود كالعيب في ثبوت الخيار، فلو اشترى عبداً كاتباً أو مُتصفاً بصفة تزيد على ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيار، وإن لم يكن فواتها عيباً قبل وجودها؛ قاله ابن الرفعة.

(كخصاء) حيوان بالمدّ، (رقيق) أو غيره؛ لأن الفحل يصلح لما لا يصلح له الخصي، والجَبُّ كالخصاء وإن زادت قيمتهما باعتبار آخر.

تنبيه: عبارته تفهم بغير ما قدرته أن الخصاء في البهائم ليس بعيب؛ وليس مراداً، فقد صرّح الجرجاني وغيره بأنه عيب فيها، ولذلك لم يقده في الروضة بالرقيق. وقد يقال إن الثيران الغالب فيها الخصاء، فلا يثبت فيها خيار لدخولها في قولهم «إذا غلب في جنس المبيع عدمه»، وإذا كان في المفهوم تفصيل لا يعترض به؛ ولذلك قال الأذرعى: وفي الضأن المقصود لحمه توقّف لغبلة ذلك فيه، وكذا في البراذين والبغال، بل الفحولة نقص فيها.

(وزناه) أي الرقيق، (وسرقته وإباقه) أي كلُّ منها وإن لم يتكرر ولو ناب منها؛ لأن تهمة الزنا لا تزول، ولهذا لا يعود إحصان الحرّ الزاني بالتوبة. وما تقرر من أن السرقة أو الإباق مع التوبة عيب هو المعتمد كما جرى عليه ابن المقري وصرّح به القاضي في الإباق، خلافاً لبعض المتأخرين. واستثنى بعضهم من السرقة ما إذا دخل مسلمٌ دار الحرب ومعه عبدة فسرق العبد مال حربى؛ قال: والذي أراه أن لا يجعل ذلك عيباً مثبتاً للرد ابتداءً اهـ. والأولى عدم استثناء هذه لأنها غنيمة وإن وقع ذلك على صورة السرقة. واستثنى من إباق العبد ما لو خرج عبداً من بلاد الهدنة بعد أن أسلم وجاء إلينا فلإمام بيعه، ولا يُجعل بذلك أبقاً من سيده موجباً للرد؛ لأن هذا الإباق مطلوب. وحيث قيل: «له الرد بالإباق» فمحلّه في حال عوده. أما حال إباقه فلا ردّ قطعاً ولا أرش في الأصح.

وَبَوْلِهِ فِي الْفِرَاشِ وَبَخْرِهِ وَصِنَانِهِ،

(وبوله في الفراش) ذكراً كان أو أنثى إن خالف العادة بأن اعتاده لسبع سنين فأكثر تقريباً لأنه يقلّ الرغبة فيه، فلو لم يعلم به إلا بعد كبر العبد لم يرّد ويرجع الأرض، لأن علاجه في الكبر صعب فصار كبره عيباً حدث؛ قاله الماوردي والرويانى. ومحلّ الرّد كما قال بعضهم إذا كان يبول عند البائع وظهر أمره عند المشتري، أما لو كان يبول عند البائع ثم لم يبلّ عند المشتري فلا ردّ له لأنه تبين أن العيب قد زال قبل البيع.

(وبخره) وهو الناشيء من تغيير المعدة دون ما يكون من قَلْح الأسنان، فإن ذلك يزول بتنظيف الفم. واعتراض ذلك في الذخائر بأن التغيير بالقلح لا يسمّى بَخْرًا؛ قال الإسوي: وهو اعتراض صحيح.

(وصنانه) المستحکم دون ما يكون لعارض عرق أو حركة ونحو ذلك. وعيوب الرقيق لا تكاد تنحصر، فمنها أن يكون نامماً، أو كذاباً، أو ساحراً، أو قاذفاً للمحصنات، أو مقامراً، أو تاركاً للصلاة؛ قال الزركشي: وينبغي اعتبار ترك ما يُقتل به منها. أو شارباً ما يسكر وإن لم يشربه. قال الزركشي: وينبغي أن يقيد بالمسلم دون من يعتاد ذلك من الكفار فإنه غالب فيهم. أو خنثى مشكلاً أو واضحاً، أو مختناً، وهو يفتح النون وكسرها الذي تشبه حركاته حركات النساء خَلْقاً وَخُلُقاً. أو مُمَكَّنًا من نفسه وإن كان صغيراً أو مرتدّاً؛ قال الماوردي: وإن تاب. أو محرماً بإذن من البائع، أو كافرأ لم يجاوره كفار لقلّة الرغبة، فإن جاوره كفار فليس بعيب. أو كون الأمة رتقاء، أو قرناء، أو مستحاضة، أو يتناول طهرها فوق العادة الغالبة، أو لا تحيض وهي في سنّ الحيض غالباً بأن بلغت عشرين سنة؛ قاله القاضي، لأن ذلك إنما يكون لعلّة. أو حاملاً لأنه يُخاف من هلاكها بالوضع لا في البهائم فإن الغالب فيها السلامة. أو معتدّة ولو محرمة عليه بنحو نسب، خلافاً للجلبلي في المحرمة. أو كافرة كفرها يحرم الوطء كوثنية. واصططك الكعيبين، وسواد الأسنان أو حمرتها كما بحثه بعضهم. أو خضرتها، أو زرقتها، أو تراكم الوسخ الفاحش في أصولها، وذهاب الأشفار من الأّمّة، وكبر أحد ثدييها، والخيلان الكثيرة بكسر الخاء جمع خال، وهو الشامّة؛ وأثار الشجاج. قال الرويانى: أو كونه أعسر. وفصل ابن الصلاح فقال: إن كان أضيف وهو الذي يحمل بيده معاً فليس بعيب؛ لأن ذلك زيادة في القوة، وإلا فهو عيب. ولعل الرويانى لا يخالف ذلك. أو أشلّ، أو أقرع، وهو من ذهب شعر رأسه بأقّة. أو أصم وهو من لم يسمع. أو أخفش وهو صغير العين ضعيف البصر خلقةً، ويقال هو من يبصر بالليل دون النهار، وفي الغيم دون الصحو، وكلاهما عيب كما ذكره في الروضة. أو أجهر، وهو من لا يبصر في الشمس. أو أعشى، وهو من يبصر بالنهار دون الليل، وفي الصحو دون الغيم، والمرأة عشواء. أو أخشم أو أبكم أو أخرس، أو أرت لا يفهم كلام غيره، أو فاقد الذوق، أو أنملة، أو الظفر، أو الشعر ولو عانة. أو في رقبته لا في ذمته فقط دَيْنٌ. فإن قيل: من تعلق برقبته مال لا يصحّ بيعه فكيف يعد من العيوب؟ أجيب بأن صورته أن يبيعه ثم يجني جنايةً تعلق برقبته قبل قبضه فإنها من ضمان البائع. أو له أصبع زائدة، أو سن شاغبة، وهي بشين وغين معجمتين، الزائدة التي تخالف نبتها نبتة بقية الأسنان. أو سنّ مقلوعة لا لكبر. أو به قروح أو أبهق، والبَهَقُ بياض يعتري الجلد يخالف لونه وليس من البرص، فالبرص والجذام أولى. أو أبيض الشعر في غير سنّه، ولا تضر حمرة. أو مخبلاً بالموحدة، وهو من في عقله خَبَلٌ أي فساد. أو أبله، وهو من غلب عليه سلامة الصدر؛ زوي: «إِنَّ أَكْثَرَ أَهْلِ الْجَنَّةِ الْبُلَّةُ»^(١) أي في أمر الدنيا لقلّة اهتمامهم بها، وهم أكياس في أمر الآخرة؛ وحمل بعضهم الأبله على معنى لطيف، وهو من

(١) ذكره ابن عدي في «الكامل في الضعفاء» (الحدِيث: ١١٦٠/٣).

وَجِمَاحِ الدَّابَّةِ وَعَضَّهَا، وَكُلَّ مَا يَنْقُصُ الْعَيْنَ أَوْ الْقِيَمَةَ نَقْصًا يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ إِذَا غَلَبَ فِي جِنْسِ الْمَبِيعِ عَدَمُهُ سِوَاءَ قَارَنَ الْعَقْدَ أَمْ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ،

يعمل لأجل النعيم، وغيره هو الذي يعمل لوجه الله تعالى؛ فأكثر أهل الجنة من القسم الأول فهو ليس بمذموم، ولكن القسم الثاني أعلى.

(وجمّاح الدابة) بالكسر: أي امتناعها على ركبها. (وعضها) أو زُمُحُها لنقص القيمة بذلك. وكونها تشرب لبنها أو لبن غيرها، أو تكون بحيث يُخشى من ركوبها السقوط لخشونة مشيها. أو ساقطة الأسنان لا كبير، أو قليلة الأكل بخلاف قلة الأكل في آدمي. والحموضة في البطيخ لا الرمان عيب. ولا ردّ بكون الرقيق رطب الكلام ولا بكونه عقيماً، ولا بكون العبد عتياً؛ وليس عدم الختان عيباً إلا في عبد كبير خوفاً عليه من الختان بخلاف الأمة الكبيرة، لأن ختانها سليم لا يُخاف عليها منه؛ وضبط بعضهم الصغير بعدم البلوغ. ومن العيوب ظهور مكتوب بوقية المبيع ولم يثبت، وكذا شيوعها بين الناس. وشقّ أذن الشاة مثلاً إن منع الإجزاء في الأضحية.

ولما كان لا مطمع في استيفاء العيوب المثبتة للردّ ذكر ضابطاً جامعاً لها شاملاً لما ذكره ولما لم يذكره فقال: (وكل ما) بالجزء، (ينقص العين) بفتح الباء وضبط القاف بضبط المصنف أفصح من ضم الباء وكسر القاف المشددة، قال تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئاً﴾^(١). (أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه) إذ الغالب في الأعيان السلامة، فبدل المال يكون في مقابلة السليم، فإذا بان العيب وجب التمكن من التدارك. فقله: «يفوت به غرض صحيح» قيد في نقص العين خاصة ليحترز به عن قطع أصبع زائدة أو جزء يسير من الفخذ أو الساق لا يورث شيئاً ولا يفوت غرضاً، فلا ردّ به، فلو ذكره عقبه إما بأن يقدم ذكر القيمة، أو يجعل هذا القيد عقب نقص العين قبل ذكر القيمة لكان أولى. وقوله: «إذا غلب في جنس المبيع عدمه» يرجع إلى القيمة والعين؛ فأما القيمة فاحترز به عن الثبوت في الأمة الكبيرة السن. قال شيخنا: وكذا الخصاص في الثيران؛ ومرة الإشارة إليه. قال الأذري: وكرتكت الصلاة في الأرقاء فإن ذلك لا يقتضي الردّ وإن نقصت القيمة بذلك، ويمكن حمل هذا على الأرقاء الجلب، وما تقدم على غيرهم. وأما في العين فاحترز به على قلع الأسنان في الكبير؛ قاله الإسنوي، قال: وقد جزم في المطلب بامتناع الرد ببياض الشعر في الكبير، وهو نظير ما نحن فيه.

فائدة: العيب ستة أقسام: في البيع، والزكاة، والغرة، والصدّاق إذا لم يفارق قبل الدخول ما مرّ، وفي الكفارة ما ضرّ بالعمل إضراراً بيناً، وفي الأضحية والهدي والعقيقة ما نقص اللحم، وفي النكاح ما نفر عن الوطاء كما هو مبين في محله، وفي الصدّاق إذا فارق قبل الدخول ما فات به غرض صحيح سواء أكان الغالب في أمثاله عدمه أم لا، وفي الإجارة ما يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت في الأجرة. قال الدميري: وينبغي أن يزداد عيب المرهون، فالظاهر أنه ما نقص القيمة فقط.

(سواء) في ثبوت الخيار (قارن) العيب (العقد) بأن كان موجوداً قبله (أم حدث) بعده و (قبل القبض) للمبيع؛ لأن المبيع حينئذ من ضمان البائع، فكذا جزؤه. ولو حدث قبل القبض بسبب متقدم رضي به المشتري، كما لو اشترى بكرة مزوّجة عالمياً فأزال الزوج بكارتها. قال السبكي: لم أر فيه نقلاً، والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد لرضاه بسببه. فإن قيل: إن هذه ستأتي في قول المصنف: «إلا أن يستند إلى سبب متقدم». أجيب

(١) سورة التوبة، الآية: ٤.

وَلَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ فَلَا خِيَارَ إِلَّا أَنْ يَسْتَبَدَّ إِلَى سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ كَقَطْعِهِ بِجِنَايَةِ سَابِقَةٍ فَيَثْبُتَ الرَّدُّ فِي الْأَصْحَ، بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِمَرَضٍ سَابِقٍ فِي الْأَصْحَ؛ وَلَوْ قُتِلَ بِرَدَّةٍ سَابِقَةٍ ضَمِنَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصْحَ،

بأن الذي يأتي في كلامه أن العيب إذا حدث بعد القبض بسبب سابق لا يمنع الرد، والذي قاله السبكي أنه لو حدث العيب قبل القبض بسبب سابق رضي به المشتري فعلى كلام السبكي تستثنى هذه الصورة من كلام المصنف.

(ولو حدث) العيب (بعده) أي القبض، (فلا خيار) في الرد به لأنه بالقبض صار من ضمانه، فكذا جزؤه وصفته. قال ابن الرفعة: ومحلّه بعد لزوم العقد، أما قبله فبيني على ما إذا تلف حينئذ هل يفسخ؟ والأرجح ما قاله الرافعي إن قلنا الملك للبائع انفسخ والأفلا، فإن قلنا يفسخ؛ أي وهو الراجح، فحدوثه كوجوده قبل القبض. (إلا أن يستند إلى سبب متقدم) على القبض أو العقد ويجهله المشتري، (كقطعه) أي المبيع العبد أو الأمة (بجناية) أو سرقة (سابقة) على القبض؛ (فيثبت الرد) بذلك (في الأصح) لأن قطعه لتقدم سببه كالمقدم. وفي معنى القطع زوال البكارة واستيفاء الحد بالجلد. والثاني: لا يثبت به الرد لأنه قد تسلط على التصرف بالقبض فيدخل المبيع في ضمانه؛ وعلى هذا يرجع بالأرث وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن، فإن كان عالمًا به فلا ردّ له به جزماً ولا أرش لدخوله في العقد على بصيرة.

(بخلاف موته) أي المبيع، (بمرض سابق) على القبض جهله المشتري، فلا يثبت به لازم الرد المتعذر من استرجاع الثمن؛ (في الأصح) المقطوع به. ولو عبّر بالمذهب لكان أولى، لأن المرض يزداد شيئاً فشيئاً إلى الموت فلم يحصل بالسابق. والثاني: يثبت استرجاع الثمن لأن السابق أفضى إليه فكأنه سبق فيفسخ به البيع قبيل الموت. وعلى الأول للمشتري أرش المرض وهو ما بين قيمة المبيع صحيحاً ومريضاً من الثمن؛ ومحلّ الخلاف في المرض المخوف كما في التذنب وغيره، أما غيره كالحمى السيرة إذا لم يعلم بها المشتري، فإن زادت في يده ومات لا يرجع بشيء قطعاً لموته بما حدث في يده، والجراحة السارية كالمرض، وكذا الحامل إذا ماتت من الطلق، فإن كان المشتري عالمًا بالمرض فلا شيء له جزماً.

(ولو قتل) المبيع (بردة) أو محاربة أو جناية أو محاربا قصاصاً؛ (سابقة) على القبض جهلها المشتري، (ضمنه البائع في الأصح) بجميع الثمن لأن قتله لتقدم سببه كالمقدم فيفسخ البيع فيه قبيل القتل. والثاني: لا يضمنه البائع؛ ولكن تعلق القتل به عيب يثبت به الأرث وهو ما بين قيمته مستحق القتل وغير مستحقه من الثمن. وينبغي على الخلاف في المسألتين مؤنة التجهيز والدفن، فهي على الأصح على المشتري في الأولى وعلى البائع وجوباً في الثانية. فإن كان المشتري عالمًا بالحال فلا شيء له جزماً.

تنبيه: لو قال المصنف: «قتل بموجب سابق» لكان أولى ليشمل ما زدته والقتل بترك الصلاة ونحو ذلك. فإن قيل: تارك الصلاة لم يقتل بموجب سابق، بل بتصميمه على ترك القضاء. أجيب بأن الترك موجب للقتل، والتصميم على ترك القضاء موجب للاستيفاء كما في الردة فإنها السبب الموجب للقتل ويقاؤه عليها موجب للاستيفاء. قال الشارح: ولو أخرج عبارته الأولى، وهي قوله: «بخلاف موته إلخ» عن الثانية لاستغنى عن التأويل السابق؛ أي وهو قولنا تبعاً له لازم الرد، إذ لا يتوهم أن الخلاف في الرد لأنه قد تعذر بموته. وقضية كلامه صحة بيع المرتد وهو الأصح، وكذا المتحتم قتله بالمحاربة ولا قيمة على متلفهما كما قاله ابن المقري لاستحقاقهما القتل، والثانية نقلها الشيخان عن القفال، ولعله بناها على أن المغلّب في قتل المحارب معنى

وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ بَرَاءَتِهِ مِنَ الْعُيُوبِ فَلَاظْهَرُ أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ كُلِّ عَيْبٍ بَاطِنٍ بِالْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ، وَلَهُ مَعَ هَذَا الشَّرْطِ الرَّدُّ بِعَيْبٍ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ عَمَّا يَخْدُثُ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ.

الحدّ، لكن الصحيح أن المقلب فيه معنى القصاص وأنه لو قتله غير الإمام بغير إذنه لزمه ديته، وقضيته أنه يلزم قاتل العبد المحارب قيمته لمالكة؛ نيّه على ذلك الأذعري. والمعتمد الأول مع أن الحكم لا ينحصر فيه وفي المرتد بل يجري في غيرهما كتارك الصلاة والصائت والزاني المحصن بأن زنى ذمي ثم التحق بدار الحرب ثم استرقّ فيصح بيعهم ولا قيمة على متلفهم.

ثم شرع في الأمر الثاني وهو ما يظن حصوله بشرط، فقال: (ولو باع) حيواناً أو غيره (بشرط براءته من العيوب) في المبيع، أو قال بعثك على أن لا ترد بعيب، (فالأظهر أنه يبرأ عن عيب باطن بالحيوان لم يعلمه) البائع (دون غيره) أي العيب المذكور، فلا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقاً، ولا عن عيب ظاهر بالحيوان علمه أم لا، ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه. والمراد بالباطن كما قال شيخنا ما لا يطلع عليه غالباً. والثاني: يبرأ عن كل عيب عملاً بالشرط. والثالث: لا يبرأ عن عيب ما للجهل بالمبرأ منه، وهو القياس؛ وإنما خرج منه على الأول صورة من الحيوان لما رواه مالك في الموطأ: أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما باع غلاماً بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه وهو زيد بن ثابت لعبد الله بن عمر: بالعبد داءً لم تسمه لي! فاختصما إلى عثمان رضي الله تعالى عنه ففضى على ابن عمر أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبدالله أن يحلف وارتجع العبد فباعه بألف وخسمائة^(١)؛ وفي الشامل وغيره أن المشتري زيد بن ثابت كما أورده الرافعي، وأن ابن عمر كان يقول: تركت اليمين لله فعوضني الله عنها ذلّ قضاء عثمان رضي الله عنه على البراءة في صورة الحيوان المذكورة. وقد وافق اجتهاده فيها اجتهاد الشافعي رضي الله تعالى عنه، وقال: الحيوان يعتدي في الصحة وتحول طباعه فقد لا ينفك عن عيب خفي أو ظاهر؛ أي فيحتاج البائع فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزومه البيع فيما لا يعلمه من الخفي دون ما يعلمه مطلقاً في حيوان أو غيره لتليسه فيه، وما لم يعلمه من الظاهر فيهما لندرة خفائه عليه، أو من الخفي في غير الحيوان كالجوز واللوز إذ الغالب عدم تغييره بخلاف الحيوان.

تنبية: لا فرق في الحيوان بين العبد الذي يخبر عن نفسه وغيره. وقول المصنف: «عن كل عيب باطن»، لفظة «باطن» ساقطة من بعض النسخ، والصواب إثباتها لما مرّ أنه لا يبرأ عن عيب ظاهر. قال الولي العراقي: وقد رأيت لفظة «باطن» مخروجة على حاشية أصل المصنف، لكن لا أدري هل هي بخطه أم لا؟ وليست في المحرر اه. وفي الدقائق لفظة «باطن» مما زاده المنهاج ولا بدّ منها على الصحيح.

(وله) أي المشتري، (مع هذا الشرط الرد بعيب حدث) بعد العقد و (قبل القبض) لانصراف الشرط إلى الموجود عند العقد؛ ولو اختلفا في القدم فوجهان في الحاوي. ويؤخذ من كلام المصنف الآتي في قوله: «ولو اختلفا في قدم العيب» أن البائع هو المصدق.

(ولو شرط البراءة عما يحدث) من العيوب قبل القبض ولو مع الموجود منها، (لم يصح) الشرط (في الأصح) لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته فلم يسقط كما لو برأه عن ثمن ما يبيعه له. والثاني: يصح بطريق التبعية،

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ في كتاب: البيوع، باب: العيب في الرقيق (الحديث: ١٣٣٣).

وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أَوْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ الْعَيْبَ رَجَعَ بِالْأَرْضِ،

فإن انفرد الحادث فهو أولى بالبطلان كما في الروضة وأصلها، ولو شرط البراءة عن عيب عينه فإن كان مما يُعابن كالبرص فإن أراه قدره وموضعه بريء منه قطعاً وإلا فهو كشرط البراءة مطلقاً فلا يبرأ منه على الأظهر لتفاوت الأغراض باختلاف قدره وموضعه، وإن كان مما لا يُعابن كالزنا أو السرقة أو الإباق بريء منه قطعاً، لأن ذكرها إعلام بها. قال السبكي: وبعض الوراقين في زماننا يجعل بدل شرط البراءة إعلام البائع المشتري بأن بالمبيع جميع العيوب ورضي به؛ وهذا جهل لأنه كذب ولا يفيد لأن الصحيح أن التسمية لا تكفي فيما يمكن معاينته حتى يبره إياه. وأما ما لا يمكن معاينته فذكره مجعلاً بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية فلا يفيد. ولا يجوز للحاكم إلزام المشتري بمقتضى هذا الإقرار للعلم بكذبه وطلانه، وإذا وقع ذلك يكون كشرط البراءة. ولو شرط أن الأمة بكراً أو صغيرة أو مسلمة فبان خلاف ذلك فله الرد لخلف الشرط، وكذا لو شرط كون الرقيق المبيع كاتباً أو خبازاً أو نحو ذلك من الأوصاف المقصودة فبان خلافه فإنه يثبت له الخيار لفوات فضيلة ما شرطه. ولو شرط أنها تيب فخرجت بكراً لم ترد لأنها أكمل مما شرط، وقيل: تُردُّ لأنه قد يكون له في ذلك غرض كضعف آتته أو كبر سنه وقد فات عليه. ولو شرط أن الرقيق كافر أو فحل أو مختون أو خصي فخرج مسلماً في الأولى أو خصياً في الثانية أو أقلف في الثالثة أو فحلاً في الرابعة، ثبت له الرد لاختلاف لأغراض بذلك، إذ في الكافر مثلاً فوات كثرة الراغبين، إذ يشتريه الكافر والمسلم بخلاف المسلم. والخصي بفتح الخاء من قطع أنثياه أو سُلِّتَا وبقي ذكره، فلو شرط كونه أقلف فبان مختوناً لم يثبت له الرد إذ لم يفت بذلك غرض مقصود إلا إن كان الأقلف مجوسياً بين مجوس يرغبون فيه بزيادة فيثبت له بذلك الرد. ولو شرط كونه فاسقاً أو خائناً أو أمياً أو أحمق أو ناقص الخلقة فبان خلافه لم يثبت له الرد لأنه خير مما شرط. ولو شرط كون الأمة يهودية أو نصرانية فبان مجوسية أو نحوها ثبت له الرد لفوات جلّ الوطاء، بخلاف ما لو شرط كونها يهودية فبان نصرانية أو بالعكس. ولو اشترى ثوباً على أنه قطن فبان كتاناً لم يصح الشراء لاختلاف الجنس.

(ولو هلك المبيع) غير الربوي المبيع بجنسه، (عند المشتري) سواء كان بأية سماوية أم بغيرها كأن أكل الطعام (أو) خرج عن قبول النقل كان (أعتقه) والعبد مسلم، أو وقفه ولو كافراً، أو استولد الأمة، أو جعل الشاة أضحية؛ (ثم علم العيب) به (رجع بالأرض) لتعذر الرد بفوات المبيع حساً أو شرعاً. فإن كان العبد كافراً، قال الإسنوي: لا يرجع؛ لأنه لم ييأس من رده لإمكان لحوقه بدار الحرب فيسترق ثم يعود إلى الملك. قال: ويجب حمل إطلاقهم على هذا اهـ. ومحله إذا كان المعتق كافراً أيضاً، إذ عتيق المسلم لا يُسترق؛ ومع هذا فهو بعيد، فينبغي إطلاق كلام الأصحاب. ولو اشترى معيباً جاهلاً بعيبه يعتق عليه، أو بشرط العتق فأعتقه رجع بأرضه؛ لأن المقصود وإن كان العتق قرينة فبذل الثمن إنما كان في مقابلة ما ظنه من سلامة المبيع، فإذا فات منه جزء صار ما قصد عتقه مقابلاً ببعض الثمن فرجع في الباقي. ومسألة القريب أو من أقر بحريته ليست داخلية في كلام المصنف رحمه الله، فإن الموجود إنما هو العتق لا الإعناق. ولو قال: «أعتق عبدك عني على كذا» ففعل ثم ظهر معيباً وجب الأرض واستمر العتق كما جزم به الشيخان في الكفار، قالوا: ويجزى عن الكفارة إن لم يمنع العيب الإجزاء. أما الربوي المذكور كذهب ببيع بوزنه ذهباً فبان معيباً بعد تلفه فلا أرض فيه، بل يفسخ البيع، ويغرم البديل، ويسترد الثمن، وإلا لنقص الثمن فيصير الباقي منه مقابلاً بأكثر منه، وذلك ربا إن ورد على العين، فإن ورد على الذمة ثم عتق غرم بدل التالف، واستبدل في مجلس الرد وإن فارق مجلس العقد. وهل يمتنع الرد على بائع الصيد إذا أحرم لأن رده إتلاف عليه؟ قال الإسنوي: فيه نظر اهـ. والذي يظهر أن له الرد،

وَهُوَ جُزْءٌ مِنْ ثَمَنِهِ نَسْبَتُهُ إِلَيْهِ نِسْبَةُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنَ الْقِيَمَةِ لَوْ كَانَ سَلِيمًا.
وَالْأَصْحُ أَعْتَبَارًا أَقَلَّ قِيَمِهِ مِنْ يَوْمِ الْبَيْعِ إِلَى الْقَبْضِ.

لأن البائع منسوب إلى تقصير في الجملة. ولو وجد المسلم إليه برأس مال المسلم عيباً بعد تلفه عنده، فإن كان معيناً نقص من المسلم فيه بقدر نقص العيب من قيمة رأس المال أو في الذمة وعين غرم بدل التالف واستبدل في مجلس الرد، وإن فارق مجلس العقد.

(وهو) أي الأرش (جزء من ثمنه) أي المبيع، (نسبته إليه) أي نسبة الجزء إلى الثمن، (نسبة) أي مثل نسبة (ما نقص العيب من القيمة لو كان) المبيع (سليماً) إليها؛ ولو ذكر هذه اللفظة وقال كما في المحرر والشرحين والروضة «إلى تمام قيمة السليم» لكان أوّل؛ لأن النسبة لا بدّ فيها من منسوب ومنسوب إليه، والنسبة هنا مذكورة مرتين؛ فالأولى هي النسبة المذكورة في الجزء الذي هو الأرش وقد ذكر فيها الأمرين، وأما الثانية فذكر معها المنسوب خاصة وهو المقدار الذي نقصه العيب من القيمة، فيقال: نأخذ نسبة هذا المقدار من تمام القيمة، ولكنه ترك ذلك للعلم به، فلو كانت قيمته بلا عيب مائة وبه تسعين فنسبة النقص إلى قيمة عشر، فالأرش عشر الثمن، وإنما كان الرجوع بجزء من الثمن لأن المبيع مضمون على البائع بالثمن، فيكون جزؤه مضموناً عليه بجزء الثمن، فإن كان قبض الثمن رد جزئه وإلا سقط عن المشتري بطلبه، وقيل: بلا طلب.

(والأصح اعتبار أقل قيمة) أي المبيع، (من يوم) أي وقت (البيع إلى) وقت (القبض) لأن القيمة إن كانت وقت البيع أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري فلا تدخل في التقويم، وإن كانت وقت القبض أو بين الوقتين أقل فما نقص كان من ضمان البائع، والزيادة في الثانية حدثت في ملك المشتري فلا تدخل في التقويم. والثاني: اعتبار قيمة وقت البيع، لأنه وقت مقابلة الثمن بالمبيع. والثالث: قيمة وقت القبض، لأنه وقت دخول المبيع في ضمان المشتري.

تنبیه: قول المصنف: «أقل قيمه»، قال في الدقائق: وهو جمع قيمة، وعلى هذا يقرأ بفتح الياء، وبذلك ضبطه المصنف في أصله وقال إنه أصوب من قول المحرر «أقل قيمتي العقد والقبض» لاعتباره الوسط؛ أي بين قيمتي اليومين. قال الإسنوي: وما في الكتاب غريب؛ لأنه ليس محكياً في أصوله المبسوطة وجهاً فضلاً عن اختياره، ولأن النقصان الحاصل قبل القبض إذا زال قبل القبض لا يثبت للمشتري الخيار فكيف يكون مضموناً على البائع اهـ. وعبر بالأصح دون الأظهر ليوافق الطريقة الراجحة وإن لم يشعر بها، ولو عبر بالمذهب كان أوّل؛ لأن هذه أقوال محكية في طريقة فيما عدا ما بين الوقتين، والطريقة الراجحة القطع باعتبار أقل قيمتي وقت العقد والقبض. وإذا اعتبرت قيم المبيع فإما أن تتحد قيمته سليماً وقيمتاه معيماً، أو تتحدا سليماً وتختلفا معيماً، وقيمته يوم العقد أقل أو أكثر أو يتحدا معيماً ويختلفا سليماً، وقيمته يوم العقد أقل أو أكثر؛ أو يختلفا سليماً ومعياً وقيمته يوم العقد سليماً ومعياً أقل، أو أكثر، أو سليماً أقل ومعياً أكثر، أو بالعكس؛ فذاك تسعة أقسام أمثلتها على الترتيب: اشتري عبداً بألف وقيمته وقت العقد والقبض سليماً مائة ومعياً تسعون فالنقص عشرة، وهي عشر قيمته سليماً، فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو مائة. ولو كانت قيمته سليماً مائة وقيمتاه معيماً وقت العقد ثمانين ووقت القبض تسعين أو وقت العقد تسعين ووقت القبض ثمانين، فالتفاوت بين قيمته سليماً وأقل قيمته معياً عشرون وهي خمس قيمته سليماً فيرجع بخمس الثمن. ولو كانت قيمته معياً ثمانين وسليماً وقت العقد تسعين ووقت القبض مائة أو وقت العقد مائة ووقت القبض تسعين، فالتفاوت بين قيمته معياً وأقل قيمته

وَلَوْ تَلَفَ الثَّمَنُ دُونَ الْمَبِيعِ رَدَّهُ وَأَخَذَ مِثْلَ الثَّمَنِ أَوْ قِيَمَتَهُ. وَلَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ زَوَالِ مَلِكِهِ إِلَى غَيْرِهِ فَلَا أَرَشَ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ عَادَ الْمَلِكُ فَلَهُ الرَّدُّ، وَقِيلَ: إِنْ عَادَ بِغَيْرِ الرَّدِّ بَعِيْبٍ فَلَا رَدٌّ؛ وَالرَّدُّ عَلَى الْفُورِ

سليماً عشرة وهي تُسَعُّ أقل قيمته سليماً فيرجع بتسع الثمن. ولو كانت قيمته وقت العقد سليماً مائة ومعيباً ثمانين ووقت القبض سليماً مائة وعشرين ومعيباً تسعين أو بالعكس أو قيمته وقت العقد سليماً مائة ومعيباً تسعين ووقت القبض سليماً مائة وعشرين ومعيباً ثمانين أو بالعكس، فالتفاوت بين أقل قيمته سليماً وأقل قيمته معيباً عشرون وهي خُمس أقل قيمته سليماً فيرجع بخمس الثمن. وإذا نظرت إلى قيمته فيما بين الوقتين أيضاً زادت الأقسام.

(ولو تلف الثمن) المقبوض حساً كان تلف، أو شرعاً كأن أعتقه أو كاتبه أو وقفه أو استولد الأمة أو خرج عن ملكه إلى غيره أو تعلق به حق لازم كزهن. (دون المبيع) المقبوض ثم أطلع على عيب وأراد رده به (رده) أي المبيع المشتري لوجوده خالياً عن الموانع، (وأخذ مثل الثمن) إن كان مثلياً، (أو قيمته) إن كان متقوماً؛ لأنه لو كان باقياً لاستحققه، فإذا تلف ضمنه بذلك قياساً على غيره. ويعتبر أقل قيمه من وقت البيع إلى وقت القبض كما في الروضة وأصلها، وهو يخالف ما تقدم عنهما في الأرش، لكنه يوافق ما في الكتاب هناك. قال الإسنوي: والصواب التسوية اهـ. وعبارة الشرح الصغير هنا. «ويعتبر الأقل من قيمة يوم العقد والقبض» فهي موافقة لما تقدم، والمعتمد أننا نعتبر الوسط هنا وهناك. ولو صالحه البائع بالأرش أو غيره عن الرد لم يصح، لأنه خيار فسخ فأشبهه خيار التروي في كونه غير متقوم ولم يسقط الرد، لأنه إنما يسقط بعوض ولم يسلم إلا إن علم بطلان المصالحة فيسقط الرد لتقصيره؛ وليس لمن له الرد إمساك المبيع وطلب الأرش ولا للبائع منعه من الرد ودفع الأرش.

(ولو علم العيب) بالمبيع (بعد زوال ملكه) عنه (إلى غيره) بعوض أو بدونه وهو باقٍ بحاله في يد الثاني، (فلا أرش) له (في الأصح) لأنه لم يئأس من الرد فقد يعود إليه فيرده، وقيل: علته أنه استدرك الظلامة. وخرجا على هاتين العلتين زواله بلا عوض، فعلى الأولى وهي الصحيحة لا أرش، وعلى الثانية يجب. والوجه الثاني أن له الأرش كما لو تلف.

(فإن عاد الملك) إليه بعوض أو بغيره أو انفك رهته أو نحو ذلك، (فله الرد) لزوال المانع. (و) على العلة الثانية (قيل إن عاد) المبيع إليه (بغير الرد بعيب فلا رد) له؛ لأنه بالاعتياض عنه استدرك الظلامة وغبن غيره كما غبن هو؛ ولم يبطل ذلك الاستدراك بخلاف ما لو رد عليه بعيب. وعلى الأصح لو تعذر العود لتلف أو إعتاق رجع بالأرش المشتري الثاني على الأول والأول على بائعه، وله الرجوع عليه قبل الغرم للثاني ومع إبرائه منه. وقيل: لا فيهما بناء على التعليل باستدراك الظلامة.

(والرد) بالعيب (على الفور) بالإجماع كما قاله ابن الرفعة؛ ولأن الأصل في البيع اللزوم والجواز عارض فيه، ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان فورياً كالشفعة فيبطل بالتأخير بغير عذر. وهذا في المبيع المعين، أما الواجب في الذمة يبيع أو سلم إذ قبض فوجد معيباً، فقال الإمام: إن قلنا لا يملك لا بالرضا. أي وهو الأصح. فلا يعتبر الفور، إذ الملك موقوف على الرضا. وكذا إن قلنا يملك بالقبض لأنه ليس معقوداً عليه؛ وإنما يثبت الفور فيما يؤدي رده إلى رفع العقد.

فَلْيَبْدِزْ عَلَى الْعَادَةِ، فَلَوْ عَلِمَهُ وَهُوَ يَصَلِّي أَوْ يَأْكُلُ فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّى يَفْرُغَ أَوْ لَيْلًا فَحَتَّى يُصْبِحَ. فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ بِالْبَلَدِ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ أَوْ وَكَيْلِهِ أَوْ عَلَى وَكَيْلِهِ. وَلَوْ تَرَكَهَ وَرَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ فَهُوَ أَكْذُ،

تنبیه: يُسْتَثْنَى من اشتراط الفَورِ صَوْرًا: منها لو آجر المبيع ثم علم بالعيب ولم يرضَ البائع بالعين مسلوقة المنفعة مدة الإجارة فإن المشتري يُعذر في التأخير إلى انقضاء المدة. ومنها قريب العهد بالإسلام. ومن ينشأ ببادية بعيدة عن العلماء إذا ادعى الجهل بأن له الرد فإنه يقبل منه. ولو ادعى الجهل بالفورية وكان ممن يخفى عليه ذلك قُبِل. ومنها ما لو باع مالا زكويًا قبل الحَوْلِ ووجد المشتري به عيباً قديماً وقد مضى حول من يوم الشراء ولم يخرج الزكاة بعد فليس له الرد حتى يخرجها، سواء أقلنا الزكاة تتعلق بالعين أم الذمة؛ لأن للساعي أخذ الزكاة من عينها لو تعذر أخذها من المشتري؛ وذلك عيب حادث فلا يبطل الرد بالتأخير إلى أن يؤدي الزكاة لأنه غير متمكن منه قبله، وإنما يبطل بالتأخير مع التمكن. ومنها ما لو أطلع المشتري على عيب بالشقص قبل أخذ الشفع فأمسك عن رده انتظاراً للشفيع، فإن كان الشفع غائباً بطل حقه بالانتظار وإن كان حاضراً فلا. ومنها ما إذا اشتغل بالرد بعيب وأخذ في تشييته ولم يمكنه فله الرد بعيب آخر ويعذر فيه لاشتغاله بالرد بعيب غيره، ففي فتاوى ابن الصلاح: اشترى جارية ثم ادعى جنونها وطلب ردها ولم يثبت جنونها فادعى عليه بعيب ثانٍ فإن له الرد إذا ثبت ولا يمنع من ذلك ما ادعاه من جنون متقدم ولا تأخير إثباته إذا كان لعجزه، ولو قال البائع: أنا أزيل ما به من عيب، وأمكن في مدة لا أجرة لمثلها كقتل الحجارة المدفونة فإنه يقبل ولا رد للمشتري.

(فليبادر) مرید الرد (على العادة) ولا يؤمر بالعدو والركض ليرد. (فلو علمه وهو يصلي) فرضاً أو نفلًا (أو يأكل) أو يقضي حاجته كما في المحرز، أو وهو في حمام كما ذكر المصنف في الشفعة؛ (فله تأخيرته حتى يفرغ) لأنه لا يعد مقصراً، ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار فيها على ما يجزىء ولا يزيد فيها على ما يسر للمنفرد فيما يظهر. وكلامه يُوهم أنه لو علمه وقد دخل وقت هذه الأشياء ولم يشرع فيها أن الحكم بخلافه؛ وليس مراداً إذ لا فرق. ولو لبس ثوبه أو أغلق بابه فلا بأس. ولا يضر في الرد الابتداء بالسلام بخلاف الاشتغال بمحادثته. ولو اشترى عبداً فأبق قبل القبض وأجاز المشتري البيع ثم أراد الفسخ فله ذلك ما لم يعد العبد إليه.

