

[1]

(الجزء الثالث عشر من) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي وكتب
ظاهر الرواية أتت * سنا وبالاصول أيضا سميت صنعها محمد الشيباني *
حرر فيها المذهب النعماني الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير
والصغير ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط ويجمع
الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي أقوى شروحه الذي
كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي (تنبيه) قد باشر جمع من
حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة
من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان دار المعرفة بيروت - لبنان

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم (باب البيوع الفاسدة) قال (وإذا اشترى الرجل
عدل زطى أو جراب هروى على أن فيه خمسين ثوبا بألف درهم فوجد فيه
تسعة وأربعين ثوبا أو أحدا وخمسين ثوبا فالبيع فاسد) لانه ان وجده أكثر
فانما يدخل في البيع العددي المسمى من الثياب وذلك خمسون وهو
مجهول لانه وجب على المشتري رد هذه الزيادة وهذه الزيادة مجهولة
فيصير الباقي مجهولا وفي مثله لا يجوز البيع مع الجهالة ألا ترى أنه لو
اشترى مما في العدل خمسين ثوبا لا يجوز لانها تتفاوت في المالية
فالمشتري يطالب بخيار العدل والبائع يعطيه شرار العدل وكل جهالة
تفضي إلى المنازعة فهي مفسدة للعقد فان وجده أقل يفسد العقد
لجهالة الثمن لان المسمى من الثمن بمقابلة خمسين ثوبا فيقسم ذلك
على قيمة الموجود والمعدوم ولا يدرى صفة المعدوم أنه كيف كان جيدا أو
وسطا أو رديئا وباختلافه تختلف حصة الموجود فيفسد العقد في الموجود
لجهالة الثمن فالبيع بالحصص لا ينعقد صحيحا ابتداء فان كان سمي لكل ثوب
عشرة دراهم فوجده أحدا وخمسين ثوبا كان فاسدا أيضا لان العاقد يتناول
خمسين ثوبا فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع
مجهولا أيضا وان وجده تسعة وأربعين ثوبا وقد قبض أو لم يقبض كان البيع
جائزا لان الموجود معلوم والمسمى بمقابلة الموجود من الثمن معلوم
فيجوز البيع وينتخير المشتري لتفرق الصفقة عليه بنقصان ثوب مما سمي
وله في عدد الخمسين مقصود لا يحصل ذلك بما دونه فيتخير ان شاء أخذ
كل ثوب بما سمي وان شاء ترك وأكثر مشائخنا رحمهم يقولون بان هذا
الجواب قولهما اما عند أبي حنيفة العقد فاسد كله لانه فسد بعضه بفساد
قوى إذ لاسبب لبطلان البيع أقوى من عدم المعقود عليه واستدلو عليه بما
ذكر في الزيادات ولو اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل واحد منهما
بثمن مسمى فوجد أحدهما مرويا فالعقد كله فاسد في قول أبي حنيفة
رحمه الله فإذا كان في الموضع الذي كان أحد الثوبين بخلاف جنس ما
سمى

يفسد العقد كله ففي الموضع الذي لم يجد أحد ما سمي أصلا أولى أن يفسد العقد كله وهما في المعنى سواء لان بطلان العقد عند اختلاف الجنس لانه عدم الجنس الذي سمي وقد تعلق العقد به كذا هنا (قال) رضي الله عنه والاصح عندي أن هذا قولهم جميعا لان أبا حنيفة رحمه الله في نظائره هذه المسألة أنما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا لقبوله في الآخر وهذا لا يوجد هنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم وانما قصد إيراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد بخلاف مسألة الزيادات فان هناك جعل قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرطا في قبوله في الآخر وهو شرط فاسد وهكذا الجواب في كل عددي يتفاوت نحو ما إذا اشترى قطيعا من الغنم على أنها خمسون فوجده أزيد فالجواب على التقسيم الذي ذكرنا وفي المكيلات إذا اشترى صبرة من حنطة على أنها خمسون فانه يجوز العقد سواء سمي ثمن كل واحد من القفران أولم يسم لان القفران مما لا تتفاوت في نفسها فكانت حصة كل قفيز من الثمن معلومة * وكذلك * الوزينات * وكذلك * في العدديات المتقاربة نحو ما إذا اشترى عدل جوز على أنه خمسة آلاف فإذا هي أنقص أو أزيد فانه يجوز العقد لما ذكرنا وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدين صفقة واحدة بألف درهم فإذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما فكذا إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فظاهر لان الحر لا يدخل في العقد لان دخول الشيء في العقد بصفة المالية والتقوم وذلك لا يوجد في الحر فلو جاز العقد في العبد انما يجوز بالحصة والبيع بالحصة لا ينعقد ابتداء على الصحة لمعنى الجهالة كما لو قال اشتريت منك هذا العبد بما يخصه من الالف إذا قسم على قيمته وقيمة هذا العبد الآخر لجهالة الثمن كذلك هنا فان كان سمي لكل واحد منهما ثمنا بان قال اشتريتهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة فكذلك الجواب عند أبي حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله العقد جائز في العبد بما سمي بمقابلته من الثمن * وكذلك * لو اشترى شاتين مسلوختين فإذا أحدهما ميتة أو ذبيحة مجوسي أو ذبيحة مسلم ترك التسمية عليها عمدا فان ذلك والميتة سواء عندنا (والجواب) على التفصيل الذي قلنا * وكذلك * إذا اشترى دينين من خل فإذا أحدهما خمر وهذا الجنس نظير ما سبق إذا أسلم كر حنطة في شعير وزيت فطريقهما أن الفساد يقتصر على ما وجدت فيه العلة المفسدة وعند تسمية الثمن لكل واحد منهما قد انعدمت العلة المفسدة فيما هو مال متقوم منهما

وهذا لان أحدهما ينفصل عن الآخر في البيع ابتداء وبفاء فوجود المفسد في أحدهما لا يؤثر في العقد على الآخر لان تأثيره في العقد على الآخر إما باعتبار التبعية وأحدهما ليس بتبع للآخر أو باعتبار أنهما كشيء واحد وليس كذلك فكل واحد منهما ينفصل عن الآخر في العقد ألا ترى انه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر وذلك فيما إذا كان كل واحد منها عبدا وانما يشترط قبول العقد في أحدهما لقبول العقد في الآخر إذا صح

الايجاب فيهما حتى لا يكون المشتري ملحقا بالضرر بالبائع في قبول العقد في أحدهما دون الآخر وذلك بنعدم إذا لم يصح الايجاب في أحدهما وصار هذا كما لو اشترى عبدا أو مكاتبا أو مديرا فالبيع يفسد في المدير ويبقى العقد على العبد صحيحا * كذلك * هنا وأبو حنيفة يقول البائع لما جمع بينهما في الايجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر واشترط قبول العقد في الحر في بيع العبد شرط فاسد والبيع يبطل بالشرط الفاسد (وقولهما) أن هذا عند صحة الايجاب (قلنا) عند صحة الايجاب فيما يكون هذا شرطا صحيحا ونحن انما ندعى الشرط الفاسد وذلك عند فساد الايجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه لا اعتبار وجود المحلية فيهما وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف في فصل من هذا الجنس إلى قول أبي حنيفة وهو مسألة الطوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا في الصرف فاستدلوا برجوعه في تلك المسألة على رجوعه في جميع هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح فإذا اشترى عبيدين فإذا أحدهما مدير أو مكاتب أو اشترى جاريتهن فإذا أحدهما أم ولد جاز البيع في الآخر سواء سمي لكل واحد منهما ثمنا أو لم يسم وعند زفر لا يجوز لان الايجاب في المدير والمكاتب وأم الولد فاسد لما ثبت لهم من حق العتق وقد جعل ذلك شرطا لقبول العقد في الفرق بينهما فيفسد العقد كما في مسألة الحر وجه قولهما ان كل واحد منهما دخل في العقد لان دخول الأدمى في العقد باعتبار الرق والتقوم وذلك موجود فيهما ثم استحق أحدهما نفسه فكان بمنزلة ما لو استحقه غيره بان باع عبيدين فاستحق أحدهما فهناك البيع جائز في الآخر سواء سمي لكل واحد منهما ثمنا أو لم يسم يوضحه أن البيع في المدير ليس بفاسد على الإطلاق بدليل جواز بيع المدير من نفسه فانه إذا باع نفس المدير من نفسه يجوز وبدليل أن القاضي إذا قضى بجواز بيع المدير ينفذ قضاؤه وكذلك المكاتب فان يبعه من نفسه جائز ولو باعه

[5]

من غيره برضاه جاز في أصح الروايتين والذي روى في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله بخلاف هذا غير معتمد عليه وكذلك بيع أم الولد من نفسها جائز ولو قضى القاضي بجواز بيعها نفذ قضاؤه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولم ينفذ عند محمد لان عنده اجماع التابعين رحمهما الله على فساد بيعها برفع الخلاف الذي كان في عهد الصحابة رضوان الله عليهم فان هذه المسألة كان مختلفا فيها في الصدر الاول فكان عمر رضى الله عنه يقول بأن بيع أم الولد لا يجوز وعلي رضى الله عنه كان يقول بانه يجوز ثم من بعدهم من السلف رحمهم الله اتفقوا على أن بيع أم الولد لا يجوز والحاصل أن الاجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يرفع وعند محمد يرفع وقضاء القاضي بخلاف الاجماع لا ينفذ وعندهما ليس لاجماع التابعين رحمهم الله من القوة ما يرفع الخلاف الذي كان بين الصحابة رضوان الله عليهم فكان هذا قضاء في فصل مجتهد فيه فإذا ثبت أن المحل قابل للبيع حتى نفذ قضاء القاضي فيه وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله عرفنا انه دخل في العقد ثم خرج فصار كما لو خرج بالهلاك قبل القبض فيبقى العقد صحيحا في الآخر حتى إذا كان قبضهما لزم البيع في القرن بخصه من الثمن وكذلك ان كان عالما بذلك وقت البيع وان لم يكن عالما به وقت البيع ولكن علم بذلك بعد القبض كان له أن يرد القرن منهما

لتفرق الصفقة قبل التمام فان خيار تفرق الصفقة بمنزلة خيار العيب فانما يثبت إذا لم يكن معلوما له وإذا نظر إلى ابل أو غنم أو إلى رقيق أو إلى عدل زطي أو جراب هروى فقال قد أخذت كل واحد من هذا بكذا ولم يسم جماعتها فالعقد فاسد عند أبي حنيفة في الكل وعندهما جائز في الكل وهذا لأن الاصل عند أبي حنيفة أنه متى أضاف كلمة كل إلى ما لا يعلم منتهاه فانما يتناول أدناه وهو الواحد كما لو قال لفلان على كل درهم يلزمه درهم واحد. قال (وإذا أجر داره كل شهر لزم العقد في شهر واحد) عند أبي حنيفة فإذا اشترى صبرة من حنطة كل قفيز بدرهم عند أبي حنيفة يجوز العقد في قفيز واحد وعندهما يجوز في الكل وإذا كفل بنفقة امرأة عن زوجها كل شهر فانما يلزمه ذلك في شهر واحد عند أبي حنيفة وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالإشارة إليه فأما فيما يعلم جملته بالإشارة فالعقد يتناول الكل كما لو كان معلوم الجملة بالتسمية لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية إذا عرفنا هذا فنقول هنا الجملة معلومة بالإشارة فيجوز العقد في الكل عندهما ولا جهالة في ثمن كل واحد

[6]

منهما والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي إلى المنازعة فانها ترفع بعد المشار إليه وعند أبي حنيفة لما لم يكن العدد معلوما عند العقد فانما يتناول العقد واحدا من الجملة وبيع شاة من القطيع لا يجوز لأنها متفاوتة وإذا كانت العبرة للإشارة فثمن جميع ما أشار إليه مجهول عند العقد و جهالة مقدار الثمن تمنع صحة العقد وما هو شرط العقد إذا انعدم عند العقد يفسد العقد ولا يمكن اعتبار إيجابه في الثاني كشرط الشهود في النكاح وعلى هذا لو باع صبرة حنطة كل قفيز منها بدرهم ولم يسم عدد الجملة إلا أن أبا حنيفة (قال) هناك العقد جائز في قفيز واحد فانه إذا اشترى قفيزا من الصبرة جاز بالاجماع فان القفران لا تتفاوت بخلاف الغنم فان علم مبلغ الجملة بعد الافتراق لا ينقلب العقد جائزا لأن المفسد قد تقرر بالافتراق عن المحس قبل ازالته وان كان ذلك قبل أن يفترقا كان العقد استحسانا لأن حالة المجلس جعلت كحالة العقد ولكن يتخير المشتري لتكشف الحالة له الآن فان شاء أخذ الكل بجميع الثمن وان شاء تركه لأن مقدار ما يلزمه من الثمن انما يصير معلوما له الآن فيتخير لاجله وكذلك لو اشترى دارا كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذراعان فهو علي هذا الخلاف فعند أبي حنيفة العقد يفسد في الكل لأن قيمة الذراعان متفاوت في مقدم الدار ومؤخرها فلا يمكن تصحيح العقد في ذراع منها وكذلك الثوب والخشب ولو اشترى ذراعا من عشرة أذرع من هذه الدار عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز العقد لأن ما سمي عبارة عن عشر الدار بمنزلة قوله سهم من عشرة أسهم أو جزء من عشرة أجزاء وعند أبي حنيفة لا يجوز لأن الذراع اسم لموضع معلوم يقع عليه الذراع وذلك يتفاوت موضعه من الدار بخلاف السهم والجزء وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا اشترى ذراعا من هذه الدار بكذا يجوز العقد وان لم يقل من كذا ذراعا ثم يذرع الدار فان كانت عشرة أذرع فله العشر بخلاف ما لو اشترى سهما من الدار ولم يقل من كذا سهما لأن تلك الجهالة لا يمكن ازالتهما فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة أسهم العشر وفي الذراع يمكن ازالة الجهالة بأن يذرع جميع الدار فيصير الجزء المسمى في العقد معلوما به وإذا اشترى غنما أو بقرا أو عدل زطي كل اثنين منها بعشرة فهو باطل لأن ثمن كل واحد غير معلوم فانه يضم إلى كل واحد آخر

فيقسم العشر على قيمتهما ولا يعرف كيفية الضم أنه بضم الجيد إلى الجيد أو الرديئ إلى الرديئ أو إلى الوسط فيبقى ثمن كل واحد مجهولا وهذه الجهالة تفضى إلى المنازعة فإنه إذا وجد بثوب عيبا بعد القبض

[7]

يرد المعيب خاصة وتتمكن المنازعة بينهما في ثمنه وكذلك إذا هلك أحدهما قبل القبض واستحق أو تقايلا العقد في ثوب واحد فعرفنا أن هذه الجهالة تفضى إلى المنازعة فيفسد العقد بها وإذا اشترى عدل طى بقيمته فالبيع فاسد لجهالة الثمن عند العقد والقيمة ما تظهر عند تقويم المقومين وذلك مجهول عند العقد ويختلف المقومون في التقويم أيضا ثم ماسميا تفسير العقد الفاسد لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد مضمون بالقيمة فقد نصا على ما هو حكم العقد الفاسد وكذلك ان قال بحكمه لان ما يحكم به مجهول الجنس والقدر والصفة ويتمكن بسببه منازعة وله أن يرجع عن تفويض الحكم إليه وان لم يرجع حتى مات أحدهما بطل ماله من الحكم وبقي الثمن مجهولا * وكذلك * لو قال بألف درهم ويحلف يمينه فالبيع فاسد (قيل) معنى هذا ان المشتري كان ساومه بألف فحلف البائع أن لا يبيعه بألف فاشتراه بألف وزيادة بقدر ما يبر به البائع في يمينه وتلك الزيادة مجهولة الجنس والقدر والصفة وقيل بل معناه أن البائع كان حنث في يمينه وكان تهمة تكفرة فاشتراه منه بألف وما يكفر به البائع يمينه وهذا أيضا مجهول لان التكفير يكون بالاعتاق تارة وبالكسوة أخرى وبالاطعام تارة وضم المجهول إلى المعلوم يوجب جهالة الكل وجهالة الثمن مفسدة للبيع وإذا اشتراه بألف درهم الا ديناراً أو بمائة دينار الا درهما أو بألف درهم الا قفيز حنطة أو الا شاة فالبيع فاسد لان المستثنى إذا كان من غير جنس المستثنى منه فانما يستثنى من المستثنى بالقيمة وطريق معرفة القيمة الحرز والظن فلا يتيقن به وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه يوضحه أن الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء وما وراء المستثنى من الالف مجهول فالبيع بالثمن المجهول فاسد وان (قال) قد أخذته منك بمثل ما يبيعه الناس كان فاسدا أيضا لان المستثنى مجهول الجنس والقدر والصفة والناس في المبايعه يتفاوتون فمن بين مسامح ومستعصى وإذا فسد البيع فان قبضه وهلك عنده فعليه مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد بمنزلة المغصوب أو المقبوض على سوم الشراء في حكم الضمان ولو قال أخذته منك بمثل ما أخذ به فلان من الثمن فان كان ذلك معلوما عندهما وقت العقد فهو جائز والا كان العقد فاسدا فان علم ذلك قبل أن يتفرقا جاز العقد ويتخير المشتري لان حالة المجلس كحالة العقد ولكن انما يكشف الحال للمشتري إذا علم مقدار ما أخذ به فلان رضاه به قبل ذلك لا يكون تاما فلهذا يتخير بين الاخذ والترك وإذا عقد

[8]

العقد على انه إلى أجل كذا بكذا وبالنقد بكذا أو (قال) إلى شهر بكذا أو الي شهرين بكذا فهو فاسد لانه لم يعاطه على ثمن معلوم ولنهى النبي صلى