(أو) علمه (ليلاً) وقته ابن الرفعة بكلفة السير فيه، ونقل نحوه عن التتمة. (فحتى يصبح) أما إذا لم يكن عليه كلفة في السير، كان جاراً له فلا فرق بين الليل والنهار.

(فإن كان البائع) المالك (بالبلد رده عليه بنفسه أو وكيله) إن لم يحصل بالتوكيل تأخير، (أو على وكيله) بالبلد كذلك؛ لأنه قائم مقامه في ذلك. أما إذا كان البائع وكيلاً فإنه يرده عليه أو على موكله. وعبرة المحرر: «رده بنفسه أو وكيله عليه أو على وكيله»؛ أي لكلٍ منهما الرد على كل منهما؛ فقدم المصنف لفظه «عليه» ففاته النص على التخيير عند الرد إلى الوكيل. ولو مات المالك رده على وارثه أو حجر عليه فعلى وليه.

(ولو تركه) أي البائع أو وكيله (ورفع الأمر إلى الحاكم فهو أكد) لأن الخصم ربما أخوَجَه في آخر الأمر إلى المرافعة إليه فيكون الإتيان إليه فاصلاً للأمر جزماً. وقضية كلام الشيخين أنه لا فرق في التخيير المذكور بين أن يكون الاطلاع بحضرة أحدهم أم في غيبة الكل؛ وهو كذلك لما مر، وإن قال في المطلب إذا علم بحضرة أحدهم فالتأخير لغيره تقصير، وإذا جاء إلى الحاكم لا يدعي، لأن غريمه غائب عن المجلس وهو في البلد غير متوارٍ ولا متعذر، وإنما يفسخ بحضرة ثم يطلب غريمه ليرد عليه. قال السبكي: إذا قلنا: القاضي لا يقضي

وَأِنْ كَانَ غَائِبًا رَفَعَ إِلَى الْحَاكِمِ؛ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْإِشْهَادُ عَلَى الْفَسْخِ إِنْ أَمَكَّنَهُ حَتَّى يُنْهِيَهُ إِلَى الْبَائِعِ أَوْ الْحَاكِمِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِشْهَادِ لَمْ يَلْزَمُهُ التَّلَفُّظُ بِالْفَسْخِ فِي الْأَصَحِّ. وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ الْاسْتِعْمَالِ، فَلَوْ اسْتَحْدَمَ الْعَبْدُ أَوْ تَرَكَ عَلَى الدَّائِيَةِ سَرَجَهَا أَوْ إِكَاْفَهَا

بعلمه فما فائدة ذلك؟ فلعل هذا تفريع على الصحيح أن القاضي يقضي بعلمه. قال الأذرعى: ولأن الحاكم لا يخلو غالباً عن شهود أو بصير الحاكم شاهداً له.

(وإن كان) البائع (غائباً) عن البلد ولا وكيل له سواء أكانت المسافة قريبة أم بعيدة، (رفع) الأمر (إلى) الحاكم) ولا يؤخر لقدمه. وطريقه عند الرفع أن يدعي شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم قبضه ثم ظهر العيب وأنه فسخ البيع، ويقيم بينةً بذلك ويحلفه الحاكم أن الأمر جرى كذلك؛ لأنه قضاء على غائب ويحكم بالردّ على الغائب ويبقى الثمن ديناً عليه ويأخذ المبيع ويضعه عند عدل ثم يعطيه القاضي الثمن من مال الغائب، فإن لم يجد له سوى المبيع باعه فيه. فإن قيل: ذكر الشيخان في باب المبيع قبل قبضه عن صاحب التتمة وأقرّه أن للمشتري بعد فسخه بالعيب حيس المبيع إلى استرجاع ثمنه من البائع، فهلاً كان هنا كذلك! أجيب بأن القاضي ليس يخصم فيؤتمن بخلاف البائع. فإن قيل: إطلاق الشخين الغيبة يشمل قصير المسافة كما تقرر مع أن القضاء على الغائب لا يصح فيه. أجيب بأن هذه المسألة مستثناة من القضاء على الغائب كما قاله السبكي في شرح المهذب؛ لأن في تكليفه الخروج عن البلد مشقة، وإن قال الأذرعى المراد من الرفع إلى الحاكم عند قرب المسافة ليفسخ عنده أو ليطلب الرد بفسخه قبل الحضور إذا شهد عليه؛ أما القضاء به وفصل الأمر ويبيع ماله فلا بدّ فيه من شروط القضاء على الغائب.

(والأصح أنه يلزمه) أي المشتري، (الإشهاد على الفسخ إن أمكنه) ولو في حال عذره كمرض وغيبة وخوف من عدوّ؛ لأن الترك يحتمل الإعراض. وأصل البيع اللزوم فتعين الإشهاد بعدلين كما قاله القاضي حسين والغزالي أو عدل ليحلف معه كما قاله ابن الرفعة؛ وهو الظاهر، وإن قال الروياني في الشفعة إنه إن أشهد واحداً ليحلف معه لم يجز، لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصّر مستوتقاً لنفسه بالإشهاد.

وقوله: (حتى ينهيه إلى البائع أو الحاكم) يقتضي بقاء وجوب الذهاب؛ وهو ما اقتضاه كلام الرافعي أيضاً. وليس مراداً، بل المراد ما قاله السبكي رحمه الله تعالى وهو أنه ينفذ الفسخ ولا يحتاج بعده إلى إتيان البائع أو الحاكم إلا للتسليم وفصل الخصومة. والثاني: لا يلزمه الإشهاد لأنه إذا كان طالباً للمالك أو الحاكم لا يعد مقصراً. أما الإشهاد على الفسخ فلا يكفي على الأول كما هو مقتضى كلام الغزالي بخلافه في الشفعة، قال السبكي: لأنه يمكنه إنشاء الفسخ بحضرة الشهود، وفي الشفعة لا يمكنه إلا بأمور مقصودة، فليس المقدر في حقّه إلا الإشهاد على الطلب.

(فإن عجز عن الإشهاد) على الفسخ (لم يلزمه التلفظ بالفسخ في الأصح) إذ يبعد إيجابه من غير سامع أو سامع لا يعتد به؛ ولأنه ربما يتعذر عليه ثبوته فيتضرر بالمنع. والثاني: يجب لبياد بحسب الإمكان؛ وعلى هذا عامة الأصحاب كما قاله المتولّي لقدرته عليه.

(ويشترط) في الرد (ترك الاستعمال، فلو استخدم العبد) ولو شيء خفيف كقوله: «اسقني» ولو لم يسقه كما في بعض نسخ الروضة الصحيحة، (أو ترك على الدابة سرجها أو إكافها) وإن كان ملكاً للبائع أو ابتاعه معها

بَطَّلَ حَقَّهُ، وَيُعَدُّ فِي رُكُوبِ جَمُوحٍ يَغْسُرُ سَوْقَهَا وَقَوْدَهَا، وَإِذَا سَقَطَ رَدَّهُ بِتَقْصِيرٍ فَلَا أَرْشَ. وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ سَقَطَ الرَّدُّ قَهْرًا، ثُمَّ إِنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ رَدَّهُ الْمُشْتَرِي أَوْ قَبِعَ بِهِ، وَإِلَّا فَلْيَضُمَّ الْمُشْتَرِي أَرْشَ الْحَادِثِ إِلَى الْمَبِيعِ وَيَرُدُّ أَوْ يَغْرَمُ الْبَائِعُ أَرْشَ الْقَدِيمِ. وَلَا يَرُدُّ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا فَذَلِكَ،

كما جرى عليه ابن المقري في روضته ولم يحصل بالنزع ضرر أو ركبها؛ (بطل حقه) من الرد لإشعار ذلك الرضى. وإنما جعل الترك انتفاعاً؛ لأنه لو لم يتركه على الدابة لاحتاج إلى حمله أو تحميله. وقيل: لا يضر الاستعمال الخفيف كقوله «اغلق الباب»، وعلى الأول لا يضر ترك اللجام والعدار لختفهما فلا يعد تركهما ولا تعليقهما انتفاعاً، ولأن سوق الدابة يعسر بدونهما.

فائدة: العدار ما على خذ الدابة من اللجام أو المقود، والإكاف بكسر الهمزة أشهر من ضمها، ويقال أيضاً الوكاف بكسر الواو: وهو ما تحت البرذعة، وقيل: نفسها، وقيل: ما فوقها. ولا يضر علقها وسقيها أو حلبها في الطريق إذا حلبها وهي سائرة، فإن حلبها واقفة بطل حقه كما جزم به السبكي ونقله في البحر عن الأصحاب، وإن قال الأزرعي فيه وقفة.

تنبيه: أفهم كلام المصنف أن الرقيق لو خدم المشتري وهو ساكت لم يؤثر؛ لأن الاستخدام طلب العمل. وهو متجه كما قاله الإسنوي، ففي زوائد الروضة أنه لو جاء العبد بكوز فأخذ الكوز منه لم يضر لأن وضع الكوز في يده كوضعه على الأرض، فإن شرب ورد الكوز إليه فهو استعمال، وأن مجرد الطلب يؤثر وإن لم يوجد العمل، وهو ظاهر لدلالة الطلب على الرضا سواء أعمل أم لم يعمل.

(ويعدر في ركوب جموح) بفتح الجيم، (يعسر سوقها وقودها) بسكون الواو؛ للحاجة. فإن لم يعسر لم يعدر في الركوب. وإيغال الدابة في الطريق يسقط الرد إلا إن عجزت عن المشي للعدر. ولو لبس الثوب ثم علم عينه في الطريق لم يكلف نزعها؛ لأنه غير معتاد، بخلاف النزول عن الدابة لأن استدامة الركوب ركوب. ويتعين كما في المهمات تعيين عدم النزع في ذوي الهيئات، لأن غالب المحترفة لا يمتنعون من ذلك؛ ويأتي نحوه في النزول عن الدابة.

(وإذا سقط رده بتقصير) منه (فلا أرش) له لأنه هو المفوت بتقصيره. (ولو حدث) بالمبيع (عنده) أي المشتري، (عيب) بأفة أو غيرها لا بسبب وجد في يد البائع كما علم مما مر، ثم أطلع على عيب قديم، (سقط الرد قهراً) أي الرد القهري؛ لأنه أخذه بعيب فلا يردّه بعيين، والضرر لا يزال بالضرر؛ ونسيان القرآن والحرقة بمثابة العيب لنقصان القيمة. ويستثنى من منع الرد بحدوث العيب عند المشتري ما لو لم يعلم بالعيب القديم إلا بعد زوال الحادث، وما إذا كان العيب هو التزويج وقال الزوج قبل الدخول: «إن ردك المشتري بعيب فأنت طالق» فله الرد لزوال المانع.

(ثم إن رضي به) أي المبيع (البائع) معيياً، (رده) عليه (المشتري) بلا أرش للحادث، (أو قبح به) بلا أرش عن القديم؛ لأن المانع من الرد وهو ضرر البائع قد زال برضاه به. (وإلا) بأن لم يرض البائع به معيياً، (فليضم المشتري أرش الحادث إلى المبيع ويرد أو يغرم البائع أرش القديم ولا يرد) المشتري؛ لأن كلاً من ذلك فيه جمع بين المصلحتين ورعاية للجانبين.

(فإن اتفقا على أحدهما) في غير الربوي المبيع بجنسه، (فذلك) ظاهر؛ لأن الحق لهما؛ أما الربوي

وَالْأَصْحَحُ إِجَابَةُ مَنْ طَلَبَ الْإِمْسَاكَ. وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ الْمُشْتَرِي النَّبَائِعَ عَلَى الْفَوْرِ بِالْحَادِثِ لِيُخْتَارَ، فَإِنْ أَخَّرَ إِعْلَامَهُ بِلَا عُدْرٍ فَلَا رَدَّ وَلَا أَرْشَ.

المذكور فيتعين فيه الفسخ مع أرش الحادث لما مرّ فيه من الكلام على هلاك المبيع عند المشتري. فإن قيل: قد مرّ أن أخذ أرش القديم بالتراضي ممتنع. أوجب بأنه عند إمكان الردّ يتخيل أن الأرش في مقابلة سلطنة الردّ وهي لا تقابل بخلافه عند عدم إمكانه. فإن المقابلة كون عمّا فات من وصف السلامة في المبيع. ولو زال العيب الحادث بعد أخذ المشتري أرش العيب القديم أو بعد قضاء القاضي له به ولم يأخذه فليس له الفسخ ردّ الأرش لانفصال الأمر بذلك، فإن زال قبل أخذه له أو قبل قضاء القاضي به للمشتري فسخ ولو بعد التراضي على أخذ الأرش، وإن زال العيب القديم قبل أخذ أرشه لم يأخذه أو بعده وجب ردّه لزوال المقتضى لأخذه.

(وإلاً) أي وإن بقي العيبان وتنازعا بأن طلب أحدهما الردّ مع أرش الحادث والآخر الإمساك مع أرش القديم؛ (فالأصح إجابة من طلب الإمساك) مع أرش القديم سواء أكان هو البائع أم المشتري لما فيه من تقرير العقد. والثاني: يجاب المشتري مطلقاً لتلبيس البائع عليه. والثالث: يجاب البائع مطلقاً لأنه إما غارم أو أخذ ما لم يرد العقد عليه بخلاف المشتري. هذا كله فيمن يتصرّف لنفسه، أما من يتصرّف لغيره بولاية أو نيابة فإنه يفعل الأخطأ له.

فرع: لو اشترى ثوباً ثم صبغه ثم أطلع على عيبه فطلب المشتري أرش العيب وقال البائع ردّ الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ، أوجب البائع وسقط مع أرش العيب عن المشتري. فإن قيل: هلاً أوجب من طلب الإمساك كما في حدوث العيب! أوجب بأن المشتري هنا إذا أخذ الثمن وقيمة الصبغ لم يغرّم شيئاً، وهناك لو ألزّمناه الردّ وأرش الحادث غرّمناه لا في مقابلة شيء؛ فنظير مسألتنا هذه إن يطلب البائع ردّه بلا أرش الحادث فإنه لا يجاب المشتري، وعلى هذا تستثنى هذه الصورة من كلام المصنف. فإن قيل: كلامه في العيب الحادث عند المشتري والصبغ في هذه الصورة زيادة في المبيع لا عيب. أوجب بأن القفال قد صرح بأن الصبغ وإن زادت قيمته من العيوب كما نقله الأذري. هذا كله إذا لم يمكن فصل الصبغ بغير نقص في الثوب، فإن أمكن فصله بغير ذلك فصله وردّ الثوب كما اقتضاه تعليلهم وصرح به الخوارزمي وغيره.

(ويجب أن يعلم المشتري البائع على الفور بالحادث) مع القديم، (ليختار) شيئاً مما مرّ من أخذ المبيع وتركه وإعطاء الأرش. (فإن أخطر إعلامه) بذلك من فور الإطلاع على القديم (بلا عذر فلا ردّ) له به (ولا أرش) عنه، كما لو أخطر المشتري الردّ، فلو أخطر وادّعى الجهل بفقورية الإعلام بالحادث فهو كما لو ادّعى الجهل بفقورية الردّ، بل هذا كما قال الأذري أوّلئ لأنه لا يعرفه إلا الفقهاء.

تنبيه: لو كان الحادث قريب الزوال غالباً كرمّد وحتمى عُدْر في انتظار زواله في أحد قولين يظهر ترجيحه كما جزم به في الأنوار ليرد المبيع سالماً، وإن كان قد يؤخذ من كلام الشرح الصغير ترجيح ما يفهمه إطلاق المتن من المنع. ولو حدث عيب مثل القديم كبياض قديم وحادث في عينه ثم زال أحدهما وأشكل الحال واختلف فيه العاقدان. فقال البائع «الزائل القديم» فلا ردّ ولا أرش، وقال المشتري «بل الحادث في الردّ»، وحلف كل منهما على ما قاله؛ سقط الردّ بحلف البائع ووجب للمشتري الأرش بحلفه؛ وإنما وجب له مع أنه إنما يدّعي الردّ لتعذر الردّ، فإن اختلفا في قدره وجب الأقل لأنه المتيقن، ومن نكل منهما عن اليمين قضى عليه كما في نظائره.

وَلَوْ حَدَّثَ عَيْبٌ لَا يُعْرَفُ الْقَدِيمُ إِلَّا بِهِ كَكَسْرِ بَيْضٍ وَرَانِجٍ وَتَقْوِيرِ بَطِيخٍ مُدَوِّدٍ زُدَّ وَلَا أَرَشَ عَلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ .

فَإِنْ أَمَكْنَ مَعْرِفَةَ الْقَدِيمِ بِأَقْلٍ مِمَّا أَحَدَتْهُ فَكَسَائِرِ الْعَيْبِ الْحَادِثَةِ .

قاعدة: كل ما يثبت به الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث عند المشتري، وما لا يثبت به الرد عليه لم يمنع الرد إذا حدث عند المشتري، فتحریم الأمانة التي بوطئها على البائع لكون المشتري إبنه أو أباه لا يمنع الرد كما لا يثبت، وكذا لا يمنعه إرضاع بحرم الصغير على البائع كأن ارتضعت من أمه أو إبنته في يد المشتري ثم علم الغيب؛ إلا في مسائل قليلة يمتنع فيها الرد وإن كانت لا يثبت فيها الرد؛ منها الثبوتة في الأمانة في أوانها فإنه لا يرد بها مع أنه لو اشتراها بكرة فوطئها امتنع الرد. ومنها وجود العبد غير قاريء أو عارف لصنعة، فإنه لا يرد به مع أنه لو اشتراه قارئاً أو عارفاً لصنعة فنسي القرآن أو الصنعة امتنع الرد، وإقرار العبد بدين معاملة لم يمنع الرد، ويمنعه الرد بدين الإتلاف إن صدقه المشتري فيه وإلا فلا. وعفو المجني عليه عند التصديق كزوال العيب الحادث فيأتي فيه ما مر.

(ولو حدث عيب لا يعرف القديم إلا به ككسر بيض) لنعام وقد يعرف باللقطة. (و) ثقب (رانج) وهو بكسر النون: الجوز الهندي. (وتقوير بطيخ) بكسر الباء الموحدة أفصح من فتحها، ويقال فيه طبيخ بتقديم الطاء. (مدود) بكسر الواو وبعضه (رد) ما ذكر قهراً (ولا أَرَشَ عليه) للحادث (في الأظهر) وكذا كل ما كان مأكوله في جوفه كالرمان والجوز واللوز، لعذره في تعاطيه لاستكشاف العيب كما في المصرة، ولا أَرَشَ عليه بسببه لذلك وكان البائع بالبيع سلطه عليه. والثاني: يرد، ولكن يرد معه الأرش رعاية للجانبين، وهو ما بين قيمته صحيحاً معيباً ومكسوراً معيباً، ولا نظر إلى الثمن. والثالث: لا يرد أصلاً كما في سائر العيوب الحادثة، فيرجع المشتري بأرش القديم أو يغمم أرش الحادث إلى آخر ما تقدم. أما ما لا قيمة له كالبيض المذر والبطيخ المدود كله أو المعفن فيتين فيه فساد البيع لوروده على غير متقوم، ويلزم البائع تنظيف المكان منه.

تنبيه: قوله: «ورانج» يوهم عطفه على «كسر» مع أنه إذا كسر امتنع الرد، فكان حقه أن يقول: «وثقب رانج» كما قدرته في كلامه. وخرج بيض النعام ببيض الدجاج ونحوه فإنه لا قيمة لمذره بعد كسره فلا يتأتى فيه الأرش.

(فإن أمكن معرفة القديم بأقل مما أحدثه) المشتري كالتقوير المستغنى عنه بالصغير، وكشق الرمان المشروط حلاوته لإمكان معرفة حموضته بالفرز، كتقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شيء فيه. (فكسائر العيوب الحادثة) فيما تقدم فيها. ولو أطلق بيع الرمان لم يقتض حموضة ولا حلاوة، فلا تكون حموضته عيباً؛ قاله القاضي حسين.

فرو: لو بان العيب وقد أتعل الدابة ونزغ النعل يعيبها فبنزعه بطل حقه من الرد والأرش لقطعه الخيار بتعيبه بالإختيار، وإن سلمها بنعلها أجبر البائع على قبول النعل إذ لا مئة عليه فيه ولا ضرر، وليس للمشتري طلب قيمتها فإنها حقيرة في معرض رد الدابة، فلو سقطت استردها المشتري لأن تركها إعراض لا تملك، وإن يعيبها نزعها لم يجبر البائع على قبولها بخلاف الصوف يجبر على قبوله كما قاله القاضي؛ لأن زيادته تشبه زيادة السمن بخلاف النعل فينزعه. فإن قيل: قد مر أن الإنعال في مدة طلب الخصم أو الحاكم يضر فهلاً كان

(فَرَعُ): اشْتَرَى عَبْدَانِ مَعْيَبَيْنِ صَفْقَةً رَدَّهُمَا. وَلَوْ ظَهَرَ عَيْبٌ أَحَدِهِمَا رَدَّهُمَا لَا الْمَعْيَبُ وَخَدَهُ فِي الْأَظْهَرِ. وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدٌ رَجُلَيْنِ مَعْيَباً فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا. وَلَوْ اشْتَرِيَاهُ فَلَا أَحَدَهُمَا الرَّدُّ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدَمِ الْعَيْبِ صُدِّقَ الْبَائِعُ بِبَيْعِهِ

هناك كذلك! أوجب بأن ذلك اشتغال يشبه الحمل على الدابة وهذا تفريع. وقد ذكر القاضي أن اشتغاله بجزء الصوف مانع له من الرد بل يرد ثم يُجَزَّر.

فرع: لا يرد بعض المبيع في صفقة بالعيب قهراً وإن زال الباقي عن ملكه للبائع وفاقاً لما جزم به المتوَلَّى والسبكي والبيهقي، لأنه وقت الرد لم يرد كما تملك، خلافاً لما في تعليق القاضي من أن له الرد إذ ليس فيه تبعض على البائع أو كان المبيع مثلياً بناءً على أن المانع اتحاد الصفقة وهو المعتمد خلافاً لبعض المتأخرين بناءً على المانع ضرر التبعض.

ولو (اشترى عبيدين) أو في معناه من كل شيئين لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر، (معيبين) من واحد، (صفقة) ولم يعلم عيبيهما؛ (ردهما) بعد ظهوره لوجود المقتضى لردهما. ويجري في رد أحدهما دون الآخر الخلاف المذكور في قوله: (ولو ظهر عيب أحدهما) دون الآخر، (ردهما لا المعيب وحده) قهراً (في الأظهر) لما فيه من تفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة، فإن رضي البائع بذلك جاز. وسبيل التوزيع بتقديرهما سليمان وتقويمهما - أي سليمان - ويقسط الثمن المسمى عليهما. والثاني: له رده وأخذ قسطه من الثمن لاختصاصه بالعيب.

تنبيه: أشار بقوله: «عبدان» إلى أن محلّ الخلاف في شيئين لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر كما مرّ. أما ما تتصل منفعة أحدهما بالآخر كمصراعي باب وزوجي خُفّ فلا يُرد المعيب منهما وحده قهراً قطعاً. (ولو) تعددت الصفقة بتعدد البائع، كأن (اشترى عبد رجلين معيبياً) أو بتفصيل الثمن، كأن اشترى عبيدين كل واحد منها بمائة، (فله) في الأولى (رد نصيب أحدهما) وله في الثانية رد أحدهما أو بعدد المشتري، كما قال: (ولو اشترياه) أي اثنان عبد واحد كما في المحرر، (فلا أحدهما الرد) لنصيبه (في الأظهر) لأنه رد جميع ما ملكه من المردود عليه.

تنبيه: ظاهر عبارة المصنف أنالضمير في «اشترياه» يعود على عبد الرجلين لولا ما قدّرته، وحينئذ فيكون هذا البيع في حكم أربع عقود، ويكون كل واحد منهما مشترياً للربع من هذا والربع من ذلك حتى يرد على من شاء منهما الربع. وهو صحيح من حيث الحكم لا من حيث الخلاف؛ لأن الصفقة تنعقد بتعدد البائع قطعاً وتعدد المشتري في الأظهر كما تقدم، وحينئذ يتعين إعادة الضمير في كلام المصنف على المبيع من رجل واحد. ولو اشتراه واحد من وكيل اثنين أو من وكيلي واحد جاء الخلاف في أن العبرة بالوكيل أو بالموكل، وقد مرّ في تفريق الصفقة. ولو اشترى ثلاثة من ثلاثة فكل مشتري من كل تسعة؛ وضابط ذلك أن تضرب عدد البائعين في عدد المشتريين عند التعدد من الجانبين أو أحدهما عند الإنفراد في الجانب الآخر، فما حصل فهو عدد العقود. ولو اشترى بعض عبد ثم علم العيب بعدما تعدّر رده، كأن خرج عن ملكه أو رهنه، ثم اشترى باقيه ثم عاد إليه البعض الأول كان له رده دون الثاني لأنه اشتراه عالماً بعيبه.

(ولو اختلفا في قدم العيب) وحدثه، كأن قال كلٌّ للآخر «حَدَثَ عِنْدَكَ» ودعواهما فيه ممكنة بأن احتمل قَدَمَهُ وَخُدُوهُ كبرص، (صُدِّقَ الْبَائِعُ) لأن الأصل عدم العيب، (ببئنه) لاحتمال صدق المشتري؛ فالبايع يدعي

عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ. وَالزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ كَالسَّمَنِ تَتَّبِعُ الْأَصْلَ، وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالْوَلَدِ وَالْأَجْرَةَ لَا تَتَّبِعُ الرَّدَّ،

الحدوث ويتصور أن يدعي قدمه، وهو فيما إذا باع الحيوان بشرط البراءة من كل عيب، والحكم فيها كأولى على الظاهر، وقيل: المصدق في هذه المشتري. وإذا صدقنا البائع بيمينه في الأولى لا يثبت بيمينه حدوث العيب مطلقاً؛ لأنها صلحت للدفع عنه فلا تصلح لشغل ذمة المشتري، فلو فسخ البيع مثلاً بتحالف بعد ذلك لم يكن له أرش العيب وللمشتري أن يحلف الآن أنه ليس بحادث؛ قاله القاضي والإمام والغزالي. أما ما لا يحتمل حدوثه بعد البيع كأصبع زائدة وشئبين شجة مندملة وقد جرى البيع أمس، أو لا يحتمل قدمه كشجة طرية وقد جرى البيع والقبض من سنة مثلاً؛ فالقول قول المشتري في الأولى وقول البائع في الثانية بلا يمين فيهما.

تنبيه: لو باعه عصيماً وسلمه إليه فوجد في يد المشتري خمراً فقال البائع: «عندك صار خمراً» وقال المشتري: «بل عندك كان خمراً»، أو أمكن كل من الأمرين؛ صدق البائع بيمينه لموافقته للأصل من استمرار العقد. ويستثنى من كلامه مسألتان: الأولى: ما لو ادعى المشتري وجود عينين في يد البائع فاعترف بأحدهما وادعى حدوث الآخر في يد المشتري كان القول قول المشتري؛ لأن الرد يثبت بإقرار البائع بأحدهما فلا يبطل بالشك كما نقله ابن الأستاذ في شرح الوسيط عن النص. قال ابن الرفعة: ولا بد من يمين المشتري، فإن نكل لم ترد على البائع، لأنها إنما ترد إذا كانت ثبتت للمردد عليه حقاً ولا حق له هنا، ولكن لا يثبت للمشتري الرد. الثانية: لو اشترى شيئاً غائباً وكان قد رآه وأبرأ البائع من عيب به ثم أتاه به فقال المشتري: «قد زاد العيب» وأنكر البائع، فإن القول قول المشتري على الأصح المنصوص؛ لأن البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة فلم يقبل كادعائه إطلاعه على العيب؛ ذكره في بيع الغائب. ولو اختلفا في وجود العيب أو صفته هل هي عيب أو لا، صدق البائع بيمينه؛ لأن الأصل عدم العيب ودوام العقد. وهذا إذا لم يعرف الحال من غيرهما، فإن عُرف من غيرهما فلا بد من قول عدلين عارفين بذلك كما جزم به القاضي وغيره وتبعهم ابن المقري، وقيل: يكفي كما قاله البغوي؛ ولم يرجح الشيخان شيئاً من المقاتلين.

وإذا حلف البائع يحلف (على حسب) بفتح السين؛ أي مثل، (جوابه) فإن قال في جوابه: «ليس له الرد عليّ بالعيب الذي ذكره» أو «لا يلزمني من قبوله» حلف على ذلك، ولا يكلف في الجواب التعرض لعدم العيب وقت القبض لجواز أن يكون المشتري علم العيب ورضي به. فلو قال البائع: «علم المشتري العيب ورضي به» كلف البيئة على ذلك. وإن قال في جوابه: «ما أقبضته وبه هذا العيب» أو «ما أقبضته إلا سليماً من العيب» حلف كذلك؛ ولا يكفي في الجواب والحلف: «ما علمت به هذا العيب عندي»؛ ويجوز الحلف على البت اعتماداً على ظاهر السلامة إذا لم يعلم أو يظن خلافه. ولو ادعى البائع علم المشتري بالعيب أو تقصيره في الرد فالقول قول المشتري. قال الدارمي: هذا إذا كان مثل العيب يخفى على المشتري. أي عند الرؤية. فإن كان لا يخفى كقطع أنفه أو يده فالقول قول البائع.

(والزيادة المتصلة) بالمبيع أو الثمن، (كالسمن) وكبر الشجرة وتعلم الصنعة والقرآن؛ (يتبع الأصل) في الرد لعدم إمكان إفرادها، ولأن الملك قد تجدد بالفسخ فكانت الزيادة المتصلة فيه تابعة للأصل كالعقد. (والمنفصلة) عيناً ومنفعة، (كالولد والأجرة) وكسب الرقيق والركاز الذي يجده وما وهب له قبله وقبضه وما وصى له به قبله، ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة؛ (لا تمنع الرد) بالعيب، عملاً بمقتضى العيب. نعم ولَّد الأمة

وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ رَدَّ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَكَذَا قَبْلَهُ فِي الْأَصْحَحِ. وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلًا فَأَنْفَصَلَ رَدَّهُ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ.

الذي لم يميز يمنع الرد لحرمة التفريق بينهما على الأصح المنصوص، خلافاً لما جرى عليه ابن المقري هنا، وتقدم في المناهي التنبيه عليه.

(وهي) أي الزيادة المنفصلة من البيع، (للمشتري) ومن الثمن للبائع (إن رده) المبيع في الأول، والثمن في الثانية (بعد القبض) سواء أحدث بعد القبض أم قبله، لما روي: أن رجلاً ابتاع من آخر غلاماً فأقام عنده ما شاء الله ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ فردّه عليه، فقال: يا رسول الله قد استعمل غلامي، فقال: «الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ»^(١) رواه الترمذي وحسنه والحاكم وصححه. ومعناه أن فوائد المبيع للمشتري في مقابلة أنه لو تلف كان من ضمانه، وقيس على المبيع الثمن. فإن قيل: المغصوب والمبيع قبل قبضه لو تلف تحت ذي اليد ضمنه وليس له خراجه. أجب بأن الضمان هنا معتبر بالملك لأنه الضمان المعهود في الخبر ووجود الضمان على ذي اليد فيما ذكر ليس لكونه ملكه، بل لوضع يده على ملك غيره بطريق مضمن.

(وكذا) إن رده (قبله في الأصح) بناءً على أن الفسخ يرفع العقد من حينه، وهو الأصح؛ ومقابله مبني على أنه يرفعه من أصله.

تنبيه: إنما جمع المصنف في التمثيل بين الأجرة والولد ليعرفك أنه لا فرق في عدم امتناع الرد بين أن يكون من نفس المبيع كالولد أم لا كالأجرة، خلافاً لأبي حنيفة فيما إذا كان من نفس المبيع. وإنما مثل للمتولد من نفس المبيع بالولد بخلاف الثمرة وغيرها ليعرفك أنها تبقى له وإن كانت من جنس الأصل، خلافاً لمالك؛ قاله الإسنوي. قال: وهو من محاسن كلامه.

(ولو باعها) أي الجارية أو البهيمة، (حاملًا) وهي معيبة مثلاً، (فانفصل) الحمل (رده معها) إن لم تنقص بالولادة؛ (في الأظهر) بناءً على أن الحمل يعلم ويقابل بقسط من الثمن؛ والثاني: لا، بناءً على مقابله. أما إذا نقصت بالولادة فإنه يمتنع عليه الرد كسائر العيوب الحادثة. نعم إن جهل الحمل واستمر إلى الوضع فله الرد لما مر أن الحادث بسبب متقدم كالمقدم. ولو انفصل قبل القبض فللبائع حيسه لاستيفاء الثمن وليس للمشتري بيعه قبل القبض كأمه. واحترز بقوله: «فانفصل» عما إذا لم ينفصل فإنه يردّها كذلك. ولو حدث الحمل في ملكه لم يتبع في الرد بل هو له يأخذه إذا انفصل، وعليه قال الماوردي وغيره: وله حبس أمته حتى تضع اهـ. وحدوث حمل الأمة بعد القبض يمنع الرد قهراً، وكذا حمل غيرها إن نقصت به. والطلع كالحمل، والتأبير كالوضع، فإذا اشترى نخلة عليها طلع غير مؤثّر وعلم عيبها بعد التأبير، فالصحيح أنها على القولين. والصفوف الموجود عند العقد يرد مع الأصل وإجزه لأنه جزء من المبيع، ويرد أيضاً الحادث بعد العقد ما لم يُجزَّ، فإن جُزَّ لم يرد كالولد المنفصل؛ وهذا ما في فتاوى القاضي وجرى عليه الخوارزمي وجزم به في أصل الروضة، ولكن كان قياس الحمل أن ما لم يجزَّ لا يرد أيضاً، وبه جزم القاضي في تعليقه والحق به اللين الحادث. والأول وإن وُجّه بأنه كالسمن فالثاني كما قال شيخنا أوجّه؛ وعليه اقتصر ابن الرفعة، وقال البلقيني: إنه الأصوب. والحادث من أصول الكراث ونحوه التابعة للأرض في بيعها للمشتري، لأنه ليس تبعاً للأرض؛ ألا ترى أن الظاهر منها في ابتداء البيع لا يدخل فيه:

(١) أخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً (الحديث: ١٢٨٥) و(الحديث:

١٢٨٦) وأخرجه الحاكم في مستدركة في كتاب: البيوع (الحديث: ١٥/٢).

وَلَا يَمْنَعُ الرَّدُّ الِاسْتِخْدَامَ وَوَطْءَ الثَّيْبِ . وَأَقْتِضَاضُ الْبِكْرِ بَعْدَ الْقَبْضِ نَقْصٌ حَدَثَ وَقَبْلَهُ جِنَايَةٌ عَلَى الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ .

٨ - فصل: في التصرية حرام

(ولا يمنع الردّ الاستخدام) إجماعاً (و) لا (وطء الثيب) أو العور مع بقاء بكارتها من مشتري أو غيره، وإن حرمت بالوطء على البائع كوطء أصله أو فرعه كما مرّت الإشارة إليه؛ لأنه إمام من غير إبلام فلا يمنع الردّ كالاستخدام. هذا إذا وطئها المشتري أو غيره شبهة أو مكرهة، أما إذا كانت زانية فهو عيب حادث يمنع الردّ إذا كان بعض القبض.

(واقْتِضَاضُ الْبِكْرِ) بالقاف: أي زوال بكارتها من المشتري أو غيره ولو بوثة، ولو عبّر به كان أولى ليشمل ما ذكر. (بعد القبض نقص حدث) فيمنع الردّ كسائر العيوب الحادثة، إلا إن كان بزواج سابق كما مرّ. (وقبله جناية على المبيع قبل القبض) يفصل فيه بين الأجنبي والبائع والمشتري والآفة السماوية. فإن كان من المشتري فلا ردّ له بالعيب واستقرّ عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها، فإن قبضها لزمه الثمن بكامله، وإن تلفت قبل قبضها لزمه قدر النقص من الثمن، أو كان من غيره وأجاز هو البيع فله الردّ بالعيب. ثم إن كان زوالها من البائع أو بآفة أو بزواج سابق فهدر، أو من أجنبي فعليه الأرش إن زالت بلا وطء أو بوطء زنا منها، وإلا لزمه مهر بكر مثلها بلا إفراد أرش ويكون للمشتري؛ لكنه إن ردّ بالعيب سقط منه قدر الأرش. وما ذكر من وجوب مهر بكر هنا لا يخالف ما في الغصب والديات من وجوب مهر ثيب وأرش بكارة؛ لأن ملك المالك هنا ضعيف فلا يحتمل شيئين بخلافه ثم؛ ولهذا لم يفرقوا ثم بين الحرة والأمة ولا ما في آخر البيوع المنهية عنها في المبيعة بعبأ فاسداً من وجوب مهر بكر وأرش لوجود العقد المختلف في حصول الملك به، ثم كما في النكاح الفاسد بخلافه فيما ذكر؛ أي فإن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه. وأرش البكارة مضمون في صحيح البيع دون صحيح النكاح، فيجب أرش بكارة في البيع الفاسد كما يجب في البيع الصحيح ولا يجب في النكاح الفاسد كما لا يجب في صحيحه؛ لأن المشتري لو أزال بكارتها بوطء أو غيره في البيع الصحيح ثم أطلع على عيب لم يكن له الردّ بغير أرش البكارة، ولو أزالها بأصبعه في النكاح الصحيح ثم طلقها لا شيء عليه، فالتشبيه من حيث أن فاسد كل عقد كصحيحه لا أن النكاح الفاسد فيه أرش بكارة كما قد يتوهم.

تتمة: من علم في السلعة عيباً لم يحلّ له أن يبيعها حتى يبينه حذراً من الغش، لخبر الشيخين: «مَنْ عَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا»^(١)، والحديث: «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَحِيهِ شَيْئاً يَغْلُمُ بِهِ عَيْباً إِلَّا بَيَّنَّهُ»^(٢)؛ أي فيجب على البائع أن يعلم المشتري بالعيب. ولو حدث بعد البيع وقبل القبض فإنه من ضمانه، بل وعلى غير البائع إذا علم بالعيب أن يبينه لمن يشتريه سواء أكان المشتري مسلماً أم كافراً لأنه من باب التضح، وكالعيب في ذلك كل ما يكون تدليساً.

ثم شرع في الأمر الثالث وهو ما يظن حصوله بالتفريغ الفعل مصرحاً بحكمه فقال:

فصل: التصرية: وهي أن يترك البائع حَلْبَ الناقة أو غيرها عمداً مدة قبل بيعها ليوهم المشتري كثرة اللبن.

(١) أخرجه مسلم في كتاب: الإيمان، باب: قول النبي ﷺ «مَنْ عَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا» (الحديث: ٢٧٩) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الحدود، باب: من شهر السلاح (الحديث: ٢٥٧٥).

(٢) أخرجه الطبراني في «المعجم الكبير» (الحديث: ٣١٧/١٧) وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (الحديث: ٨٠/٤).