الله عليه وسلم عن شرطين في بيع وهذا هو تفسير الشرطين في بيع ومطلق النهى يوجب الفساد في القعود الشرعية وهذا إذا اختلفا على هذا فان كان يتراضيان بينهما ولم يتفرقا حتى قاطعه على ثمن معلوم وأما العقد عليه فهو جائز لانهما ما اختلفا الا بعد تمام شرط صحة العقد. قال (ومن اشترى شيئا فلا يجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه ولا يوليه أحدا ولا يشرك فيه) لان التولية تمليك ماملك بمثل ما ملك والاشراك تمليك نصفه بمثل ماملك به والكلام في بيع المبيع قبل القبض في فصول أحدها في الطعام فانه ليس لمشتري الطعام أن يبيعه قبل أن يقبضه لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض وكذلك ما سوى الطعام من المنقولات لا يجوز بيعه قبل القبض عندنا (وقال) مالك رضي الله عنه يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالذكر عند النهى فذلك دليل على أن الحكم فيما عداه بخلافه والا فليس لهذا التخصيص فائدة وحثنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما لم يقبض (وقال) صلى الله عليه وسلم لغيث بن أسد حين وجهه إلى مكة قاضيا وأميرا سر إلى أهل بيت الله وانهم عن بيع ما لم يقبضوا وكلمة ما للتعميم فيما لا يعقل ثم تخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه قال الله تعالى (فلا تظلموا فيهن أنفسكم) وذلك لا يدل على أنه يجوز ذلك في غير الأشهر الحرم كيف وراوي هذا الحديث ابن عباس رضي الله عنهما (وقال) بعد روايته وأحسب كل شيء مثله والكلام في هذه المسألة ينبنى على أصل وهو أن عند مالك فيما سوى الطعام البيع لا يبطل بهلاك المعقود عليه قبل القبض وعندنا يبطل لغوات القبض المستحق بالعقد كما في الطعام فلتوهم الغرر في الملك المطلق للتصرف (قلنا) لا يجوز تصرفه قبل القبض أو لعجزه عن التسليم بحسب البائع إياه لحقه والاجارة في ذلك كله كالبيع وأما الهبة والصدقة في المبيع قبل القبض لا يجوز عند أبي يوسف (وقال) محمد رحمه الله كل تصرف لا يتم الا بالقبض فذلك جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فيقبضه لان تمام العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائد عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه ملزم بنفسه وقاس بهية الدين من غير من عليه الدين فانه يجوز إذا سلطه على قبضه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع أسرع نقادا من الهبة بدليل أن الشيوخ فيما يقسم

[9]

يمنع تمام الهبة دون البيع ثم بيع المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لعين مالكة في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى لان الهبة في استدعاء الملك أقوى من البيع حتى يجوز البيع من المأذون والمكاتب دون الهبة ثم المبيع قبل القبض ليس محل التمليك من غيره ألا ترى أنه لا ينقذ البيع فيه وان أجازه البائع فكان هذا بمنزلة عين مملولة أيضا كالصيد في الهواء وذلك لا يجوز ايجاب البيع والهبة فيه فهذا مثله وأما بيع العقار قبل القبض يجوز في (قول) أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله ولا يجوز في قوله الاول وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله لعموم النهى عن بيع ما لم يقبض ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وبيع العقار قبل القبض بأكثر مما اشترى فيه ربح ما لم يضمن والمعنى فيه انه باع المبيع قبل القبض فلا يجوز كما في المنقول وتأثيره أن ملك التصرف يستفاد بالقبض كما أن ملك العين يستفاد بالعقد ثم العقار والمنقول سواء فيما يملك به العين وهو العقد فكذلك فيما يملك به التصرف أو لان السبب وهو البيع لا يتم الا بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل

القبض كالموجود وقت العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقد العقار والمنقول سواء بوضحه أن قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والعقار في هذا كالمقول حتى إذا استحق أو تصور هلاكه فهلك سقط الثمن ولان القدرة على التسليم شرط لجواز البيع في العقار والمنقول جيمعا وذلك بيده أو بيد نائبه ويد البائع الاول ليست بنائبة عن يده فلا تثبت قدرته على التسليم باعتبارها وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بيع العقار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض وانما (قلنا) ذلك لان المطلق للتصرف الملك دون اليد ألا ترى انه لو باع ملكه وهو في يد مودع أو غاصب وهو مقر له بالملك كان البيع جائزا الا أنه إذا بقى في الملك المطلق للتصرف غرر يمكن الاحتراز عنه فذلك يمنع جواز التصرف لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي المنقول قبل القبض في الملك غرر لان بهلاكه ينتقص البيع ويبطل ملك المشتري فإذا قبضه انتفى هذا الغرر ولا يبقى الا معنى الغرر بظهور الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه وفي العقار قبل القبض ليس في ملكه الا غرر الاستحقاق لانه لا يتصور هلاكه وانفساخ البيع به وانتفاء الغرر لعدم تصور سببه أصلا يكون أبلغ من انتفاء الغرر إذا تصور سببه ولم يعمل وانما يتصور الغرر فيه من حيث الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه والدليل عليه ان

[10]

التصرف في الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر في الملك وكذلك التصرف في المهر قبل القبض يجوز عندنا لانعدام الغرر في الملك فان بالهلاك لا يبطل ملكها ولكن على الزوج قيمته لها وأصحاب الشافعي يختلفون في ذلك فمنهم من يقول التسمية تبطل بهلاك الصداق قبل القبض فعلى هذا يقولون لا يجوز التصرف لبقاء الغرر في الملك ومنهم من يقول لا تبطل التسمية وعلى الزوج القيمة وعلى هذا يقولون يجوز التصرف في الصداق قبل القبض فعرفنا ان الاصل ما قلنا والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزويج وبه يتبين فساد قولهم ان تأكد المالك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء ذلك تام في المحل فوق البيع ثم يجوز في المبيع قبل القبض وما يقولون من انه يدخل في ضمان المشتري بالقبض قلنا بشرط ثبوت الملك بالتصرف في المحل أصل الملك دون الضمان بدليل جواز التصرف في الموهوب بعد القبض وكذلك القدرة على التسليم كما يثبت بيد غيره إذا لم يمنعه والحديث عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول بدليل ما قلنا والدليل عليه ان حق الشفعة يثبت للشفيع قبل القبض والشفيع يملك ببطل فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببطل لما ثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض الا ان حق الشفعين مقدم على حق المشتري فلا يمكن أن يجعل قائما مقامه فهذا يبطل بأخذه ملك المشتري ويكون عهدته على البائع بخلاف المشتري الثاني يوضحه ان المبيع في مكانه الذي يقبضه فيه يتعين فيجوز تصرفه فيه كما بعد قبضه بالتخية وبخلاف المنقول فانه لا يدري في أي مكان يقبضه ما لم يقبضه ولا يدخل على شئ لما ذكرنا ان التصرف في المسلم فيه قبل القبض لانا بما قررنا أثبتنا الملك المطلق للتصرف دون سائر الشروط فمن الشرائط في المبيع العينية وجواز السلم رخصة بخلاف القياس ومن الشرائط الكيل فيما اشتراه مكايلة فلا يجوز التصرف فيه قبل أن يكيله وان كان قبضه.

قال (رجل باع عبداً أبقاً فهو باطل) لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع العبد الأبق ولأنه عاجز عن تسليمه والمالية في الأبق ثاوية فهو كالمعدوم حقيقة في المنع من البيع حتى أنه وإن عاد من إبقائه لا يتم ذلك العقد لأنه لم يصادف محله بمنزلة مالو باع الطير في الهواء ثم أخذه إلا رواية عن محمد فإنه يقول الملك والمالية بعد الأبق باق حقيقة والمانع كان هو العجز عن التسليم فإذا زال صار كأن لم يكن

[11]

كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل الخصومة. قال (ولو باع جارية كان قد اعتق ما في بطنها أو باعها واستثنى ما في بطنها فهذا فاسد لا يجوز) وقد بينا هذا الفصل في كتاب الهبة. قال (ولو باع عبداً معصوباً فالبيع موقوف فان جرده الغاصب ولم يكن للمعصوب منه بينة لم يجر البيع) لأنه عقد غير مقدور التسليم للعاقدة ولأن الملك تأوى في حقه وجواز بيعه باعتبار الملك. قال (وإن أقر به فان سلمه إليه تم البيع) لأن ملكه قائم في المحل بأقرار الغاصب والقدرة على التسليم ثابتة حين سلمه الغاصب فان لم يسلمه الغاصب حتى تلف انتقض البيع لغوات القبض المستحق بالعقد بمنزلة مالو كان في يد البائع فهلك قبل أن يقبضه المشتري فان (قيل) قد وجبت القيمة على الغاصب والمبيع إذا فات وأخلف بدلا يبقى البيع كما لو قبله أجنبي قبل القبض (قلنا) هذا إذا وجب البديل بسبب بعد البيع حتى يجعل قيام البديل كقيام الأصل في إبقاء حكم البيع فيه وهنا القيمة تجب في العصب السابق على البيع بدليل أنه يعتبر قيمته وقت العصب ولو تعينا البيع باعتباره كان هذا اثبات حكم البيع في القيمة ابتداء * وكذلك * لو كان العبد رهناً فباعه الراهن وأبا المرتهن أن يجبره لم يجر البيع وهو موقوف لأن الراهن عاجز عن التسليم فان حق المرتهن في الحبس لازم ثم في موضع يقول بيع المرهون فاسد وفي موضع يقول جائز والصحيح ما ذكره هنا أنه موقوف وتأويل قوله فاسد يفسده القاضي إذا خوصم فيه وطلب المشتري التسليم إليه ومنع المرتهن ذلك فتأويل قوله جائز إذا اجتاز المرتهن وسلمه إليه وإذا لم يجر المرتهن وفسخه ففيه روايتان ففي إحدى الروايتين يفسخ البيع حتى لو افتكه الراهن فلا سبيل للمشتري عليه لأن حق المرتهن بمنزلة الملك ومن باع ملك الغير فان أجاز المالك تم البيع وإن فسخ انفسخ فهذا مثله وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه حتى لو صبر المشتري حتى افتكه الراهن كان له أن يأخذه ولفظ الكتاب يدل عليه فإنه (قال) بعد إباء المرتهن وهو موقوف وهذا لأن المرتهن لاحق له في هذا العقد حتى إذا أجاز المالك كان المشتري متملكاً على الراهن لا على المرتهن بخلاف المالك فان هناك إذا أجاز العقد كان المشتري متملكاً عليه فكانت له ولاية الفسخ وهنا للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس إلى أن يصل إليه دينه وليست له ولاية فسخ العقد إنما كان ذلك إلى القاضي إذا خوصم وعجز البائع عن التسليم فإنه يفسخ البيع لقطع المنازعة فما لم يوجد ذلك كان البيع موقوفاً. قال (رجل باع سمكاً محصوراً في أجمة فالبيع باطل) وقال ابن أبي ليلى هو جائز إذا كان قد أخذه

[12]

ثم أرسله في الاجمة لان بارساله لا يزول ملكه وان كان لا يتمكن من أخذه الا بالصيد ولكننا نستدل بما روى عن ابن عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما أنهما قالوا لا تبيعوا السمك في الماء فانه غرر ثم ان كان لم يأخذه فقد باع ما ليس بمملوك له والتملك لا يسبق الملك فهو كبيع الطير في الهواء وان كان قد أخذه ثم أرسله فهو أبق في الماء فبيعه كبيع الأبق وأنه لا يقدر على تسليمه الا باكتساب سبب يثبت ابتداء الملك به وهو الاصطيد فكان هذا في معنى الاول. قال (وان كان في وعاء أوجب يقدر عليه بغير صيد فبيعه جائز) عندنا لبقاء ملكه وقدرته على التسليم من غير صيد والمشتري بالخيار إذا رآه وعند الشافعي لا يجوز بيعه وأصله شراء ما لم يره وبيانه يأتي ان شاء الله تعالى. قال (وان كان في بركة يمكن أخذه من غير صيد) فان كان أخذه ثم أرسله فيها فهو كالجب وان لم يأخذه ولكنه دخل مع الماء فان سد موضع دخول الماء حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار أخذا له بمنزلة مالو وقع في شبكة فيجوز بيعه وان لم يفعل ذلك لم يجز بيعه لانه لا يملك السمك بدخوله في البركة ما لم يأخذه ولم يوجد منه الاخذ لاحقية ولا حكما. قال (وإذا اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو غير ذلك فالبيع فاسد) والاصل في هذا الجنس ان من جمع في كلامه بين الاشارة والتسمية فان كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالبيع باطل لان انعقاد العقد بالتسمية فان ما ينعقد على المسمى وهو معدوم وان كان المشار إليه من جنس المسمى فالبيع جائز لان التسمية تتناول ما وقعت الاشارة إليه فكانت الاشارة من يده مؤيدة للتسمية فينعقد العقد بالمشار إليه وهو مال الا أنه ان كان المشار إليه دون المسمى فللمشتري الخيار لغوات شرطه كما لو اشترط في العبد على أنه كاتب فوجده غير كاتب إذا ثبت هذا فنقول ان كان المشار إليه زجاجا فالبيع فاسد لانعدام المجانسة وان استهلكه المشتري فعليه قيمته لانه استهلك ملك الغير بغير اذنه وان سمي يقوتا أحمر والمشار إليه أصفر فالبيع جائز وللمشتري الخيار لغوات صفة مشروطة وكذلك لو اشترى ثوبا على أنه هروي فإذا هو من صنف آخر فهو فاسد لان الثياب أجناس مختلفة ولو اشترى شخصا على أنه عبد فإذا هو جارية فالبيع فاسد عندنا و (قال) زفر جائز وللمشتري الخيار لان بنى آدم جنس واحد ذكورهم وأناثهم كسائر الحيوان ولو اشترى بقرة على أنها أنثى فإذا هي ثور كان البيع جائزا وكذلك الابل والبقر والغنم فكما يتفاوت المقصود هنا في بنى آدم بين الذكور والاناث يتفاوت هناك يوضحه

[13]

انه لو اشترى عبدا على أنه تركي فإذا هو رومي أو سندي جاز البيع وبينهما تفاوت فيما هو المقصود وهو المالية وحجتنا في ذلك أن الذكور والاناث من بنى آدم في حكم جنسين لان ما هو المقصود بأحدهما لا يحصل بالآخر فالمقصود بالجارية الاستفراش والاستيلاء وشئ من ذلك لا يحصل بالغلام فكان التفاوت بينهما في المقصود أبلغ من التفاوت بين الحنطة والشعير وبين الهروي والمروي من الثياب وبه فارق سائر الحيوانات لان ما هو المقصود بالعين فيهما لا يتفاوت في الذكور والاناث وذلك اللحم أو الانتفاع من حيث الركوب أو الحمل عليه وانما التفاوت في صفة المقصود لافي أصله فكان جنسا واحدا كذلك ذكر في الاصل والله أعلم (باب البيوع إذا كان فيها شرط) قال (إذا اشترى عبدا على أنه لا يبيعه ولا يهبه ولا يتصدق به فالبيع فاسد عندنا) وقال ابن أبي ليلى البيع جائز والشرط باطل و (قال) ابن سيرين البيع جائز والشرط صحيح وحكى عن عبد الوارث بن

سعيد قال حججت فدخلت بمكة على ابي حنيفة وسألته عن البيع بالشرط (فقال) باطل فخرجت من عنده ودخلت على ابن ابي ليلى وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط باطل فدخلت على ابن سيرين وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط جائز فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا على في هذه المسألة كل الاختلاف فعجزني أن أسأل كل واحدا منهم عن حجته فدخلت على ابي حنيفة فأعدت السؤال عليه فأعاد جوابه فقلت ان صاحبك يخالفانك فقال لا أدري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضى الله تعالى عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فدخلت على ابن ابي ليلى فقلت له مثل ذلك فقال لا أدري ما قال (حدثني) هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها لما أرادت أن تشتري بريرة رضى الله عنها ابي موالها الا بشرط أن يكون الولاء لهم فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه سلامه اشترى واشترطى لهم الولاء فان الولاء لمن أعتق ثم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل كتاب الله أحق وشرط الله أوثق والولاء لمن أعتق فدخلت على ابن شبرمة

[14]

وقلت له مثل ذلك فقال لا أدري ما قالا (حدثني) محارب بن دثار عن ابي الزبير عن جابر بن عبد الله الانصاري رضى الله تعالى عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة والصحيح ما استدل به أبو حنيفة فانه حديث مشهور ومطلق النهي بوجوب فساد المنهى عنه فأما حديث هشام بن عروة فقد (قال) أبو يوسف أوهم هشام بن عروة ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترطى لهم الولاء لان هذا أمر بالغرور ولا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ولو صح فتأويله اشترطى الولاء عليهم واللام تذكر بمعنى على قال الله تعالى (أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار) أو معناه أعلمهم معنى الولاء فالاشتراط في اللغة الاعلام ومنه أشرط الساعة قال القائل فاشترط فيها نفسه وهو معصم * والقى باسباب له وتوكلا أي جعل نفسه علما لذلك الامر وتأويل (حديث) جابر رضى الله تعالى عنه ان ذلك لم يكن شرطا في البيع على أن ما جرى بينهما لم يكن بيعا حقيقة وانما كان ذلك من حسن العشرة والصحة في السفر والدليل عليه قصة الحديث فان جابرا رضى الله تعالى عنه (قال) كانت لى ناقة ثغال فقامت علي في بعض الطريق فأدركني رسول الله صلى الله عليه وسلم (فقال) ما بالك يا جابر فقلت جرى أن لا يكون لى الا ناقة ثغال فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن راحلته فدعا بماء ورشه في وجه ناقتي ثم قال اركبها فركبتها فجعلت تسبق كل راحلة (الحديث) الا أن قال أتبعني ناقتك باربعمائة درهم فقلت هي لك يارسول الله ولكن من لي بالحمل إلى المدينة (فقال) صلى الله عليه وسلم لك ظهرها إلى المدينة فاشترها رسول الله صلى الله عليه وسلم باربعمائة درهم فلما قدمت المدينة جئت بالناقة إلى باب المسجد ودخلت المسجد (فقال) رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الناقة قلت بالباب (فقال) صلوات الله عليه جئت لطلب الثمن فسكت فأمر بلالا رضى الله تعالى عنه فأعطاني أربع مائة درهم (فقال) صلى الله عليه وسلم خذها مع الناقة فيما لك بارك الله لك فيهما وبهذا يتبين انه لم يكن بينهما بيع ثم الشرط في البيع على أوجه اما أن يشترط شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم

المبيع فالبيع جائز لان هذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيد الا وكادة وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضا كما لو اشترى نعلا وشرا كابشرط أن يحذوه البائع لان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولان في النزوع عن

[15]