التَّضْرِيَةُ حَرَامٌ تُثَبِّتُ الْخِيَارَ عَلَى الْفُؤْرِ، وَقِيلَ: يَمْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلْفِ اللَّبَنِ رَدَّ مَعَهَا صَاعٌ تَمْرٍ، وَقِيلَ يَكْفِي صَاعٌ قُوتٍ،

(حرام) للتدليس على المشتري، ولخبر الصحيحين: «لَا تُضْرُوا الْإِبِلَ وَالغَنَمَ فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ . أَي النهي فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ»^(١). وقيل بالإبل والغنم غيرهما بجامع التدليس. وتضروا بوزن تذكوا، من صر الماء في الحوض جمعه، وتسمى المصرة المحفلة أيضاً بحاء مهملة وفاء مشددة من الحفل وهو الجمع، ومنه قيل للجمع مخفل بفتح الميم.

تنبيه: قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق في التحريم بين أن يقصد البيع أم لا، وبه صرح صاحب التتمة وعلله بأنه مضر للحيوان. وتعليل الرافي بالتدليس يقتضي اختصاصه بما إذا أراد البيع، وبه صرح الدارمي؛ وهو محمول على ما إذا لم يحصل به ضرر.

(تثبت الخيار) للجاهل بها إذا علم بها بعد ذلك للخبر السابق؛ وهو (على الفور) كخيار العيب؛ (وقيل يمتد ثلاثة أيام) من العقد ولو مع العلم بها، لخبر مسلم: «مَنْ اشْتَرَى [شَاةً] مُصْرَاةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»^(٢) وهذا ما نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى في الإملاء كما نقله الروياني وصححه جمع كثير من الأصحاب، وقال ابن دقيق العيد في شرح العمدة إنه الصواب. وأجاب القائلون بالأول عن الحديث بأنه محمول على الغالب، إذ التصرية لا تظهر غالباً فيما دون الثلاث، لإحالة نقص اللبن قبل تمامها على اختلاف العلف أو المأوى أو تبدل الأيدي أو غير ذلك.

تنبيه: قضية كلام المصنف عدم ثبوت الخيار إذا ترك حلبها ناسياً أو تحققت بنفسها، وبه قطع الغزالي والحاوي الصغير لعدم التدليس، والمعتمد ثبوته كما صححه البيهقي وقطع به القاضي لحصول الضرر. ولو زاد اللبن بقدر ما أشعرت به التصرية واستمر فلا خيار لزوال المقتضى له. وإذا علم المشتري بالتصرية بعد الحلب وأراد ردها، (فإن ردها) ها (بعد تلف اللبن) أو لم يتراضيا على رده؛ (رد معها صاع تمر) وإن زادت قيمته على قيمتها بدل اللبن الموجود حالة العقد للخبر السابق، والعبارة بغالب تمر البلد كالفطرة.

تنبيه: قوله: «بعد تلف اللبن» يقتضي أنه لا يجب رد الصاع بعد الحلب وقيل التلف؛ وليس مراداً، فإنه إذا كان اللبن موجوداً وطلب البائع رده لم يجبر المشتري عليه لأن ما حدث منه بعد البيع ملك له، وإن طلبه المشتري لم يكلف البائع قبوله، وإن لم يتغير لذهاب طراوته؛ فلو عبّر بقوله «بعد الحلب» كان أولى واستغنى عما قدرته في كلامه. فإن علم بها قبل الحلب ردها ولا شيء عليه.

(وقيل يكفي صاع قوت) لأنه ورد في رواية ذكر التمر كما مر^(٣)، وفي رواية ذكر الطعام كما رواه

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل بالإبل والبقر والغنم وكل محفلة (الحديث: ٢١٥٠) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه وتحرم النجش، وتحريم التصرية (الحديث: ٣٧٩٤).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: حكم بيع المصرة (الحديث: ٣٨١١).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الزكاة، باب: صدقة الفطر على العبد وغيره من المسلمين (الحديث: ١٥٠٤) وأخرجه الترمذي في كتاب: الزكاة، باب: ما جاء في صدقة الفطر (الحديث: ٦٧٦) وأخرجه النسائي في كتاب: الزكاة، باب: فرض زكاة رمضان على الصغير (الحديث: ٢٥٠١) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الزكاة، باب: صدقة الفطر.

وَالْأَصْحَ أَنْ الصَّاعَ لَا يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ اللَّبَنِ وَأَنَّ خِيَارَهَا لَا يَخْتَصُّ بِالنَّعْمِ بَلْ يَعُمُّ كُلَّ مَأْكُولٍ
وَالْجَارِيَةِ وَالْأَتَانِ، وَلَا يَرُدُّ مَعَهُمَا شَيْئًا، وَفِي الْجَارِيَةِ وَجْهٌ،

الترمذي^(١) وصححه، وفي رواية ذكر القمح رواه أبو داود^(٢)؛ فدل ذلك على اعتبار القوت مطلقاً. وعلى هذا هل يتخير بين الأوقات أو يتعين؟ غالب كلام المصنف يقتضي الأول، وهو وجه، والأصح الثاني، وعلى تعين التمر لو تراضيا بغير صاع تمر من مثلي أو متقوم جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما بل الظاهر كما قال الزركشي أنهما لو تراضيا على الرد بغير شيء جاز. فإن قيل: لم تعين التمر هنا ولم يجز العدول عنه إلى غيره بغير رضا وإن كان أعلى منه في القيمة والإفنيات بخلاف الفطرة؟ أجب بأن المقصود هنا قطع النزاع مع ضرب تعبد؛ والمقصود في الفطرة سد الخلة، فإن تعدد عليه التمر فقيمتها بالمدينة كما نقله الشيخان عن الماوردي وهو أحد وجهين له، وجرى عليه ابن المري وهو المعتمد، والوجه الآخر: قيمته في أقرب بلاد التمر إليه، وصححه السبكي والأذري وغيرهما. ولو اشترى مُصْرَاةً بصاع من تمر ردها وصاع تمر إن شاء واسترد صاعه. قال القاضي وغيره: لأن الربا لا يؤثر في الفسوخ، ولو تعددت المصراة في عقد تعدد الصاع بعددها كما نص عليه. ولو تعدد العقد بتعدد البائع أو المشتري أو بتفصيل الثمن ورد البعض بعيب هل يتعدد الصاع؟ لم أر من تعرض له، والذي يظهر تعدده لأنهم قالوا إنه لا فرق بين قلة اللبن وكثرته. ولو رضي بعيب هل يتعدد الصاع؟ لم أر من تعرض له، والذي يظهر تعدده لأنهم قالوا إنه لا فرق بين قلة اللبن وكثرته. ولو رضي بعيب التصرية بعد الحلب ثم وجد بها عيباً آخر، فالمنصوص أنه يردّها مع بدل اللبن، وكذا لو ردّ غير المصراة بعد حلبها بعيب فإنه يردّ معها صاع تمر بدل اللبن كما جزم به البغوي وصححه القاضي وابن الرفعة، وقيل: لا يرد لأنه قليل غير معني بجمعه بخلافه في المصراة.

(و) والأصح أن الصاع لا يختلف بكثرة اللبن) وقلته؛ لظاهر الخبر وقطعاً للخصومة بينهما، كما لا تختلف غرة الجنين باختلاف ذكوره وأنثوته ولا أرش الموضحة مع اختلافها في الصغر والكبر. والثاني: يختلف، فيقدر التمر أو غيره بقدر اللبن فقد يزيد على الصاع وقد ينقص عنه.

(و) الأصح (أن خيارها) أي المصراة، (لا يختص بالنعم) وهي الإبل والبقر والغنم؛ (بل يعم كل مأكول) من الحيوان (والجارية والأتان) بالمشناة، وهي الأنثى من الحمر الأهلية لأنه قد ورد في رواية مسلم: «مَنْ اشْتَرَى مُصْرَاةً»^(٣) وفي رواية للبخاري: «مَنْ اشْتَرَى مُحْفَلَةً»^(٤) ولأن لبنها مقصود للتربية. والثاني: مختص بالنعم، لأن غيرها لا يقصد لبنه إلا على ندور. (ولا يردّ معها شيئاً) بدل اللبن؛ لأن لبن الجارية لا يعترض عنه غالباً ولبن الأتان نجس لا عوض له.

(وفي الجارية وجه) أنه يرد معها بدل لبنها لأنه كلبن النعم في صحة أخذ العوض عنه. وعلى هذا هل يرد بدله صاع تمر أو قيمته من تمر أو قوت آخر؟ وجهان في النهاية، وظاهر كلام المتن الأول وأن هذا الوجه لا يجري في الأتان، وطرده الإصطخري فيها لأنه عنده طاهر مشروب، وظاهر كلامهم أن ردّ الصاع جاز في كل مأكول. قال السبكي: وهو الصحيح المشهور واستبعده الأذري في الأرنب والثعلب والضبع ونحوها.

(١) أخرجه الترمذي في كتاب: الزكاة، باب: ما جاء في صدقة الفطر (الحديث: ٦٧٣).

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب: الزكاة، باب: من روى نصف صاع من قمح (الحديث: ١٦١٩).

(٣) تقدم تخريجه سابقاً.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: بيع المنابذة (الحديث: ٢١٤٩).

وَحَبْسُ مَاءِ الْقَنَاةِ، وَالرَّحَا الْمُرْسَلِ عِنْدَ الْبَيْعِ، وَتَخْمِيرُ الْوَجْهِ، وَتَسْوِيدُ الشَّعْرِ وَتَجْعِيدُهُ يُثْبِتُ الْخِيَارَ لَا لَطْخٍ تُوْبِهِ تَخْيِلاً لِكِتَابَتِهِ فِي الْأَصْحَحِ.

(وحبس ماء القناة و) ماء (الرحى) الذي يديرها للظحن (المرسل) ماء كل منهما، (عند البيع وتحميم الوجه) وإرسال الزنبور عليه ليظن بالجارية السمن؛ (وتسويد الشعر وتجعيده) الدال على قوة البدن، وهو الذي فيه التواء وانقباض لا المفلفل كشعر السودان. (يثبت الخيار) قياساً على المصراة بجامع التدليس. وقضية إطلاقه أنه لا فرق في ذلك بين العبد والأمة؛ وهو الظاهر كما قاله الأذرعى، وإن كان في الروضة وأصلها إنما ذكرها في الجارية، لأن الجعودة كما قال الماوردي ومزّت الإشارة إليه تدلّ على قوّة البدن، والسبوة تدلّ على ضعفه.

تنبيه: قضية تعبيره بالحبس والتحميم والتجعيد والتسويد أن ذلك محلّه إذا كان بفعل البائع أو بمواطأته، وبه صرح ابن الرفعة؛ فلو تجعد الشعر بنفسه فكما لو تحفّلت بنفسها. قال الإسنوي: وتجعيد الشعر من زيادات الكتاب على المحرّر. ولعلّ نسخة المحرر التي اطلع عليها ليس فيها ذلك وإلاّ فهي في كثير من نسخه كما قاله غيره.

(لا لطح ثوبه) أي الرقيق بمداد، (تخيلاً لكتابته) فظهر كونه غير كاتب فلا ردّ له؛ (في الأصح) إذ ليس فيه كبير غرر؛ لأن الاستدلال به على الكتابة ضعيف، فإنه ربما لبس ثوب غيره أو أصابه ذلك من حمل دواة ولأنه مقصر بعدم امتحانه والسؤال عنه. والثاني: يثبت له الردّ نظراً لمطلق التدليس. ويجري الخلاف في إلباسه ثوباً مختصاً بحرفة كثياب الخبازين أو غيرهم من أرباب الصناعات، كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة بثمان كثير أو باع جوهرة يظنها زجاجة بمال قليل فإنه لا خيار في الأولى للمشتري ولا للبائع في الثانية. وظاهر إطلاقهم أن هذا ليس بحرام بخلاف التصرية كما أشار إليه الماوردي، ولو قيل بحرمة لم يبعد كما قاله بعض المتأخرين؛ لأن الضرر الحاصل بالتصرية يرتفع عن المشتري بإثبات الخيار بخلاف هذا.

خاتمة: سكت المصنف رحمه الله تعالى عن الفسخ بالإقالة وهو جائز، ونسب إقالة النادم، لخبر: «مَنْ أَقَالَ نَادِمًا أَقَالَ أَلَّهُ عَثْرَتَهُ»^(١) رواه أبو داود؛ وصيغتها: «تقائلنا» أو «تفاسختنا»، أو يقول أحدهما: «أقلتك» فيقول الآخر: «قبلت»، وما أشبه ذلك. وهي فسخٌ في أظهر القولين؛ والفسخ من الآن، وقيل: من أصله. ويترتب على ذلك الزوائد الحادثة، وتجري في السلم وفي المبيع قبل القبض. وللورثة الإقالة بعد موت المتعاقدين، وتجوز في بعض المبيع وفي بعض المسلم فيه إذا كان ذلك البعض معيناً. وإذا اختلفا في الثمن بعد الإقالة صدّق البائع على الأصح، وإن اختلفا في وجود الإقالة صدّق منكرها؛ وذكرت بقية أحكامها في شرح التنبيه. ولو وهب البائع الثمن المعين بعد قبضه للمشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً فهل له رده على البائع؟ فيه وجهان، أحدهما: لا، لخلوّه عن الفائدة، والثاني وهو الظاهر: نعم؛ وفائدته الرجوع على البائع ببدل الثمن كتنظيره في الصداق، وبه جزم ابن المقري ثم. ولو اشترى ثوباً وقبضه وسلّم ثمنه ثم وجد بالثوب عيباً قديماً فردّه فوجد الثمن معيباً ناقص الصفة بأمر حادث عند البائع أخذه ناقصاً ولا شيء له بسبب النقص، وعلم مما مرّ ومما سيأتي أن أسباب الفسخ كما قال الشيخان سبعة: خيار المجلس، والشرط، والخلف للشرط المقصود، والعيب، والإقالة كما مرّ بيانها، والتخالف، وهلاك المبيع قبل القبض كما سيأتي. وبقي من أسباب الفسخ أشياء؛ وإن علمت من أبوابها وأمكن رجوع بعضها إلى السبعة فمنها إفلاس المشتري وتلقّي الركبان وغيبة مال المشتري إلى مسافة القصر وبيع المريض محاباة لوارث أو أجنبي بزائد على الثلث ولم يجز الوارث.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الإجارة، باب: في فضل الإقالة (الحديث: ٣٤٦٠).

٩ - باب: في حكم المبيع

الْمَبِيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ، فَإِنْ تَلَفَ أَنْفَسَخَ الْبَيْعُ وَسَقَطَ الثَّمَنُ؛

باب: في حكم المبيع ونحوه قبل القبض وبعده، وأحكام القبض والتنازع في البداية بالتسليم والتصرف في ماله تحت يد غيره مع ما يتعلق بذلك.

(المبيع قبل قبضه من ضمان البائع) بمعنى انفساخ البيع بتلفه وثبوت الخيار بتعيبه وإتلاف الأجنبي له لبقاء سلطنته عليه، سواء أعرضه على المشتري فلم يقبله أم لا؛ نعم إن وضعه بين يديه عند امتناعه بَرِيء في الأصح كما في الروضة وأصلها في الكلام على حقيقة القبض؛ لكن لو خرج مستحقاً ولم يقبضه المشتري لم يكن للمستحق مطالبته، وكذا لو باعه قبل نقله فنقله المشتري الثاني فليس للمستحق مطالبة المشتري الأول. قال الإمام: وإنما يكون الوضع بين يدي المشتري قبضاً في الصحيح دون الفاسد، وكذا تحلّي الدار ونحوها إنما تكون قبضاً في الصحيح دون الفاسد.

تنبيه: احترز المصتف بالمبيع عن زوائده المنفصلة الحادثة في يد البائع، كثمرة ولبن وبيض وصوف وركاز يجده الرقيق وهو موهوب وموصى به فإنها للمشتري؛ لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله، وهي أمانة في يد البائع لأن ضمان الأصل بالعقد ولم يوجد العقد في الزوائد ولم تحتو يده عليها لتملكها كالمستام، ولا للانتفاع بها كالمستعير، ولم يوجد منه تعدّ كالغاصب حتى يضمن. وسبب ضمان اليد عندهم أحد هذه الثلاثة والضمن المعين قبل قبض البائع له كذلك.

(فإن تلف) المبيع بأفة سماوية (انفسخ البيع) لتعدّر قبضه المستحق كالتفرّق قبله في الصرف؛ (وسقط الثمن) إن كان في الذمة، فإن كان معيناً وجب ردّه، أو كان ديناً على البائع عاد عليه كما كان. وينتقل الملك في المبيع للبائع قبيل التلف، فتجهيزه على البائع لانتقال الملك فيه إليه.

تنبيه: استثنى من طرده ما لو وضع العين المبيعة بين يديه بعد امتناعه من قبضها كما مرّ، ومن عكسه ما لو قبضه المشتري وديعة من البائع وقلنا بالأصح إنه لا يبطل به حق الحبس فتلف في يده فهو كتلفه في يد البائع، وما لو قبضه المشتري من البائع في زمن الخيار والخيار للبائع وحده وتلف فهو كتلفه في يد البائع كما مرّ في بابه، فينفسخ ويرجع المشتري بثمنه وللبائع بدله من مثل أو قيمة كالمستعار. وفي معنى التلف وقوع الذرة ونحوها في البحر إذا لم يمكن إخراجها منه، وانفلات الصيد المتوحش والطير إذا لم يُرَجَّ عَوْدُهُ، واختلاط متقوّم كثوب أو شاة بغيره ولم يتميز، وانقلاب العصير خمراً على الأصح وإن عاد خلاً كما أطلقه الشيخان هنا خلاف ما اقتضاه كلامهما في باب الرهن، وجرى عليه ابن المقري هنا في بعض نسخ الروض: من أنه متى عاد عاد حكمه وللمشتري الخيار، لأنّ الخلّ دون العصير. ولو أبق الرقيق أو ضلّ أو غصب قبل القبض ثبت للمشتري الخيار ولم ينفسخ البيع لرجاء العود، فإن أجاز البيع لم يطل خياره ما لم يرجع ولم يلزمه تسليم الثمن قبل العود، فإن سلمه لم يستردّه ما لم يفسخ. ولو غرقت الأرض بالماء أو سقطت عليها صخرة أو ركبها رمل قبل قبضها ثبت له الخيار لأنه عيب لا تلف. فإن قيل: يناقضه ما في الشفعة من أن تغرق الأرض تلف لا عيب حتى لو حصل في بعضها لم يأخذ الشفيع إلا بالحصّة، وما في الإجارة من أنه كانهدام الدار فيكون تلفاً. أجيب بأن الأرض لم تتلف والحيلولة لا تقتضي الإنفساخ كإباق العبد، وإنما جعلت تالفة فيما ذكر لأن الشفيع متملك، والتالف لا يصح تملكه؛ ولأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الإبتداء والمستأجر غير متمكن من الانتفاع من حيلولة الماء ولا يمكن ترقّب زواله لأن المنافع تتلف ولا تضمن.

وَلَوْ أَبْرَأَهُ الْمُشْتَرِي عَنِ الضَّمَانِ لَمْ يَبْرَأْ فِي الْأَظْهَرِ وَلَمْ يَتَغَيَّرِ الْحُكْمُ. وَإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي قَبْضُ إِنْ عِلْمٌ، وَإِلَّا فَقَوْلَانِ: كَأَكْلِ الْمَالِكِ طَعَامَهُ الْمَغْضُوبِ ضَيْفًا؛ وَالْمَذْهَبُ أَنَّ إِتْلَافَ الْبَائِعِ كَتَلْفِهِ،

(ولو أبرأه المشتري عن الضمان لم يبرأ في الأظهر ولم يتغير الحكم) المذكور للتلف لأنه أبرأ عما لم يجب. والثاني: يبرأ لوجود سبب الضمان فلا يفسخ به البيع ولا يسقط به الثمن.

تنبيه: الجمع بين البراءة وتغير الحكم تبع فيه المحرز؛ قال الإسني: لا فائدة فيه، وقال الولي العراقي: لا فائدة فيه إلا مجرد التأكيد، وقال الزركشي: فائدته نفي توهم عدم الإنفساخ إذا تلف وأن الإبراء كما لا يرفع الضمان لا يرفع الفسخ بالتلف وكذلك بقاء المنع من التصرف.

(إتلاف المشتري) المبيع حساً أو شرعاً؛ (قبض) له (إن علم) أنه المبيع حال إتلافه، كما لو أتلف المالك المغضوب في يد الغاصب. وفي معنى إتلافه ما لو اشترى أمة فأحبها أبوه، وما لو اشترى السيد من مكاتبه أو الوارث من مورثه شيئاً ثم عجز المكاتب أو مات المورث. وقد ذكر الشيخان في مسألة الوارث جواز بيعه قبل القبض. وإن كان على الميت دين فيتعلق بالثمن، فإن كان معه وارث آخر لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الوارث الآخر منه لو ورثه حتى يقبضه، ويستثنى ما إذا قتله المشتري دعماً لصياله عليه، وكذا القود كما بحثه في المطلب أو الردة والمشتري الإمام وقصد قتله عنها فيفسخ البيع، فإن لم يقصد ذلك صار قابضاً للمبيع وتقرر عليه الثمن كما حكاه الرافعي قبيل الديات عن فتاوى البغوي، فإن كان غيره كان قابضاً. إذ لا يجوز له قتله. فإن قيل: لم لا يجوز لأن للسيد إقامة الحد على عبده فينبغي أن لا يستقر عليه الثمن لقتله كالإمام؟ أجيب بأنه لو قتله وقلنا له ذلك لم يكن قاتلاً إلا بحكم الملك، فالملك هو الذي سلطه على ذلك، فلو قلنا يفسخ ولا يستقر عليه الثمن لتبين بالآخرة أنه قتل غير مملوك له فلذلك جعلنا قتله إياه قبضاً. قال الإسني: ويقاس بالمرتد تارك الصلاة وقاطع الطريق والزاني المحصن بأن زنى كافر حرّ ثم التحق بدار الحرب ثم استرق. فإن قيل: كيف يكون المشتري قابضاً بقتل المرتد أو بمن ذكر معه مع أنه غير مضمون على قابله؟ أجيب بأنه يتبين أنه قتل ملكه من غير ضرر عليه فيستقر عليه ثمنه. واستثنى البلقيني تفهّمها ما لو مرّ بين يدي المشتري في الصلاة فقتله للدفع، أي بشرطه المذكور في دفع المارّ، وما لو قاتل مع البغاة أو أهل الذمة فقتله.

(وإلا) أي وإن لم يعلم المشتري أنه المبيع، قال الشارح: وقد أضافه به البائع؛ (فقولان) وفي الروضة وأصلها: وجهان (كأكل المالك طعامه المغضوب ضيفاً) للغاصب جاهلاً بأنه طعامه. والأصح أن الغاصب يبرأ بذلك تقديماً للمباشرة، وقضية البناء تصيرته قابضاً في الأصح. وإنما قيده الشارح بما تقدم لأجل محل الخلاف، وإلا فالحكم كذلك فيما لو قدمه أجنبي أو لم يقدمه أحد مع أن الخلاف جارٍ في الأولى أيضاً. هذا كله إذا كان المشتري أهلاً للقبض واشترى لنفسه وإن كان مجنوناً كأن اشتراه قبل جنونه، فالقياس أن إتلافه ليس بقبض وعليه البدل، وعلى البائع ردّ الثمن إن كان باقياً ورده إن كان تالفاً، أو كان وكيلاً فكالأجنبي سواء أذن له المالك في القبض أم لا.

(والمذهب أن إتلاف البائع) المبيع (كتلفه) بأفة سماوية فيفسخ البيع فيه ويسقط الثمن عن المشتري؛ لأنه لا يمكن الرجوع على البائع البدل لأن المبيع مضمون عليه بالثمن فإذا أتلفه سقط الثمن. وقطع بعضهم بهذا، ومقابله قول أنه لا يفسخ البيع بل يتخير المشتري، فإن فسح سقط الثمن وإن أجاز غرم البائع القيمة وأدى له الثمن وقد يتقاضان. ولو أخذ المشتري المبيع بغير إذن البائع حيث له حق الحبس فله الاسترداد، فلو أتلفه البائع

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ إِتْلَافَ الْأَجْنَبِيِّ لَا يَفْسُخُ بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ وَيَغْرَمَ الْأَجْنَبِيَّ أَوْ يَفْسُخَ فَيَغْرَمَ الْبَائِعَ الْأَجْنَبِيَّ. وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَرَضِيَهُ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، وَلَوْ عَيَّبَهُ الْمُشْتَرِي فَلَا خِيَارَ

في يد المشتري في هذه الحالة فهل عليه البدل ولا خيار للمشتري لاستقرار العقد بالقبض أو يجعل مسترداً بالإتلاف كما أن المشتري قابض به فيه؟ قولان بلا ترجيح في كلام الشيخين، ورجح ابن المقرئ الثاني، وهو المعتمد.

تنبية: سكت المصنف عما لو أتلفاه معاً. وقال الماوردي: يلزم البيع في نصفه. وأما النصف الآخر فيفسخ فيه لأن إتلاف البائع كالأفة ويرجع البائع عليه بنصف الثمن ولا خيار له في فسخ ما قد لزمه بجناية ولا أجرة على البائع في استعمال المبيع قبل قبضه. ولو تعدى بحبسه مدة لمثلها أجرة خلافاً للغزالي؛ لأن إتلافه كالأفة كما مر وإتلاف الأجنبي وغير المميز بأمر أحدهما أو بأمر الأجنبي كإتلافه عن أمره؛ فلو أمره الثلاثة قال الإسوي: فالقياس أنه يحصل القبض في الثلث والتخيير في الثلث والفسخ في الثلث أما إتلاف المميز بأمر واحد منهم فكإتلاف الأجنبي بلا أمر وإذن المشتري للأجنبي أو للبائع في إتلافه لغو لعدم استقرار الملك بخلاف الغاصب فإنه يبرأ بإذن المالك له في إتلافه لاستقرار الملك ثم. وإتلاف عبد البائع ولو بإذنه إتلاف الأجنبي، وكذا عبد المشتري بغير إذنه؛ فإن أجاز البيع جعل قابضاً كما لو أتلفه بنفسه فلا شيء له على عبده، وإن فسخ اتبع البائع الجاني. وإنما لم يلحق عبد البائع بعبد المشتري في التقييد بغير الإذن لشدة تشؤف الشارع إلى بقاء العقود، ولو أتلفه دابة المشتري نهاراً أنفسخ الليل أو ليلاً فله الخيار، فإن فسخ طالبه البائع ببذل ما أتلفه، وإن أجاز فقبض أو دابة البائع فكإتلافه. وإنما لم يفرق فيها بين الليل والنهار كدابة المشتري؛ لأن إتلافها إن لم يكن بتفريط من البائع فأفء، وإن كان بتفريط منه فقد مر أن إتلافه كالأفة؛ بخلاف إتلاف دابة المشتري، فنزل إتلافها بالنهار منزلة إتلاف البائع لتفريطه بخلافه ليلاً. فإن قيل: إتلافها ليلاً إما بتقصير المشتري فيكون قابضاً وإلا فيكون كالأفة فيفسخ به البيع فلا وجه لتخييره. أجب بأنه بتقصيره سواء أكان معها أم لا؛ ولما لم يكن إتلافها صالحاً للقبض خيراً، فإن أجاز فقبض أو فسخ طالبه البائع بالبدل كما تقرّر.

(والأظهر أن إتلاف الأجنبي لا يفسخ، البيع القيام البدل مقام المبيع؛ (بل يتخير المشتري) به على التراخي كما اقتضاه كلام الفقهاء، وإن نظر فيه القاضي. (بين أن يجيز) البيع (ويغرم الأجنبي) البدل، (أو يفسخ فيغرم البائع الأجنبي) البدل. وقطع بعضهم بهذا، ومقابلته أن البيع يفسخ كالتلف بأفة. وهذه المسألة كالتالي قبلها في حكاية الطريقتين، فلو حذف لفظة «الأظهر» لكان أولى وأخصر. وهذا الخيار في غير الربوي وفيما إذا لم يكن الأجنبي حربياً ولم يكن إتلافه بحق، وإلا فيفسخ البيع. فإن قيل: إذا غصب أجنبي العين المستأجرة حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة ولم يخير المستأجر كما هنا. أجب بأن المعقود عليه هنا المال وهو واجب على الجاني فتعدى العقد من العين إلى بدلها بخلاف المعقود عليه ثم فإنه المنفعة وهي غير واجبة على متلفها فلم يتعد العقد منها إلى بدلها.

(ولو تعيب) المبيع بأفة سماوية (قبل القبض فرضيه) بأن أجاز البيع، (أخذه بكل الثمن) كما لو كان العيب مقارناً ولا أرش له لقدرة على الفسخ.

(ولو عيبه المشتري فلا خيار) له لحصوله بفعله فيمتنع بسببه الرد القهري بالعيوب القديمة ويكون قابضاً لما أتلفه، فلو قطع يده مثلاً استقر عليه حصتها من الثمن وهو ما بين قيمته سليماً ومعيباً؛ هذا إذا مات عند البائع

أَوْ الْأَجْنَبِيِّ فَالْخِيَارُ، فَإِنْ أَجَازَ غَرَمَ الْأَجْنَبِيُّ الْأَرْضَ، وَلَوْ عَيَّيَهُ الْبَائِعُ فَالْمَذْهَبُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَا التَّغْرِيمَ. وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ بَيْعَهُ لِلْبَائِعِ كَغَيْرِهِ،

بعد الإندمال، فإن سَرَى وجب الثمن لما مرَّ أن إتلافه قبض، وبهذا فارق ثبوت الخيار فيما لو عَيَّب المستأجر العين المؤجرة وما لو جَبَّت المرأة ذَكَرَ زوجها، إذ لا يتخيل أن ذلك قبض لأن المستأجر والمرأة لم يتصرفا في ملكهما بل فيما يتعلق به حقهما فلا يكونان بذلك مستوفيين بخلاف المشتري.

(أو عييه (الأجنبي) غير الحربي بغير حق، (فالخيار) بتعيينه ثابت للمشتري قياساً على ما مرَّ في الإتلاف. (فإن أجاز) البيع (غرم الأجنبي الأرض) لأنه الجاني ولكن بعد قبض المبيع، أما قبله فلا لجواز تلفه فيفسخ المبيع. والمراد بالأرض في الرقيق ما يأتي في الديات، ففي يده نصف قيمته لا ما نقص منه، وفي غيرها ما نقص من قيمته.

(ولو عييه البائع فالمذهب ثبوت الخيار) للمشتري، (لا التغريم) أما الخيار فلا خلاف في ثبوته لأن فعل البائع إما كالأفة وإما كفعل الأجنبي، وكلاهما مثبت للخيار قطعاً، وإنما الخلاف في التغريم؛ والمذهب أنه لا يثبت بناء على أنه كإتلافه الذي هو كالتلف بأفة على الراجح المقطوع به كما مرَّ. ومقابله ثبوت الخيار مع التغريم بناء على أن فعل البائع كفعل الأجنبي، فصَحَّ تعبيره هنا بالمذهب كما هناك؛ وكان الأولى في التعبير أن يقول ثبت الخيار لا التغريم على المذهب. ولو لم يعلم المشتري بالحال حتى قبض وحدث عنده عيب كان له الأرض لتعذر الرد.

(ولا يصح بيع المبيع قبل قبضه) ولا الإشراك فيه ولا التولية منقولاً كان أو عقاراً وإن أذن البائع في قبض الثمن، لخبر: «مَنْ أْبْتَاعَ طَعَاماً فَلَا يَبِغُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»^(١)؛ قال ابن عباس: «ولا أحسب كل شيء إلا مثله»^(٢) رواه الشيخان. ولقوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لَا تَبِيعَنَّ شَيْئاً حَتَّى تَقْبِضَهُ»^(٣) رواه البيهقي وقال: إسناده حسن متصل. ولضعف الملك قبل القبض بدليل انفساخ العقد بالتلف قبله. فإن قيل: يصح أن يؤجر ما استأجره قبل قبضه فلا شيء ما امتنع كما في البيع؟ أوجب بأن البيع قد ورد على العين والقبض يتأتى فيها حقيقة والإجارة واردة على المنفعة فلم يكن القبض لها حقيقة.

(والأصح أن يبيعه للبائع غيره) فلا يصح لعموم الإخبار ولضعف الملك. والثاني: يصح كبيع المغنوب من الغاصب. ومحل الخلاف إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة، وإلا فهو إقالة بلفظ البيع كما نقلناه عن المتولّي وأقرّاه فيصح؛ وقيل: لا يصح. وقد ذكر القاضي القولين وبناهما على أن العبرة في العقود باللفظ أو بالمعنى، والأصحاب تارة يعتبرون اللفظ وهو الأكثر، كما لو قال: «بعتك هذا بلا ثمن» لا يتعقد بيعاً ولا هبة على الصحيح، وكما لو قال: «اشتريت منك ثوباً صفته كذا بكذا» يتعقد بيعاً لا سلماً على

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك (الحديث: ٢١٣٥) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض (الحديث: ٣٨١٥) وأخرجه أبو داود في كتاب: البيوع والإجازات، باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفي (الحديث: ٣٤٩٧) وأخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه (الحديث: ١٢٩١) وأخرجه النسائي في كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يستوفي (الحديث: ٤٦١٢) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض (الحديث: ٢٢٢٧).

(٢) تقدم تخريجه في الحديث السابق.

(٣) أخرجه البيهقي في كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفي (الحديث: ٣١٢/٥).

وَأَنَّ الْإِجَارَةَ وَالرَّهْنَ وَالْهَبَةَ كَالْبَيْعِ، وَأَنَّ الْإِعْتِاقَ بِخِلَافِهِ،

الصحيح. وتارة يعتبرون المعنى كما لو قال: «وهبتك هذا الثوب بكذا» ينعقد بيعاً على الصحيح؛ فلم يطلقوا القول باعتبار اللفظ بل يختلف الجواب بقوة المدرك كالإبراء في أنه إسقاط أو تملك، وفي أن النذر يسلك به مسلك الواجب أو الجائز، وفي أن الطلاق الرجعي يزيل الملك أم لا. وتارة لا يراعون اللفظ ولا المعنى فيما إذا قال: «أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد»، فإن الصحيح أنه لا ينعقد بيعاً ولا سلماً. وكان الأوّل للمصنف أن يعبر بالمذهب، ففي شرح المهذب أن مقابله شاذٌ ضعيف؛ والأكثر على القطع بالبطلان.

(و) الأصح (أن الإجارة) والكتابة (والرهن والهبة) والصدّاق والإقراض وجعله عوضاً في نكاح أو خلع أو صلح أو سلم أو غير ذلك، (كالبيع) فلا يصح بناءً على أن العلة في البيع ضعف الملك. والثاني: يصح بناءً على أن العلة فيه توالي الضمانين.

تنبيه: لا فرق في بطلان الرهن من البائع بين أن يكون رهن ذلك بالثمن أو غيره، ولا بين أن يكون له حق الحبس أم لا كما هو ظاهر إطلاق كلام الأصحاب وإن قيده السبكي بما إذا رهن ذلك بالثمن وكان له حق الحبس. وخرج بالمبيع زوائده الحادثة، فلو اشترى نخلاً مثلاً منه فأثمرت قبل القبض جاز بيعها قبل قبضها لأنها ليست بمضمونة على البائع؛ قاله الأردبيلي. وقال الرافعي: ينبنى على أنها تعود للبائع لو عرض انفساخ أو لا، فإن أعدناها لم يتصرّف فيها كالأصل وإلاّ تصرّف.

تنبيه: قوله «قبل قبضه» يفهم الجواز بعد قبضه مطلقاً؛ وليس مراداً، بل محلّه ما إذا لم يكن للبائع خيار، فإن كان امتنع أيضاً كما علم مما مرّ. واستثنى ابن الرفعة من عدم صحة بيع المبيع قبل قبضه صورتين: الأولى: إذا اشترى من مورثه شيئاً ومات مورثه قبل قبضه ولا وارث له غيره، فيجوز له بيعه قبل قبضه لأنه صار في يده شرعاً، ويمتنع أن يقبض من نفسه لنفسه. الثانية: إذا اشترى جزءاً شائعاً وطلب قسمته قبل قبضه فإنه يجاب إليه وإن قلنا القسمة بيع لأن الرضا غير معتبر فيها، وإذا لم يعتبر الرضا جاز أن لا يعتبر القبض كالشفعة؛ نقله الرافعي عن المتولّي وأقرّه، واستثنى غيره صورة أخرى، وهي ما لو اشترى رقيقاً وباعه المشتري من نفسه قبل قبضه فيصح إن قلنا إنه عقد عتاق؛ وهو الأصح. وهذه تعلم من قول المصنف: (و) الأصح (أن الإعتاق بخلافه) فيصح لتشوّف الشارع إليه؛ ونقل ابن المنذر فيه الإجماع. وسواء كان للبائع حق الحبس أم لا لقوته وضعف حق الحبس، ولهذا يصح إعتاق المرهون من الراهن المعسر فهلاً كان هنا كذلك! أوجب بأن الراهن حجر على نفسه. والثاني: لا يصح كالبيع لا اشتراكهما في إزالة الملك. والثالث: إن لم يكن له حق الحبس لتأجيل الثمن صحّ وإلاّ فلا لما فيه من إبطال حقه. نعم لا يصح على الأوّل إعتاقه على مال لأنه كما قاله القاضي في فتاويه، ولا إعتاقه عن كفارة غيره لأنه هبة؛ والاستيلاء والتزويج والوقف سواء احتاج إلى قبول أم لا كما في المجموع خلافاً لما في الشرح والروضة نقلاً عن التتمة من أن الوقف إن شُوط فيه القبول كان كالبيع وإلاّ فكالإعتاق، مع أن الأصح أن الوقف على معين لا يحتاج إلى قبول كما سيأتي إن شاء الله تعالى في باب كالعقود. ويصح تدييره والوصية به وإباحته للفقراء طعماً اشتراه جزافاً، ويصير المشتري بإعتاقه وإيلاده وإيلاد أبيه وإباحة ما ذكر إن قبضوه ووقفه قابضاً للمبيع وإن كان للبائع حق الحبس لا بتزويجه ولا بوطء الزوج؛ أما إذا اشترى الطعام مقدراً بكيل أو غيره فلا يصح قبضه إلاّ كذلك، أو اشتراه جزافاً وأباحه كما مرّ ولم يقبضوه فإنه لا يصير قابضاً بذلك؛ فإن لم يرفع البائع يده بعد الوقف والاستيلاء ضمنه بالقيمة لا بالثمن.

وَالثَّمَنَ الْمُعَيَّنَ كَالْمَبِيعِ فَلَا يَبِيعُهُ الْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَمَانَةٌ كَوَدِيعَةٍ وَمُشْتَرَكٍ وَقِرَاضٍ وَمَرْهُونٍ بَعْدَ أَنْفِكَائِهِ وَمَوْزُوثٍ وَبَاقٍ فِي يَدِ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُشْدِهِ .
وَكَذَا عَارِيَةٌ وَمَأْخُودٌ بِسَوْمٍ . وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَلَا الْاِغْتِيَاضُ عَنْهُ ، وَالْجَدِيدُ جَوَازُ الْاِسْتِبْدَالِ عَنِ الثَّمَنِ ،

(والثمن المعين) نقداً كان أو غيره، (كالمبيع) قبل قبضه فيما مرَّ، فيأتي فيه جمع ما تقدم لعموم النهي عنه . ولو أبدله المشتري بمثله أو بغير جنسه برضا البائع فهو كبيع المبيع للبائع؛ فقله: (فلا يبيعه البائع قبل قبضه) لا حاجة إليه بل تركه أولى لأنه يوهم جواز غير البيع وليس مراداً، ولهذا عبر في المحرر بالتصرف ليعم . (وله بيع) وأولى منه وله التصرف في (ماله) وهو (في يد غيره أمانة) فهو (كوديعة ومشارك وقراض ومرهون بعد انفكاكه) أو قبله وأذن له فيما ذكر المرتهن، (وموروث) كان يجوز للمورث التصرف فيه، (وباق في يد وليه بعد رُشده) وأولى منه بيع فكُ الحجر عنه ليدخل المجنون، فإن حجره ينفك بنفس الإفاقة لتمام ملكه على ذلك وقدرته على تسليمه . نعم لو أكرى صباغاً أو قصاراً لعمل في ثوب وسلمه له فليس له بيعه قبل العمل، وكذا بعده إن لم يكن سلم الأجرة؛ لأن له الحبس للعمل ثم لاستيفاء الأجرة؛ ومثل ذلك صوغ الذهب ونسج الغزل ورياضة الدابة . وخرج: بيجوز للمورث التصرف فيه ما مات عنه ولم يقبضه فليس للوارث بيعه قبل قبضه . فإن قيل: هل هذه مستثناة من كلام المصنف أو لا؟ أجيب بلا؛ لأن المبيع حينئذ ليس في يد بائعه أمانة بل هو مضمون عليه .