العادة الظاهرة جرحا بينا وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر. قال (فان كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين فالبيع فاسد) لان الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض بدونه فتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فلهذا فسد به البيع وكذلك ان كان فيه منفعة للمعقود عليه وذلك نحو ما بينا انه إذا اشترى عبدا علي أنه لا يبيعه فان العقد يعجبه أن لا تتناوله الايدي وتامم العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلا فاشترط منفعته كاشترط منفعة أحد المتعاقدين. قال (وان لم يكن فيه منفعة لاحد فالشرط باطل والبيع صحيح) نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط أن لا يبيع لانه لا مطالب بهذا الشرط فانه لا منفعة فيه لاحد وكان لغوا والبيع صحيح الا في رواية عن أبي يوسف (قال) يبطل به البيع نص عليه في في آخر المزارعة لان في هذا الشرط ضررا على المشتري من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين ولكننا نقول لا معتبر بعين الشرط بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر. قال (وإذا اشترى عبدا على انه يعتقه فالبيع فاسد) وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أن البيع جائز بهذا الشرط وهو قول الشافعي لحديث بريرة رضي الله عنها فانها جاءت الي عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبه (قالت) ان شئت عدتها لاهلك واعتقك فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لها ولان الشراء بشرط الاعناق متعارف بين الناس لان بيع العبد سمة متعارف في الوصايا وغيره وتفسيره البيع بشرط العتق ولان العتق في المبيع قبض حتى إذا أعتق المشتري المبيع قبل القبض صار قابضا والقبض من أحكام العقد فاشترطه في العقد يلائم العقد ولا يفسده وحجتنا في ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولان في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به في العقد كما لو شرط ان لا يبيع يوضحه انه لو شرط في الجارية ان يستولدها أو في العبد ان يدبره كان العقد فاسدا فإذا كان اشترط حق العتق لها يفسد البيع فاشترط حقيقة العتق أولى ودعواه أن هذا الشرط يلائم العقد لا معنى له فان البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملائمة ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد وبيع العبد لسمة

[16]

لا يكون بشرط العتق بل يكون ذلك وعدا من المشتري ثم البيع بعقد مطلقا وهو تأويل حديث عائشة رضي الله عنها فانها اشترت بريرة رضي الله عنها مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى هي بذلك فان بيع المكاتبه لا يجوز

بغير رضاها فان استهلكه المشتري فعليه قيمته لانه قبضه بعقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعذر رد العين وان أعتقه فعليه الثمن المسمى في قول أبي حنيفة استحسانا * وفي قولهما عليه قيمته وهو القياس لانه قبضه بعقد فاسد وقد تعذر رده باعتاقه فيلزمه قيمته كما لو تعذر بيعه أو استهلاكه بوجه آخر يوضحه انه لو اشتراها بشرط التدبير أو الاستيلاء كانت مضمونة عليه بالقيمة إذا تعذر ردها ثان وفي ذلك الشرط فكذا إذا اشترى بشرط العتق اعتبار الحقيقة الحرمة بحقيقة العتق وأبو حنيفة استحسان فقال زال المفسد قبل تقريره فيجب الثمن كما لو اشتراه بأجل مجهول ثم أسقطه قبل مضيه وبيان ذلك أن الحكم بفساد هذا العقد كان لمخافة أن لا يفي المشتري بالعتق وليكون في الاقدام على التصرف في ملكه مختارا غير مجبر عليه وقد زال هذا المعنى حين أقدم على اعتاقه مختارا وحقيقة المعنى فيه أن هذا الشرط لا يلائم العقد بنفسه ولكن يلائم العقد بحكمه لان العتق ينهى الملك فان الملك في بنى آدم ثابت الي العتق فيكون العتق مهينا له وانهاء الشئ بقرره ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه ثم اطلع على عيب به رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باعه والدليل عليه ان شراء القريب اعتاق على معنى انه متمم عليه العتق وهي الملك فكان هذا الشرط ملائما بحكمه للعقد وبصورته غير ملائم لان الانسان لا يجبر على انهاء ملكه بالعتق وبالشرط يجبر عليه فلا يحكم بفساد العقد علي الثبات ولكنه موقوف فان استهلكه بوجه آخر يتقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم وان أعتقه تتقرر صفة الجواز باعتبار الملائمة بحكم العقد وهو انهاء الملك به فيلزمه الثمن المسمى وانما سماه استحسانا لمعنى التوقف فيه في الابتداء ومخالفة صورته معنى بخلاف شرط الاستيلاء والتدبير فالملك به لا ينتهى ومعنى الملائمة باعتبار انهاء الملك به فلهذا تتعين صفة الفساد هناك وفي بالشرط أو لم يف. قال (وإذا اشتراه على أن يقرض له قرصا أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو علي أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن فالبيع في جميع ذلك فاسد) لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة وكل شئ فسد فيه البيع فالمشتري إذا استهلكه فهو ضامن لقيمته بالغة ما بلغت لان الضمان الاصلى في البيع ضمان القيمة ولهذا كان المقبوض على سوم المبيع مضمونا بالقيمة

[17]

وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء وانما يتحول من القيمة إلى المسمى عند صحة السبب وتماهه فإذا فسد السبب بقى الضمان الاصلى كما إذا كان البيع بالخيار فان البيع يكون مضمونا على المشتري بالقيمة لعدم تمام السبب. قال (ولو اشترى ثوبا على انه ان لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فالبيع فاسد) في القياس وهو قول زفر * وفي الاستحسان يجوز وهو قول علماؤنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وجه القياس أنه شرط في البيع اقالة معلقة لخطر عدم النقد ولو شرط اقالة مطلقة فسد به العقد فإذا شرط اقالة معلقة أولى أن يفسد به العقد وهذا الشرط ليس في معنى شرط الخيار لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم البيع وهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل البيع وجواز البيع مع شرط الخيار ثابت بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه ولكن تركنا هذا القياس لحديث بن عمر رضي الله تعالى عنهما فانه باشر البيع بهذا الشرط وقول الواحد من فقهاء الصحابة رضوان الله تعالى عليهم مقدم على القياس عندنا لان قوله بخلاف القياس كروايته عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم فانه لا يظن به أنه قال جزافا والقياس لا يوافق قوله فعرفنا انه قال سماعا ثم هذا الشرط من حيث المقصود كشرط الخيار لانه انما يشترط الخيار ليتروى النظر فيه ويكون مخيرا في الايام الثلاثة بين فسح العقد وتمامه بهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود والشرع انما جوز شرط الخيار لهذا المقصود حتى قال (لحيان بن منقذ إذا بايعت فقل لا خلا به ولى الخيار ثلاثة أيام. قال (فان اشتراه علي انه لم ينقده إلى أربعة أيام فلا بيع بينهما) فهذا العقد فاسد عند أبي حنيفة كقوله في شرط الخيار فان عنده شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام يفسد العقد وعند محمد العقد جائز بمنزلة شرط الخيار عنده فانه يجوز شرط الخيار مدة معلومة طالبت المدة أو قصرت ولم يذكر في الكتاب قول أبي يوسف وفي بعض نسخ المأذون ذكر قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وذكر ابن سماعه في نوادره أن هذا قوله الاول فأما قوله الاخير كقول محمد لان هذا في معنى شرط الخيار وقوله كقول محمد في جواز اشتراط الخيار أربعة أيام فكذلك في هذا الشرط وجه قوله الذي ذكره في المأذون أن القياس ما قاله زفر فان هذا الشرط من حيث الحكم ليس نظير شرط الخيار ولكن تركنا القياس في ثلاثة أيام لقول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ففيما زاد علي ذلك نأخذ بالقياس وهذا لان الغرر يزداد بطول المدة وقد يجوز أن يحمل العقد لليسير من الغرر دون الكثير منه ألا ترى أنا نجوز

[18]

شراء أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار فيها ثم لا يجوز ذلك في الاربعة لما ذكرنا. قال (وكل فاسد رده المشتري على البائع بهبة أو صدقة أو بيع فهو متاركة للبيع ويبرأ المشتري من ضمانه) لان الرد بسبب فساد البيع مستحق في هذا المحل بعينه شرعا فعلى أي وجه أتى به يقع من الوجه المستحق كرد المغصوب والودائع وهذا لانه ممنوع من تملكه من البائع بسبب مبتدأ مأمور برده لفساد البيع ولا معاوضة بين المنهي عنه وبكره المأمور به فيترك جانب المأمور به في رده عليه. قال (وان اشترى شيئا وشرط على البائع أن يحمله إلى منزله أو يطحن الحنطة أو يخيط الثوب فهو فاسد) لان فيه منفعة لاحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه لانه ان كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو اجارة مشروطة في العقد وان لم يكن بمقابلته شئ من البدل فهو اعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد وكذلك لو اشترى دارا علي أن يسكنها البائع شهرا فهذا اعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد أو هذا شرط أجل في العين والعين لا تقبل الاجل. قال (ولو اشترى شيئا على أن يرهنه بالثمن رهنا أو على أن يعطيه كفيلا بنفسه أو بالثمن فهذا العقد فاسد) والكلام في هذين الفصلين ينقسم على أربعة أقسام أما في شرط الكفيل سواء سمي الكفيل أو لم يسميه فالعقد فاسد إذا كان الكفيل غائبا عن مجلس العقد لانه لا يدري أيكفل أم لا فيفسد العقد لمعنى الغرر ولان جواز هذا العقد يتعلق بقبول الكفيل الكفالة فمتى شرط قبوله إذا كان غائبا عن مجلس العقد لم يجز العقد وان قبله بعد المجلس كالمشتري فان كان الكفيل حاضرا أو حضر وقبل قبل أن يتفرقا جاز البيع استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الكفالة عقد آخر ليس من حقوق العقد في شئ واشتراط هذا عقد آخر في عقد البيع مفسد للعقد إذا كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين وجه الاستحسان أن المقصود بالكفالة التوثق بالثمن في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة في الثمن ولو اشترط في البيع ثمنا جيدا كان البيع جائزا ثم تمام هذا العقد بقبول الكفيل فانه بقبوله ينتفى معنى الغرر فإذا وجد ذلك