(وكذا) له بيع ماله وهو في يد غيره، (عارية ومأخوذ بسوم) وهو ما يأخذه من يريد الشراء ليتأمله أبعجه أم لا لما ذكر . فإن قيل: ما فائدة عطفه بكذا؟ أجيب بأن فائدته التنبيه على أنه قسيم الأمانة لأنه مضمون ضمان يد فلا ينحصر في الأمانة لكن لا ينحصر فيما ذكره، بل ما رجع إليه بفسخ عقد بيع أو غيره وهو باق في يد المشتري بعد رد الثمن له ومقبوض بعقد فاسد لفوات شرط أو نحوه ورأس مال سلم فسخ لانقطاع المسلم فيه أو غيره ومغضوب يقدر على انتزاعه وما أشبه ذلك .

تنبيه: فضل الماوردي في بيع العارية، فقال: إن أمكن الرد كالدار والديابة صحَّ وإن لم يمكن كالأرض غرست فالبيع باطل في الأصحَّ لجهالة المدة، واسترجاعها غير ممكن إلا ببذل قيمة البناء والغراس أو أرض النقص، وذلك غير واجب على البائع ولا على المشتري اهـ . ويحمل إطلاق الشيخين على هذا للتفصيل .

فروع: لو أفرز السلطان لشخص عطاءً ورضي به جاز له بيعه قبل قبضه للرفق بالجند؛ ولأن يد السلطان في الحفظ للمفرز كيد المفرز له . ويصحَّ بيع أحد الغانمين لقدر معلوم ملكه من الغنيمة شائعاً . ويصحَّ بيع موهوب رجع فيه الولد قبل قبضه، وله بيع مقسوم قسمة إفرار قبل قبضه بخلاف قسمة البيع ليس له بيع ما صار له فيها من نصيب صاحبه قبل قبضه، ولا بيع شقص أخذه بشفعة قبل قبضه؛ لأن الأخذ بها معاوضة . وله بيع ثمر على شجر موقوف عليه قبل أخذه، وكذا سائر غلات وقف حصلت لجماعة وعرف كل قدر حصته كما نقله في المجموع عن المتولي وأقره .

(ولا يصح بيع المسلم فيه ولا الإعتياض عنه) قبل قبضه، لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض . والمبيع الثابت في الذمة إذا عقد عليه بغير لفظ السلم لا يعتاض عنه وإن كان غير سلم على الصحيح . وتناقض في ذلك كلام الشيخين، والمعتمد عدم الصحة .

(والجديد جواز الاستبدال عن الثمن) الثابت في الذمة وإن لم يكن نقداً، لخبر ابن عمر رضي الله تعالى

فَإِنْ أَسْتَبَدَّلَ مُوَافِقًا فِي عِلَّةِ الرَّبَا كَدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ أَشْتَرِطَ قَبْضُ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ التَّعْيِينَ فِي الْعَقْدِ وَكَذَا الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ إِنْ أَسْتَبَدَّلَ مَا لَا يُوَافِقُ فِي الْعِلَّةِ كَثَوْبٍ عَنْ دَرَاهِمَ، وَلَوْ أَسْتَبَدَّلَ عَنِ الْقَرْضِ

عنهما أنه قال: كنت أبيع الإبل بالدنانير وأخذ مكانها الدراهم وأبيع الدراهم وأخذ مكانها الدنانير، فأتيت النبي ﷺ فسألته عن ذلك، فقال: «لَا بَأْسَ إِذَا تَفَرَّقْتُمَا وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ»^(١) رواه الترمذي وغيره وصححه الحاكم على شرط مسلم. وسواء أقبض الثمن أم لا؛ فقله في الخبر: «وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ» أي من عقد الاستبدال لا من العقد الأول بقريئة رواية أخرى تدل لذلك. والقديم المنع لعموم النهي السابق لذلك. وللمضمونات ضمان العقود كبذل خلع وصداق وأجرة حكم الثمر لاستقرارها، بخلاف دين السلم كما مر. وفرق بينه وبين الثمن بأنه معرض بانقطاعه للانفاساخ أو الفسخ، وبأن عينه تقصد بخلاف الثمن فيهما. ويجوز استبدال الحال عن المؤجل وكان صاحبه عاجله بخلاف عكسه لعدم لحوق الأجل.

فائدة: الثمن: النقد إن قوبل بغيره للعرف، فإن كانا نقدين أو عرضين فما التصقت به الباء المسماة بباء السببية هو الثمن، والمثمن ما يقابله، فلو قال: «بعتك هذه الدراهم بعبد» ووصفه فالعبد مبلغ لا يجوز الاستبدال عنه والدراهم ثمن، أو «بعتك هذا الثوب بعبد» ووصفه فالعبد ثمن يجوز الاستبدال عنه لا عن الثوب لأنه مثمن. فإن قيل: مقتضى كلامهم أنه لو باع عبده بدراهم سلماً كانت ثمناً وصح الاستبدال عنها، وقد تقدم أنه لا يصح الاستبدال عن المسلم فيه. أجب بأن دخول الباء عارضة كونه مسلماً فيه فلا يصح، فكلامهم على إطلاقه من أن الثمن مدخول الباء ولكن عارض مانع في هذه الصورة فلا ترد نقصاً. وقيل: إن قولهم: «يجوز الاستبدال عن الثمن» جرى على الغالب حتى لا ترد هذه الصورة.

هذا كله فيما لا يشترط قبضه في المجلس، (فإن استبدل موافقاً في علة الربا كدراهم عن دنانير) أو عكسه، (اشترط قبض البديل في المجلس) كما دل عليه الخبر السابق حذراً من الربا، فلا يكفي التعيين عنه. (والأصح أنه لا يشترط التعيين للبديل؛ أي تشخيصه، (في العقد) لأن الصرف على ما في الذمة جائز. والثاني: يشترط ليخرج عن بيع الدين بالدين.

(وكذا) لا يشترط (القبض) للبديل (في المجلس) في الأصح، (إن استبدل ما لا يوافق في العلة للربا؛ (كثوب عن دراهم) كما لو باع ثوباً بدراهم في الذمة، لكن لا بد من التعيين في المجلس قطعاً. وفي اشتراط التعيين في العقد الوجهان في استبدال الموافق. والثاني: يشترط القبض؛ لأن أحد العوضين دين، فيشترط قبض الآخر كمراس مال السلم. فإن قيل: كان الأولى أن يقول كقطعاً عن دراهم لأن الثوب ليس بربوي، فلا يحسن أن يقال إن الثوب لا يوافق الدراهم في علة الربا؟ أجب بأن النفي يصدق بنفي الموضوع، فيصدق بأن لا ربا أصلاً.

(ولو استبدل عن الفرض) بمعنى المقرض جاز ولو لم يتلف، خلافاً لبعض المتأخرين، وإن كان قبل تلفه غير مستقر في الذمة من حيث أن للمقرض أن يرجع في عينه.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: البيوع، باب: اقتضاء الذهب من الورق (الحديث: ٣٣٥٥) وأخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في الصرف (الحديث: ١٢٤٢) وأخرجه النسائي في كتاب: البيوع، باب: بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة (الحديث: ٤٥٩٦) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: التجارات، باب: اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب (الحديث: ٢٢٦٢) وأخرجه الحاكم في مستدرکه في كتاب: البيوع، (الحديث: ٤٤/٢).

وَقِيَمَةُ الْمُتَلَفِ جَارَ، وَفِي اشْتِرَاطِ قَبْضِهِ فِي الْمَجْلِسِ مَا سَبَقَ. وَبَيَعُ الدِّينِ لِعَبْرٍ مَنْ عَلَيْهِ بَاطِلٌ فِي الْأَظْهَرِ بِأَنْ اشْتَرَى عَبْدَ زَيْدٍ بِمِائَةِ لُهِ عَلَى عَمْرٍو؛ وَلَوْ كَانَ لَزَيْدٍ وَعَمْرٍو دَيْنَانِ عَلَى شَخْصٍ فَبَاعَ زَيْدٌ عَمْرًا دَيْنَهُ بِدَيْنِهِ بَطْلًا قَطْعًا. وَقَبْضُ الْعَقَارِ تَخْلِيَتُهُ لِلْمُشْتَرِي وَتَمَكِّيَتُهُ مِنَ التَّصْرِيفِ؛

(و) لو استبدل عن (قيمة المتلف) أو مثله، وكذا عن كل دين ليس بثمن ولا مثنى كالدين الموصى به أو الواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو بسبب الضمان أو عن زكاة الفطر إذا كان الفقراء محصورين، (جاز) لاستقرار ذلك (وفي اشتراط قبضه) أي البدل، (في المجلس) وتعيينه (ما سبق) من كونه مخالفاً في علة الربا أو لا، قال الإسني: وفي الدين الثابت بالحوالة نظر، ويحتمل تخريجه على أن الحوالة بيع أم لا، ويحتمل أن ينظر إلى أصله وهو المحال به فيعطى حكمه اه. والثاني أوجه.

(وبيع الدين) بعين (لغير من عليه باطل في الأظهر بأن اشترى عبد زيد) مثلاً (بمائة له على عمرو) لأنه لا يقدر على تسليمه. وهذا ما صححه في المحرر والشرحين والمجموع هنا، وجزم به الرافعي في باب الكتابة. والثاني: يصح، وهو المعتمد كما صححه في زوائد الروضة هنا موافقاً للرافعي في آخر الخلع، واختاره السبكي، وحكي عن النص لاستقراره، كبيعه ممن هو عليه؛ وعلى هذا قال في المطلب: يشترط أن يكون المديون ملياً مقرراً، وأن يكون الدين حالاً مستقراً. وصرح في أصل الروضة كالبغي بشتراط قبض العوضين في المجلس، وهذا هو المعتمد وإن قال في المطلب مقتضى كلام الأكثرين يخالفه. ولا يصح أن يحمل الأول على الربوي والثاني على غيره كما قال بعض المتأخرين لأن مثالهم يأبى ذلك لأن الشيخين مثلاً ذلك بعبد. تنبيه: القول بالصحة إنما يجري في غير المسلم فيه كما يؤخذ من تعليقه ومما مر.

(ولو كان لزيد وعمر دينان على شخص فباع زيد عمراً دينه بدينه بطل قطعاً) اتفق الجنس أو اختلف؛ لنهيه ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ^(١). رواه الحاكم وقال: إنه على شرط مسلم. وفسر بيع الدين بالدين كما ورد التصريح به في رواية البيهقي^(٢).

ثم شرع في بيان القبض والزجوع في حقيقته إلى العرف فيه لعدم ما يضبطه شرعاً أو لغة كالإحياء والحرز في السرقة، فقال: (وقبض العقار) أي إقباضه، وهو الأرض والنخل والضياع كما قاله الجوهري، وأراد بالضياع: الأبنية؛ (تخليته للمشتري) أي له تركه بلفظ يدل عليها من البائع كما اقتضاه كلام المطلب نقلاً عن الأصحاب. (وتمكنه من التصرف) فيه بتسليم المفتاح إليه وإن لم يتصرف فيه ولم يدخله. ويشترط كما في الكفاية: أن لا يكون هناك مانع حسي ولا شرعي؛ لأن الشارع أطلق القبض وأناط به أحكاماً ولم يبيئه ولا له حد في اللغة فيرجع فيه إلى العرف كما مر، والعرف قاض بما ذكره المصنف في هذا وما بعده. قال الرافعي: وفي معنى العقار الأشجار الثابتة والثمرة المبيعة على الشجرة قبل أوان الجذاذ. وتقبيده بذلك يشعر بأن دخول وقت قطعها يلحقها بالمتقول، وهو كما قال الإسني متجه وإن نازع فيه الأذرع.

تنبيه: قال الشارع: لو أتى المصنف بالباء في التخلية كما في الروضة وأصلها والمحرر كان أقوم إلا أن يفسر القبض بالإقباض اه. أي لأن القبض فعل المشتري والتخلية فعل البائع، فلو لا التأويل المذكور كما قدرته في عبارته لما صح الحمل.

(١) أخرجه الحاكم «في مستدرکه» في كتاب: البيوع (الحديث: ٥٧/٢).

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين (الحديث: ٢٩٠/٥).

بَشْرَطِ فَرَاغِهِ مِنْ أَمْتَعَةِ الْبَائِعِ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرِ الْعَاقِدَانِ الْمَبِيعَ أَعْتَبِرَ مُضِيَّ زَمَنِ يُمَكِّنُ فِيهِ الْمُضِيَّ إِلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ. وَقَبْضُ الْمَنْقُولِ تَحْوِيلُهُ،

(بشرط فراغه من أمتعة البائع) لأن التسلم في العرف موقوف على ذلك فيفرغها بحسب الإمكان ولا يكلف تفرغها في ساعة واحدة إذا كانت كثيرة، وسيأتي في باب الأصول والثمار أن الأرض المزروعة يحصل تسليمها بالتخلية مع بقاء الزرع لتأتي التفرغ هنا في الحال بخلافه ثم. ولو جمعت الأمتعة في بيت من الدار وخلي بين المشتري وبينها حصل القبض فيما عداه، فإن نقلت الأمتعة منه إلى بيت آخر حصل القبض في الجميع.

تنبيه: تقييد المصنف بأمتعة البائع يخرج به أمتعة المشتري فقط، أما أمتعة غير المشتري من مستأجر ومستعير وموضى له بالمنفعة فكأمتعة البائع كما قاله الأذري، وإن خالف في ذلك غيره فاحذره.

(فإن لم يحضر العاقدان المبيع) وحضورهما لا يشترط على الأصح لما فيه من المشقة؛ (اعتبر) في حصول قبضه (مضي زمن يمكن فيه المضي إليه في الأصح) سواء أكان في يد المشتري أم لا، منقولاً كان أو لا؛ لأننا لا نعتبر الحضور للمشقة، ولا مشقة في مضي الزمان فاعتبر. والثاني: لا يعتبر لأنه لا معنى لاعتباره مع عدم الحضور. وعلى الأول لا يعتبر نفس المضي ولا يفتقر في مضي الزمان فاعتبر. والثاني: لا يعتبر لأنه لا معنى لاعتباره مع عدم الحضور. وعلى الأول لا يعتبر نفس المضي ولا يفتقر في الغائب عن العاقدين، ولا في الحاضر بيد المشتري إلى إذن البائع إن لم يكن له حق الحبس وإلا افتقر.

(وقبض المنقول) من حيوان أو غيره، (تحويله) لما روى الشيخان عن ابن عمر: «كنا نشترى الطعام جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه»^(١). وقيس بالطعام غيره، فيأمر العبد بالانتقال من موضعه ويسوق الدابة أو يقودها؛ ولا يكفي ركوبها واقفة، ولا استعمال العبد كذلك، ولا وطء الجارية. وقول الرافعي في كتاب الغصب: لو ركب المشتري الدابة أو جلس على الفراش حصل الضمان. ثم إن كان ذلك بإذن البائع جاز له التصرف أيضاً وإن لم ينقله، وإلا فلا صحيح في الضمان غير صحيح في التصرف. ويكفي في قبض الثوب ونحوه مما يتناول باليد التناول، ومز أن بيع الثمرة على الشجرة قبل أوان الجداد يكفي فيها التخلية، وكذا بيع الزرع في الأرض، وأن إتلاف المشتري المبيع قبض له؛ فيستثنى ذلك من كلامه هنا، ويستثنى أيضاً القسمة فلا حاجة إلى تحويل المقسوم ولو جعلنا القسمة بيعاً إذ لا ضمان فيها حتى يسقط بالقبض.

تنبيه: يؤخذ من التعبير بالنقل أن الدابة مثلاً لو تحولت بنفسها ثم استولى عليها المشتري لا يحصل القبض؛ وهو كذلك، سواء استولى عليها بغير إذن البائع أو بإذنه لما مر أن كلام الرافعي في الغصب ضعيف. ولو كان المبيع تحت يد المشتري أمانة أو مضموناً وهو حاضر ولم يكن للبائع حق الحبس صار مقبوضاً بنفس العقد، بخلاف ما إذا كان له حق الحبس فإنه لا بد من إذنه كما مر. ولو باع شجرة بشرط القطع كفي فيها التخلية كما ذكره القفال في فتاويه. ولو اشتري الأمتعة مع الدار صفقة اشترط في قبضها نقلها كما لو أفردت، وقيل: لا، تبعاً لقبض الدار. ولو اشتري صُبْرَةً ثم اشتري مكانها لم يكف خلافاً للماوردي، كما لو اشتري شيئاً في داره فإنه لا بد من نقله؛ وما فرّق به بينهما غير معتبر. والسفينة من المنقولات كما قاله ابن الرفعة، فلا بد

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله، والأدب في ذلك

تعلقاً وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض (الحديث: ٣٨٢٠).

فَإِنْ جَرَى النَّبِيُّ بِمَوْضِعٍ لَا يَخْتَصُّ بِالْبَائِعِ كَفَى نَقْلُهُ إِلَى حَيْزٍ، وَإِنْ جَرَى فِي دَارِ الْبَائِعِ لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِ الْبَائِعِ فَيَكُونُ مُعْبَرًا لِلْبَقْعَةِ.

(فرع): لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ الْمَبِيعِ إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا أَوْ سَلَّمَهُ، وَإِلَّا فَلَا يَسْتَقْبَلُ بِهِ. وَلَوْ بَاعَ الشَّيْءَ تَقْدِيرًا كَثُوبٍ وَأَرْضٍ ذَرْعًا، وَحِنْطَةً كَيْلًا أَوْ وَزْنًا: اشْتَرَطَ مَعَ الثَّقْلِ ذَرْعُهُ أَوْ كَيْلُهُ أَوْ وَزْنُهُ؛

من تحويلها؛ وهو ظاهر في الصغيرة وفي الكبيرة في ماء تسير فيه؛ أما الكبيرة في البر فكالعقار فتكفي فيها التحلية لعسر النقل، وعلى كل تقدير لا بدّ فيها من تفرغها من أمتعة البائع ونحوه. ولو بيع ظرف دون مظهره اشترط في تسليمه تفرغه كالسفينة، وكذا كل منقول لا بدّ من تفرغه.

(فإن جرى البيع) في أي مكان كان والمبيع (بموضع لا يختص بالبائع) بأن اختص بالمشتري بملك أو وقف أو وصية له بالمنفعة أو إجارة أو إعارة أو نحو ذلك كتحتجر على ما سيأتي في الأحياء إن شاء الله تعالى، أو لم يختص بأحد كموات وشارع ومسجد؛ (كفى) في قبضه (نقله) من حين (إلى حين) آخر من ذلك الموضع. وشمل كلامه المغصوب من أجنبي والمشارك بين المشتري وغيره وبين البائع وغيره، فإنه يصدق أنه لا اختصاص للبائع به وإن قال الإسني في نظر.

تنبيه: كان الأولى للمصنف أن يزيد (والمبيع) بالميم، فإن جريان البيع لا مدخل له فيما نحن فيه كما قدرته في كلامه؛ لكنه تبع المحرّر في ذلك، ولعله من غير تأمل. وقوله: «لا يختص بالبائع» قال الولي العراقي: إنه مقلوب وصوابه «لا يختص البائع به»، لأن الباء تدخل على المقصور الذي لا يتعدى اهـ. وفي التعبير بالصواب نظر؛ لأن دخولها على المقصور أكثرى لا كلي.

(وإن جرى) البيع في أي مكان كان كما مرّ، والمبيع (في دار البائع) أي في موضع يستحق منفعته، أو الانتفاع به بملك «أو وقف أو وصية أو إجارة أو إعارة أو نحو ذلك كتحتجر كما مرّ؛ (لم يكف ذلك) النقل في قبضه، (إلا بإذن البائع) فيه؛ لأن يد البائع عليها وعلى ما فيها. نعم لو جعله أي المشتري في أمتعة له أو مستعارة من البائع كفى كما نقله في الكفاية عن القاضي حسين وأقرّه. ويستثنى من إطلاقه ما إذا كان المنقول خفيفاً فقبضه بتناوله باليد كما مرّ، إذ لا فرق بين وقوعه فيما يختص البائع أو لا. ويشترط في المقبوض كونه مرئياً للقباض وإلا فكالبيع، نبه على ذلك الزركشي. أما إذا أذن له البائع (فيكون معبراً للبقعة) التي أذن في النقل إليها كما لو استعارها من غيره.

تنبيه: قوله: «لم يكف»؛ أي بالنسبة إلى التصرف، أما بالنسبة إلى نقل الضمان فإنه يكون كافياً لاستيلائه عليه، وكذا لو أذن له في مجزّد التحويل. هذا كله في منقول بيع بلا تقدير، فإن بيع بتقدين فسيأتي.

فرع: زاد الترجمة به: (للمشتري قبض المبيع) استقلالاً، (إن كان الثمن مؤجلاً) لانتهاء حق الحبس، وكذا لو حلّ قبل التسليم وإن خالف في ذلك الإسني. (أو) كان حالاً و (سَلَّمَهُ) لمستحقه؛ (وإلا) أي وإن كان حالاً ولم يسلمه كله أو بعضه (فلا يستقلّ به) بل لا بدّ من إذن البائع فيه؛ لأن حق الحبس ثابت له. فإن استقلّ به لزمه رده ولا ينفذ تصرفه فيه، لكن يدخل في ضمانه باليد الحسية لا الشرعية ليطالب به إن خرج مستحقاً واستقرّ ثمنه عليه.

(ولو بيع الشيء تقديراً كَثُوبٍ وَأَرْضٍ ذَرْعًا) بإعجام الذال؛ (وحنطة كيلاً أو وزناً اشترط) في قبضه (مع النقل) في المنقول (ذرعاً) إن بيع ذرعاً بأن كان يذرع، (أو كيله) إن بيع كيلاً بأن كان يكال، (أو وزنه) إن بيع

مِثَالُهُ: «بِعْتُكُمَهَا كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ أَوْ عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةُ أَصْعٍ». وَلَوْ كَانَ لَهُ طَعَامٌ مُقَدَّرٌ عَلَى زَيْدٍ وَلِعَمْرٍو عَلَيْهِ مِثْلُهُ فَلْيُكْتَلْ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يُكَيْلُ لِعَمْرٍو،

وزناً بأن كان يوزن، أو عدّه أن بيع عدداً بأن كان يعدّ؛ لورود النصّ في الكيل في خبر مسلم: «مَنْ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلَا يَبِغُهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ»^(١) دلّ على أنه لا يحصل فيه القبض إلا بالكيل، وليس بمعتبر في بيع الجزاف إجماعاً، فتعين فيما قدر بكيل الكيل، وقيس عليه الباقي. ويعتبر أن يكيل البائع أو وكيله، فلو قال لغريمه: «اكتل حَقَّكَ مِنْ صُبْرَتِي» لم يصح، لأن الكيل أحد ركني القبض، وقد صار نائباً فيه من جهة البائع متأسلاً لنفسه. ولو تنازعا فيمن يكيل نصب الحاكم كَيْتالاً أميناً يتولاه. ويقاس بالكيل غيره وأجرة كَيْتال المبيع أو وزّانه أو من ذرعه أو عدّه ومؤنة إحضاره إذا كان غائباً إلى محل العقد؛ أي تلك المحلّة على البائع، وأجرة كَيْتال الثمن أو وزّانه أو من ذرعه أو عدّه ومؤنة إحضاره إذا كان غائباً إلى محل العقد؛ أي تلك المحلّة على البائع، وأجرة كَيْتال الثمن أو وزّانه، أو من ذرعه أو عدّه، ومؤنة إحضار الثمن الغائب إلى محلّ العقد على المشتري. وأجرة النقل المحتاج إليه في تسليم المبيع المنقول على المشتري؛ أي وقياسه، أن يكون في الثمن على البائع، وأجرة نقاد الثمن على البائع؛ أي وقياسه أن يكون في المبيع على المشتري؛ لأن القصد منه إظهار عيب إن كان ليردّه به. ولا فرق في الثمن بين أن يكون معيناً أو لا كما أطلقه الشيخان، وإن قيده العمراني في كتاب الإجارة بما إذا كان الثمن معيناً. ولو أخطأ النقاد فظهر بما نقده غشٌّ وتعدّر الرجوع على المشتري فلا ضمان عليه وإن كان بأجرة كما أطلقه صاحب الكافي، وإن قيده الزركشي بما إذا كان متبرعاً لكن لا أجرة له كما لو استأجره للنسخ فغلط فإنه لا أجرة له. فإن قيل: إنه يغرم هناك أرش الورق، فقياسه أن يكون هنا ضامناً وهو ما استند إليه الزركشي. أوجب بأنه هناك مُقَصِّرٌ وهنا مجتهد، والمجتهد غير مقصر.

ثم إن المصنف رحمه الله تعالى بيّن لك القدر في المكيل بمثالين لتقيس عليه غيره، فقال: (مثاله بعنتكها) أي الصبرة، (كل صاع بدرهم، أو بعنتكها بخمسة مثلاً (على أنها عشرة أصع) لكن في المثال الثاني كما قال ابن شعبة نظر؛ لأنه جعل ذلك وصفاً كالكتابة في العبد، فيبغى أن لا يتوقف ذلك على الكيل. ويخالف ما إذا باعها كل صاع بدرهم، فإن التقدير يحتاج إلى معرفة الثمن؛ فلو قبض ما ذكر جزافاً لم يصحّ القبض، لكن يدخل المقبوض في ضمانه.

(ولو كان له) أي لبيكر، (طعام) مثلاً مقدّر كعشرة أصع (على زيد، ولعمرو عليه مثله فليكتل) بَكَرٌ (لنفسه) من زيد (ثم يكيل لعمرو) لأن الإقباض هنا متعدّد ومن شرط صحته الكيل فلزم تعدّد الكيل، وللنهي عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان كما روي مرفوعاً^(٢)، يعني صاع البائع وصاع المشتري. قال القاضي حسين: والمعنى فيه أن كل واحد منهما يستحق على من له عليه الحق قبضه بالكيل. والكيلان قد يقع بينهما تفاوت فلم يجز الاقتصار على الكيل الأول لجواز أن لو حدّده لظهر فيه تفاوت، فإذا كال لنفسه وقبضه ثم كاله لغريمه فزاد أو نقص بقدر ما يقع بين الكيلين لم يؤثر فتكون الزيادة والنقص عليه، أو بما لا يقع بين الكيلين، فالكيل الأول غلط فيرد بكر الزيادة ويرجع بالنقص، ولو قبضه في المكيال وسلّمه لغريمه فيه صحّ لأن استدامة المكيال كابتدائه، وقد يقال في الذرع كذلك.

(١) أخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض (الحديث: ٣٨١٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه في كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض (الحديث: ٢٢٢٨).

فَلَوْ قَالَ: «أَقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ» فَفَعَلَ فَالْقَبْضُ فَاسِدٌ.

(فَرَعٌ): قَالَ الْبَائِعُ: لَا أَسْلَمُ الْمَبِيعَ حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَهُ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ مِثْلَهُ أَجْبِرَ الْبَائِعَ، وَفِي قَوْلِ: الْمُشْتَرِي، وَفِي قَوْلِ: لَا إِجْبَارَ، فَمَنْ سَلَّمَ أَجْبِرَ صَاحِبَهُ؛ وَفِي قَوْلِ: يُجْبِرَانِ. قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا سَقَطَ الْقَوْلَانِ الْأَوَّلَانِ وَأُجْبِرَا فِي الْأَظْهَرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(فلو قال) بكر لعمرو: (اقبض من زيد ما لي عليه لنفسك) أو احضر معي لأقبضه أنا لك، (ففعل فالقبض فاسد) له لاتحاد القابض والمقبض، وضمنه القابض لاستيلائه عليه لغرضه وبريء زيد من حق بكر لإذنه في القبض منه في الأولى وقبضه بنفسه في الثانية. وإن قال له: «اقبضه لي ثم لنفسك» أو «أحضر معي لأقبضه لي ثم لك» ففعل صحَّ القبض الأول، إذ لا مانع منه دون الثاني لاتحاد القابض والمقبض وضمنه القابض، والمقبض وضمنه القابض، وبريء زيد من حق بكر.

فروع: لا يجوز للمستحق أن يوكل في القبض من يده يد المقبض كرقيقه ولو مأذوناً له في التجارة، كما لا يجوز أن يوكل فيه المقبض بخلاف ابنه وأبيه ومكاتبه. ولو قال لغريمه: «وَكُلَّ من يقبض لي منك»، أو قال لغيره: «وَكُلَّ من يشتري لي منك» صحَّ ويكون وكيلاً له في التوكيل في القبض أو الشراء منه. ولو وُكِّلَ البائع رجلاً في الإقباض ووكَّله المشتري في القبض لم يصحَّ توكيله لهما معاً لاتحاد القابض والمقبض. ولو قال لغريمه: «اشتر بهذه الدراهم لي مثل ما تستحقه علي واقبضه لي ثم لنفسك» صحَّ الشراء والقبض الأول دون الثاني لاتحاد القابض والمقبض، أو قال: «واقبضه لنفسك» فسد القبض؛ لأن حق الإنسان لا يتمكن غيره من قبضه لنفسه؛ وضمنه الغريم لاستيلائه عليه وبريء الدافع من حق الموكل لإذنه في القبض منه. أو قال: «اشتر بها ذلك لنفسك» فسدت الوكالة، إذ كيف يشتري بمال الغريم لنفسه والدراهم أمامه بيده؟ فإن اشترى بعينها بطل أو في الذمة صحَّ ووقع عنه وأدى الثمن من ماله. وللأب وإن علا أن يتولَّى طَرْفِي القبض كما يتولَّى طَرْفِي البيع كما مرَّ في بابه.

فروع: زاد الترجمة به أيضاً: إذا (قال البائع) مال نفسه بضمن حال في الذمة بعد لزوم العقد: (لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه وقال المشتري في الثمن مثله) أي لا أسلمه حتى أقبض المبيع وترافعا إلى حاكم، (أجبر البائع) على الإبتداء بالتسليم؛ لأن حق المشتري في العين وحق البائع في الذمة، فيقدَّم ما يتعلق بالعين كأرش الجنابة مع غيره من الديون. (وفي قول المشتري) لأن حقه متعين في المبيع وحق البائع غير متعين في الثمن فيؤمر بالتعيين ليتساويا في تعيين الحق. (وفي قول لا إجبار) أولاً، وعلى هذا يمنعها الحاكم من التخاصم. (فمن سلم أجبر صاحبه) على التسليم؛ لأن كلاً منهما ثبت له إيفاء واستيفاء، ولا سبيل إلى تكليف الإيفاء قبل الاستيفاء؛ حكاه الشافعي في الأم عن غيره، ثم ردّه لأن فيه ترك الناس يتمنعون من الحقوق. (وفي قول يجبران) لأن التسليم واجب عليهما فيلزم الحاكم كلاً منهما بإحضار ما عليه إليه، أو إلى عدل. فإذا فعل سلم الثمن للبائع والمبيع للمشتري يبدأ بأيهما شاء.

(قلت: فإن كان الثمن معيناً سقط القولان الأولان) سواء كان الثمن نقداً أم عوضاً كما صرح به في الشرح الصغير وزوائد الروضة. ولا ينافي ذلك تصوير الرافعي في الشرح الكبير سقوطهما في بيع عرض بعرض؛ قال الشارح: لأن سكوته عن النقد لا ينفيه.

(وأجبرا في الأظهر، والله أعلم) لاستواء الجانبين؛ لأن الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين. أما إذا

وَإِذَا سَلَّمَ الْبَائِعُ أَجْبَرَ الْمُشْتَرِيَ إِنْ حَضَرَ الثَّمَنُ وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ بِالْفَلْسِ، أَوْ مُوسِراً وَمَالَهُ بِالْبَلَدِ أَوْ بِمَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَمْوَالِهِ حَتَّى يُسَلَّمَ. فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يُكَلَّفِ الْبَائِعُ الصَّبْرَ إِلَى إِحْضَارِهِ وَالْأَصْحَحُّ أَنَّ لَهُ الْفَسْخَ؛ فَإِنْ صَبَرَ فَالْحَجْرُ كَمَا ذَكَرْنَا، وَلِلْبَائِعِ حَسْبُ مَبِيعِهِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إِنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلَا خِلَافٍ؛ وَإِنَّمَا الْأَقْوَالُ إِذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ وَتَنَازَعَا فِي مُجَرِّ الْإِبْتِدَاءِ.

كان نائياً عن غيره كالوكيل وناظر الوقف والحاكم في بيع أموال المفلس وعامل القراض فإنه لا يجبر على التسليم، بل لا يجوز له ذلك حتى يقبض الثمن، فلا يأتي إلا بإجبارهما أو إجبار المشتري ولا يأتي قول الإعراض عنهما لأن الحال لا يحتمل التأجيل. قال الإمام: ولو تباع وليان أو وكيلان لم يأت سوى إجبارهما.

(وإذا سلم البائع) بإجبار أو بدونه، (أجبر المشتري) على التسليم في الحال (إن حضر الثمن) في المجلس؛ لأن التسليم واجب عليه ولا مانع منه. وإذا أصر المشتري على الامتناع لا يثبت للبائع حق الفسخ كما سيأتي في كتاب الفلوس. والمراد بحضور الثمن حضور عينه إن كان معيناً، أو نوعه الذي يقضى منه إن كان في الذمة، فإن ما في الذمة قبل قبضه لا يستمى ثمناً إلا مجازاً.

(وإلا) أي وإن لم يحضر الثمن، (فإن كان) المشتري (معسراً) بالثمن فهو مفلس، (فالبائع الفسخ بالفلوس) وأخذ المبيع لما سيأتي في بابه، وحينئذ فيشترط فيه حجر القاضي وإن افتضت عبارة المصنف كالروضة وأصلها أنه يستقل بذلك من غير توقف على حجر الحاكم. وفي افتقار الرجوع بعد الحجر إلى إذن الحاكم وجهان، أشهرهما كما قال الرافعي أنه لا يفتقر.

(أو موسراً وماله بالبلد، أو بمسافة قريبة) وهو دون مسافة القصر، (حجر عليه في) المبيع وفي جميع (أمواله) وإن كانت وافية بدينه، (حتى يسلم) الثمن، لثلاً يتصرف في ذلك بما يبطل حق البائع. وهذا يسمى بالحجر الغريب؛ قال السبكي: والفرق بينه وبين حجر الفلوس حيث اعتبر فيه نقص ما له مع المبيع عن الوفاء أن الفلوس سلطه البائع على المبيع باختياره رضي بدمته بخلافه هنا، هذا إذا لم يكن محجوراً عليه بفلوس، وإلا لم يحجر عليه أيضاً هذا الحجر لعدم فائدته؛ لأن حجر الفلوس يتمكن فيه من الرجوع إلى عين ماله بشرطه الآتي، وهذا الحجر يخالفه في ذلك، وفي كونه لا يتوقف على ضيق المال كما مر، ولا يتوقف على فك القاضي بل ينفك بمجرد التسليم كما جزم به الإمام وتبعه البلقيني وإن خالف في ذلك الإسوي وجعله كحجر الفلوس.

(فإن كان) ماله (بمسافة القصر) فأكثر، (لم يكلف البائع الصبر إلى إحضاره) لتضرره بذلك؛ (والأصح أن له الفسخ) ولا يحتاج هنا حجر خلافاً لبعض المتأخرين لتعذر تحصل الثمن كالإفلاس به. والثاني: ليس له الفسخ بل يُباع المبيع ويؤدى حقه من الثمن كسائر الديون.

(فإن صبر) البائع إلى إحضار المال، (فالحجر) يضرب على المشتري (كما ذكرنا) في المبيع وفي جميع أمواله حتى يسلم الثمن لما مر. (وللبائع حيس مبيعه حتى يقبض ثمنه) كله الحال أصالة، (إن خاف فوته بلا خلاف) وكذا للمشتري حيس الثمن المذكور إن خاف فوت المبيع بلا خلاف.

(وإنما الأقوال) السابقة (إذا لم يخف) أي البائع، (فوته) أي الثمن، وكذا المشتري فوت المبيع؛ (وتنازعا في مجرد الابتداء) بالتسليم؛ لأن الإجبار عند خوف الفوات بالهرب أو تملك المال أو نحو ذلك فيه ضرر ظاهر. أما الثمن المؤجل فليس للبائع حيس المبيع به وإن حل قبل التسليم كما مر لرضاه بتأخيره.

١٠ - بَابُ: التَّوْلِيَةِ وَالْإِشْرَاكِ وَالْمُرَابَحَةِ

أَشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ قَالَ لِعَالِمٍ بِالثَّمَنِ: «وَلَيْتُكَ هَذَا الْعَقْدُ» فَقَبِلَ لَزَمَهُ مِثْلُ الثَّمَنِ،

تنبيه: كان الأولى للمصنف أن يقول: «ولكل بائع ومشتري حبس ما بذله حتى يقبض عوضه» ليشمل المشتري كما قررته؛ ولكن إنما صرح بالبائع لأنه قدم تصحيح إجباره فذكر شرط وجوبه. ولو استبدل عن الثمن ثوباً مثلاً، قال الفقهاء: ليس له الحبس لأنه أبطل حقه من الحبس بنقله إلى العين، إذ حق الحبس لاستيفاء عين الثمن وقد بذله. لكن عبارة الروضة: ولو صالح من الثمن على مال فله إدامة حبسه لاستيفاء العوض. قال الولي العراقي: ولعل الأول مجمول على ما إذا استبدل عيناً، والثاني على ما إذا استبدل ديناً اهـ. والمعتمد إطلاق عبارة الروضة كما جرى عليه ابن المقري في روضه.

خاتمة: اختلاف المكثري والمستأجر في الابتداء بالتسليم كاختلاف البائع والمشتري في ذلك، وما قيل من أن اختلاف المسلم والمسلم إليه كذلك مردود كما قاله شيخنا لأن الإيجاب إنما يكون بعد اللزوم كما مر، والسلم إنما يلزم بعد قبض رأس المال والتفرق من المجلس. ولو تبرع البائع بالتسليم لم يكن له حق الحبس، وكذا لو أعاره البائع للمشتري؛ قال الزركشي: والمراد من العارية نقل اليد كما قالوه في إعارة المرتهن الرهن للراهن، وإلا فكيف تصح الإعارة من غير مالك! وقال غيره: صورتها أن يؤجر عيناً ثم يبيعه لغير مستأجرها ثم يستأجرها من المستأجر ويعيرها للمشتري قبل القبض، ولو أودعه له كان له استرداده، إذ ليس له في الإيداع تسليط بخلافه في الإعارة. وتلّفه في يد المشتري بعد الإيداع كتلفه في يد البائع كما قاله القاضي أبو الطيب في الشفعة، وله استرداده أيضاً فيما إذا خرج الثمن زيوفاً كما قاله ابن الرفعة وغيره. ولو اشترى شخص شيئاً بوكالة اثنين وفي نصف الثمن عن أحدهما كان للبائع الحبس حتى يقبض الكل بناءً على أن الاعتبار بالعاقده، أو باع منهما ولكل منهما نصف وأعطى أحدهما البائع النصف من الثمن سلم إليه البائع نصفه من المبيع لأنه سلمه جميع ما عليه بناءً على أن الصفقة تعدد بتعدد المشتري.

باب التولية: أصلها تقليد العمل ثم استعملت فيما يأتي، (والإشراك) مصدر أشركه: أي صيره شريكاً، (والمرابحة) وهي مفاعلة من الربح وهو الزيادة على رأس المال. وفيه أيضاً المحاطة من الخط: وهو النقص، ولم يترجم لها؛ قال ابن شعبة: إما لإدخالها في المرابحة كما فعل الإمام لأنها في الحقيقة ربح المشتري، وإما لأنه ترجم للأشرف من القسامين واكتفى به عن الآخر كقوله تعالى: ﴿سَرَابِيلٌ تَقِيكُمُ الْحَرَّ﴾^(١) أي والبرد. وأهمل المساومة.

ثم شرع في النوع الأول من الترجمة، فقال: إذا (اشترى) شخص (شيئاً) بمثلتي (ثم قال) بعد قبضه ولزوم العقد وهو عالم بالثمن (لعالم بالثمن) قدرأ وصفة بإعلام المشتري أو غيره، أو لجاهل به ثم علم به قبل قبوله كما قاله الزركشي: (وليتك هذا العقد) سواء قال: «بما اشتريت» أم سكت، (فضل) كقوله: «قبلته أو توليته»، (لزومه مثل الثمن) جنساً وقدرأ وصفة. أما إذا اشتراه بعرض، فإن عقد التولية لا يصح إلا ممن ملك ذلك العرض. نعم لو قال: «قام عليّ بكذا وقد أوليتك العقد بما قام عليّ» أو ولت المرأة في صداقها بلفظ القيامة، أو قاله الرجل في عوض الخلع، صح كما جزم به ابن المقري في الأول ومثلها البقية.

(١) سورة النحل، الآية: ٨١.

وَهُوَ يَبِيعُ فِي شَرْطِهِ وَتَرْتَبِ أَحْكَامِهِ، لَكِنْ لَا يَخْتِاجُ إِلَى ذِكْرِ الثَّمَنِ، وَلَوْ حُطَّ عَنِ الْمُؤَلِّي بَعْضَ الثَّمَنِ أَنْحَطَّ عَنِ الْمُؤَلِّي؛ وَالْإِشْرَاكُ فِي بَعْضِهِ كَالتَّوْلِيَةِ فِي كُلِّهِ إِنْ بَيَّنَّ الْبَعْضَ. وَلَوْ أَطْلَقَ صَحَّ وَكَانَ مُنَاصَفَةً، وَقِيلَ: لَا.

(وهو) أي عقد التولية، (بيع في شرطه) أي في سائر شروطه، كالتفاض في الربوي والقدرة على التسليم؛ لأن حد البيع صادق عليه. (وترتب) جميع (أحكامه) من تجديد شفعة إذا كان المبيع شقصاً مشفوعاً عفا عنه الشفيع في العقد الأول. وقضية كونها - أي التولية - بيعاً أن للمؤلي مطالبة المتولي بالثمن مطلقاً؛ وهو كذلك، وإن قال الإمام ينقذ أنه لا يطالبه حتى يطالبه بانه. وليس للبائع مطالبة المتولي وإن توقف فيه الإمام ومن بقاء الزوائد المنفصلة للمؤلي وغير ذلك لأنه ملك جديد.

(لكي لا يحتاج) عقد التولية (إلى ذكر الثمن) بل يكفي العلم به عن ذكره؛ لأن خاصيته البناء على الثمن الأول وإن لزمه أحكام البيع.

(ولو حُطَّ) بضم الحاء، (عن المؤلي) بكسر اللام، (بعض الثمن) كما في المحرز؛ (انحط عن المؤلي) بفتحها؛ لأن خاصية التولية التنزيل على الثمن الأول. وشمل كلامه حطَّ البائع ووارثه ووكيله، فإن كان الحطَّ للبعض قبل التولية لم تصح التولية إلاً بالباقي. ولو حطَّ عنه الكل قبل التولية ولو بعد اللزوم أو بعدها وقبل لزومها لم تصح لأنها حينئذ بيع بلا ثمن، أو بعدها وبعد لزومها صححت وانحط الثمن عن المتولي؛ لأنها وإن كانت بيعاً جديداً فخاصيتها التنزيل على ما استقر عليه الثمن الأول، فهي في حق الثمن كالبناء وفي حق نقل الملك كالابتداء حتى تتجدد فيه الشفعة كما مر. ولو كذب المؤلي في اختياره بالثمن فالكذب فيه في المراجعة وسيأتي. قال ابن الرفعة: وظاهر كلامهم أنه لا فرق في التولية بين كون الثمن حالاً وكونه مؤجلاً وفيما إذا كان الثمن مؤجلاً ووقعت بعد الحلول نظر، فيجوز أن يقال: يكون الأجل في حق الثاني من وقتها، وأن يقال: يكون من حين العقد الأول فيلزمه الثمن حالاً. والأول أشبه؛ لأن الأجل من صفات الثمن، وقد شرطوا المثلية في الصفة.

ثم شرع في النوع الثاني فقال: (والإشراك في بعضه) أي المشتري، (كالتولية في كله) في جميع ما مر من الشروط والأحكام؛ لأن الإشراك تولية في بعض المبيع. (إن بين البعض) بأن صرح بالمنصفة أو غيرها من الكسور لتعيينه، فلو قال: «أشركت في النصف» كان له الربع بربع الثمن، إلا أن يقول «بنصف الثمن» فيتعين النصف كما صرح به المصنف في نكته لمقابلته بنصف الثمن، إذ لا يمكن أن يكون شريكاً بالربع بنصف الثمن لأن جملة المبيع مقابلة بالثمن فنصفه بنصفه.

تنبيه: اعترض على المصنف في إدخاله الألف واللام على بعض، وحكي منعه عن الجمهور، فإن ذكر بعضاً ولم يبينه لم يصح للجهل.

(ولو أطلق) الإشراك (صح) أيضاً (وكان) المشتري بينهما (منصفة) كما لو أقر بشيء لزيد وعمرو؛ (وقيل لا) يصح للجهل بقدر المبيع وثمنه.

فروع: للشريك الرد بعيب على الذي أشركه، فإذا ردَّ عليه ردُّه هو على الأول. وقضية كلام الأكثرين أنه لا يشترط ذكر العقد، وقال الإمام وغيره: يشترط ذكره بأن يقول «أشركت في بيع هذا أو في هذا العقد»، ولا

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُرَابِحَةِ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُ بِمِائَةٍ ثُمَّ يَقُولُ: «بِعْتِكَ بِمَا اشْتَرَيْتُ» وَرَبِحَ دِرْهَمٌ لِكُلِّ عَشْرَةٍ أَوْ رِبْحَ دِهْ يَارِزْ دَهْ» وَالْمُحَاطَةُ كِبِعْتُكَ بِمَا اشْتَرَيْتُ وَحَطَّ دِهْ يَارِزْ دَهْ؛ وَيَحْطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدِ عَشْرٍ وَاحِدًا، وَقِيلَ مِنْ كُلِّ عَشْرَةٍ. وَإِذَا قَالَ: «بِعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ» لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ سِوَى الثَّمَنِ،

يكفي «أشركتك في هذا»؛ وهذا ظاهر كما نقله صاحب الأنوار وأقره، وعليه «أشركتك في بيع هذا أو في هذا العقد»، ولا يكفي «أشركتك في هذا»؛ وهذا ظاهر كما نقله صاحب الأنوار وأقره، وعليه «أشركتك في هذا» كناية.

ثم شرع في النوع الثالث فقال: (ويصح بيع المرابحة) من غير كراهة لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١). (بأن يشتريه شيئاً بمائة مثلاً، ثم يقول) لغيره وهما عالمان بذلك: (بعتك) بمائتين أو (بما اشتريت) أي بمثله أو برأس المال أو بما قام على أو نحو ذلك. (وربح درهم لكل عشرة) أو في أو على كل عشرة. (أو ربح ده يازده) لأن الثمن معلوم فكان كبعتك بمائة وعشرة. ورؤي عن ابن مسعود أنه كان لا يرى بأساً بأزده وده دوازده. وما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان ينهى عن ذلك، وعن عكرمة أنه حرام، وعن إسحاق أن البيع يبطل به حُمل على ما إذا لم يبين الثمن. وده بالفارسية عشرة، ويزاده أحد عشر؛ أي كل عشرة ربحها درهم، وده دوازده كل عشرة ربحها درهماً؛ فلو كان الثمن دراهم معينة غير موزونة أو حنطة مثلاً معينة غير مكيلة لم يصح البيع مرابحة.

فرع: له أن يضم إلى الثمن شيئاً ويبيعه مرابحة كأن يقول: اشترت بمائة وبعتك بمائتين وربح درهم لكل عشرة أو ربح ده يازده، وكأنه قال: بعته بمائتين وعشرين. ويجوز أن يكون الربح من غير جنس الثمن؛ قيل لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه: ما سبب كثرة مالك؟ قال: ما كتمت عيباً ولا رددت ربحاً.

ثم شرع في النوع الرابع الذي لم يترجم له فقال: (و) يصح بيع (المحاطة) ويقال لها المواضعة والمخاسرة؛ (كبعته) أي كقول من ذكر لغيره وهما عالمان بالثمن «بعته». (بما اشتريت) أي بمثله أو برأس المال أو بما قام عليّ أو نحو ذلك. (وَحَطَّ دِهْ يَارِزْ دَهْ) أو وَحَطَّ دِهْ يَارِزْ دَهْ لكل عشرة أو في أو على كل عشرة فيقبل؛ (ويحط من كل أحد عشر واحد) كما أن الربح في مرابحة ذلك واحد من أحد عشر، فلو اشتراه بمائة فالثمن تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، أو بمائة وعشرة فالثمن مائة.

(وقيل): يحط (من كل عشرة) واحد كما زيد في المرابحة على كل عشرة واحد. ولو قال: يحط درهم من كل عشرة فالمحطوط العاشر لأن (من) تقتضي إخراج واحد من العشرة بخلاف اللام وفي وعلى. والظاهر في نظيره من المرابحة كما قاله شيخنا الصحة مع الربح، وتحمل (من) على في أو على تجوزاً، وقرينة التجوز قوله: «وربح درهماً إلخ» وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين.

(وإذا قال بعث) لك (بما اشتريت) أو برأس المال، (لم يدخل فيه سوى الثمن) الذي استقر عليه العقد عند لزومه لأنه المفهوم من ذلك، وهذا صادق بما فيه حطّ عما عقد به العقد أو زيادة عليه في زمن الخيار. ولو حطّ جميع الثمن في مدة الخيار بطل العقد على الأصح، كما لو باع بلا ثمن؛ قاله الشيخان قبيل الكلام على الاحتكار. قال الدميري: حادثة: وقع في الفتاوى أن رجلاً باع ولده داراً بثمن معلوم ثم أسقط عنه جميع الثمن قبل التفرّق من المجلس، فأجيب فيها بأنه يصير كمن باع بلا ثمن وهو غير صحيح فتستمر الدار على ملك الوالد اهـ. وما قالوه هو الموافق لكلام الشيخين. أما إذا وقع الحط بعد لزوم العقد، فإن كان بعد المرابحة لم يتعدد

وَلَوْ قَالَ: «بِمَا قَامَ عَلَيَّ» دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أُجْرَةَ الْكَيْالِ وَالذَّلَالِ وَالْحَارِسِ وَالْقَصَّارِ وَالرَّفَاءِ وَالصَّبَاغِ وَوَيْمَةَ الصَّبْغِ وَسَائِرِ الْمُؤَنِ الْمُرَادَةِ لِلِاسْتِرْبَاحِ. وَلَوْ قَصَرَ بِنَفْسِهِ أَوْ كَالَ أَوْ حَمَلَ أَوْ تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ لَمْ تَدْخُلْ أُجْرَتُهُ. وَلْيَعْلَمَا ثَمَنُهُ أَوْ مَا قَامَ بِهِ، فَلَوْ جَهَلَهُ أَحَدُهُمَا بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ. وَلْيُصَدَّقِ الْبَائِعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ وَالْأَجْلِ.....

الحطُّ إلى المشتري؛ وإن كان قبلها، فإن حطَّ الكل لم يجز بيعه بقوله «قام علي»، ويجوز بلفظ «اشترت»؛ وإن حطَّ البعض أجزى بلفظ الشراء، ولا يجوز بلفظ القيام إلا بعد إسقاط المحطوط.

(ولو قال) بعتك (بما قام علي دخل مع ثمنه أجرة الكيال) للثمن المكيل، (والدلال) للثمن المنادي عليه؛ أي إن اشترى به المبيع كما أفصح بهما ابن الرفعة في الكفاية والمطلب. (والحارس والقصار والرفاء) بالمد من رفأت الثوب بالهمز، وربما قيل بالواو. (والصباغ) للمبيع في الصور الأربع. (وقيمة الصبغ) له. (وسائر المؤن المرادة للاسترباح) كأجرة المكان، وأجرة الختان في الرقيق، وأجرة الطبيب إذا اشتراه مريضاً، وأجرة تطيين الدار، وعلف تسمين، وكذا المكس المأخوذ كما نقلناه عن صاحب التتمة وأقره؛ لأن جميع ذلك من مؤن التجارة. أما المؤن المقصودة للبقاء كنفقة الرقيق وكسوته، وعلف الدابة غير الزائد للتسمين، وأجرة الطبيب إذا حدث المرض، فلا تُحسب؛ ويقع ذلك في مقابلة الفوائد المستفادة من المبيع. ولو جنى العبد ففداه أو غصب فبذل مؤنة في استرداده لم يُحسب ذلك عند الأكثرين.

تنبيه: ليس معنى قوله: «دخل مع ثمنه إلخ» أن مطلق ذلك يدخل فيه جميع الأشياء مع الجهل بها، لقوله بعد ذلك: «وليعلما ثمنه أو ما قام به»، وفي معنى قوله قام علي ثبت علي بكذا. واستشكل الإمام تصوير أجرة الكيال والدلال فإنهما على البائع، وصوره ابن الرفعة بما تقدم. قال الإسنوي: وصورة أخرى وهي أن يتردد في صحة ما اكتاله البائع فيستأجر من يكتاله ثانياً ليرجع عليه إن ظهر نقص. وصوره ابن الأستاذ أيضاً بأن يكون اشتراه جزافاً ثم كاله بأجرة ليعرف قدره؛ قال الأذري: وفيه توقف، وأقرب منه أن يشتري مع غيره صبرة ثم يقتسماها كيلاً، فأجرة الكيال عليهما.

(ولو قصر بنفسه أو كاله) أو طين (أو حمل أو تطوع به شخص لم تدخل أجرته) مع الثمر في قوله «قام علي» لأن عمله ما تطوع به غيره لم يحم عليه وإنما قام عليه ما بذله. وطريقه أن تقول: «بعته بكذا وأجرة عملي أو عمل المتطوع عني وهي كذا أو ربح كذا»، وفي معنى عمله أجرة مستحقة بملك أو غيره كمكثري وعمل غلامه كعمله. ولو صبغه بنفسه حسبت قيمة الصبغ فقط لأنه عين، ومثله ثمن الصابون في القسارة.

(وليعلما) أي المتبايعان (ثمنه) أي المبيع وجوباً في نحو «بعته بما اشترت»، (أو ما قام به) في نحو «بعته بما قام علي». (فلو جهله أحدهما بطل) أي لم يصح البيع (على الصحيح) لجهالة الثمن. والثاني: يصح لسهولة معرفته؛ لأن الثمن الثاني مبني على الأول. والثالث: إن علم المشتري الثاني قدر الثمن في المجلس صح، إلا فلا. (وليصدق البائع) وجوباً (في قدر الثمن) الذي استقر عليه العقد أو ما قام به المبيع عليه فيما إذا أخبر بذلك في بيع المرابحة، وفي صفته كصحة وتكسر وخلوص وغش. (و) في (الأجل) لأن بيع المرابحة مبني على الأمانة لاعتماد المشتري نظر البائع ورضاه لنفسه ما رضيه البائع مع زيادة أوسط.

تنبيه: لو حذف المصنف لفظة «قُدِّر» لكان أخصر وأعم ليشمل ما زدته. وكلامه يقتضي اشتراط تعيين قدر

وَالشَّرَاءِ بِالْعَرْضِ وَبَيَانِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ، فَلَوْ قَالَ بِمِائَةِ فَبَانَ بِتَسْمِينٍ فَلَاظْهَرُ أَنَّهُ يَحْطُ الزِّيَادَةَ وَرَبِحَهَا، وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي؛

الأجل مطلقاً وهو كذلك؛ لأن الأجل يقابله قسط من الثمن وإن قال الزركشي الظاهر أنه لا يجب إلا إن كان خارجاً عن العادة. ولو واطأ صاحبه فباعه ما اشتراه بعشرة ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر به في المراجعة كره، وقيل: يحرم، واختاره السبكي؛ والأقوى في الروضة ثبوت الخيار. قال الزركشي: القائل بثبوت الخيار لم يقل بالكراهة بل بالتحريم كما أشار إليه صاحب الاستقصاء، وهو الذي يظهر لأن ما أثبت الخيار يجب إظهاره كالعيب؛ قال: وعليه ففي جزم النووي بالكراهة مع تقوية القول بثبوت الخيار نظر. ولو اشترى شيئاً بمائة ثم خرج عن ملكه واشتراه بخمسين وجب الإخبار بالخمسين.

(و) يجب أن يصدق في (الشراء بالعرض) فيذكر أنه اشتراه بعرض قيمته كذا، ولا يقتصر على ذكر القيمة لأن البائع بالعرض يشدد فوق ما يشدد البائع بالنقد، وسواء في ذلك باعه مرابحة بلفظ الشراء أم بلفظ القيام كما قاله، وإن قال الإسنوي: إنه غلط، وإن الصواب أنه إذا باع بلفظ القيام يقتصر على ذكر القيمة.

في (بيان العيب) القديم (الحادث عنده) بأفة أو جنابة تنقص القيمة أو العين؛ لأن الغرض يختلف بذلك، ولأن الحادث ينقص به المبيع، ولا يكفي فيه تبيين العيب فقط ليوهم المشتري أنه كان عند الشراء كذلك وأن الثمن المبدول كان في مقابلته مع العيب. ولو كان به عيب قديم ثم أطلع عليه بعد الشراء أو رضي به وجب بيانه أيضاً وبيان أنه اشتراه من طفله أو بدين مماطل أو معسر لأن الغرض يختلف بذلك^(١). ولو أخذ أرض عيب وباع بلفظ قام على حط الأرض أو بلفظ «ما اشترت» ذكر صورة ما جرى به العقد مع العيب وأخذ الأرض؛ لأن الأرض المأخوذ جزء من الثمن. وإن أخذ الأرض عن جنابة: كأن قطعت يد الرقيق وقيمتها مائة ونقص ثلاثين مثلاً وأخذ من الجاني نصف القيمة خمسين، فالمحطوط من الثمن الأقل من أرض النقص ونصف القيمة إن باع بلفظ «قام علي»، فإن كان نقص القيمة أكثر من الأرض كستين حط ما أخذ من الثمن ثم أخبر مع إخباره بقيامه عليه بالباقي بنصف القيمة. وإن باع بلفظ «ما اشترت» ذكر الثمن والزيادة.

(فلو قال) اشترته (بمائة) وباعه مرابحة (فبان) أنه اشتراه (بتسمين) بإقراره أو حجة، (فالأظهر أنه يحط الزيادة وربحها) لأنه تملك باعتماد الثمن الأول، فتحط الزيادة عنه كما قال في الشفعة إذا أخذت بما أخبر به المشتري وكان العقد لم ينعقد إلا بما بقي. والثاني: لا يحط شيء لأنه قد سُمى عوضاً وعقد به، والبيع صحيح على القولين؛ لأنه غزه والتفريغ لا يمنع الصحة كما لو روج عليه معيماً.

(و) الأظهر بناء على الحط (أنه لا خيار للمشتري) ولا للبائع أيضاً، سواء أكان المبيع باقياً أم تالفاً، فلو أسقط لفظ المشتري لشملمها. أما المشتري فلأنه إذا رضي بالأكثر فبالأقل من باب أولى، وأما البائع فلتدليس. والثاني: يثبت الخيار؛ وهو وجه في البائع، وقيل: قول. أما المشتري فلأنه قد يكون له غرض في الشراء بذلك المبلغ لإبرار قسم أو إنفاذ وصية، وأما البائع فلأنه لم يسلم له ما سماه. قال السبكي: وهو على الفور فيما يظهر. ولو لم يبين الأجل أو العيب أو شيئاً مما يجب ذكره ثبت للمشتري الخيار لتدليس البائع عليه بترك ما

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع (الحديث: ٢١١٢) أخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (الحديث: ٢٨٣٣).

وَلَوْ زَعَمَ أَنَّهُ مِائَةٌ وَعَشْرَةٌ وَصَدَقَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَصِحَّ النَّبِيْعُ فِي الْأَصْحِ. قُلْتُ: الْأَصْحُ صِحَّتُهُ، وَاللَّهُ أَغْلَمُ.

وَإِنْ كَذَّبَهُ وَلَمْ يَبَيِّنْ لِعَلَطِهِ وَجْهًا مُحْتَمَلًا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ وَلَا بَيِّنَتُهُ. وَلَهُ تَحْلِيْفُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ فِي الْأَصْحِ، وَإِنْ بَيَّنَّ فَلَهُ التَّحْلِيْفُ، وَالْأَصْحُ سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ.

وجب عليه، وقد علم من ذلك أنه لا سقوط في غير الكذب. ويندفع ضرر المشتري بثبوت الخيار له وإن قال الإمام والغزالي بالسقوط وهو حط التفاوت.

(ولو) غلط البائع فنقص من الثمن كأن قال: «اشتريته بمائة» وباعه مرابحة، ثم (زعم أنه) أي الثمن الذي اشتري به، (مائة وعشرة) مثلاً، (وصدقه المشتري) في ذلك؛ (لم يصح البيع) الواقع بينهما مرابحة، (في الأصح) لتعذر إمضائه مزيداً فيه العشرة المتبوعة بربحها؛ لأن العقد لا يحتمل الزيادة وأما النقص فهو معهود بدليل الأرش. (قلت: الأصح صحته) كما لو غلط المشتري بالزيادة، ولا تثبت العشرة، (والله أعلم) وللبائع الخيار في الأصح. فإن قيل: طريقة المصنف مشكلة حيث راعى هنا المسمى وهناك العقد. أجب بأن البائع هناك نقص حقه، فنزل الثمن على العقد الأول، ولا ضرر على المشتري، وهنا يزيد فلا يلتفت إليه.

(وإن كذبه) أي البائع المشتري؛ (ولم يبين) أي البائع، (لغلطه وجهاً محتملاً) بفتح الميم. (لم يقبل قوله) لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمي. (ولا بيته) إن أقامها عليه لتكذيبه لها بقوله الأول.

(وله تحليف المشتري أنه لا يعرف ذلك في الأصح) لأنه قد يقرّ عند عوض اليمين عليه. والثاني: لا؛ كما لا تسمع بيته. وعلى الأصح إن حلف أمضى العقد ما حلف عليه، وإن نكل عن اليمين ردت على البائع بناء على الأظهر من أن اليمين المردودة كالإقرار، فيحلف على البت أن ثمنه المائة والعشرة. قال الشارح تبعاً لغيره: وللمشتري حينئذ الخيار؛ أي على الوجه الضعيف القائل بثبوت الزيادة، وأما على المعتمد فلا يثبت له وللبائع الخيار. وقال الشيخان^(١): كذا أطلقوه، وقضية قولنا أن اليمين المردودة كالإقرار أن يعود فيه ما ذكرنا حالة التصديق؛ أي فلا خيار للمشتري، وهذا هو المعتمد كما قال في الأنوار إنه هو الحق؛ قال: وما ذكرناه من إطلاقهم غير مسلم فإن الإمام والمتولي والغزالي أوردوا أنه كالتصديق اه. فإن قيل: قول الشيخين «كذا أطلقوه إلخ» ما فائدته مع أننا لو قلنا إنها كالبينة كان الحكم كذلك؟ أجب بأن فائدة قولهما المذكور إحالة الحكم فيه على ما ذكرناه فإنهما لم يذكرنا حكم إقامة البينة ليحيا عليه، فظهر أن ما بحثناه جار على القولين، وهذا لا يأتي على القولين إلا فيما إذا بين لغلطه وجهاً محتملاً كما سيأتي وإلا فلا يصح إلا على القول بأنها كالإقرار كما يعلم من البناء المتقدم.

(وإن بين) لغلطه وجهاً محتملاً. كقوله: «جاءني كتاب على لسان وكيلي بأنه اشتراه بكذا» فإن كذباً عليه، أو «تبين لي بمراجعة جريدتي أنني غلظت من ثمن متاع إلى غيره»، (فله التحليف) كما سبق لأن العذر يحرك ظن صدقه. (والأصح) على التحليف (سماع بيته) التي يقمها بأن الثمن ما ذكره. والثاني: لا؛ لتكذيبه لها. قال في المطلب: وهذا هو المشهور والمنصوص عليه.

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (الحديث: ٢١١١) أخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (الحديث: ٣٨٣١).

١١ - بَابُ: الْأَصُولِ وَالشَّامِرِ

قَالَ «بِعْتِكَ هَذِهِ الْأَرْضَ أَوْ السَّاحَةَ أَوْ الْبُقْعَةَ» وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ.

خاتمة: لو اتَّهَبَ بشرط الثواب ذكره وباع به مرابحة أو اتَّهَبَ بلا عوض أو ملكه بإرث أو وصية أو نحو ذلك ذكر القيمة وباع بها مرابحة، ولا يبيع بلفظ القيام ولا الشراء ولا رأس المال لأن ذلك كذب، وله أن يقول في عبد هو أجرة أو عوض خلع أو نكاح (أو صالح به عن دم قام عليّ بكذا أو بذكر أجرة المثل في الإجارة ومهره في الخلع والنكاح والدية في الصلح، ولا يقول «اشترت» ولا «رأس المال كذا» لأنه كذب. والدرهم في قولهم: اشترت به كذا أو بعته به وبيع درهم يكون من نقد البلد، سواء أكان الثمن من نقد البلد أم لا؛ وهذا عند الإطلاق، فإن عَيَّنَا أن يكون الربح من جنس الثمن الأول أو من غير جنسه عُمِلَ به كما يؤخذ من كلام الزركشي.

باب: بيع (الأصول والشمار) وغيرهما. قال المصنف في تحريره: الأصول الشجر والأرض، والشمار جمع ثمر، وهو جمع ثمرة. قال السبكي: أخذ المصنف هذه الترجمة من التنبيه ولم أرها لغيرهما. وقال الأذري: ذكرها منصور التميمي في المستعمل. وهو جمع بين ترجمتي بابين متجاورين للشافعي: أحدهما باب ثمر الحائط يُباع أصله، والآخر: باب الوقت الذي يحل فيه بيع الشمار.

واعلم أن اللفظ المتناول غيره في عقد البيع سبعة: الأول: الأرض أو نحوها، فإذا (قال: بعتك) أو رهنك (هذه الأرض) أو العَرْصَة (أو الساحة) وهي الفضاء بين الأبنية، (أو البقعة، وفيها بناء وشجر) فإن باعها أو رهنها بما فيها من أشجار وأبنية دخلت في العقد جزماً ولو بقوله: «بعتك أو رهنك الأرض بما فيها أو عليها أو بها أو بحقوقها»، وفي قوله: «بحقوقها» وجه أنها لا تدخل في البيع، ويأتي مثله في الرهن؛ ووجهه أن حقوق الأرض إنما تقع على الممر ومجرى الماء إليها ونحو ذلك. وإن استثناهما: ك «بعتك» أو «رهنك الأرض دون ما فيها» لم تدخل في العقد جزماً، وإن أطلق (فالمذهب أنه يدخل) البناء والشجر الرطب (في البيع دون الرهن) لأن البيع قوئي، بدليل أنه ينقل الملك فاستتبع بخلاف الرهن، وهذا هو المنصوص فيهما. والطريق الثاني القطع بعدم الدخول فيهما لخروجهما عن مسمى الأرض، وحمل نصه في البيع على ما إذا قال بحقوقها. والثالث فيهما قولان بالنص والتخريج: أحدهما عدم الدخول لما مر، والثاني: يدخلان لأنهما للدوام فأشبهها أجزاء الأرض؛ ولهذا يلحقان بها في الأخذ بالشفعة. وعلى الأول كل ما ينقل الملك من نحو هبة: كوقف وصدقة ووصية كالبيع، وما لا ينقله من نحو عارية: كإقراض الرهن. أما الشجر اليابس فلا يدخل كما صرح به ابن الرفعة والسبكي تَفَقُّهاً، وهو قياس ما يأتي من أن الشجر لا يتناول غصنه اليابس. فإن قيل: بيع الدار يتناول ما فيها من وتد ونحوه فيكون هنا كذلك؟ أجيب بأن ذلك أثبت فيها للانتفاع به مثبتاً فصار كجزئها بخلاف الشجرة اليابسة، ولهذا لو عرَّش عليها عريش نحو عنب أو جعلت دعامة لجدار أو غيره صارت كالوتد فتدخل في البيع. وعدّ البغوي شجر الموز مما يندرج في البيع، وهو المعتمد كما صححه السبكي وإن خالف في ذلك الماوردي. ولا يدخل في بيع الأرض مسيل الماء وشربها - وهو بكسر الشين المعجمة: نصبها من القناة - والنهر المملوكين حتى يشطره، كأن يقول: «بحقوقها»؛ وهذا كما قال السبكي في الخارج عن الأرض، أما الداخل فيها فلا ريب في دخوله. ويخالف ذلك ما لو استأجر أرضاً لزرع أو غراس فإن ذلك يدخل مطلقاً لأن المنفعة لا تحصل بدونه.

وَأَصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَتَيْنِ كَالْقَتِّ وَالْهِنْدُبَا كَالشَّجَرِ، وَلَا يَدْخُلُ مَا يُؤْخَذُ دَفْعَةً كَحِنْطَةِ وَشَعِيرِ وَسَائِرِ الزُّرُوعِ. وَيَصِحُّ بَيْعُ الْأَرْضِ الْمَزْرُوعَةِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إِنْ جَهِلَهُ،

تنبيه: دخول الفاء في قول المصنف: «فالمذهب» معترض من جهة العربية، فإنه لم يتقدمه شرط ولا ما يقتضي الربط، ولذا قدرت في كلامه «إذا»، وقد وقع له مثل هذا في الجراح وغيره.

(وأصول البقل التي تبقى) في الأرض (ستين) أو أكثر، بل أو أقل كما قاله جماعة منهم الماوردي ونقله عن نصّ الأم، وقال الأذري: إنه المذهب. ويُجزّ ما ذكر مراراً، (كالقت) وهو بالقاف والتاء المثناة: علف البهائم، ويسمى القرط والرطبة والفضفصة بكسر الفاءين وبالمهملتين. (والهندبا) بالمد والقصر، والقضب بالمعجمة، والقضب الفارسي والكراث والكرفس والنعناع. أو تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى كالترجس والبنفسج والقطن الحجازي والبطيخ والقثاء. (كالشجر) لأن هذه المذكورات للشبات والدوام فتدخل في البيع دون الرهن على الخلاف المتقدم. والثمرة الظاهرة، وكذا الجزّة - بكسرة الجيم - الموجودة عند بيع الأرض المشتملة على ما يجزّ مراراً للبايع، بخلاف الثمرة الكامنة لكونها كالجزء من الشجرة والجزء غير الموجودة فيدخلان في بيع الأرض، وعلى عدم دخول الجزّة يشترط على البائع قطعها وإن لم تبلغ أوان الجزّ لثلا تزيد فيشبهه المبيع بغيره، بخلاف الثمرة التي لا يغلب اختلاطها فلا يشترط فيها ذلك؛ وأما غيرها فكالجزّة كما يعلم مما يأتي. وما ذكر من اشتراط القطع هو ما جزم به الشيخان كالبعوي وغيره^(١)، واعتبار كثيرين وجوب القطع من غير اعتبار شرط محمول على ذلك؛ قال في التتمة: إلا القصب؛ أي الفارسي فهو بالصاد المهملة كما قاله الأذري، خلافاً لما ضبطه الإسوي من أنه بالمعجمة؛ فلا يكلف قطعه حتى يكون قدراً ينتفع به. وشجر الخلاف - بتخفيف اللام - كالقصب في ذلك. فإن قيل: الوجه التسوية بين المستثنى والمستثنى منه، فإما أن يعتبر الانتفاع في الكل أو لا يعتبر. أوجب بأن تكليف البائع قطع ما استثنى يؤدي إلى أنه لا ينتفع به من الوجه الذي يراد الانتفاع به بخلاف غيره؛ ولا بُعْدُ في تأخير وجوب القطع حالاً لمعنى بل قد عهد تخلفه بالكلية وذلك في بيع الثمرة من مالك الشجرة كما سيأتي.

(ولا يدخل) في مطلق بيع الأرض كما في المحرّر والروضة وأصلها، أو قال بحقوقها كما قاله القمولي وغيره. (ما يؤخذ) بقلع أو قطع (دفعه) واحدة (كحنطة وشعير وسائر) أي باقي (الزرع) كالفجل والجزر وقطن خراسان والثوم والبصل؛ لأنه ليس للدوام فأشبهه منقولات الدار.

تنبيه: عدّ الشيخان مما يؤخذ دفعة السلق بكسر السين؛ واعتراضهما جماعة بأنه مما يُجزّ مراراً، وأجاب عنه الأذري بأنه نوعان: نوع يؤخذ دفعة واحدة، وهو ما أراه الشيخان^(٢)، ونوع مما يجزّ مراراً، وهو المعروف بمصر وأكثر بلاد الشام.

(ويصح بيع الأرض المزروعة) قال الشارح: هذا الزرع الذي لا يدخل (على المذهب) كما لو باع داراً مشحونة بأمتعة. والطريق الثاني: تخريجه على القولين في بيع الدار المستأجرة لغير المشتري أحدهما البطلان. وفرّق الأوّل بأن يد المستأجر حائلة، أما الزرع الذي يدخل فلا يمنع الصحة بلا خلاف، فتقييد الشارح لأجل محل الخلاف ولأجل قوله: (وللمشتري الخيار إن جهله) أي الزرع الذي لا يدخل بأن كان قد رآها قبله. قال الأذري: أو لم يسترها الزرع؛ أي كأن رآها من خلاله. فإن قيل: إذا رآها من خلاله لا خيار له. أوجب بأنه

(١) أخرجه البيهقي في كتاب: أحياء الموات، باب: ما جاء في قطع السدرة (الحديث: ١٤١/٦).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (الحديث: ٢١٩٤) وأخرجه مسلم في كتاب:

البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع (الحديث: ٣٨٥٢).

وَلَا يَمْنَعُ الزَّرْعُ دُخُولَ الْأَرْضِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَضَمَانَهُ إِذَا حَصَلَتِ التَّخْلِيَةُ فِي الْأَصْح؛ وَالْبَذْرُ كَالزَّرْعِ، وَالْأَصْحُ أَنَّهُ لَا أَجْرَةَ لِلْمُشْتَرِي مُدَّةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ. وَلَوْ بَاعَ أَرْضاً مَعَ بَذْرِ أَوْ زَّرْعٍ لَا يُفْرَدُ بِالنَّبِيْعِ بَطْلَ فِي الْجَمِيْعِ، وَقِيلَ: فِي الْأَرْضِ قَوْلَانِ. وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ الْحِجَارَةُ الْمُخْلُوقَةُ فِيهَا دُونَ الْمَدْفُوعَةِ.

جهل كونه باقياً إلى الشراء وإلاً فكيف يتصور أنه رأى الزرع وله الخيار؟ نعم إن تركه له البائع ولا يملكه إلا بتملك أو قصر زمن التفريغ سقط خياره، أما العالم بذلك فلا خيار له لتقصيره. نعم إن ظهر أمر يقتضي تأخير الحصاد عن وقته المعتاد فله الخيار.

(ولا يمنع الزرع) المذكور (دخول الأرض في يد المشتري وضمانه إذا حصلت التخلية في الأصح) لوجود التسليم في عين المبيع. والثاني: يمنع كما تمنع الأمتعة المشحونة بها الدار من قبضها. وفزق الأول بأن تفريغ الدار متأثراً في الحال غالباً بخلاف الأرض. (والبذر) بالذال المعجمة، (كالزرع) فالبذر الذي لا ثبات لنباته، ويؤخذ دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض ويبقى إلى أوان الحصاد، ومثله القلع فيما يقلع؛ وللمشتري الخيار إن جهله وتضرر به وصح قبضها مشغولة به، ولا أجره له مدة بقائه، فإن تركه له البائع سقط خياره وعليه القبول، ولو قال «أخذه وأفرغ الأرض» وأمكن في زمن يسير ولم يضر سقط خياره. والبذر الذي يدوم كنوى النخل وبزر الكراث ونحوه من البقول حكمه في الدخول في بيع الأرض كالشجر.

(والأصح) وفي الروضة: قطع الجمهور، (أنه لا أجره للمشتري مدة بقاء الزرع) قال الشارح: الذي جهله وأجاز كما لا أرش في الإجازة بالعيب اهـ. ولأنه بالإجازة رضي بتلف المنفعة تلك المدة، فأشبه ما لو باع داراً مشحونة بأمتعة فإنه لا أجره لمدة التفريغ؛ والثاني: له الأجره؛ قال في البسيط: لأن المنافع متميزة عن المعقود له؛ أي فليست كالعيب. أما إذا كان عالماً فلا أجره له جزماً، فتنقيح الشارح لأجل محل الخلاف.

(ولو باع أرضاً مع بذر أو زرع) بها (لا يفرد بالبيع) عنها؛ أي لا يصح بيعه وحده. والزرع الذي لا يفرد بالبيع كبر لم ير، كأن يكون في سنبله أو كان مستوراً بالأرض كالفجل والبذر الذي لا يفرد بالبيع هو ما لم ير أو تغير بعد رؤيته أو امتنع عليه أخذه كما هو الغالب. (بطل) البيع (في الجميع) جزماً للجهل بأحد المقصودين وتعذر التوزيع. نعم إن دخل فيها عند الإطلاق بأن كان دائم الثبات صح البيع في الكل، وكأنه ذكره تأكيداً كما قاله المتولي وغيره وإن فرضوه في البذر. فإن قيل: يشكل إذا لم يره قبل البيع ببيع الجارية مع حملها. أوجب بأن الحمل غير متحقق الوجود بخلاف ما هنا، فاعتفر فيه ما لا يغتفر في الحمل. (وقيل في الأرض قولان) أحدهما كأول، والثاني الصحة فيها بجميع الثمن.