في المجلس كان هذا بمنزلة انتفاء الغرر عند العقد وشرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة لانه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشتري فان الحوالة تحويل ولا يكون ذلك الا بعد وجود الثمن في ذمة المشتري بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشتري بالعقد فان ذلك ينافي وجوب العقد فكان مفسدا للعقد. قال (وان شرط أن يرهنه بالثمن رهنا فان كان الرهن مجهولا فالعقد فاسد) لان قبول العقد في الرهن لا بد

[19]

منه عند هذا الشرط وما يشترط قبول العقد فيه لا بد أن يكون معلوما ولكن لو أوفاه الثمن صح العقد لان المفسد قد زال قبل تقريره لان شرط الرهن للاستيفاء وقد استوفاه حقيقة وان شرط أن يرهنه هذا المبتاع بعينه ففي القياس العقد فاسد لما بينا انه شرط عقد في عقد وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لان المقصود بالرهن الاستيفاء، فان موجه ثبوت بد الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد ثم الرهن بالثمن للتوثق بالثمن فاشترط ما يتوثق به كالاشرط صفة الجودة في الثمن وكذلك ان سمي مكبلا أو موزونا موصوفا بغير عينه وجعله رهنا بالثمن لان قبول ذلك في البيع قبول صحيح ألا ترى انه يصلح أن يكون ثمنا فكذلك يصلح اشتراطه رهنا بالثمن فان أبى المشتري أن يرهنه ما سمي لم يجبر عليه لان تمام الرهن بالقبض ولم يوجد القبض وعلى قول ابن أبي ليلى يجبر عليه لانه ثبت في ضمن عقد لازم فيصير الوفاء به مستحقا كالعدل في الرهن إذا سلطه على البيع كان مجبرا عليه ولا يملك الراهن عزله بخلاف التوكيل بالبيع مقصودا ولكننا نقول عقد الرهن ليس من حقوق البيع فلا بد في اتمامه من اتحاد شرط العقد وتمامه بالقبض فما لم يوجد لا يلزم حكم الرهن ألا ترى أن يد الاستيفاء لا تثبت له الا بالقبض فكذا اشتراطه في العقد لا يلزم الا بالقبض ولكن ان أبى المشتري أن يرهنه فللبائع أن يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا وإذا لم يتم رضاه كان له أن يفسخ. قال (وان باع شيئا من الحيوان واستثنى مافي بطنه فالبيع فاسد) لان ما في البطن لا يجوز ايجاب البيع فيه مقصودا فلا يجوز استثناءه مقصودا كاليد والرجل وهذا لان الجنين مادام متصلا بالام فهو في حكم الاجزاء ألا ترى أنها تقطع بالمقراض عنها واجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصودا ولا يكون مقصودا بالاستثناء وهذا لان الجنين في البطن مجهول ولا يدري أذكر هو أم أنثى واحدا أو مثنى فإذا كان المستثنى مجهولا فالمستثنى منه يصير مجهولا أيضا وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد وكذلك ان وقع العقد على عدل بر أو أغنام أو نخيل واشترط أن يرد المشتري أحد العينين أو يأخذ البائع احداهن بغير عينها فالبيع فاسد لان المستثنى مجهول وبه يصير المستثنى منه مجهولا أيضا وهذه جهالة تغضى إلى المنازعة لانها متفاوتة في المالية فيفسد البيع. قال وان اشترى شاة على أنها حامل فالعقد فاسد لان الحمل في البهائم وهي زيادة مجهولة. فانه لا يدري ان انتفاخ بطنها من ریح أو ولد وان الولد حي أو ميت ذكرا أم أنثى واحدا أو مثنى والمجهول إذا ضم إلى معلوم يصير الكل مجهولا

[20]

وكذلك ان شرط أنها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدري لعل الشرط باطل
يعنى ان اشتراط مقدار من البيع ليس في وسع البائع ايجاهه ولا طريق
إلى معرفته فكان شرطاً باطلا فيفسد به العقد. قال (وان شرط أنها حلوب
أو لبون لم يذكر هذا الفصل في الاصل) وقد ذكر الكرخي أن هذا مالو شرط
أنها تحلب كذا وكذا سواء لان اللبن زيادة مال منفصل ولا يكون لبونا حلوبا
الا به وتلك الزيادة مجهولة على ما مر فصار كما لو اشترى على أنها حامل
وذكر الطحاوي أن هذا شرط وصف مرغوب فيه فلا يفسد العقد به كما لو
شرط في العبد أنه كاتب أو خبار ولان هذا يذكر علي سبيل بيان الوصف
لاعلي سبيل الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه كما إذا اشترى فرسا على
أنها هملاج أو اشترى كلبا على أنه صائد فانه يجوز كذا هنا وهكذا روي
الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى في الحلوب بخلاف ما اذا اشترط
أنها تحلب كذا لان الفساد باشتراط مقدار لبن في الصرع لا طريق إلى
معرفته. قال (وكذلك ان اشترى سمسما أو زيتونا على أن فيهما من الدهن
كذا أو اشترى حنطة بشرط أن يطحن منها كذا مختوم دقيق فهذا شرط
باطل لا طريق للبائع إلى معرفته ولا يقدر على الوفاء به فيكون مفسدا
للعقد. قال (ولو باع جارية وتبرأ من الحبل وكان بها حبل أو لم يكن فالبيع
جائز) لان الحبل في بنات آدم ألا ترى أن للمشتري حق الرد به فانما تبرأ
البائع من العيب وذلك غير مفسد للعقد. قال وليست البراءة في هذا
كالبهائم قيل معناه كالشرط في البهائم فان الحبل في البهائم زيادة
فذكره في العقد شرط زيادة مجهولة) وفي الأدمية عيب فذكره يكون تبرأ
من العيب ولا يكون شرط زيادة مجهولة وقيل معناه إذا ذكر الحبل في
الجارية على وجه التبري عرفنا ان مراده العيب فلا يفسد به العقد وإذا
ذكره علي وجه الشرط عرفنا ان مراده شرط زيادة مجهولة فيفسد به
العقد وقد ذكر هشام عن محمد رحمهما الله أنه إذا اشترى جارية على أنها
حامل فالبيع جائز الا أن يظهر المشتري انه يريد لها للطورة فيحنث يفسد
به العقد لعلمنا أنه قصد الحبل بالشرط وهو مجهول وعلى هذا يحكى عن
الهندواني أنه كان يقول أن شرط الحبل إذ وجد من البائع لم يفسد به
العقد وأن شرطه المشتري يفسد لان البائع انما يذكر الحبل على وجه بيان
العيب عادة والمشتري يذكر علي وجه اشتراط الزيادة. قال (رجل اشترى
جارية بجاريتين إلى أجل فالعقد فاسد) لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة
بدلا عما هو مال ولان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قبض

[21]

الجارية فذهبت عينها عنده من عمله أو من غير عمله فللبائع أن يأخذها
ويضمنه نصف قيمتها لان العين من الأدمى نصفه وقوات النصف في
ضمان المشتري كفوات الكل ولو هلكت كان عليه ضمان قيمتها سواء
هلكت بفعله أو بغير فعله فكذلك إذا ذهب نصفها وهذا لانها صارت مضمونة
بالقبض والاصناف تضمن بالقبض ألا ترى أنها تضمن بالغصب فان الجارية
المغصوبة إذا ذهبت عينها عند الغاصب أخذها المغصوب منه مع نصف
قيمتها ولو فقأ عينها غيره فان البائع يأخذها لان فسخ العقد فيها مستحق
شرعا فما دامت قائمة كان على البائع أن يأخذها ثم يتخير في نصف
قيمتها فان شاء ضمن ذلك الفاقئ وان شاء ضمن المشتري لان بالاخذ
ينفسخ العقد فيها ويعود إلى قديم ملك البائع فحناية الفاقئ كانت على
ملكه فله أن يضمنه نصف قيمتها وان شاء ضمن المشتري ذلك لانها كانت
مضمونة عليه بالقبض بجميع أجزائها فكانت كالمغصوبة في هذا الحكم فان
ضمن المشتري يرجع المشتري بذلك على الفاقئ لان ملكه تقرر في ذلك

الجزء حين ضمن بدله وهو كالعاصب في ذلك وان ضمن الفاقئ لم يرجع على المشتري بشئ لانه ضمن بجنايته فأما إذا قتلها في يد المشتري قاتل فللبائع أن يضمن المشتري قيمتها ولا سبيل له على القاتل بخلاف المغصوبة فان المغصوبة إذا قتلها انسان في يد العاصب يتخير المغصوب منه ان شاء ضمن العاصب قيمتها وان شاء ضمن القاتل بخلاف المشتراة شراء فاسدا في يد المشتري لان المغصوبة على ملك المغصوب منه فالقاتل من القاتل جنابة على ملكه فيتخير في التضمن ان شاء ضمن العاصب بالعصب أو القاتل بالقتل وهنا قد صارت الجارية مملوكة للمشتري بالقبض وبالقتل يتعذر فسخ البيع فيها ولا يعود إلى ملك البائع فلهذا تعين حق البائع في تضمين المشتري وليس له أن يضمن القاتل وفي فقئ العين ما تعذر فسخ العقد فيها وإذا انفسخ العقد فيها بالرد كانت جنابة الفاقئ على ملك البائع فلذلك يتخير البائع ان شاء ضمن القاتل بالقتل وان شاء ضمن المشتري بالقبض كما في العصب ثم إذا ضمن البائع المشتري قيمتها في القتل كان للمشتري أن يضمن القاتل قيمتها لانه أنلف ملكه فيها بالجناية فكان له أن يضمه قيمتها. قال (فلو كانت الجارية كما هي غير أنها ولدت ولدين فمات أحدهما أخذ البائع الجارية والولد الباقي) لانها في يده كالمغصوبة مستحقة الرد بزوائدها المتصلة والمنفصلة وهذا لان الولد متولد من العين ووجوب لرد كان حكما متقرررا فيها فيسرى إلى الولد ولان ملك الاصل يسرى إلى الولد والثابت للمشتري في الاصل كان ملكا مستحق

[22]

الازالة بالرد على البائع فثبت مثله في الولد وليس له أن يضمه قيمة الميت بمنزلة ولد المغصوب إذا مات في يد العاصب من غير صنعه لم يضمن لانعدام الصنع منه فهذا مثله قال (فان كانت الولادة قد نقصتها وفي الولد الثاني وفاء بجميع ذلك النقصان فلا شئ على المشتري) لرده ما ينجر به النقصان فان نقصان الولادة ينجر بالولد عندنا وقد بينا ذلك في المغصوبة وكذلك في المشتراة شراء فاسدا والولد الميت صار كان لم يكن فكأنها ولدت ولدا واحدا. قال (وان لم يكن في الولد الباقي وفاء النقصان فعلى المشتري تمام ذلك) لان انجبار النقصان بالولد لصفة المالية وانما ينجر بقدر مالية الولد وما زاد على ذلك ليس بأزائه ما يجبره فعلى المشتري ضمان ذلك. قال (وان كان الميت مات من فعل المشتري أو منعه بعد طلب البائع حتى مات صار المشتري ضامنا بقيمته بردها مع الام) لان الولد انما لم يكن مضمونا عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان فيه وقد وجد ذلك بالانلاف أو المنع بعد الطلب ثم رد قيمة الولد كرد عينه حتى إذا كان فيها وفي مالية الحى وفاء بالنقصان فلا شئ على المشتري وان لم يكن فيها وفاء بنقصان الولادة فعلى المشتري تمام ذلك لان الانجبار بقدر المالية على ما مر. قال (ولو كانت الام هي الميتة والولدان حيان أخذ البائع الولدين وقيمة الام يوم قبضه المشتري) وهكذا القول في كل بيع فاسد لان حق الاسترداد ثابت للبائع في الولدين فلا يسقط ذلك بهلاك الام كالمغصوبة إذا ولدت ثم ماتت كذلك هنا وان كان ضامنا قيمتها للبائع حين قبضها لانها دخلت في ضمانه بالقبض وتعذر ردها فيجب ضمان قيمتها والولد تبع فلا يقوم مقام الاصل في حق الرد حتى لا يسقط برد الولدين ضمان قيمة الام وان كان في ماليتها وفاء بذلك بخلاف نقصان الولادة فالغائت هناك وصف هو بيع ثم الخلافة هناك باتحاد السبب فان سبب النقصان والزيادة واحدة وهذا لا يوجد هنا فان موت الام لم يكن بالولادة

ولو كان بالولادة فالولادة من حيث أنها موت لا توجب الزيادة ولذا لا يجبر قدر النقصان بالولدين بعد موت الام حتى يضمن كمال قيمتها لان هنا لا يحتاج إلى جبر النقصان بعد موت الام لان الملك يثبت للمشتري بعد القبض على ما ذكرنا وتقرر القيمة عليه من حين قبضها فإذا مات تبين أن ذلك النقصان حاصل في ملك المشتري فلا تقع الحاجة إلى جبر هذا النقصان بالولد بخلاف ما إذا بقيت الام لانه أمكن فسخ العقد فيها بالرد فان ردها عادت إلى قديم ملك البائع فتبين أن النقصان حصل فوقعت الحاجة إلى انجبار النقصان بخلف قائم مقامه وهو الولد فلهذا افترقا. قال (والبيع الفاسد ينعقد موجبا للملك إذا

[23]

اتصل به القبض عندنا وعند الشافعي لا ينعقد للملك وفي الحقيقة هذه المسألة تنبئ على مسألة من أصول الفقه وهو أن النهى عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة عندنا فان ذلك موجب للنسخ والنهى عن النسخ وعندنا يخرجها من أن تكون مشروعة بمقتضى النهى فان صفة القبح من ضرورة النهى كما أن صفة الجنس من ضرورة الامر والمشروع ما يكون مرضيا والقبيح مالا يكون مرضيا فينعدم أصل العقد لضرورة النهى ومقتضاه ولكننا نقول موجب النهى الانتهاء على وجه يكون المنتهى مختارا فيه كما أن موجب الامر الائتمار على وجه يكون المؤتمر مختارا فيه فان استحقاق الثواب والعقاب يبنى على ذلك وذلك لا يكون الا بعد تقرر المشروع مشروعا باعتبار هذا الاصل ثم يخرج المقتضى عليه بحسب الامكان أولى من اعلام المقضى بالمقتضى وهذه في أصول الفقه فأما التخرج هنا على الاصل المتفق عليه وهو أن النهى متى كان لمعنى في غير المنهى عنه فانه لا يعدم المشروع كالنهي عن البيع وقت النداء وان كان المنهى عنه بعدمه كالنهي عن بيع المضامين والملاقيح والشافعي يقول في البيوع الفاسدة النهى لمعنى في غير المنهى عنه ولهذا أفسد البيع ويتضح هذا في البيع بالخمر فالبيع مبادلة مال متقوم بمال متقوم والخمر ليس بمال متقوم حتى لا يملك بالعقد وان قبض فلا ينعقد موجبا حكمه فعرفنا انه غير منعقد في حق حكمه وهو الملك والدليل عليه ان البيع موجب للملك بنفسه ثم الفاسد منه لا يكون موجبا للملك بنفسه فعرفنا انه ليس ينعقد في حكم الملك وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد بالمقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولا عقد وان كان منعقدا بصفة الفساد لما منعت ثبت الملك بالبيع قبل القبض فكذلك بعده لان الفساد قائم بعده ولان بالقبض يزداد الفساد والحرمة وكل ما يمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعد القبض كخيار الشرط وهذا في معناه لان مع خيار الشرط لا يتم الرضا من البائع ومع الفساد كذلك فانه لو صار مملوكا انما يصير مملوكا بالقيمة والبائع لم يرض بهذا ولهذا ثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما ولان هذا عقد معاوضة فالفاسد منه لا ينعقد موجبا للملك كالنكاح وهذا لان الملك مشروع محبوب فيستدعى سببا مرضيا شرعيا بخلاف الكتابة الفاسدة حيث انعقد العقد مع صفة الفساد ففيها معنى المعاوضة واليمين لانه تعليق العتق بشرط الاداء والحرمة لا تمنع صحة التعليق لو كما (قال) ان زنت فانت حرة فانما ينزل العتق هناك لمعنى التعليق دون المعاوضة

وحدثنا في ذلك من حيث التخريج على الاصل المجمع عليه أن يقول هذا النهى لمعنى في غير المنهى عنه لان البيع ينعقد بالايجاب والقبول في محل قابل له ولا يختل شئ من ذلك بالشرط الفاسد وانعقاد العقد يوجب ركنه من أهله والنهى كان للشرط وهو وراء ما يتم العقد به وكذلك النهى عن الربا للفضل الخالى عن المقابلة وهو وراء ما يتم به العقد فلا ينعقد فيه أصل العقد والعقد لا ينعقد شرعا الا موجبا حكمه لان الاسباب الشرعية تطلب لاحكامها فإذ كانت خالية عن الحكم تكون لغوا ولكن الحكم متصل بها تارة ويتأخر أخرى كالهبة فانها عقد تملك ثم الملك بها يتأخر إلى القبض (قوله) بان البيع يفسد به (قلنا) لان النهى اتصل بوصفه لان الخيار والاجل لو كان جائزا كان عمله في تغيير وصف العقد لافي تغيير أصله فكذلك إذا كان فاسدا يكون عمله في تغيير وصف العقد حتى يصير العقد فاسدا وليس من ضرورة انعدام الوصف انعدام الاصل بل من ضرورته انعقاد الاصل فالصفة لا تكون بدون الموصوف وهكذا نقول في النكاح فانه ينعقد مع الفساد ولهذا يتعلق به وجوب المهر والعدة والنسب عند الدخول الا انه لا يثبت الملك به لان الحكم يثبت بحسب النسب فالعقد الفاسد انما يثبت ملكا حراما وليس في النكاح الا ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فكان من ضرورة الفساد هناك انتفاء الملك وهنا بالبيع الفاسد انما يثبت ملك حرام ولهذا لو كانت جارية لا يحل له وطؤها وليس من ضرورة ثبوت الحرمة انتفاء ملك اليمين كالعصير يتخمر يبقى مملوكا وان كان حراما وكشراء الرجل أخته من الرضاع فيملكها وان كانت حراما عليه فاثبتنا الملك لهذا ولكن العقد بصفة الفساد يضعف فيتأخر الحكم إلى انضمام ما يقوم إليه وهو القبض كعقد التبرع ولانه لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغير عوض فان المسمى لا يجب للفساد والضمان لا يجب الا بالقبض فلهذا تأخر الملك إلى ما بعد القبض وهكذا نقول في البيع بشرط الخيار فانه انعقد مفيدا لحكمه ولكنه تأخر ثبوت الحكم إلى سقوط الخيار على أن ذلك في معنى المعلق بالشرط لانه يقول على أنى بالخيار والمتعلق بالشرط مقدم قبل الشرط ألا ترى انه تعذر أعمال التعليق في أصل السبب فيجعل عاملا في الحكم وليس من ضرورة الفساد انعدام العقد شرعا كالأحرام يفسد بالجماع ويبقى أصله والطلاق في حالة الحيض حرام شرعا ويكون مفيدا بحكمه والطهار حرام شرعا ثم ينعقد موجبا حكمه والدليل عليه أن المقبوض يصير مضمونا والضمان انما يجب بطريق الجبران أو بالعقد وهنا وجوب الضمان ليس بطريق