تنبيه: ذكر في المحرر البذر بعد صفة الزرع وقدمه في الكتاب، قيل: لتعود الصفة إليه أيضاً، فيخرج بها ما رُوِيَ قبل العقد ولم يتغير وقدر على أخذه فإنه يفرد بالبيع. ولم ينبه في الدقائق على ذلك، وقد أطلق البذر في الروضة كأصلها، ولم يقل المصنف «لا يفردان» لأن المعروف في العطف بـ «أو» إفراد الضمير، والزرع الذي يفرد بالبيع كالقصيل الذي لم يسنبل أو سنبل وثمرته ظاهرة كالذرة والشعير.

(ويدخل في بيع الأرض الحجارة المخلوقة) أو المثبتة (فيها) لأنها من أجزائها، فإن كانت تضر بالزرع أو الغرس فهو عيب إن كانت الأرض تقصد لذلك مثبت للخيار. (دون المدفونة) فيها كالكنوز، فلا تدخل فيها كبيع دار فيها أمتعة.

وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ عَلِمَ، وَيَلْزَمُ الْبَائِعَ الثَّقُلُ، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَلَمْ يَضُرَّ قَلْعُهَا وَإِنْ ضُرَّ فَلَهُ الْخِيَارُ، فَإِنْ أَجَازَ لَزِمَ الْبَائِعَ الثَّقُلُ وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ. وَفِي وُجُوبِ أَجْرَةِ الْمِثْلِ مُدَّةُ الثَّقَلِ أَوْجَهُ، أَصَحُّهَا: تَجِبُ إِنْ ثَقُلَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَا قَبْلَهُ.

(ولا خيار للمشتري إن علم) الحال ولو ضرر قلعها. نعم إن جهل ضررها وكان لا يزول بالقلع أو تتعطل به مدة لمثلها أجره فله الخيار كما قاله المتولي. (ويلزم البائع) القلع و (النقل) تفرغاً لملك المشتري، بخلاف الزرع لأن له أمداً يُنتظر. وللبائع التفرغ أيضاً وإن ضرر المشتري، ويلزمه تسوية حفر الأرض الحاصلة بالقلع؛ قال في المطلب: بأن يعيد التراب المزال بالقلع من فوق الحجارة مكانه؛ أي وإن لم يُسَوَّ، إذ يبعد أن يقال يُسَوِّيها بتراب آخر من مكان خارج أو مما فيها؛ لأن في الأول إيجاب عين لم تدخل في البيع، وفي الثاني تغير المبيع ولا أجره عليه لمدة ذلك وإن طالت.

(وكذا) لا خيار للمشتري (إن جهل) الحال (ولم يضر قلعها) بأن لم تنقص الأرض به ولم يحوج النقل والتسوية إلى مدة لمثلها أجره سواء أضر تركها أم لا، ويلزم البائع النقل وتسوية الأرض ولا أجره عليه لمدة ذلك كما مر.

(وإن ضرر) قلعها بأن نقصت به الأرض أو أحوج التفرغ وتسوية الأرض لمدة لمثلها أجره، (فله الخيار) ضرر تركها أم لا، ولا يسقط خياره بقول البائع «أنا أغرم لك الأجرة والأرض للمنة»، فلو ترك الحجارة وتركها لا يضر المشتري سقط خياره. فإن قيل: في ذلك منة أيضاً. أجيب بأن المنة التي فيها حصلت بما هو متصل بالمبيع شبه جزأه بخلافها في تلك، وهذا الترك إعراض لا تمليك، فللبائع الرجوع فيه ويعود برجوعه خيار المشتري. نعم لو وهبها له واجتمعت شروط الهبة حصل الملك ولا رجوع للبائع فيها، فإن فقد منها شرط فهو إعراض كالترك لأنه إذا بطل الخصوص بقي العموم. (فإن أجاز) حيث ثبت له الخيار، (لزم البائع) القلع و (النقل) تفرغاً لملك المشتري. (و) لزمه (تسوية الأرض) كما سبق، سواء أنقل قبل القبض أو بعده. فلو رضي البائع بتركها، قال الإسني: ففيه ما سبق.

تنبيه: ظاهر عبارة الشيخين أنه لو جهل ضرر الترك فقط أنه لا خيار له. واستدرك النسائي والإسني عليهما بأن مقتضى كلام غيرهما بثبوته لأنه قد يطمع في أن البائع قد يتركها له. ورُدَّ هذا الاستدراك بأن طمعه في تركها لا يصلح علة لثبوت الخيار، ولا يقاس بثبوته على ثبوته فيما لو ضرر قلعها دون تركها كما مر، لأنه ثم جاهل بها وهنا عالم بها.

(وفي وجوب أجره المثل مدة النقل) إذا نقل البائع في مدة لمثلها أجره (أوجه أصحها) تجب إن نقل بعد القبض لا قبله) حيث خیر المشتري؛ لأن التفرغ المفوت للمنفعة مدة جنائية من البائع، وهي مضمونة عليه بعد القبض لا قبله لما مر أن جنائته قبل القبض كالآفة. والثاني: تجب مطلقاً بناء على أنه يضمن جنائته قبل القبض. والثالث: لا تجب مطلقاً لأن إجازة المشتري رضا بتلف المنفعة مدة النقل. ويجري الخلاف كما قال في وجوب الأرض فيما لو بقي في الأرض بعد التسوية عيب، وإن استبعده السبكي. قال البلقيني: فلو باع البائع الأحجار بطريقه فهل يحل المشتري محل البائع أو تلزمه الأجرة مطلقاً لأنه أجنبي عن البائع؟ لم أقف فيه على نقل، والأصح الثاني اهـ. وهذا أوجه مما قاله بعض المتأخرين من عدم اللزوم. أما إذا لم يخيّر فإنه لا أجره له وإن طالت مدة التفرغ ولو بعد القبض.

تنبيه: هل تجب أجره مدة تفرغ الأرض من الزرع كمدة تفرغها من الحجارة وإن لم تجب لمدة بقائه كما

وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْبُسْتَانِ: الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ وَالْحَيْطَانُ، وَكَذَا الْبِنَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَفِي بَيْعِ الْقَرْيَةِ: الْأَبْنِيَّةُ وَسَاحَاتُ يُحِيطُ بِهَا السُّورُ، لَا الْمَزَارِعَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَفِي بَيْعِ الدَّارِ: الْأَرْضُ وَكُلُّ بِنَاءٍ حَتَّى حَمَامُهَا،

مر؟ قال بعض المتأخرين: نعم. والأوجه كما قال شيخنا عَدَمُ الوجوب لأنها تابعة لمدة بقائه. ولو أحدث المشتري في هذه الأرض غَرْساً وهو جاهل بالأحجار ثم علم بها فله المطالبة بالقلع تفرغاً لملكه، ويضمن البائع نقصاً حدث بالقلع في الغراس، ولا خيار للمشتري إن اختصَّ النقص المذكور بالغراس لأن الضرر راجع لغير المبيع ولأن الغراس عيب في الأرض البيضاء وقد حدث عنده؛ فإن نقصت الأرض بالأحجار فله قلع الغراس والفسخ إن لم يحصل بالغرس، وَقَلْعُ المغروس نقص في الأرض وإلا فهو عيب حدث عنده يمنع الردَّ ويوجب الأرش. وإن أحدث الغرس عالماً بالأحجار فله المطالبة بالقلع تفرغاً لملكه كما مرَّ، ولا يضمن البائع أرش نقص الغراس. ولو كان فوق الأحجار زرع لأحدهما ترك إلى أوان حصاده لأن له أمداً ينتظر بخلاف الغراس، ولا أجره لمدة بقائه؛ وإذا قلعتها البائع بعد الحصاد فعليه تسوية الأرض كما صرَّح به في الروضة.

ثم شرع في اللفظ الثاني وهو البستان، فقال: (ويدخل في بيع البستان) وهو فارسي معرَّب وجمعه بساتين. والباغ، وهو البستان بالعجمية والكرم والحديثة والجنيبة عند الإطلاق. (الأرض والشجر والحيطان) المحيطة بها لدخولها في مسمى البستان، بل لا يسمى بستاناً بدون حائط كما قاله الرافعي. (وكذا) يدخل (البنا) الذي فيه (على المذهب) وقيل: لا يدخل، وقيل في دخوله قولان، وهي الطرق المتقدمة في دخوله في بيع الأرض. ويدخل عريش توضع عليه قضبان العنب كما صرَّح به الرافعي في الشرح الصغير وجرى عليه ابن المقرئ في روضه. ولا تدخل المزارع التي حول هذه المذكورات لأنها ليست منها، ولو قال: «بعثك هذه الدار البستان» دخلت الأبنية والأشجار جميعاً، أو «هذه الحائط البستان» أو «هذه المحوطة» دخل الحائط المحيط وما فيه من شجر وبناء.

ثم شرع في اللفظ الثالث وهو القرية ونحوها، فقال: (و) يدخل (في بيع القرية) عند الإطلاق (الأبنية) من سور وغيره، (وساحات) وأشجار (يحيط بها السور) بخلاف الخارج عنه؛ (لا المزارع) والأشجار التي حولها، فلا تدخل (على الصحيح) ولو قال بعثكها بحقوقها لأن العرف لا يقتضي دخولها؛ ولهذا لا يحث من حلف لا يدخل القرية بدخولها. والثاني: تدخل. والثالث: إن قال «بحقوقها» دخلت وإلا فلا؛ فإن لم يكن لها سور دخل ما اختلط ببنايتها من المساكن والأبنية. ولا تدخل الأبنية الخارجة عن السور المتصلة به كما هو مقتضى كلام الشيخين، وإن قال الإسني في نظره؛ وسكت الرافعي عن الحريم، وقد صرَّح بدخول حريم الدار في بيعها فهأتى مثله هنا. وسكت المصنف عن دخول السور، قال السبكي: ولا بد منه لأنه داخل تحت اسمها. وحيث دخل السور دخلت المزارع التي من داخله كما بحثه بعض المتأخرين؛ ومثل القرية فيما مرَّ الدُّسْكْرَةُ، وتقال لقصر حوله بيوت، وللقرية والأرض المستوية والصومعة والبيوت الأعاجم يكون فيها الشراب والملاهي.

ثم شرع في اللفظ الرابع وهو الدار، فقال: (و) يدخل (في بيع الدار) عند الإطلاق (الأرض) إجماعاً إذا كانت مملوكة للبائع، فإن كانت موقوفة أو محتكرة لم تدخل؛ وبشبه الخيار للمشتري إذا كان جاهلاً بذلك. (وكل بناء) من علو أو سفلى، لأن الدار اسم للبناء والأرض. وتدخل الأجنحة والرواشن والدرج والمراقي المعقودة والسقف والآجر والبلاط المفروش الثابت في الأرض. (حتى حمامها) المثبت لأنه من مرافقها. وحكي عن النص أن حمامها لا يدخل. وحمله الربيع على حمامات الحجاز، وهي بيوت من خشب تنقل.

تنبیه: قوله «حمامها» مرفوع، قيل: لأن حتى عاطفه كالواو؛ واعترض بأن ابن مالك ذكر أن عطف الخاص

لَا الْمُنْقُولُ كَالدَّلْوِ وَالْبِكْرَةِ وَالسَّرِيرِ . وَتَدْخُلُ الْأَبْوَابُ الْمَنْصُوبَةُ وَحِلْقَتُهَا وَالْإِجَانَاتُ وَالرَّفُّ وَالسَّلْمُ الْمُسَمَّرَانِ، وَكَذَا الْأَسْفَلُ مِنْ حَجَرِي الرَّحَى عَلَى الصَّحِيحِ، وَالْأَعْلَى، وَمِفْتَاحُ غَلْقٍ مُثَبَّتٌ فِي الْأَصْحَ . وَفِي بَيْعِ الدَّابَّةِ نَعْلُهَا، وَكَذَا ثِيَابُ الْعَبْدِ فِي بَيْعِهِ فِي الْأَصْحَ . قُلْتُ: الْأَصْحَ لَا تَدْخُلُ ثِيَابُ الْعَبْدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

علي العام يختص بالواو، فالأحسن أن تكون ابتدائية والخبر محذوف؛ أي يدخل . ويدخل شجر رطب مغروس فيها أما اليايس فلا يدخل لأنه لا يدخل في بيع الأرض كما صرح به الرافي في الشرح الكبير، وتدخل حریمها بشجره الرطب إن كانت في طريق لا ينفذ، فإن كانت في طريق نافذ فلا حریم لها . (لا المنقول كالدلو والبكرة) بإسكان الكاف أشهر من فتحها . (والسرير) غير المسمر والدفين، فلا يدخل في بيع الدار لأن اسمها لا يتناول .

(وتدخل الأبواب المنصوبة وحلقها) بفتح اللام وغلقتها المثبت والخوابي ومعاجن الخبازين وخشب القصارين . (والإجانات) المثبتة، وهي بكسر الهمزة وتشديد الجيم ما يغسل فيها . (والرف والسلم) بفتح اللام، (المسمران) ومثل التسمير التطيين . (وكذا) يدخل (الأسفل من حجري الرحي على الصحيح) لثباته؛ والثاني: لا يدخل لأنه منقول . وإنما أثبت لسهولة الارتفاق به كيلا يتزحزح عند الاستعمال . (و) يدخل (الأعلى) أيضاً من الحجرين، (ومفتاح غلق مثبت في الأصح) وهو بفتح اللام: ما يغلَق به الباب؛ لأنهما تابعان لشيء مثبت بخلاف مفتاح القفل، فإن القفل لا يدخل لأنه غير مثبت . والثاني: لا يدخلان نظراً إلى أنهما منقولان . والخلاف مبنی على دخول الأسفل، صرح به في الشرح والمحرّر وأسقطه من الروضة كالمناهج، وأسقط منه تقييد الإجانات بالمثبتة وحكاية وجه فيها وفي المسألتين بعدها؛ ولفظ المحرّر: وكذا الإجانات والرفوف المثبتة والسلالم المسمرة والتحتاني من حجري الرحي على أصح الوجهين . ففهم المصنف أن التقييد وحكاية الخلاف لما ولياه فقط . وتدخل ألواح الدكاكين وكل منفصل يتوقف عليه نفع متصل كرأس التنور وصندوق البئر والطاحون وآلات السفينة . فإن قيل: لم يقيدوا ألواح الدكاكين بالمنصوبة كما فعلوا في باب الدار، لماذا؟ أوجب بأن العادة جارية في انفصال ألواح الدكاكين بخلاف باب الدار .

فرع: لا يدخل في بيع الدار ونحوها إذا كان بها بئر ماء ماء البئر الحاصل حالة البيع كالثمرة المؤبرة وماء الصهريج، فإن لم يشترط دخوله في العقد فسد لاختلاطه بالحادث، فلا يصح بيعه وحده، ولا بد من شرط دخوله ليصح البيع بخلاف ماء الصهريج . ويدخل في بيعها المعادن الباطنة كالذهب والفضة لا الظاهرة كالملاح والثورة والكبريت، فحكم الظاهر كالماء الحاصل في أنه لا يصح بيع ما ذكر، ولا تدخل هي فيه إلا بشرط دخولها .

ثم شرع في اللفظ الخامس وهو الحيوان، فقال: (و) يدخل (في بيع الدابة نعلها) وبرئتها، وهي حلقة تجعل في أنفها إن لم يكونا ذهباً أو فضة، وإلا فلا يدخلان للعرف فيهما ولحرمتهما استعمالهما حينئذ . ولا يدخل في بيعها العذار والمقود واللجام والسرحة اقتصاراً على مقتضى اللفظ . (وكذا) تدخل (ثياب العبد) التي عليه (في بيعه في الأصح) للعرف؛ (قلت: الأصح لا تدخل ثياب العبد) في بيعه (والله أعلم) ولو كانت ساترة العورة اقتصاراً على مقتضى اللفظ، والأمة كالعبد كما في شرح مسلم^(١)، ومثلها الخنثى . ولا يدخل القرط الذي في أذن الرقيق، ولا الخاتم الذي في يده بلا خلاف؛ وجعلوا المداس كذلك، والقياس أن يكون كالثياب .

(١) أخرجه مسلم في كتاب: العتق، باب: من أعتق شركاً له في عبد (الحديث: ٣٧٤٩) .

(فَرْعٌ): بَاعَ شَجَرَةً دَخَلَ عُرْوُوقَهَا وَوَرَقُهَا؛ وَفِي وَرَقِ الثُّوتِ وَجْهٌ، وَأَغْصَانُهَا إِلَّا الْيَابِسَ، وَيَصِحُّ بَيْعُهَا بِشَرْطِ الْقَلْعِ أَوْ الْقَطْعِ، وَبِشَرْطِ الْإِبْقَاءِ؛ وَالْإِطْلَاقُ يَقْتَضِي الْإِبْقَاءَ. وَالْأَصْحَحُّ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ الْمَغْرَسُ لَكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنَفَعَتَهُ مَا بَقِيَ الشَّجَرَةُ؛

ثم شرع في اللفظ السادس وترجم له بفرع، فقال: فرع: إذا (باع شجرة) رطبة وأطلق ولو مع الأرض تبعاً أو بالتصريح، (أدخل عرووقها) إن لم يشترط قطعها (وورقها) لأن ذلك من مسماها، ولا فرق في دخول الورق بين أن يكون من فِزْصاد وسِدر وحناء وتوت أبيض أو غيره لما ذكر. (وفي ورق التوت) الأبيض الأثنى المبيع شجرته في الربيع، وقد خرج؛ (وجه) أنه لا يدخل، وكذا في ورق الثبوت. وصحح ابن الرفعة أو ورق الحناء لا يدخل، وعلل عدم الدخول فيما ذكر أنه كثر سائر الأشجار. والتوت بتاءين على الفصح، وفي لغة أنه بالمثلثة في آخره. (و) دخل (أغصانها إلا اليابس) فلا يدخل لأن الرطبة تعد من أجزائها بخلاف اليابسة إذا كانت الشجرة رطبة كما مر؛ لأن العادة فيه القطع كالثمرة.

تنبيه: شمل كلامه أغصان شجر الخِلاف؛ وفيه خلاف، فقد صرح الإمام في موضع بالدخول وفي آخر بعده، وجمع بينهما بما قاله القاضي أن الخلاف نوعان: ما يُقطع من أصله فتدخل أغصانه، وما يُترك ساقه وتؤخذ أغصانه فلا تدخل. ويدخل أيضاً الكمام، وهي بكسر الكاف أو عية الطلع وغيره، ولو كان ثمرها مؤثراً لأنها تبقى ببقاء الأغصان، ومثلها العرجون كما بحثه شيخنا وإن قال بعضهم إنه ليمن له الثمرة. قال الإسني: وتعبير المصنف يقتضي أنه لا فرق في العروق والأوراق بين اليابسة وغيرها، وهو مقتضى إطلاق الرافي أيضاً وقد صرح به في الكفاية، لكن في العروق خاصة اهـ. ويؤخذ من اقتصار صاحب الكفاية على العروق أن الأوراق اليابسة لا تدخل، وهو الأوجه كما قال شيخنا؛ لأن الورق أَوْلَى بعدم الدخول من الغصن اليابس.

(ويصح بيعها بشرط القلع) وتدخل العروق، (أو القطع) ولا تدخل كما مر بل تُقطع عن وجه الأرض. (وبشرط الإبقاء) ويتبع الشرط. (والإطلاق) بأن لم يشترط قلعاً ولا قطعاً ولا إبقاءً (يقضي الإبقاء) في الشجرة الرطبة للعادة بخلاف اليابسة كما سيأتي. (والأصح أنه) أي الشأن، (لا يدخل) في بيعها (المغرس) بكسر الراء: موضع غرسها حيث أقيمت؛ لأن اسم الشجرة لا يتناول فليس له بيعه، ولا أن يغرس بدلها إذا قلعت. (لكن يستحق) المشتري (منفعته) فيجب على مالكة أو مستحق منفعته بإجارة أو وصية أن يمكنه منه؛ (ما بقيت الشجرة) تبعاً لها. ولو بذل مالكة أرض القلع لمالكها وأراد قلعها فإنه يجب عليه إبقاؤها، ولا يجوز له قلعها. ولو تفرخت منها شجرة أخرى فهل يستحق إبقاؤها إلحاقاً لها بما يتحدد في الأصل من العروق والغلظ أو يؤمر بقطعها لكونها لم تكن حالة العقد أو يفرق بين ما جرت العادة في استخلافه وبين ما لم تجر به؟ قال بعضهم: فيه احتمالات. قال في المطلب: وما يعلم استخلافه كشجر الموز، فلا شك في وجوب بقائه اهـ. والثاني: يدخل لاستحقاقه منفعته لا إلى غاية. قال الإسني: ولقائل أن يقول: هل محل الخلاف فيما يسامت الشجرة من الأرض دون ما يمتد إليه أغصانها أم الخلاف في الجميع؟ فإن كان الثاني فيلزم أن يتحدد للمشتري كل وقت ملك لم يكن اهـ. والأوجه ما قاله غيره، وهو ما يسامت أصل الشجرة خاصة والموضع الذي ينتشر فيه عروق الشجرة حريم للمغرس حتى لا يجوز للبايع أن يغرس إلى جانبها ما يضر بها. ويجري الخلاف فيما لو باع أرضاً واستثنى لنفسه شجرة هل يبقى لها مغرسها أو لا، وفيما إذا باع أرضاً فيها ميت مدفون هل يبقى له مكان الدفن أو لا كما قاله الرافي في أول الدفن.

وَلَوْ كَانَتْ يَابِسَةً لَرِمَ الْمُشْتَرِي الْقَلْعَ. وَثَمْرَةُ النَّخْلِ إِنْ شُرِطَتْ لِلْبَائِعِ أَوْ الْمُشْتَرِي عُمِلَ بِهِ، وَإِلَّا فَإِنْ لَمْ يَتَأَبَّرْ مِنْهَا شَيْءٌ فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي، وَإِلَّا فَلِلْبَائِعِ. وَمَا يَخْرُجُ ثَمْرُهُ بِلَا نَوْرِ: كَتَيْنٍ وَعَنْبٍ إِنْ بَرَزَ ثَمْرُهُ فَلِلْبَائِعِ وَإِلَّا فَلِلْمُشْتَرِي،

(ولو كانت) الشجرة المبيعة مع الإطلاق (يابسة لزم المشتري القلع) للعادة في ذلك. وتعبيره بالقلع أولى من تعبیر المحرّر بالقطع؛ لأنه يقتضي أن العروق لا تدخل. وليس مراداً، فإن شرط قطعها أو قلعها لزمه الوفاء به أو إبقاءها بطل البيع، كما لو اشترى ثمرة مؤبّرة وشرط عدم قطعها عند الجذاذ. نعم إن كان له في إبقائها غرض مقصود كأن كانت مجاورة لأرضه وقصد أن يضع عليها جذوعاً أو بناءً أو نحوه كعريش صخ كما قاله الأذرعى وغيره.

ثم شرع في ذكر ثمر المبيع وهو المقصود منه ولو مشموماً كالورد، فقال: (وثمرة النخل المبيع أن شرطت للبائع أو المشتري عمل به) سواء أكانت قبل التأبير أم بعده وفاء بالشرط، ولو شرط غير المؤبّرة للمشتري كان تأكيداً كما قاله المتولّي وإن قال السبكي: ينبغي أن يكون كشرط الحمل. (وإلا) بأن لم تشرط لواحد منهما بأن سكت عن ذلك. (فإن لم يتأبّر منها شيء فهي) كلها (للمشتري، وإلا) بأن تأبّر منها شيء (فالبائع) أي فهي كلها له. والأصل في ذلك خبر الصحيحين: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرَتْ فَتَمَرَّتْهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»^(١)؛ مفهومه أنها إذا لم تؤبّر تكون الثمرة للمشتري إلا أن يشرطها البائع، وكونها في الأول للبائع صادق بأن يشرط له أو يسكت عن ذلك، وكونها في الثاني للمشتري صادق بذلك. وألحق بالنخل سائر الشمار وتأبير كلها تأبير بعضها بتبعية غير المؤبّر للمؤبّر لما في تتبع ذلك من العسر. والتأبير تشقيق طلع الإناث وذر طلع الذكور فيه ليجيء رطبها أجود مما لم يؤبّر، والعادة الإكتفاء بتأبير البعض والباقي يتشقق بنفسه ويثبت ربح الذكور إليه. وقد لا يؤبّر بشيء ويتشقق الكل، والحكم فيه كالمؤبّر اعتباراً بظهور المقصود؛ ولذلك عدل المصنف عن قول المحرّر: «لم تكن مؤبّرة» إلى ما قاله. وشمل طلع الذكور فإنه يشقق بنفسه، ولا يشقق غالباً؛ وفيما لم يشقق منه وجه: أنه للبائع أيضاً، لأنه لا ثمر له حتى يعتبر ظهورها بخلاف طلع الإناث. وتسمى ذكور النخل فحالة بضم الفاء وتشديد الحاء المهملة، والمقصود من طلعه الكشّ بضم الكاف وبالشين المعجمة، وهو ما يلحق به الإناث، وهو غير ظاهر حتى يتشقق، وليس المقصود منه الأكل.

(وما يخرج ثمره بلا نور) بفتح النون: أي زهر؛ (كتين وعنب) وفتق بفتح التاء ويجوز ضمها، وجوز. (إن برز ثمره) أي ظهر (فالبائع، وإلا) بأن لم يبرز، (فللمشتري) لأن البروز هنا كالتشقق في الطلع، ولا يعتبر تشقق الطلع الأعلى من نحو جوز بل هو للبائع مطلقاً لاستتاره بما هو من صلاحه، ولأنه لا يظهر بتشقق الأعلى منه. وإن ظهر بعض التين أو العنب فما ظهر للبائع وما لم يظهر فللمشتري كما في التتمة والتهديب، وإن توقف فيه الشيطان؛ وجزم بالتوقف صاحب الأنوار، وفرّق الأئمة بينه وبين طلع النخل بأن ثمرة النخل ثمرة عام واحد وهو لا يحمل فيه إلا مرة، والتين ونحوه يحمل حملين مرة بعد أخرى، فكانت الأولى للبائع والثانية للمشتري. وكالتين فيما ذكر الجميز ونحوه كالثقالب والبطيخ لا يتبع بعضه بعضاً لأنها بطون بخلاف ما مرّ في ثمرة النخل ونحوه فإنها تعد حملاً واحداً.

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: من باع نخلاً قد أبرت... (الحديث: ٢٢٠٤) وأخرجه أيضاً في كتاب: الشروط، باب: إذا باع نخلاً قد أبرت (الحديث: ٢٧١٦) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: من باع نخلاً عليها ثمر (الحديث:

وَمَا خَرَجَ فِي نَوْرِهِ ثُمَّ سَقَطَ كَمِشْمِشٍ وَتَفَاحٍ فَلِلْمُشْتَرِي إِنْ لَمْ تَنْعَقِدِ الثَّمْرَةَ، وَكَذَا إِنْ أُنْعَقِدَتْ وَلَمْ يَتَنَاثِرِ الثُّورُ فِي الْأَصْحِ وَيَبْعَدَ التَّنَائِرُ لِلْبَائِعِ. وَلَوْ بَاعَ نَخْلَاتِ بُسْتَانٍ مُطْلَعَةً وَبَعْضُهَا مُؤَبَّرٌ فَلِلْبَائِعِ، فَإِنْ أَفْرَدَ مَا لَمْ يُؤَبَّرْ فَلِلْمُشْتَرِي فِي الْأَصْحِ، وَلَوْ كَانَتْ فِي بَسَاتِينَ فَلِأَصْحِ إِفْرَادَ كُلِّ بُسْتَانٍ بِحُكْمِهِ. وَإِذَا بَقِيَتِ الثَّمْرَةُ لِلْبَائِعِ، فَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ لَزِمَهُ، وَإِلَّا فَلَهُ تَرْكُهَا إِلَى الْجَدَادِ،

(وما خرج في نوره ثم سقط) نوره (كمشمش) بكسر ميميه، وحُكي فتحهما، ورماني (وتفاح) ولوز؛ (فللمشتري إن لم تنعقد الثمرة) لأنها كالمعدومة. (وكذا) هي له أيضاً (إن انعقدت ولم يتناثر النور في الأصح) إلحاقاً لها بالطلع قبل تشققه؛ لأن استئثارها بالنور بمنزلة استئثار ثمرة النخل بكمامه. والثاني: يلحقها به بعد تشققه لاستئثاره بالقشر الأبيض فتكون للبائع. (وبعد التناثر للبائع) قطعاً لظهورها، وصرح في التنبيه بأن ما لم يظهر من ذلك تابع لما ظهر.

تنبيه: عدل المصنف عن قول المحرر «يخرج» المناسب للتقسيم بعده؛ قال الشارح: كأنه لثلاث يشبه بما قبله. وما يقصد منه الورد ضربان: ما يخرج من كمام ثم يفتح كالورد الأحمر إنم بيع أصله بعد تفتحه للبايع كالطلع المتشقق، أو قبله فلمشتري؛ وما يخرج ظاهراً كالباسمين، فإن خرج ورده للبايع وإلا فللمشتري؛ وتشقق جوز قطن يبقى أصله سنتين فأكثر كتأبير النخل فيتبع المستر غيره، وما لا يبقى أصله أكثر من سنة إن بيع قبل تكامل قطنه لم يجز إلا بشرط القطع كالزروع سواء أخرج الجوز أم لا، ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوز فهو للمشتري لحدوثه في ملكه، وإن بيع بعد تكامل قطنه وتشقق جوزة صح العقد لظهور المقصود ودخل القطن في البيع. فإن قيل: إذا تشقق يكون كالثمرة المؤثرة كما جزم به القاضي فلا يدخل في البيع. أجب بأن الشجرة المؤثرة مقصودة كثمار سائر الأعوام، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة؛ وإن لم يتشقق جوزة لم يصح العقد لاستئثار قطنه بما ليس من صلاحه.

(ولو باع نخلات بستان مطلعة) بكسر اللام: أي خرج طلعتها. (وبعضها) قال الشارح: أي من حيث الطلع؛ (مؤبر) دون بعض واتحد الجنس والعقد؛ (فللبائع) طلعتها جميعه المؤبر وغيره لما مر. وخرج بقوله «من حيث الطلع» اختلاف النوع واختلاف الجنس، فإن الأول يتبع على الأصح والثاني لا يتبع جزماً.

(فإن أفرد ما لم يؤبر) بالبيع واتحد النوع، (فللمشتري) طلعه (في الأصح) لما مر؛ والثاني: هو للبايع، اكتفاءً بدخول وقت التأبير عنه، وأما المؤبر للبايع. ولو باع نخلة وبقيت ثمرتها للبائع ثم خرج طلع آخر كان له أيضاً كما صرحا به، قالوا: لأنه من ثمرة العام، قال شيخنا: قلت: وإلحاقاً للنادر بالأعم الأغلب.

(ولو كانت) أي النخلات المذكورة، (في بساتين) أي المؤثرة في بستان وغيرها في بستان واتحد العقد والجنس والمالك؛ (فالأصح) أفراد كل بستان بحكمه) سواء أتباعدا أم تلاصقا. والثاني: هما كالبستان الواحد. أما إذا تعدد العقد أو اختلف الجنس أو تعدد المالك أفرد كل بحكمه جزماً. (وإذا بقيت الثمرة للبائع) بشرط أو غير، (فإن شرط القطع لزمه) وفاء بالشرط (وإلا) بأن أطلق أو شرط الإبقاء. وهو مزيد على المحرر والروضة وأصلها. (فله تركها إلى) زمن (الجداد) تحكيماً للعادة، كما يجب تبقية الزرع إلى أوان الحصاد وإبقاء المتاع في السفينة في اللجة إلى الوصول إلى الشرط. وهو بفتح الجيم وكسرهما وإهمال الدالين كما في الصحاح، وحُكي إعجامهما. ثم إذا جاء أوان الجداد ليس له الصبر حتى يأخذها على التدرج ولا تأخرها إلى تنهاها

وَلِكُلِّ مِنْهُمَا السَّقْيُ إِنْ أَنْتَفَعَ بِهِ الشَّجَرُ وَالشَّمْرُ، وَلَا مَنَعَ لِلْآخِرِ، وَإِنْ ضَرَّهُمَا لَمْ يَجْزُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا، وَإِنْ ضَرَّ أَحَدُهُمَا وَتَنَازَعَا فُسِّخَ الْعَقْدُ إِلَّا أَنْ يُسَامِحَ الْمُتَضَرُّ، وَقِيلَ: لِطَالِبِ السَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ؛ وَلَوْ كَانَ الشَّمْرُ يَمْتَصُّ رُطُوبَةَ الشَّجَرِ لَزِمَ الْبَائِعُ أَنْ يَقْطَعَ أَوْ يَسْقِيَ.

١٢ - فصل: بيان بيع التمر والزرع

يَجُوزُ بَيْعُ الشَّمْرِ بَعْدَ بَدْوَ صَلَاحِهِ

نضجها، بل المعتبر في ذلك العادة لو كانت الثمرة من نوع يُعتاد قطعه قبل النضج كالموز الأخضر في بلاد لا ينتهي فيها كلف البائع قطعها على العادة. ويُستثنى من التبية صورتان: الأولى إذا تعذر سقي الثمرة لانقطاع الماء وعظم ضرر الشجر ببقائها فليس له إبقاؤها. الثانية: إذا أصابها آفة ولا فائدة في تركها فليس له إبقاؤها.

(ولكل منهما) أي المتبايعين في الإبقاء، (السقي إن انتفع به الشجر والتمر) أو أحدهما؛ (ولا منع للآخر) منه لعدم ضرره.

تنبيه: عبارة المهذب والوسيط: «إن لم يتضرر الآخر»، ويؤخذ منها عدم المنع عند انتفاء الضرر والنفع لأنه تعنت؛ قال السبكي وغيره. قال شيخنا: وقد يتوقف فيه، إذ لا غرض للبائع حينئذ فكيف يلزم المشتري تمكينه اهـ. وهذا هو الظاهر كما قاله شيخني.

(وإن ضرهما لم يجز إلا برضاهما) معاً، فليس لأحدهما السقي إلا برضى الآخر لأنه يدخل عليه ضرراً، فإن رضياً بذلك جاز. فإن قيل: إذا رضياً بذلك فيه إفساد للمال وهو حرام. أجب بأن الإفساد غير محقق. وقيل: يحمل كلامهم على ما إذا كان يضرهما من وجه دون وجه. (وإن ضر أحدهما) أي ضر الشجر ونفع التمر أو العكس، (وتنازعا) أي المتبايعان في السقي؛ (فسخ العقد) لتعذر إمضائه إلا بإضرار أحدهما. والفاسخ له المتضرر كما يؤخذ من غصون كلامهم واعتمده شيخني، وقيل: الحاكم، وجزم به وصححه السبكي، وقيل: كل من العاقدين، واستظهره الزركشي

تنبيه: شمل كلام المصنف ما لو ضر السقي أحدهما ومنع تركه حصول زيادة للآخر؛ وهو كذلك لاستلزام منع حصولها له انتفاعه بالسقي. وذكر في الروضة احتمالين للإمام.

(إلا أن يسامح المتضرر) فلا فسخ حينئذ لزوال النزاع. فإن قيل: في ذلك إضاعة مال وهي محرمة. أجب بأن في ذلك إحساناً ومسامحة. نعم الكلام في المالكين المطلقين التصرف لا من يتصرف لغيره أو لنفسه وهو غير مطلق التصرف. (وقيل لطالب السقي) وهو البائع في الصورة الأولى والمشتري في الثانية؛ (أن يسقي) ولا يبالي بضرر الآخر؛ لأنه قد رضي به حين أقدم على هذا العقد. فلا فسخ على هذا أيضاً، وحيث احتاج البائع إلى سقي ثمرته فالمؤنة عليه. وأما الماء الذي يُسقى منه فقال في المطلب: ظاهر كلام الأصحاب أنه الماء المعد لسقي تلك الأشجار ملكه المشتري أو لا. (ولو كان الثمن يمتص رطوبة الشجر) والسقي ممكن بالماء المعد له، (لزم البائع أن يقطع) ثمرته (أو يسقي) الشجر دفعا لضرر المشتري، لو تعذر السقي لانقطاع الماء تعين القطع.

ثم شرع في اللفظ السابع وهو الثمار وهو يتناول نواها وقمعها في ضمن فصل، فقال:

فصل: في بيان بيع التمر والزرع وبدو صلاحهما: (يجوز بيع التمر بعد بدو) أي ظهور (صلاحه) وسيأتي

مُطْلَقًا، وَبَشْرَطَ قَطْعِهِ، وَبَشْرَطَ إِيقَائِهِ؛ وَقَبْلَ الصَّلَاحِ إِنْ بَاعَ مُتَفَرِّدًا عَنِ الشَّجَرِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشْرَطِ الْقَطْعِ وَأَنْ يَكُونَ الْمَقْطُوعُ مُتَنَفَعًا بِهِ لَا كَكُمَّثْرِي، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي جَازَ بِلَا شَرْطٍ. قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي وَشَرَطْنَا الْقَطْعَ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَإِنْ بَاعَ مَعَ الشَّجَرِ جَازَ بِلَا شَرْطٍ،

بيانه (مطلقاً) من غير شرط قطع ولا تبقية. (وبشرط قطعه وبشرط إيقائه) سواء أكانت الأصول لأحدهما أم لغيره؛ لأنه ﷺ نهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحها، رواه الشيخان^(١). فيجوز بعد بدوّه وهو صادق بكل من الأحوال الثلاثة. والمعنى الفارق بينهما أمن العاهة بعده غالباً لفظها وكبر نواها، وقبله تسرع إليه لضعفه فيفوت بتلفه الثمن؛ وبه يشعر قوله ﷺ: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمْرَةَ فِيمَ يَسْتَحِقُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ»^(٢).

(وقبل الصلاح إن بيع منفرداً عن الشجر لا يجوز) أي لا يصح البيع، ويحرم للخبر المذكور؛ (إلا بشرط القطع) في الحال؛ وهو معنى قول ابن المقري «منجزاً». (وأن يكون المقطوع منتفعاً به) كلوز وحصرم وبلح، فيجوز حينئذ بالإجماع المخصص للخبر السابق، فدخل في المستثنى منه ما ينتفع به وبيع بغير شرط القطع أو بيع شرطه معلقاً، ووجه المنع في الثانية تضمن التعليق التبقية. وما (لا) ينتفع به (ككُمَّثْرِي) بفتح الميم المشددة وبالمثلة الواحدة كمشاة، ذكره الجوهري، وذكر هذا الشرط المعلوم من شروط البيع، قال الشارح: للتنبه عليه.

فروع: لو باع ثمرة على شجرة مقطوعة لم يجب شرط القطع لأنها لا تبقى عليها فيصير كشرط القطع ولأنها لا تنمو، ولا يغني اعتياد القطع عن شرطه لعموم الخبر. ولو باع بشرط القطع ورضي البائع بإيقائه جاز. ولو أبقاها مدة ثم قطعها لزمته أجرتها إن كان البائع طالبه، وإلا فلا؛ قاله الخوارزمي، والشجرة أمانة في يد المشتري لتعذر تسليم الثمرة بدونها، بخلاف ما لو اشترى نحو سمن وقبضه في ظرف البائع فإنه مضمون عليه لتمكّنه من التسليم في غيره.

(وقبل إن كان الشجر للمشتري) والثمرة للبائع، كأن وهب الثمرة لإنسان أو باعها له بشرط القطع ثم اشتراها منه أو وصى بها الإنسان فباعها لمالك الشجرة، (جاز) بيع الثمرة له (بلا شرط) لاجتماعهما في ملك شخص واحد، فأشبه ما لو اشتراها معاً. وصحح هذا الوجه في الروضة في باب المساقاة، وليس في الرافعي هنا تصريح بترجيح، ونقلنا هنا عن الجمهور تصحيح الأول لعموم النهي؛ قال الإسنوي: وهو المعروف فلتكن الفتوى عليه.

(قلت: فإن كان الشجر للمشتري وشرطنا القطع) كما هو الأصح، (لم يجب الوفاء به، والله أعلم) إذ لا معنى لتكليفه قطع ثمره عن شجره. وليس لأحد الشريكين أن يشتري نصيب شريكه من الثمر قبل بدو صلاحه بنصيبه من الشجر إلا بشرط القطع كغير الشريك، ويصير كل الثمر له وكل الشجر للآخر، فيتعين على المشتري قطع جميع الثمر لأنه التزم بذلك قطع ما اشتراه ويدفع الشجر لصاحبه. وإن اشترى نصيب شريكه من الثمر بغير نصيبه من الشجر لم يصح، وإن شرط القطع لتكليف المشتري قطع ملكه عن ملكه المستقر له قبل البيع.

(وإن بيع الثمر مع الشجر) ولم يفصل الثمن، (جاز بلا شرط) لقطعه؛ لأن الثمر هنا تبع للأصل وهو غير

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (الحديث: ٢١٩٤) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع (الحديث: ٣٨٤٠).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فو من البائع (الحديث: ٢١٩٨) وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوانح (الحديث: ٣٩٥٤) وأخرجه النسائي في كتاب: البيوع، باب: شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها على أن يقطعها ولا يتركها إلى أوان إدراكها (الحديث: ٤٥٣٩).

وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ قَطْعِهِ. وَيَحْرُمُ بَيْعُ الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطِ قَطْعِهِ، فَإِنْ بَاعَ مَعَهَا أَوْ بَعْدَ اسْتِدَادِ الْحَبِّ جَازَ بِلَا شَرْطٍ.

وَيُسْتَرَطُّ لِبَيْعِهِ وَبَيْعِ الثَّمْرِ بَعْدَ بَدْوِ الصَّلَاحِ ظُهُورُ الْمَقْصُودِ: كَتَيْنٍ وَعَنْبٍ وَشَعِيرٍ، وَمَا لَا يَرَى حَبَّهُ كَالْحِنْطَةِ وَالْعَدْسِ فِي السُّنْبَلِ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ دُونَ سُنْبَلِهِ وَلَا مَعَهُ فِي الْجَدِيدِ،

متعرض للعامة، وبهذا فارق بيع الثمرة من مالك الشجرة. (ولا يجوز بشرط قطعه) لأن فيه حَجْرًا على المشتري في ملكه أما إذا فصل الثمن، كأن قال: «بعثك الشجرة بدينار والثمرة بنصف دينار» فلا بد من شرط القطع لانتفاء التبعية. ولو استثنى البائع الثمرة غير المؤثرة لم يجب شرط القطع لأنه في الحقيقة استدامة لملكها فله الإبقاء إلى أوان الجداد. ولو صرح بشرط الإبقاء جاز كما في الروضة، وهو أحد نصين للشافعي رضي الله تعالى عنه كما أفاده البلقيني؛ ولم يطلع بعضهم على هذا النص، فزعم أن المنصوص خلافه. ولو باع نصف الثمر على الشجر مشاعاً قبل بدو الصلاح من مالك الشجر أو من غيره بشرط القطع صح إن قلنا للمقسمة إفراز، وهو الأصح لإمكان قطع النصف بعد القسمة؛ فإن قلنا إنها بيع لم يصح لأن شرط القطع لازم له، ولا يمكن قطع النصف إلا بقطع الكل فيتضرر البائع بقطع غير المبيع فأشبهه إذا باع نصفاً معيناً من سيف؛ وبعد بدو الصلاح يصح إن لم يشترط القطع، فإن شرطه فيه ما تقرّر. ويصح بيع نصف الثمر مع الشجر كله أو بعضه ويكون الثمر تابعاً.

(ويحرم) ولا يصح (بيع الزرع) والمراد به ما ليس بشجره. (الأخضر في الأرض) إذا لم يبدؤ صلاحه، ولو كان بقلًا وكان البقل يجرّ مراراً. (إلا بشرط قطعه) كالثمر قبل بدو صلاحه أو قلعه كما في المحرّر. فإن باعه من غير شرط أو بشرط إبقائه لم يصح البيع. (فإن بيع) الزرع المذكور (معها) أي الأرض، (أو) وحده (بعد اشتداد الحب) أو بدو صلاح البقول؛ (جاز بلا شرط) لأن الأول كبيع الثمر مع الشجر، والثاني كبيع الثمرة بعد بدو الصلاح.

تنبيه: كلامهم قد يؤهم اعتبار اشتداد جميع الحب؛ وليس مراداً، فقد ذكر المتولّي وغيره أنه إذا اشتد بعض السنابل كان كبدو الصلاح في بعض الثمار. وقد اكتفوا في التأبير بطلعة واحدة وفي بدو الصلاح بحبة واحدة، وقياسه هنا أنه يكفي باشتداد سنبله واحدة. قال الأزرعي: وفي النفس من ذلك في الجميع شيء. وقال الزركشي: كل ذلك مشكل. ولا يصح بيع البطيخ والباذنجان ونحوهما قبل بدو الصلاح إلا بشرط القطع، وإن بيع من مالك الأصول لما مرّ، ولو باعه مع أصوله فكبيع الثمرة مع الشجرة على ما بحثه الرافعي بعد أن نقل عن الإمام والغزالي وجوب شرط القطع لتعرض أصله للعامة، بخلاف ما إذا باعهما مع الأرض لأنه كالشجرة فلا يحتاج إلى شرط القطع. وجزم الحاوي بما بحثه الرافعي وصححه السبكي والإسنوي وغيرهما وهو المعتمد، وقال ابن الرفعة: إنه المنقول وما قاله الإمام من تفقّهه اه. فإن باع ذلك بعد بدو صلاحه ولو لبعضه دون أصوله أو باع أصوله دونه وغلب اختلاط حادثه بالموجود لم يصح إلا بشرط القطع؛ لأن بيعه بدون ذلك يُفْضَى إلى تعذّر إمضاء العقد، فإن أمن الاختلاط جاز بغير شرط كما يجوز بيع ما لا يغلب اختلاطه كذلك بأن ندر أو استوى فيه الأمران أو لم يُعلم حاله.

(ويشترط لبيعه) أي الزرع، (وبيع الثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصود) من الحب والتمر لثلاثين يكون بيع غائب؛ (كتين وعنب) لأنهما مما لا كمام له. (وشعير) لظهوره في سنبله. (وما لا يرى حبه كالحنطة والعدس) بفتح الدال، والسَّمْسَم (في السنبل لا يصح بيعه دون سنبله) لاستتاره، (ولا معه في الجديد) لأن المقصود منه مستتر بما ليس من صلاحه كالحنطة في تنبها بعد الدّياس أي يشتدّ فيجوز؛ ولم يفصل بين حبّ وحبّ. وأجيب

وَلَا بِأَسِّ بِكِمَامٍ لَا يَزَالُ إِلَّا عِنْدَ الْأَكْلِ، وَمَا لَهُ كِمَامَانِ كَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ وَالْبَاقِلَا فَلَا يَبَاعُ فِي قَشْرِهِ الْأَسْفَلِ، وَلَا يَصِحُّ فِي الْأَعْلَى، وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ إِنْ كَانَ رَطْبًا.

بحمله على الشعير ونحوه جمعاً بين الدليلين. فإنه لا يصح قطعاً. والقديم الجواز لأن بقاءه فيه من مصلحته، ولخبر مسلم: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع السنبلي حتى يبيض»^(١) أي يشتد فيجوز، ولم يفصل بين حب وحب، وأجيب بحمله على الشعير ونحوه جمعاً بين الدليلين. والأرز كالشعير، وقيل كالحنطة. والذرة نوعان: بارز الحبات كالشعير، وفي كِمَام كالحنطة. ولا يصح بيع الجزر والفجل ونحوهما كالثوم والبصل في الأرض لاستتار مقصودها؛ وعد في الروضة من ذلك السلق، وهو محمول على أحد نوعيه، وهو ما يكون مقصوده مُعَيَّباً في الأرض. أما ما يظهر مقصوده على وجهها وهو المعروف بأكثر بلاد مصر والشام فيجوز بيعه كالقيل، ويصح بيع ورقها بشرط القطع كالبقول.

(ولا بأس بكمام) وهو بكسر الكاف: وعاء الطلع وغيره؛ (ولا يزال إلا عند الأكل) كالرمان والعَلَس والموز والبطيخ والباذنجان والأرز في سنبله، لأن بقاءه فيه من مصلحته. ولا يخالف ما ذكر في العلس والأرز عدم صحة السلم فيهما كما سيأتي في بابه؛ لأن البيع يعتمد المشاهدة بخلاف السلم فإنه يعتمد الأوصاف، وهي لا تفيد الغرض في ذلك لاختلاف القشر خفة ورزانة، ولأن السلم عقد غرر فلا يضم إليه غرر آخر بلا حاجة إليه. وما نقل عن فتاوى المصنف من أن الأصح جواز السلم في الأرز محمول على المقشور.

(وما له كمامان كالجوز واللوز والباقلا) وهي بتشديد اللام مقصوراً: الفول. (فلا يباع في قشره الأسفل) لأن بقاءه فيه من مصلحته. (ولا يصح في الأعلى) لا على الشجر ولا على الأرض لاستتاره بما ليس من مصلحته. نعم يصح بيع قصب السكر في قشره الأعلى كما في الاستقصاء، ونقله في المطلب عن الماوردي؛ ووجه بأن قشره الأسفل كباطنه، لأنه قد يمص معه فصار كأنه في قشر واحد كالرمان، ولأن قشره الأعلى لا يستر جميعه. وما قيل من أن الشافعي رضي الله تعالى عنه أمر الربيع ببغداد أن يشتري له الباقلا الرطب، رُدَّ بأن هذا نصه في القديم ونص في الجديد على خلافه، وبأن في صحة ذلك توقفاً، لأن الربيع إنما صحب الشافعي بمصر لا ببغداد لكن قال بالصحة كثيرون.

(وفي قول يصح إن كان رطباً) لتعلق الصلاح به حيث أنه يصون الأسفل ويحفظ رطوبة اللب واللوبيا كالفول كما قاله الدارمي وغيره. وعلم من تقييد المصنف بالخلاف بالرطب امتناعه إذا جف قطعاً، وصرح به في زيادة الروضة إذا لم نجوز بيع الغائب. وفي الروضة وأصلها يجوز بيع اللوز في القشر الأعلى قبل انعقاد الأسفل لأنه مأكول كله كالتفاح، ونقله في المجموع عن الأصحاب، وقاس بعضهم عليه ما كان في معناه.

تنبيه: قول المصنف «كمامان» معترض، لأن الكمام جمع كَمَّ بكسر الكاف وكمامة كما قاله الجوهري وجرى عليه المصنف في التحرير، فالأولى أن يقول «قشران» أو «كمان» أو «كمامتان» بزيادة التاء؛ لأن مراده فردان من أفراد الأكمة كما قاله الإسني. قال ابن الرفعة: والكثان إن بدا صلاحه يظهر جواز بيعه، لأن ما يغزل منه ظاهر والسأس في باطنه كالنوى في التمر لكن هذا لا يميز في رأى العين بخلاف التمر والنوى اهـ. ويظهر أن محلّه إذا لم يبيع مع بزره بعد بدو صلاحه وإلا فلا يصح كالحنطة في سنبله.

(١) أخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع (الحديث: ٣٨٤٢).

وَبُدُوُ صِلَاحِ الثَّمَرِ ظُهُورُ مَبَادِي التُّضْجِ وَالْحَلَاوَةِ فِيمَا لَا يَتَلَوْنُ، وَفِي غَيْرِهِ بَأَن يَأْخُذَ فِي الْحُمْرَةِ أَوْ السَّوَادِ، وَيَكْفِي بُدُوُ صِلَاحِ بَعْضِهِ وَإِنْ قَلَّ. وَلَوْ بَاعَ ثَمْرَةَ بُسْتَانٍ أَوْ بَسَاتِينَ بَدَا صِلَاحُ بَعْضِهِ فَعَلَى مَا سَبَقَ فِي التَّأْيِيرِ، وَمَنْ بَاعَ مَا بَدَا صِلَاحُهُ لَزِمَهُ سَقْيُهُ قَبْلَ التَّخْلِيَةِ وَبَعْدَهَا،

(وبدو صلاح) الأشياء صيرورتها إلى الصفة التي تطلب فيها غالباً، ففي (التمر ظهور مبادي التضج) بضم النون وفتحها؛ (والحلاوة فيما لا يتلون) منه بأن يتموه ويلين كما في المحرز وغيره. وقال الشارح: وكأن المصنف رأى في إسقاطه أنه لا حاجة إليه مع ما قبله. وفي تكملة الصحاح للصفاني: تموه ثمر النخل والعنب إذا امتلأ ماءً وتهياً للتضج. وقوله «فيما إلخ» متعلق بظهور وبدو.

(وفي غيره) وهو ما يتلون: أي بدو الصلاح فيه، (بأن يأخذ في الحمرة أو السواد) أو الصفرة كالبلح والعناب والمشمش والإجاص بكسر الهمزة وتشديد الجمي، وفي نحو القثاء بأن يُجَنَى مثله غالباً للأكل، وفي الحبوب اشتدادها، وفي نحو ورق التوت تناهيه، وفي نحو الورد انفتاحه.

فائدة: جعل الماوردي بدو الصلاح على ثمانية أقسام، أحدها: باللون كصفرة المشمش وحمرة العناب وسواد الإجاص وبياض التفاح ونحو ذلك. ثانيها: الطعم كحلاوة قصب السكر وحموضة الرمان إذا زالت المرارة. ثالثها: التضج في التين والبطيخ ونحوهما، وذلك بأن تلين صلابته. رابعها: بالقوة والاشتداد كالقمح والشعير. خامسها: بالطول والإمتلاء كالعلف والبقول. سادسها: بالكبر كالقثاء. سابعها: بانشقاق كمامه كالقطن والجوز. ثامنها: بانفتاحه كالورد وورق التوت.

(ويكفي بدو صلاح بعضه وإن قل) لصحة بيع كله من شجرة أو أشجار متحدة الجنس ولو حبة واحدة من عنب أو يسر أو نحوه؛ لأن الله تعالى امتن علينا فجعل الشمار لا تطيب دفعة واحدة إطالة لزمن التفكه. فلو اشترط في المبيع طيب جميعه لأذى أن لا يباع شيء؛ لأن السابق قد يتلف أو تباع الحبة بعد الحبة وفي كل منهما حرج. فإن اختلف الجنس كرطب وعنب بدا الصلاح في أحدهما فقط وجب شرط القطع في الآخر، وأما النوع فلا يضر اختلافه كالبرني والصيحاني كما هو ظاهر كلام الرافي كما إذا اختلف النوع في التأبير كما مر، وإن كان في كلام القاضي أبي الطيب ما يدل على أنه يضر.

(ولو باع ثمرة بستان أو بساتين بدا صلاح بعضه) واتحد جنسه، (فعلى ما سبق في التأبير) فيتبع ما لم يند صلاحه ما بدا صلاحه في البستان أو في كل من البساتين وإن اختلف النوع بخلاف الجنس فلا يتبع جنس غيره، ولو بدا صلاح بعض ثمر أحدهما دون الآخر فلا تبعية على الأصح بل لا بد من شرط القطع في ثمر الآخر.

(ومن باع ما بدا صلاحه) من ثمر أو زرع وأبقى، (لزمه سقيه) إن كان مما يُسقى (قبل التخلية وبعدها) قدر ما ينمو به ويسلم من التلف والفساد؛ لأنه من تمة التسليم الواجب كالكيل في المكيل والوزن في الموزون. فلو شرط كونه على المشتري بطل البيع لأنه مخالف لمقتضاه، فإن باعه بشرط قطعه لم يلزمه السقي بعد التخلية، ولو باع الثمرة لمالك الشجرة لم يلزمه سقي كما هو ظاهر كلامهم لانقطاع العلقه بينهما. وظاهر كلامهم أن الثمرة لو كبرت وكان لا يتأتى قطعها إلا في زمن طويل يحتاج فيه إلى السقي أنا نكلفه ذلك، وإن قال الأذري فيه نظر؛ ويستمر اللزوم إلى أوان الجذاذ.

(ويتصرف مشتريه) أي الثمن، (بعدها) أي التخلية من كل وجه. هذا إن اشتراه قبل أوان الجذاذ، أما بعده فقد تقدم في الكلام على القبض أن كلام الرافي هناك يقتضي توقف قبضها على النقل.

وَيَتَصَرَّفُ مُشْتَرِيهِ بَعْدَهَا. وَلَوْ عَرَضَ مُهْلِكٌ بَعْدَهَا كَبُرِدٌ فَالْجَدِيدُ أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي، فَلَوْ تَعَيَّبَ بِتَرْكِ الْبَائِعِ السَّقْيِ فَلَهُ الْخِيَارُ، وَلَوْ بِيَعٍ قَبْلَ صَلَاحِهِ بِشَرْطِ قَطْعِهِ وَلَمْ يُقَطَعْ حَتَّى هَلَكَ فَأَوْلَى بِكَوْنِهِ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي. وَلَوْ بِيَعٍ ثَمَرٍ يَغْلُبُ تَلَاخُفَهُ وَأَخْتِلَاطُ حَادِيهِ بِالْمَوْجُودِ كَثِيرِينَ وَقْتًا لَمْ يَصِحَّ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعَ ثَمَرِهِ.

(ولو عرض مهلك بعدها) أي التخلية من الآفات السماوية، (كبرد) بفتح الراء وإسكانها كما ضبطه المصنف بخطه، أو حرّ أو جراد أو حريق؛ (فالجديد أنه من ضمان المشتري) لأن التخلية كافية في جواز التصرف، فكانت كافية في جواز نقل الضمان قياساً على العقار؛ والقديم: من ضمان البائع لخبر مسلم: «أنه ﷺ أمر بوضع الجوائح»^(١). وأجيب بحمله على الندب أو على ما قبل التخلية جمعاً بين الأدلة.

تنبيه: تمثيله بالبرد يفهم أن محل القولين أن يكون المهلك سماوياً، وهو كذلك ما قدرته في كلامه. فإن سرق أو غصب فهو من ضمان المشتري قطعاً لإمكان الحفظ منه والتغريم، وقيل بطرد القولين، ومحلهما أيضاً ما لم يكن بسبب ترك البائع السقي، وإلا فالمذهب القطع بأنها من ضمان البائع، وما إذا باع الثمرة دون الشجرة وإلا فهي من ضمان المشتري قطعاً، وما إذا باع الثمر من غير مالك الشجر وإلا فهي من ضمانه قطعاً لانقطاع العلائق بينهما. ولو عرض المهلك بعد إمكان الجذاذ فكذا في أشبه القولين عند الرافعي. ولو تعيَّب بالجائحة فلا خيار للمشتري على الجديد، أما قبل التخلية فلا يتصرف فيه المشتري، وهو من ضمان البائع كنظائره.

(فلو تعيَّب) الثمر المبيع منفرداً من غير مالك الشجرة، (بترك البائع السقي، فله) أي المشتري (الخيار) على القولين؛ لأن الشرع ألزم البائع التنمية بالسقي، والتعييب بتركه كالتعييب قبل القبض، حتى لو تلف بذلك انفسخ العقد أيضاً. هذا إذا لم يتعذر السقي، وإلا بأن غارت العين أو انقطع النهر فلا خيار له كما صرح به أبو علي الطبري، ولا يكلف في هذه الحالة تحصيل ماء آخر كما هو قضية نصّ الأم من كلام الجويني في السلسلة. فإن آل التعييب إلى التلف والمشتري عالم به ولم يفسخ لم يغرم له البائع في أحد وجهين كما رجحه بعض المتأخرين.

(ولو بيع) ثمر (قبل) بدو (صلاحه بشرط قطعه ولم يقطع حتى هلك) بجائحة (فأولى بكونه من ضمان المشتري) ما لم يشترط قطعه بعد بدو الصلاح لتفريطه بترك القطع المشروط. وهذه المسألة مزيدة على الروضة مذكورة في أصلها.

تنبيه: فرض المصنف المسألة تبعاً للمحرر فيما قبل الصلاح، وكذا في الشرحين؛ وفرض في الروضة فيما بعد بدوه، وحكمها عند شيرط القطع واحد، فأولوى حذف التقييد؛ ولذلك أطلق البغوي والخوارزمي الخلاف فيما إذا باع بشرط القطع ليشمل الحاليين.

(ولو بيع) ثمر أو زرع بعد بدو الصلاح ولو لبعضه، (يغلب تلاحقه واختلاط حادثة بالموجود كتين) ويطبخ (وقتها لم يصح) البيع لعدم القدرة على تسليمه؛ (إلا أن يشترط على المشتري قطع ثمره) أو زرعه خوفاً من الاختلاط المانع من التسليم، فيصح حينئذ البيع لزوال المحذور. واحتراز بـ «يغلب» عمّا إذا نذر الاختلاط، فإن البيع يصح مطلقاً وبشرط القطع وبشرط الإبقاء، سواء أعلم عدم الاختلاط أم لم يعلم كيف الحال. ولو استوى الأمران فالظاهر كما قاله بعض المتأخرين أنه يلحق بالنادر.

(١) أخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح (الحديث: ٣٩٥٧).

وَلَوْ حَصَلَ الْإِخْتِلَاطُ فِيمَا يَنْدُرُ فِيهِ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَنْفَسَخُ الْبَيْعُ بَلْ يَتَّخِرُ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ سَمَحَ لَهُ الْبَائِعُ بِمَا حَدَثَ سَقَطَ خِيَارُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِصَافِيَةٍ وَهُوَ الْمُحَاقَلَةُ، وَلَا الرُّطْبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ وَهُوَ الْمُرَابِنَةُ،

(ولو حصل الاختلاط) قبل التخلية فيما يغلب فيه التلاحق والاختلاط، أو (فيما يندر فيه، فالأظهر أنه ينفسخ البيع) لبقاء عين المبيع وتسليمه ممكن بالطريق الآتي. (بل يتخير المشتري) بين الفسخ والإجازة؛ لأن الاختلاط عيب حدث قبل التسليم. والثاني: ينفسخ لتعذر تسليم المبيع. ونقل هذا عن تصحيح الأكثرين. وعلى الأول (فإن سمح له البائع بما حدث سقط خياره في الأصح) لزوال المحذور، ويملكه كما قال ابن المقري بالإعراض كما في الإعراض عن السنابل. فإن قيل: تقدم أنه لا يملك النعل بالإعراض عنها فلم لا كان هنا كذلك؟ أجيب بأن عود النعل إلى المشتري متوقع، ولا سبيل هنا إلى تمييز حق البائع. والثاني: لا يسقط، لما في قبوله من المنة. وكلام المصنف والرافعي تبعاً للإمام والغزالي يقتضي إثبات الخيار للمشتري أولاً حتى يجوز له المبادرة إلى الفسخ، فإن بادر البائع أولاً فسامح سقط خياره؛ وهو كذلك، وإن قال في المطلب إنه مخالف لنص الشافعي والأصحاب فإنهم خيروا البائع أولاً، فإن سمح بحقه أقر العقد والإفسخ. وقضية كلام الرافعي وتعليله أنه خيار عيب يستقل به المشتري؛ وهو كذلك، وإن نقل في الكفاية عن الماوردي أن الفاسخ هو الحاكم. وخرج بقبل التخلية التي قدرتها في كلامه ما لو وقع الاختلاط بعدها فلا يتخير المشتري، بل إن توافقا على قدر فذاك والأصدق صاحب اليد يمينه في قدر حق الآخر. وهل اليد بعد التخلية للبائع أو للمشتري أو لهما؟ فيه أوجه، وقضية كلام الرافعي ترجيح الثاني. ولو اشترى شجرة وعليها ثمرة للبائع يغلب تلاحقها لم يصح إلا بشرط قطع البائع ثمرة، فإن شرط فلم يقطع أو كانت مما يندر تلاحقها وجري الاختلاط كما سبق في ثمار المشتري لم يفسخ، بل من سمح بحقه لصاحبه أجبر صاحبه على القبول، وإن تشاحاً فسخ العقد كما مر. ولو باع جزءاً من الفتح مثلاً بشرط القطع فلم يقطعها حتى طالت وتعدت التمييز جرى القولان، ويجريان أيضاً فيما لو باع حنطة فانصب عليها مثلها قبل القبض وكذا في المائعات. ولو اختلط الثوب بأمثاله أو الشاة المبيعة بأمثالها فالصحيح الإفساخ لأن ذلك يورث الإشتباه وهو مانع من صحة العقد لو فرض ابتداء، وفي نحو الحنطة غاية ما يلزم الإشاعة وهي غير مانعة.

(ولا يصح بيع الحنطة في سنبلها بصافية) من التبن، (وهو المحاقلة، ولا) بيع (الرطب على النخل بتمر وهو المرابنة) للنهي عنهما في خبر الصحيحين^(١). وفي رواية للشافعي: والمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فزق من الحنطة، والمرابنة أن يبيع التمر على رؤوس النخل بمائة فرق من التمر. قال الرافعي: إن كان هذا التفسير مرفوعاً فذاك وإن كان من الراوي فهو أعرف بتفسير ما رواه. ولعدم العلم بالمماثلة فيهما؛ ولأن المقصود من البيع في المحاقلة مستتر بما ليس من صلاحه، ولأنه حنطة وتبن بحنطة فبطل لقاعدة مُدَّ عَجْوَةٌ. فلو باع شعيراً في سنبله بحنطة وتقابضا في المجلس جاز لأن المبيع مرثي والمماثلة ليست بشرط لاختلاف الجنس، أو باع زرعاً قبل ظهور الحب بحب جاز لأن الحشيش غير ربوي. ويؤخذ من ذلك أنه إذا كان ربوياً اعتيد أكله

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام (الحديث: ٢١٧٣) وأخرجه أيضاً في الكتاب نفسه، باب: بيع المرابنة (الحديث: ٢١٨٤) و(الحديث: ٢١٨٨) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (الحديث: ٣٨٥٥).

وَبُرْخُصُ فِي الْعَرَايَا، وَهُوَ بَيْعُ الرُّطْبِ عَلَى التُّخْلِ بِتَمْرٍ فِي الْأَرْضِ أَوْ الْعِنَبِ فِي الشَّجَرِ بِزَبِيبٍ .
فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ،

كالحلبة امتنع بيعه بجنسه، وبه جزم الزركشي . والمحاقلة مأخوذة من الحقل بفتح الحاء وسكون القاف جمع حقلة، وهي الساحة الطيبة التي لا بناء فيها ولا شجر، سُميت بذلك لتعلقها بزرع في حقله . والمزابنة مأخوذة من الزُّبْن بفتح الزاي وسكون الباء، وهو الدفع لكثرة الغبن فيها فيريد المغبون دفعه والغابن إمضاءه فيتدافعان .

تنبيه: فائدة ذَكَرَ هذين الحكيمين تسميتهما بما ذكر وإلا فقد علما مما مرَّ .

(ويرخص في) بيع (العرايا) جمع عرية، وهي ما يفردها مالكةا للأكل؛ لأنها عن حكم جميع البستان . (وهو بيع الرطب على النخل) خَرْصاً (بتمر في الأرض) كيلاً، (أو العنب في الشجر) خَرْصاً (بزيبب) في الأرض كيلاً . هذا مستثنى من بيع المزابنة لما في صحيحين^(١) - عن سهل بن أبي حثمة - بالحاء المهملة المثناة - : «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العرية أن تباع بخَرْصها يأكلها أهلها رطباً»^(٢) . وقيس به العنب بجامع أن كلاً منهما زكوي يمكن خرصه ويُذخر يابسُهُ . وأفهم كلامه أنهما لو كانا معاً على الشجر أو على الأرض أنه لا يصح، وهو كذلك خلافاً لبعض المتأخرين لأن الرخصة يقتصر فيها على ما ورد، وأنه لا يصح بيع الرطب بالرطب وهو كذلك كما مرَّ في باب الربا . وكالرطب البسر بعد بُدُو صلاحه، لأن الحاجة إليه كالحاجة إلى الرطب؛ ذكره الماوردي والرويانى؛ قيل: ومثله الحصرم . وزُودَ بأن الحصرم لم يُبَدَّ به صلاح العنب وبأن الخرص لا يدخله لأنه لم يتناه كبره بخلاف البسر فيهما .

تنبيه: محلّ الجواز في العرايا ما لم يتتعلق بالثمر زكاة كأن خُرِصَتْ عليه وضمن، أو قلنا الخرص تضمنين أو لنقصها عن النصاب أو لكفر صاحبها . ومحل الرخصة (فيما دون خمسة أوسق) تحديداً بتقدير الجفاف بمثله، لما رَوَى الشيخان «أنه ﷺ أَرَخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، أَوْ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ»^(٣) شك داود بن حصين أحد رواه، فأخذ الشافعي بالأقل في أحد قوليه . ويجوز في الخمسة في القول الآخر، ولا يجوز فيما زاد عليها قطعاً، وحيث زاد على ما دونها يبطل في الجميع على المشهور، ولا يخرج على تفريق الصفة كما مرَّت الإشارة إليه في فصلها لأنه صار رِباً فبطل جميعه .

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أنه يفي في النقص عن الخمسة ما ينطلق عليه الاسم، حتى قال الماوردي: يكفي نقص ربع مُدٍّ . والمتَّجه كما قال بعض المتأخرين أن ذلك يكفي بل لا بدَّ من زيادة على تفاوت ما يقع بين الكيلين، فإن ربع المدِّ والمدُّ يقع التفاوت به بين الكيلين غالباً لا سيما في الخمسة أوسق . والمراد بالخمسة أو ما دونها إنما هو من الجاف وإن كان الرطب الآن أكثر، فإن تلف الرطب أو العنب فذاك، وإن جَفَّ وظهر

(١) أخرجه البخاري في كتاب: المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (الحديث: ٢٣٨٠) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (الحديث: ٣٨٥٦) .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: بيع الثمر على رؤوس النخل أو الفضة (الحديث: ٢١٩١) وأخرجه أيضاً في كتاب: المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (الحديث: ٢٣٨٤) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (الحديث: ٣٨٦٤) .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب أو الفضة (الحديث: ٢١٩٠) وأخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (الحديث: ٣٨٦٩) .

وَلَوْ زَادَ فِي صَفَقَتَيْنِ جَازًا، وَبُشْتَرَطَ التَّقَابُضُ بِتَسْلِيمِ الثَّمْرِ كَيْلًا وَالتَّخْلِيَةَ فِي النَّخْلِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي سَائِرِ الثَّمَارِ، وَأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْفُقَرَاءِ.

١٣ - بَابُ: اِخْتِلَافِ الْمُتَبَاعِينَ

إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ ثُمَّ اِخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ أَوْ صِفَتِهِ

تفاوت بينه وبين التمر أو الزبيب، فإن كان قدر ما يقع بين الكيلين لم يضر وإن كان أكثر تبين بطلان العقد. (ولو زاد) على ما دونها (في صفقتين) كل منهما دونها (جاز) قياساً على الصفقة الأولى، وتعدّد الصفقة بتعدّد العقد والمشارك قطعاً وتعدّد البائع على الأصح. وإنما نظروا هنا إلى جانب المشتري أكثر حيث قطعوا فيه بالتعدّد دون جانب البائع عكس ما قالوه في الردّ بالعيب؛ لأن الرطب هو المقصود والتمر تابع، فلو باع رجلان مثلاً لرجلين صفقة جاز فيما دون عشرين لا فيما فوقه، وفي الروضة: فيما دون عشرة؛ قال الزركشي وغيره: وهو سبق قلم وليس كذلك، وإنما فرعه على وجه ضعيف، وهو أن الصفقة لا تتعدد بتعدد البائع.

(ويشترط) في صحة بيع العرايا (التقابض) في المجلس (بتسليم التمر) أو الزبيب إلى البائع (كيلاً والتخلية في) رطب (النخل) أو عنب الكرم لأنه مطعوم بمطعوم.

تنبيه: لو عتبر بقوله: «بتسليم الجاف كيلاً والتخلية في الرطب والعنب» كان أولى كما يعلم مما قدرته.

(والأظهر أنه لا يجوز) بيع مثل العرايا (في سائر الثمار) أي باقيها كالخوخ والمشمش واللوز مما يدخر يابسه؛ لأنها متفرقة مستورة بالأوراق فلا يتأتى الخرص فيها. والثاني: يجوز كما جاز في العنب بالقياس. (و) الأظهر (أنه) أي بيع العرايا، (لا يختص بالفقراء) بل يجري في الأغنياء لإطلاق الأخبار فيه. والثاني: يختص بهم لما روى الشافعي عن زيد بن ثابت: «أن رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتناعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضل قوتهم من التمر، فرخص لهم أن يتناعوا العرايا بخرصها من التمر»^(١). وأجاب الأول بضعف الحديث. وتقدير صحته فهذه حكمة المشروعية، ثم قد يعم الحكم كما في الرّمل والاضطباع في الطواف.

تنبيه: محلّ الخلاف في اعتبار حاجة المشتري، أما حاجة البائع فلا تُعتبر قطعاً. وقال مالك: تعتبر حاجة البائع.

خاتمة: قال الجرجاني والمتولي: ضابط الغني في هذا الباب من عنده نقد، فمن لا نقد عنده فقير وإن ملك أموالاً كثيرة، ولو اشترى العرية من يجوز له شراؤها ثم تركها حتى صارت تمرّاً جاز. وقال أحمد: يبطل العقد لأن شرط صحة العقد عنده أن يأخذها كلها أهلها رطباً.

باب اختلاف المتبايعين أو من يقوم مقامهما في كيفية العقد

(إذا اتفقا) أي المتبايعان، (على صحة البيع ثم اختلفا في كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ) وما يدعيه البائع أكثر كما نبّه عليه الراعي في الصداق، كأن يدعي عشرة والمشتري تسعة. (أو صفته) كأن قال البائع: «بصحاح» والمشتري:

(١) أخرجه البيهقي في كتاب: البيوع، باب: بيع العرايا (الحديث: ٣٠٨/٥).

أَوْ الْأَجَلِ أَوْ قَدْرِهِ أَوْ قَدْرِ الْمَبِيعِ وَلَا بَيِّنَةً تَحَالَفًا.

«بمكسرة». أو جنسه؛ كقول البائع: «بذهب» والمشتري: «بفضة»، وقد صرَّح به في المحرَّر. (أو الأجل) بأن أثبتته المشتري ونفاه البائع. (أو قدره) كشهري ويدعي المشتري أكثر، أو يقول البائع: «بعتك بشروط رهن أو كفيل» فينكر المشتري. (أو قدر المبيع) كقول البائع: «بعتك صاعاً من هذه الصبرة بدرهم» فيقول المشتري: «بل صاعين». أو اختلفا في اشتراط كون المبيع كاتباً مثلاً (ولا بينة) لأحدهما، أو لكل منهما بينة وتعارضتا بأن لم يؤرخا بتاريخين، (تحالفاً) لخبر مسلم: «الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ»^(١) وكل منهما مدعى عَلَيْهِ كما أنه مُدْعَى. وتخصيصه البيع بالذكر جرى على الغالب لأن التحالف يجري في سائر عقود المعاوضات حتى القراض والجعالة والصلح عن دم طرداً للمعنى. ولا أثر لقدرة كل من العاقدين على الفسخ في الأولين بلا تحالف، ولا لعدم رجوع كل منهما إلى عين حقه في الثالث. ويؤخذ مما ذكر أن التحالف يجري في زمن الخيار، وهو المعتمد كما صرَّح به ابن يونس والنسائي والأزرعي وغيرهم. وقد قال الشافعي والأصحاب بالتحالف في الكتابة مع جوازها من جانب الرقيق. وما استند إليه ابن المقري في قوله بعدم التحالف في زمن الخيار بإمكان الفسخ في زمنه، أوجب عنه بأن التحالف لم يوضع للفسخ بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرَّر العقد بيمين الصادق. واحترز لقوله: «واتفقا على صحة البيع» عما إذا لم يتفقا على الصحة، أو اتفقا عليها في عقد ولكن اختلفا هل ذلك العقد بيع أو هبة؛ فلا تحالَّف كما سيأتي آخر الباب. والمراد بالاتفاق على الصحة وجودها، ففي الروضة كأصلها: لو قال بعتك بألف، فقال: بخمسائة وزقَّ خمر حلف البائع على نفي سبب الفساد ثم يتحالفان. ويقوله: «ولا بينة» أي أو تعارضت البيئتان كما مرَّ عما إذا أقام أحدهما بينة فإنه يعمل بها. وشمل كلامه ما إذا كان المتبايعان مالكيين أو وكيلين أو مالكاً ووكيلاً. وفي تحالف الوكيلين وجهان، رجَّح المصنف منهما التحالف، وفائدته الفسخ أو أن ينكل أحدهما فيحلف الآخر ويُقضى له. وليس لنا صورة يحلف فيها الوكيل على الأصح غيرها لأنه لم يثبت لغيره بيمينه شيئاً، وإنما يرجع الحال بعد التحالف على الفسخ الذي أوجبه الشرع.

تنبيه: يستثنى من التحالف مسائل: منها ما لو تقابلا في العقد ثم اختلفا بعد الإقالة في قدر الثمن فلا تحالَّف، بل القول قول البائع لأنه غارم. ومنها ما لو اختلفا في عين المبيع والثمن معاً، كأن يقول: «بعتك هذا العبد بمائة درهم»، فيقول: «بل هذه الجارية بعشرة دنانير» فلا تحالَّف جزماً إذا لم يتواردا على شيء مع اتفاقهما على بيع صحيح واختلفا في كفيته، بل يحلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه على الأصل. ومنها ما لو اختلف وليّ محجور مع مستقلّ وكان المبيع تالفاً وكانت القيمة التي يرجع إليها عند الفسخ بالتحالف أكثر من الشيء الذي سمّاه، فإنه لا تحالَّف ويؤخذ بقول البائع لأنه إذا حصل الفسخ رجع الحال إلى غرم القيمة، وهي أكثر من قوله، كما ذكر نظير ذلك في الصداق. ولو اختلفا في عين المبيع فقط واتفقا على الثمن أو اختلفا في قدره تحالفاً إن كان الثمن معيناً، وكذا إن كان في الذمة كما اقتضى كلام الرافعي هنا ترجيحه وصحَّحه في الشرح الصغير خلافاً لما جرى عليه ابن المقري تبعاً للإسنوي من عدم التحالف. ولو أقام البائع بينة أن المبيع هذا العبد، والآخر بينة أنه الجارية ولم تؤرَّخ البيئتان سلّمت للمشتري ويُقرَّر العبد في يده إن كان قبضه وإلا فيترك عند القاضي حتى يدعيه كما جزم به ابن أبي عصرون، وقال أبو الحسن السلمي: إنه الصحيح، وقيل: يجبر المشتري على قبوله. فإن أُرِّخنا قضي بمقدمة التاريخ، ويأتي إيضاح ذلك في محله. وإذا أخذه القاضي أنفق

(١) أخرجه مسلم في كتاب: الأفضية، باب: اليمين على المدعي عليه (الحديث: ٤٤٤٥).

فَيُخَلِّفُ كُلَّ عَلَى نَفِي قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِهِ. وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ، وَفِي قَوْلِ الْمُشْتَرِي، وَفِي قَوْلِ يَتَسَاوَيَانِ فَيَتَخَيَّرُ الْحَاكِمُ، وَقِيلَ: يُفْرَعُ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ يَمِينٌ تَجْمَعُ نَفِيًا وَإِثْبَاتًا، وَيَقْدَمُ النَّفِيُّ فَيَقُولُ مَا بَعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بَعْتُ بِكَذَا. وَإِذَا تَحَالَفَا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعَقْدَ لَا

عليه من كسبه إن كان كسوباً وإلاً باعه إن رأى المصلحة في بيعه وحفظ ثمنه، وله ذلك في الحالة الأولى أيضاً كما قاله الشيخ أبو حامد.

وإذا وقع التحالف (فيحلف كل) منهما (على نفي قول صاحبه وإثبات قوله) لما مرَّ من كونه مدعياً ومدعى عليه، فينفي ما ينكره ويثبت ما يدعيه. نعم إنما يحلف الثاني بعد أن يعرض عليه ما حلف عليه الأول فينكر كما قاله المحاملي.

(ويبدأ) في اليمين (بالبائع) ندباً، لحصول الغرض مع تقديم المشتري، وقيل وجوباً واختاره السبكي. وإنما بدأ به لأن جانبه أقوى لأن المبيع يعود إليه بعد الفسخ المترتب على التحالف، ولأن ملكه على الثمن قد تم بالعقد وملك المشتري على المبيع لا يتم إلا بالقبض.

(وفي قول) يبدأ (بالمشتري) ون البائع يدعي عليه زيادة ثمن، والأصل براءة ذمته منها؛ ولأن المبيع في ملكه فيَقْوَى جانبه. (وفي قول يتساويان) لأن كل واحد منهما مدعٍ ومدعى عليه فلا ترجيح. وعلى هذا (فيتخير الحاكم) فيمن يبدأ به منهما، (وقيل يقرع) بينهما، كما لو حضراً معاً للدعوى فيبدأ بمن خرجت قرعته. قال الإمام: وتقديم أحد الجانبين مخصوص بما إذا باع عرضاً بثمن في الذمة، أما إذا كانا معيّنين أو في الذمة فلا يتجه إلا التسوية. والزوج في الصداق كالبايع فيبدأ به لقوة جانبه بقاء التمتع له كما قوي جانب البائع بعود المبيع إليه؛ ولأن أثر التحالف يظهر في الصداق لا في البضع وهو باذله فكان كبائعه.

(والصحيح أنه يكفي كل واحد) منهما (يمين تجمع نفيًا) لقول صاحبه، (وإثباتًا) لقوله؛ لأن الدعوى واحدة ومنفي كل منهما في ضمن مثبتة فجاز التعرض في اليمين الواحدة للنفي والإثبات، ولأنها أقرب لفصل الخصومة. والثاني: أنه يفرد النفي بيمين والإثبات بأخرى لأنه مدعٍ ومدعى عليه. وكان التعبير بالمذهب أولى كما في الروضة، لأن الأول منصوص مقطوع به. وقوله: «ويكفي» فيه إشعار بجواز العدول إلى اليمين وهو الظاهر، وإن أفهم كلام الماوردي خلافه.

(ويقدم) في اليمين (النفي) ندباً لا وجوباً لحصول المقصود بكل منهما. (فيقول) البائع في قدر الثمن مثلاً: والله (ما بعث بكذا ولقد بعث بكذا) ويقول المشتري: والله ما اشتريت بكذا ولقد اشتريت بكذا. وهذه الكيفية هي المشهورة في كلام الأصحاب. وقال الصيمري: يقول البائع: «ما بعث إلا بكذا»، ويقول المشتري: «ما اشتريت إلا بكذا» لأنه أسرع إلى فصل القضاء، ويلزمه الإكتفاء أيضاً، «إنما بعث بكذا وإنما اشتريت بكذا». والصحيح أن ذلك لا يكفي لأنهم إنما يكتفون في ذلك بالتصريح.

تنبيه: يفهم من كلام المصنف أنه لا يحتاج إلى صيغة حصر، وهو كذلك وإن كانت عبارة الروضة في البائع: «ما بعث بكذا وإنما بعث بكذا»، وفي المشتري: «ما اشتريت بكذا وإنما اشتريت بكذا»، إذ لا حاجة إلى الحصر بعد النفي.

(وإذا تحالفا فالصحيح أن العقد لا يفسخ) بنفس التحالف لأن البيئة أقوى من اليمين، ولو أقام كل منهما

يَنْفَسِخُ، بَلْ إِنْ تَرَاضِيَا وَإِلَّا فَيَفْسَخَانِيهِ أَوْ أَحَدُهُمَا أَوْ الْحَاكِمُ، وَقِيلَ: إِنَّمَا يَفْسَخُهُ الْحَاكِمُ. ثُمَّ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ، فَإِنْ كَانَ وَقْفَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ كَاتَبَهُ أَوْ مَاتَ لَزِمَهُ قِيمَتُهُ وَهِيَ قِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلْفِ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ،

بينه لم يفسخ فبالتحالف أولى. (بل إن تراضيا) على ما قاله أحدهما أقر العقد. قال القاضي: ولا رجوع لمن رضي صاحبه، وإن سمح أحدهما للآخر بما ادّعاه أجزأ الآخر، وإن أعرض عن الخصومة أعرض عنهما كما نقله الإسوي عن القاضي. ويفهمه كلام ابن المقري في شرح إرشاده وإن فهم بعض المتأخرين عنه خلافاً.

(وإلا) بأن استمر نزاعهما، (يفسخاناه أو أحدهما) لأنه فسح لاستدراك الظلامة فأشبه الرد بالعيب. (أو الحاكم) لقطع النزاع. وحق الفسخ بعد التحالف ليس على الفور، فلو لم يفسخا في الحال كان لهما بعد ذلك على الأشبه في المطلب لبقاء الضرر المحوج للفسخ. (وقيل إنما يفسخه الحاكم) لأنه فسح مجتهد فيه فلا يفسخ أحدهما؛ وصححه جمع. ومقابل الصحيح أنه يفسخ بالتحالف. ولا بد أن يكون التحالف عند حاكم، فلو تحالفا بأنفسهما لم يكن لأيمانهما تأثير في فسح ولا لزوم؛ قاله الماوردي وغيره. والمحكم كالحاكم كما بحثه بعض المتأخرين. وإذا فسخا انفسخا ظاهراً وباطناً كالإقالة، وكذا إن فسح القاضي أو الصادق منهما لتعذر وصولهما إلى حقهما كما في الفسخ بالإفلاس، فلكل منهما التصرف فيما عاد إليه. وإن فسح الكاذب لم يفسخ باطناً لترتبته على أصل كاذب. وطريق الصادق إنشاء الفسخ إن أراد الملك فيما عاد إليه وإن لم يرد، فإن أنشأ الفسخ أيضاً فذاك وإلا فقد طفر بمال من ظلمه فيتملكه إن كان من جنس حقه وإلا فيبيعه ويستوفي حقه من ثمنه. وللمشتري وطء الجارية المبيعة حال النزاع وقبل التحالف على الأصح لبقاء ملكه؛ وفي جوازه فيما بعده وجهان أوجههما كما قال شيخنا جوازه كما اقتضاه تعليلهم ببقاء ملكه.

(ثم) بعد الفسخ (على المشتري رد المبيع) إن كان باقياً في ملكه ولم يتعلق به حق ثالث بزوانده المتصلة؛ لأنها تابعة للأصل دون المنفصلة قبل الفسخ ولو قبل القبض، لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله، وكذا على البائع رد الثمن. ومؤنة الرد على الراذ كما يفهم من التعبير بـ«رَدٌّ»؛ لأن كل من كان ضامناً للعين كانت مؤنة ردّها عليه.

(فإن) تلف شرعاً، (كان وقفه أو أعتقه أو باعه، أو) تعلق به حق لازم كأن (كاتبه، أو) تلف حساً كأن (مات؛ لزمه قيمته) إن كان متقوماً وإن زادت على ثمنه، ومثله إن كان مثلياً على المشهور كما في المطلب، خلافاً لما تفهمه عبارة المصنف من وجوب القيمة وإن صححه في الحاوي. (وهي قيمته يوم التلف) حقيقة أو حكماً، (في أظهر الأقوال) إذ مورد الفسخ العين والقيمة بدل عنها فلتعتبر عند فوات أصلها. وفارق اعتبارها بما ذكر اعتبارها لمعرفة الأرض بأقل قيمتي العقد والقبض كما مرّ بأن النظر إليها ثم لا ليغرم بل ليعرف منها الأرض، وهنا المغروم القيمة، فكان اعتبار حالة الإتلاف أليق؛ ذكره الرافعي. والثاني: قيمة يوم القبض لأنه قيمة يوم دخوله في ضمانه. والثالث: أقل القيمتين يوم العقد ويوم القبض. والرابع: أقصى القيم من يوم القبض إلى قيمة يوم التلف؛ لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن التحالف يجري عند بقاء العوض وتلفه. واعترض بالرد بالعيب فإنه لا يجري بعد التلف. وأجيب بأن الرد يعتمد المردود، والفسخ يعتمد العقد، وبأن الرد يلحقه الأرض فلا ضرورة إليه بخلاف الفسخ.

وَإِنْ تَعَيَّبَ رَدَّهُ مَعَ أَزْشِيهِ، وَأَخْتِلَافُ وَرَثَتِهِمَا كَهَمَا. وَلَوْ قَالَ: «بِعْتُكُهُ بِكَذَا» فَقَالَ: «وَهَبْتَنِيهِ» فَلَا تَحَالَفُ بَلْ يَخْلُفُ كُلُّ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى الْآخَرِ، فَإِذَا حَلَفَا رَدَّهُ مُدَّعِي الْهَبَةِ بِزَوَائِدِهِ؛ وَلَوْ أَدَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالْآخَرَ فَسَادَهُ فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ مُدَّعِي الصَّحَّةِ بِبَيْمِنِهِ.

(وإن تعيب رده مع أرشه) وهو ما نقص من قيمته؛ لأن الكل مضمون على المشتري بالقيمة فكان بعضه مضموناً ببعضها، ووطء الثيب ليس بعيب فلا أرش له وإن كان قد رهنه، فإن شاء البائع أخذ القيمة أو انتظر الفكك. فإن قيل: قد ذكروا في الصداق أنه لو طلقها قبل الطوء وكان الصداق مرهوناً وقال «انتظر الفكك للرجوع» فلها إجباره على قبول نصف القيمة لما عليها من خطر الضمان، فالقياس هنا إجباره على أخذ القيمة. أوجب بأن المطلقة قد حصل لها كسر بالطلاق فناسب جبرها بإجابتها بخلاف المشتري. وإن كان قد أجره رجع فيه مؤجراً ولا ينتزعه من يد المكثري حتى تنقضي المدة، والمسئى للمشتري وعليه للبائع أجره المثل للمدة الباقية من وقت الفسخ إلى انقضائها.

(واختلاف ورثتهما) أو وارث أحدهما مع الآخر، (كهما) أي كاختلافهما فيما مر؛ لأنها يمين في مال، فقام الوارث مقام المورث كاليمين في دعوى المال. ولا فرق في ذلك بين أن يكون الاختلاف قبل القبض أو بعده، ولا بين أن يحصل بين الورثة ابتداءً أو بين المورثين ثم يموتان قبل التحالف. ويحلف الوارث في الإثبات على البتِّ وعلى نفي العلم في النفي، ويجوز للوارث الحلف إذا غلب على ظنه صدق مورثه.

(ولو قال بعته بكذا فقال بل وهبتنيه) أو رهنتني، (فلا تحالف) لأنهما لم يتفقا على عقد واحد. (بل يحلف كل) منهما (على نفي دعوى الآخر) كسائر الدعاوي. (فإذا حلف رده) لزوماً (مدعي الهبة) أو الرهن، (بزوائده) متصلة كانت أو منفصلة؛ لأنه لا ملك له ولا أجره عليه لاتفاقهما على عدم وجوبها. فإن قيل: كيف يرد الزوائد المنفصلة مع اتفاقهما على حدوثها في ملك الراذ بدعواه الهبة وإقرار البائع له بالبيع، فهو كمن وافق على الإقرار بشيء وخالف في الجهة؟ أوجب بأن دعوى الهبة لا تستلزم الملك لتوقفها على القبض بالإذن ولم يوجد، وبأن كلاً منهما قد أثبت بيمينه نفي دعوى الآخر ففساقتا؛ ولو سلم عدم تساقطهما فمدعي الهبة لم يوافق المالك على ما أقر له به من البيع فلا يكون كالمسألة المشبهة بها، فالعبرة بالتوافق على نفس الإقرار لا على لازمه.

(ولو ادعى) أحدهما (صححة البيع والآخر فساده) كأن ادعى اشتماله على شرط فاسد؛ (فالأصح تصديق مدعي الصححة بيمينه) لأن الأصل عدم المفسد، والظاهر في العقود الجارية بين المسلمين الصححة. والثاني: يصدق مدعي الفساد؛ لأن الأصل عدم العقد الصحيح. وإنما رجح الأصل الأول لاعتضاده بتشؤف الشارع إلى إلزام العقود. واستثنى من ذلك مسائل: منها ما إذا باع ذراعاً من أرض وهما يعلمان ذرعاتها فأدعى أنه أراد ذراعاً معيناً مبهماً وأدعى المشتري الإشاعة، فالمصدقُّ البائع لأنه أعرف بإرادته. ومنها ما إذا قال السيد: «كاتبتك وأنا مجنون أو محجور عليّ» وعرف له ذلك فإنه المصدق، ومثله قول الروباني فيما لو اختلفا فيما يكون وجوده شرطاً كبلوغ البائع كأن باعه ثم قال: «لم أكن بالغاً حين البيع» وأنكر المشتري واحتمل ما قاله البائع صدق بيمينه؛ لأن الأصل عدم البلوغ. وأما إذا قال السيد: «كاتبتك على نجم واحد»، وقال الرقيق: «بل على نجمين» فإن الرقيق هو المصدقُّ كما رجحه المصنف. ومنها ما لو قال مشتري المغصوب: «كنت أظن القدرة على تسليمه وأنا الآن لا أقدر» فهو المصدقُّ كما أفتى به القفال، لاعتضاده بقيام الغصب. ومنها ما إذا اختلفا هل وقع

وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بِعَبْدٍ مَعِيْبٍ لِيَرْدَهُ فَقَالَ الْبَائِعُ «لَيْسَ هَذَا الْمَبِيعُ» صُدِّقَ الْبَائِعُ بِبَيْعِهِ، وَفِي مِثْلِهِ فِي السَّلْمِ يُصَدَّقُ الْمُسْلِمُ فِي الْأَصْحَ.

١٤ - بَابُ: فِي مَعَامَلَةِ الرَّقِيقِ

الصلح على إنكار أو اعتراف فالمصدِّق مدعي وقوعه على إنكاره لأنه الغالب كما سيأتي في بابه. ومنها ما إذا قال المرتهن: «أذنت في البيع بشرط رهن الثمن» وقال الراهن: «بل مطلقاً» فالمصدِّق المرتهن؛ هكذا قال الزركشي. قال شيخنا: وليس مما نحن فيه لأن الاختلاف بعد تسليم الحكم المذكور لم يقع من العقادين، ولا من نائبهما. ولو قال المشتري: «رأيت المبيع» وأنكر البائع، أو قال المشتري: «اشتريت ما لم أره» فالمصدِّق مدعي الصحة، وكذا لو باع الثمرة قبل بدو الصلاح أو الزرع في الأرض ثم اختلفا هل شرط القطع أو لا، أو قالت المرأة: «وقع العقد بلا ولي ولا شهود» وأنكر الزوج، فالمصدِّق مدعي الصحة.

تنبيه: هذا الاختلاف قد علمت أنه يجري في غير البيع كالنكاح وغيره، فلو قال المصنف: ولو ادعى صحة العقد؛ لكان أولى.

(ولو اشترى عبداً) مثلاً معيناً وقبضه، (فجاء بعبد معيب ليرده فقال البائع ليس هذا المبيع صدق البائع بيمينه) لأن الأصل السلامة وبقاء العقد. (وفي مثله في السلم) بأن يقبض المسلم المؤدى عن المسلم فيه ثم يأتي بمعيب فيقول المسلم إليه ليس هذا المقبوض، (يصدق المسلم في الأصح) بيمينه أن هذا هو المقبوض؛ لأن الأصل بقاء شغل ذمة المسلم إليه بالمسلم فيه. والثاني: يصدق المسلم إليه كالبيع. وفرق الأول بأن المدعي هنا لم يعترف بقبض ما ورد عليه العقد، والأصل بقاء شغل ذمة المنكر، وهناك اعتراف بقبضه ووقع الاختلاف في سبب الفسخ، والأصل عدمه. وقيدت العبد في كلامه بالمعين احترازاً عن المبيع الموصوف في الذمة فإنه كالمسلم فيه. والثمن المعين كالمبيع المعين فيصدق المشتري في الأصح.

خاتمة: لو قبض المبيع مثلاً مكيلاً أو موزوناً ثم ادعى نقصاً، فإن كان قدرأ يقع مثله في الكيل أو الوزن صُدِّقَ بيمينه لاحتماله مع عدم مخالفته الظاهر، وإلا فلا يصدق؛ لمخالفته الظاهر، ولأنهما اتفقا على القبض، والقابض يدعي الخطأ فيه فعليه البيينة، كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ فيه تلزمه البيينة. ولو باعه أو رهنه عصيراً فوجده خمراً أو وجد فيه فأرة ميتة وقال «هكذا قبضته منك» وأنكر البائع، صُدِّقَ الْبَائِعُ بِبَيْعِهِ إِنْ أَمَكَنَ صَدَقَهُ؛ لِأَنَّ الْأَصْدُقَ عَدَمَ الْمَفْسُدِ؛ وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْقَبْضِ صُدِّقَ الْمَشْتَرِي. وَلَوْ بَاعَ شَخْصَ شَيْئاً فَظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ لَابْنِهِ أَوْ مَوْكَلِهِ فَوْقَ اخْتِلَافِ، كَأَنَّ قَالَ الْإِبْنَ: «بَاعَ أَبِي مَالِي فِي الصَّغَرِ لِنَفْسِهِ مَتَعْدِيًّا»، وَقَالَ الْمَوْكَلُ: «بَاعَ وَكَيْلِي مَالِي مَتَعْدِيًّا»، وَقَالَ الْمَشْتَرِي: «لَمْ يَتَعَدَّ الْوَلِيُّ وَلَا الْوَكِيلُ» صُدِّقَ الْمَشْتَرِي بِبَيْعِهِ؛ لِأَنَّ كَلَامَ مَنْ الْأَبِ وَالْوَكِيلِ أَمِينٌ فَلَا يَتَّهَمُ إِلَّا بِحُجَّةٍ.

بَابُ فِي مَعَامَلَةِ الرَّقِيقِ

ذكر الشيخ في التنبيه هذا الباب عقب القراض لمشاركه له في اتحاد المقصود، وهو تحصيل الربح بالإذن في التصرف. وذكره الشافعي رضي الله تعالى عنه هنا وترجم له بمدابنة العبيد، وتبعه الرافعي ثم تبعهما المصنف. قال الإمام: تصرفات الرقيق ثلاثة أقسام: ما لا ينفذ وإن أذن فيه السيد كالولايات والشهادات، وما ينفذ بغير إذنه كالعبادات والطلاق والخلع، وما يتوقف على إذنه كالبيع والإجارة؛ وهذا هو مقصود الباب.

الْعَبْدُ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التَّجَارَةِ لَا يَبْصِحُ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ . وَيَسْتَرِدُّهُ الْبَائِعُ سِوَاءَ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوْ سَيِّدِهِ ، فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ ، أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ ، وَلَهُ مُطَابَلَةُ الْعَبْدِ بَعْدَ الْعِتْقِ ، وَأَقْتِرَاضُهُ كَثِيرَاتِهِ . وَإِنْ أذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ تَصَرَّفَ بِحَسَبِ الْإِذْنِ ، فَإِنْ أذِنَ فِي نَوْعٍ لَمْ يَتَجَاوِزْهُ .

وقد شرع المصنف في بيان ذلك فقال: (العبد) قال ابن حزم: لفظ العبد يشمل الأمة، فكأنه قال الرقيق الذي يصح تصرفه لنفسه لو كان حراً كما قاله الماوردي. (إن لم يؤذن له في التجارة لا يصح شراؤه بغير إذن سيده في الأصح) لأنه محجور عليه لحق سيده؛ والثاني: يصح لتعلق الثمن بالذمة ولا حجر لسيده فيها، ونسب هذا الماوردي إلى الجمهور، وقطع بعضهم بالأول. ولو كان لرجلين عبد فأذن له أحدهما في التجارة لم يصح حتى يأذن له الآخر كما لو أذن له في النكاح لا يصح حتى يأذن له الآخر. (و) على الأول (يستردّه) أي المبيع (البائع) أي له طلب رده، (سواء كان في يد العبد أو يد سيده) لأنه لم يخرج عن ملكه، ويسترد الثمن السيد إذاه الرقيق من ماله لما ذكر؛ ومؤنة الرد على من في يده العين كما مرّت الإشارة إليه في الباب السابق.

تنبيه: كان الأوّل أن يقول سواء أكان في يد العبد أم سيده، فحذف الهمزة؛ والإتيان بأول لغة قليلة.

(فإن تلف) المبيع (في يده) أي العبد، (تعلق الضمان بذمته) فيطالب به بعد العقد لثبوته برضا مالكة ولم يأذن فيه السيد، والضابط فيما يتلفه العبد أو يتلف تحت يده إن لزم بغير رضا مستحقه كإتلاف أو تلف بغصب تعلق الضمان برقبته ولا يتعلق بذمته في الأظهر وإن لزم برضا مستحقه كما في المعاملات، فإن كان بغير إذن السيد تعلق بذمته يتبع به بعد عتقه سواء أراه السيد في يد العبد فتركه أم لا أو بإذنه تعلق بذمته وكسبه ومال تجارته.

(أو) تلف (في يد السيد فللبائع تضمينه) أي السيد لوضع يده عليه؛ (وله) أي البائع، (مطالبة العبد) أيضاً (بعد العتق) لتعلقه بذمته لا قبله، لأنه معسر. ولو قبضه السيد وتلف في يد غيره كان للبائع مطالبة السيد أيضاً (واقتراضه) وكذا سائر عقود المعاوضات ما عدا النكاح؛ (كشراؤه) في جميع ما مرص. أما النكاح فلا يصح جزماً. وقول الزركشي وغيره: قد يستثنى من ذلك ما لو باع المأذون مع ماله فإنه لا يشترط تجديد إذن من المشتري على الأظهر في النهاية كما قاله ابن الرفعة؛ أي لأن علم المشتري بأن العبد مأذون له منزل منزلة إذنه في بيع المال الذي اشتراه مع؛ ضعيف، لأن بيع السيد الرقيق المأذون حجر له كما سيأتي، وسكوت السيد لا يكفي كما سيأتي أيضاً.

(وإن أذن له) سيده (في التجارة تصرف) بالإجماع كما نقله الرافعي؛ لأن المنع لحق السيد وقد زال، قال: وشرط في التنبيه أن يكون العبد بالغاً رشيداً، وهو معنى قول الماوردي المتقدم؛ ولا ينافي ذلك قول الأذرعى لم أجده في الحاوي في مظانه. وقوله: والعقل يبعد أن لا يصح إذنه لعبده الفاسق والمبذر، ممنوع إذ لا يزيد بالإذن على تصرف الحر. (بحسب الإذن) لأن تصرفه مستفاد من الإذن فاقصر على المأذون فيه، ولا يشترط قبول الرقيق. (فإن أذن) له (في نوع) كالثياب أو في وقت كشهر كذا أو في بلد (لم يتجاوزها) كالوكيل وعامل القراض. قال الإسنوي: وفهم من تعبيره بـ«إن» الشرطية أن تعيين النوع لا يشترط، لأنها تستعمل فيما يجوز أن يوجد وأن لا يوجد ولا تستعمل فيما لا بد منه إذا قال، والأمر كذلك اه. ويستفيد بالإذن في التجارة كل ما يندرج تحت اسمها وما كان من لوازمها وتوابعها، كالنشر والطّي وحمل المتاع إلى الحانوت وزد بعيب

وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ وَلَا يُوجَرُ نَفْسُهُ، وَلَا يَأْذُنُ لِعَبْدِهِ فِي تِجَارَةٍ، وَلَا يَتَصَدَّقُ وَلَا يُعَامِلُ سَيِّدَهُ وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ وَلَا يَصِيرُ مَأْذُونًا لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ، وَيَقْبَلُ إِقْرَارَهُ بِدَيُونِ الْمُعَامَلَةِ.

ومخاصمة نفي عهدة؛ والمراد المخاصمة الناشئة عن المعاملة، أما مخاصمة الغاصب والسارق ونحوهما فلا كما صرح به الرافعي في عامل القراض، وهذا مثله. فإن لم ينص على شيء تصرف بحسب المصلحة في كل الأنواع والأزمنة والبلدان. ولو أعطاه ألفاً وقال له: «اتجر فيه» فله أن يشتري بعين الألف ويقدره في ذمته ولا يزيد. فإن اشترى في ذمته ثم تلف الألف قبل تسليمه للبائع لم يفسخ عقده بل للبائع الخيار إن لم يوفه السيد، وإن اشترى بعينه انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل القبض. ولو قال له: «اجعله رأس مالك وتصرف واتجر» فله أن يشتري بأكثر من الألف، وله أن يأذن له في التجارة من غير إعطاء مال فيشتري بالإذن في الذمة ويبيع كالوكيل. ولا يحتاج في الإذن في الشراء في الذمة إلى تقييد بقدر معلوم؛ لأنه لا يثبت في ذمة السيد بخلاف الوكيل.

(وليس له) بالإذن في التجارة، (نكاح) لنفسه ولا لرقيق التجارة؛ لأن اسمها لا يتناولها. (ولا يوجر نفسه) بغير إذن سيده؛ لأنه لا يملك التصرف في رقبته فكذا في منفعتة، فإن أذن له جاز؛ وله أن يوجر مال التجارة أتيابها ورقيقها ودوابها. (ولا يأذن لعبده) أي الذي اشتراه للتجارة، (في تجارة) بغير إذن سيده لعدم الإذن له في ذلك، فإن أذن له فيه جاز، وينعزل الثاني بعزل السيد له وإن لم ينزعه من يد الأول وإضافة عبد التجارة إليه لتصرفه فيه. وهذا في التصرف العام، فإن أذن له في تصرف خاص كشراء ثوب جاز كما صححه الإمام وجزم به الغزالي وابن المقري، وإن كان في مقتضى كلام البغوي المنع؛ لأنه يصدر عن رأيه، وإنه لا غنى له عن ذلك، وفي منعه منه تضييق عليه.

(ولا يتصدق) ولو عبر بـ «يتبرع» كان أعم ليشمل الهبة والعارية وغيرهما، لأنه ليس من أهل التبرع. ولا يتخذ دعوة، وهي بثليث الدال كما قاله ابن مالك، وفتحها أشهر: الطعام المدعو إليه. ولا يتفق على نفسه من مال التجارة؛ وقول ابن الرفعة: لو غاب السيد فالوجه الجواز للعرف المطرد به، محمول على عدم وجدان حاكم يراجعه في ذلك. ولا يسافر بمال التجارة إلا بإذن السيد، ولا يبيع بدون ثمن المثل ولا نسيئة؛ قال المتولي: وله أن يشتري بالنسيئة بلا إذن.

(ولا يعامل سيده) ولا رقيقه المأذون له في التجارة ببيع وشراء وغيرهما؛ لأن تصرفه للسيد ويد رقيق السيد كالسيد بخلاف المكاتب. ولا يتمكن من عزل نفسه بخلاف الوكيل. ولا يشتري من يعتق على سيده، فإن أذن له صح الشراء وعتق إن لم يكن الرقيق مديوناً، وإلا ففيه التفصيل في إعتاق الراهن المرهون بين الموسر والمعسر كما جرى عليه ابن المبري تبعاً للإسنوي.

(ولا ينعزل بإيقاعه) قطعاً؛ لأنه معصية لا توجب الحجر. وله التصرف في البلد الذي أبق إليه على الصحيح إلا أن خص السيد الإذن ببلده، فإن عاد إلى الطاعة تصرف جزماً. ولو أذن لأمتيه في التجارة ثم استولدها لم تنعزل لبقائها على ملكه واستحقاقه منافعتها. (ولا يصير) الرقيق (مأذوناً له بسكوت سيده على تصرفه) لأن ما الإذن فيه شرط لا يكفي فيه السكوت، كبيع مال غيره وهو ساكت. (ويقبل إقراره بديون المعاملة) ولو لأصله وفرعه لقدرة على الإنشاء؛ وهذه المسألة أعادها المصنف في باب الإقرار والكلام عليها هناك أنسب. ولو أحاطت به الديون فأقر بشيء أنه استعاره قبل منه، وقيل: لا؛ ذكره شريح في روضه.

وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّى يَعْلَمَ الْإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ شُيُوعِ بَيْنِ النَّاسِ؛ وَفِي الشُّيُوعِ وَجْهٌ. وَلَا يَكْفِي قَوْلُ الْعَبْدِ، فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبِضَ الثَّمَنَ فَتَلَفَ فِي يَدِهِ فَخَرَجَتْ السَّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِبَدْلِهَا عَلَى الْعَبْدِ.

فروع: لو باع السيد العبد المأذون له أو أعتقه صار محجوراً عليه؛ لأن إذنه له استخدام لا توكيل، وقد خرج عن أهليته. وفي معنى ذلك ما يزيل الملك كهبة ووقف؛ وفي كتابته وجهان، أو جههما وجزم به في الأنوار أنها حجر، وإجارته كما بحثه شيخنا كذلك. وتحل ديونه المؤجلة عليه بموته كما تحل الديون التي على الحر بموته، وتؤدى من الأموال التي كانت بيده.

(ومن عرف رِقَّ عبد لم يعامله) أي لم تجز له معاملته حفظاً لما له؛ (حتى يعلم الإذن) له (بسماع سيده أو بيئته أو شيوخ بين الناس) لأن الأصل عدم الإذن. والمراد بالعلم غلبة الظن، لأن البيئته والشيوخ لا يفيدان إلا الظن. قال السبكي: وينبغي جوازه بخبر عدل واحد لحصول الظن به وإن لم يكف عند الحاكم، إلحاقاً له بالشفعة وكما يكفي سماعه من السيد والشيوخ. وتبعه الأذرعى، ثم قال: ويكفي خبر من يثق به من عبد وامرأة، بل يظهر أنه أولى من شيوخ لا يعرف أصله. وذكر نحوه الزركشي، قال: وهل المراد بالبيئته ما يقام عند الحاكم أو إخبار عدلين له؟ الظاهر الثاني. وهذه الأبحاث كلها ظاهرة، لأن المقصود أن يغلب على الظن إذن السيد.

(وفي الشيوخ وجه) أنه لا يكفي؛ لأن الحجر محقق والزوال مشكوك فيه لأنه قد ينشأ من غير أصل، فإن لم يعرف رِقَّهُ ولا حرّيته جاز له معاملته، لأن الأصل والغالب في الناس الحرية.

(ولا يكفي قول العبد) أنا مأذون لي لأنه منهم. فلو عامله فبان مأذوناً له صحّ، كمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً، ومثله عامل من أنكرت وكالته أو من عُرف سفهه ثم تبين أنه في الأولى وكيل وفي الثانية رشيد. ولو قال المأذون له: «حجر عليّ سيدي» لم تصح معاملته وإن كذبه سيده، لأن العقد باطل بزعم العاقد فلا يعامل بقول غيره، وتكذيب الإذن لا يستلزم الإذن له، كما لو قال ابتداء «لا أمنعك من التصرف» لا يستلزم ذلك؛ لأن عدم المنع أعم من الإذن. نعم لو قال: «كنت أذنت له وأنا باقي عليه» جازت معاملته وإن أنكروا الرقيق ذلك كما ذكره الزركشي. ويؤخذ منه أن محل منع معاملته فيما إذا كذبه السيد أن يكون المعامل له سمع الإذن من غير السيد وإلا جازت معاملته، قال شيخنا: بل ينبغي أن يقال حيث ظن كذب العبد جازت معاملته، ثم إن تبين خلافه بطلت وإلا فلا. وهو حسن. ولمن علمه مأذوناً له وعامله أن لا يسلم إليه العوض حتى يقيم بيئته بالإذن خوفاً من خط إنكار السيد، وينبغي كما قال الزركشي تصويرها بما إذا علم الإذن بغير البيئته وإلا فليس له الامتناع لزوال المحذور، والأصل دوام الإذن.

تنبيه: كان الأولى للمصنف أن يقول: ومن عرف رِقَّ شخص؛ لأن العبد معلوم الرق.

(فإن باع مأذون له) شيئاً (وقبض الثمن فتلف في يده فخرجت السلعة مستحقة رجع المشتري ببديها) أي بدل ثمنها، فهو حذف مضاف فليس سهو كما قيل، وفي الروضة وأصلها والمحرز وبعض نسخ المنهاج: «ببدله»، أي الثمن، وهو أوضح. (على العبد) ولو بعد العتق، لأنه المباشر للعقد فتعلق به العهدة، كعامل المضاربة والوكيل فإن لرب الدين مطالبتهما ولو بعد العزل سواء دفع لهما رب المال الثمن أم لا، وإذا غرما رجع؛ بخلاف العبد إذا غرم بعد عتقه لا يرجع على سيده على الأصح في الروضة، لأن ما غرمه مستحق

وَلَهُ مُطَابَّةُ السَّيِّدِ أَيْضاً، وَقِيلَ: لَا، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءً فَلَا. وَلَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَبِي يَدِ مُطَابَّةِ السَّيِّدِ بِمَنْهَا هَذَا الْخِلَافُ، وَلَا يَتَعَلَّقُ ذَيْنَ التَّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ، وَلَا بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ بَلْ يُؤَدَّى مِنْ مَالِ التَّجَارَةِ، وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِاصْطِيَادٍ وَنَحْوِهِ فِي الْأَصَحِّ. وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ.

بالتصرف السابق على عتقه وتقدُّم السبب كتقدُّم المسبب فالمغروم بعد العتق كالمغروم قبله، وهكذا كما لو أعتق السيد عبده الذي أجره في أثناء مدة الإجارة لا يرجع عليه بأجرة مثله للمدة التي بعد العتق.

(وله) أي المشتري، (مطالبة) السيد به (أيضاً) لأن العقد له، فكأنه البائع والقباض للثمن. (وقيل لا) يطالبه، لأنه بالإذن قد أعطاه استقلالاً وقصر طمع الذي يعامله على ما في يده وذمته. (وقيل: إن كان في يد العبد وفاء فلا) يطالبه لحصول الغرض بما في يده، وإلا فيطالب.

(ولو اشترى) المأذون (سلعة ففي مطالبة السيد بتمنيتها هذا الخلاف) بتعليقه؛ (ولا يتعلق دين التجارة برقبته) لأنه ثبت برضا مستحقه كالصداق، ولا بمهر الأمة المأذونة؛ لأنه بدل بضعها وهو لا يتعلق به الديون فكذا بدله. ولا تتعلق أيضاً بسائر أموال السيد كأولاد المأذون. (ولا بذمة سيده) وإن أعتقه أو باعه؛ لأنه وجب بمعاوضة مقصودة أذن فيها السيد فيكون متعلقاً بالكسب كالنفقة في النكاح. فإن قيل: ما ذكر مخالف لقوله قبل ذلك بنحو سطر أن السيد يطالب ببديل الثمن التالف في يد العبد، ويضمن السلعة التي اشتراها أيضاً، وقد وقع الموضوعان كذلك في الشرح والمحرر والروضة، وقال السبكي: سبب هذا التناقض أن المذكور أولاً هو طريقة الإمام، وقال في البسيط: إنها ظاهر المذهب، وأشار في المطلب إلى تضعيفها؛ وثانياً: هو طريقة الأكثرين من العراقيين والخراسانيين، ونصَّ الأم يشهد له، فجمع الراجح بينهما فلزم منه ما لزم وتبعه الإسنوي والأذرعى على ذلك. أوجب بأنه لا يلزم من المطالبة بشيء ثبوته في الذمة، بدليل مطالبة القريب بنفقة قريبه والموسر بنفقة المضطر واللقيط إذا لم يكن له مال؛ والمراد أنه يطالب ليؤدي مما في يد العبد لا من غيره ولو مما كسبه العبد بعد الحجر عليه وصارت كالوارث في التركة يطالب بالوفاء بقدرها فقط، وفائدة مطالبة السيد بذلك إذا لم يكن في يد العبد مال احتمال أنه يؤديه، لأن له به علقه في الجملة وإن لم يلزم ذمته، فإن آذاه برئت ذمة العبد وإلا فلا.

(بل يؤدي من مال التجارة) أصلاً وربحاً؛ لاقتضاء العرف والإذن ذلك. (وكذا من كسبه) الحاصل قبل الحجر عليه، (بالاصطياد ونحوه) كالاتطاب (في الأصح) لتعلقه به كما يتعلق به المهر ومؤون النكاح. والثاني: لا، كسائر أموال السيد. وعلى الأول إن بقي بعد الأداء شيء من الدين يكون في ذمة الرقيق إلى أن يعتق فيطالب به، أما كسبُه بعد الحجر فلا يتعلق به في الأصح في أصل الروضة لانقطاع حكم التجارة بالحجر.

(ولا يملك العبد بتملك سيده في الأظهر) الجديد؛ لأنه ليس أهلاً للملك لأنه مملوك فأشبهه البهيمة. والثاني، وهو القديم: يملك، لقوله ﷺ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ»^(١) رواه الشيخان؛ دلَّ إضافة المال إليه على أنه يملك. وأجاب الأول بأن إضافته فيه للاختصاص لا للملك، إذ لو كانت للملك لنافاه جعلُه لسَيِّدِهِ وعلى القول بالملك هو ملك ضعيف يملك السيد انتزاعه منه ولا تجب فيه الزكاة، وليس للعبد التصرف فيه إلا بإذن السيد. واحترز بقوله: «بتملك سيده» عن الأجنبي، فإنه لا يملك بتملكه

(١) أخرجه البخاري في كتاب: المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب... (الحديث: ٢٣٧٩) وأخرجه مسلم في كتاب:

اليوع، باب: من باع نخلاً عليها ثمر (الحديث: ٣٨٨٢).

جزماً؛ قاله الرافعي في الوقف في الكلام على الموقوف عليه، وفي الظهار، وفي تكفير العبد بالصوم، وأجرى فيه الخلاف الماوردي والقاضي. والمدبر والمعلق عتقهُ بصفة وأم الولد كالتقن فلا يملكون شيئاً بخلاف المبعوض والمكاتب. ولو ملك المبعوض ببعضه الحرّ مالا فاشتري به جارية ملكها ولم يحلّ له وطؤها ولو بإذن سيده؛ لأن بعضه مملوك، والوطء يقع بجميع بدنه لا ببعضه الحر فقط، وليس للمكاتب وطء أمته ولو بالإذن لضعف ملكه وللخوف من هلاك الأمة بالطلاق.

خاتمة: لو قبل الرقيق ولو سفيهاً هبةً أو وصيةً بلا إذن صحّ وإن نهاء سيده على القبول؛ لأنه اكتساب لا يعقب عوضاً كالاختطاب، ودخل ذلك في ملك السيد قهراً؛ نعم إن كان الموهوب أو الموصى به أصلاً للسيد أو فرعاً له تجب عليه نفقته حال القبول لنحو زمانة أو صغر لم يصح القبول، ونظيره قبول الولي لموليه ذلك.