الجبر لانه يقبضه باذن المالك فعرفنا أن وجوب الضمان بالعقد وهكذا نقول في المقبوض على سوم البيع انه مضمون بالعقد ولكن على وجه وهو أن يجعل الموعد من العقد كالمحقق وليس بينهما عقد موجود هنا فعرفنا أن الضمان باعتبار العقد المتحقق وإذا ثبت هذا في البيع مع الشرط الفاسد فكذلك في الربى لان الفساد يكون لمعنى في وصف العقد فان بالفضل يصير البيع رابحا وكذلك في البيع بالخمير فان ركن العقد المالية في البدلين ويتخمر العصير لا تنعدم المالية وانما ينعدم التقوم شرعا فان المالية تكون بكون العين منتفعا بها وقد أثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله تعالى (ومنافع للناس) ولانه كان مالا متقوما قبل التحريم

وانما ثبت بالنص حرمة التناول ونجاسة العين وليس من ضرورته انعدام
المالية كالسرقين الا أنه فسد تقدمه شرعا لضرورة وجوب الاجتناب عنه
بالنص ولهذا يكون مالا في حق أهل الذمة فانعقد العقد بوجود ركنه في
محله بصفة الفساد ولكن الخمر لا يملك بالقبض لانه غير متقوم شرعا
فيملك بادائه لانعقاد العقد موجبا للملك فيه بخلاف البيع بالميتة والدم
فذلك ليس بمال في حق أحد فلانعدام ركن العقد في محله لا ينعقد العقد.
قال (ولو كان المشتري أعتق الجارية التي اشتراها بعقد فاسد بعد قبضه
اياها أو باعها أو أمهرها أو وهبها وسلمها أو دبرها أو كاتبها أو استولدها
جاز جميع ذلك) لانه تصرف في ملكه وهذا التعليق نص عليه محمد في كتاب
الشهادات في نظير هذا قال (لانه مالك رقبتها وهنا) قال (لان البائع سلطه
عليها وهو اشارة إلى ما قلنا لان التمليك تسليط على التصرف فصار كما
لو سلطه على الاعتاق نصا بأن) قال (أعتقتها ألا ترى أنه ذكر في كتاب
الاستحسان إذا اشترى طعاما حل له أن يتناول من ذلك الطعام لان البائع
سلطه على ذلك فلما كان في العقد الجائر يعتبر التسليط في حق تناول
الطعام فكذا في حق الفاسد ولهذا قلنا أنه لا يحل له أن يطأها لان الوطئ
مما لا يستباح بصريح التسليط فكذلك لا يستباح به دلالة ويعود التصرف
باعتبار أصل الملك دون صفة الحل وقد ثبت أصل الملك فيثبت التسليط
على التصرف ثم قد تعذر رد عينها فيلزمه رد قيمتها وانما تعذر الرد باعتبار
هذه التصرفات نحو البيع والهبة وما أشبه ذلك لان المشتري شرا فاسدا
لما باع من غيره وسلمه إليه تعلق بهذا العين حق المشتري الثاني وحق الله
تعالى من حيث فسخ العقد بالرد على البائع الاول وحق الله تعالى مع حق
العبد إذا اجتمعا تقدم حق العبد لانها وحق الله تعالى ولكن الله تعالى
أغنى والعفو منه أرجى بخلاف المشتري من

[26]

الغاصب لانه تعلق به حق المشتري وحق المغصوب منه وكل واحد من
الحقين حق العبد فترجح حق المغصوب منه لانه أسبق. قال (وليس عليه
في الوطئ مهر وفي كتاب السرب يقول وعليه العقر قبل تاويل المسألة
إذا لم يستولدها بالوطئ حتى ردها على البائع فان بردها يفسخ الملك من
الأصل فتبين أن الوطئ صادق ملك الغير فيلزمه العقر بالوطئ وهنا قال
استولدها وبالإستيلاد يتقرر ملكه فانما ووطئها وهي مملوكة له فلا يلزمه
العقد بذلك وقيل ما ذكر هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وما
ذكر هناك قول محمد وأصله فيما ذكر هشام أنها لو زادت في يد المشتري
في بدنها ثم أعتقها فعليه ضمان قيمتها وقت القبض عند أبي حنيفة وأبي
يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد وقت العتق فلما كان محمد ثبت حق
البائع في الزيادة ويجعلها مضمونة على المشتري بالاتلاف فكذلك
المستوفى بالزيادة في حكم زيادة هي ثمرة ومن أصلها أن الزيادة تكون
في يد مضمونة على المشتري بالاتلاف فكذلك المستوفى بالوطئ فلهذا
لامهر عليه. قال) وان رهنها فعليه قيمتها لان عقد الرهن إذا اتصل به
القبض يكون لازما في حق الراهن فيثبت به عجزه عن رد العين فلهذا
لزمته قيمتها وان افتكها قبل أن يضمه القاضي قيمتها ردها عليه لان
المانع قد زال قبل تحول حق البائع إلى القيمة وكذلك ان عجزت عن
الكتابة لان المانع حق المكاتب وقد سقط قبل أن يتحول الحق إلى القيمة
فان التحول انما يكون بقضاء القاضي فكذلك ان رجع في الهبة بقضاء أو
بغير قضاء ردها على البائع لانه يعود إليه قديم ملكه في الوجهين فكذلك
ان رد عليه يعيب قبل أن يقضى القاضي عليه بالقيمة فان ذلك كله يمنع

قضاء القاضي بالقيمة فان كان ذلك كله بعد قضاء القاضي بالقيمة فقد تم تحول الحق إلى القيمة فلا يعود في العين بعد ذلك كما لو أبق المصوب فقضى القاضي بقيمته على الغاصب ثم عاد. قال (ولو كان أجرها فله أن ينقص الاجارة ويردها) لان الاجارة تنفسخ بالاعذار وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب منه أقوى الاعذار فتنفسخ الاجارة ألا نرى أن المشتري لو أجر المبيع ثم وجد به عيبا كان له أن ينقص الاجارة ليرده فهذا أولى. قال (وان اشترى الرجل شيئا إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى العطاء أو إلى جذاذ النخل أو رجوع الحاج فهذا كله باطل) بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضی اللہ تعالیٰ عنہما وقول ابن عباس رضی اللہ تعالیٰ عنہما في البيع إلى العطاء فان عائشة رضی اللہ تعالیٰ عنہا كانت تجيز البيع إلى العطاء وابن عباس رضی اللہ تعالیٰ عنہما كان يفسد ذلك وابن

[27]

أبي ليلى رحمه الله أخذ بقول عائشة رضي الله تعالى عنها (وقال) البيع جائز والمال حال لان العقد لما لم يكن صالحا للاجل الذي ذكره لعي ذكره فأما عائشة كانت تقول وقت خروج العطاء معلوم بالعرف لا يتأخر الخروج عنه الا نادرا فكان هذا بيعا بأجل معلوم ولكننا أخذنا بقول ابن عباس رضي الله عنهما لان العطا فعل العباد قد يتقدم وقد يتأخر بحسب ما يبدوا لهم والآجال بالاوقات دون الافعال قال الله تعالى (قل هي مواقيت للناس والحج) ثم الشرط في البيوع ببدل مؤجل اعلام الاجل كما قال صلى الله عليه وسلم في السلم إلى أجل معلوم واعلام الاجل يكون بما لا يتقدم ولا يتأخر من الايام والشهود فأما ما يتقدم ويتأخر من أفعال العباد يكون مجهولا وكذلك الحصاد فانه من أفعالنا وقد يتقدم أو أنه قد يتعجل الحر وقد يتأخر إذا أبطأ البرد والدياس وجذاذ النخل كذلك ورجوع الحاج فعله قد يتقدم وقد يتأخر. قال (فان أبطل المشتري الاجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس جاز البيع) عندنا استحسانا و. قال (زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز البيع لانه انعقد فاسدا وتصحيح العقد الفاسد في استقباله كالنكاح بغير شهود لا ينقلب صحيحا بالاشهاد والنكاح إلى أجل لا ينقلب صحيحا باسقاط الاجل ودليل فساد العقد أن المبيع مضمون على المشتري بالقيمة لو هلك في يده وأن كل واحد منهما يتمكن من فسخ العقد بغير رضاء صاحبه وان للبائع أن يسترده بزوائده المتصلة والمنفصلة ولكننا نقول المانع من صحة البيع زال قبل تفرره فيصح البيع كما لو باع فضا في خاتم أو جذعا في سقف ثم نزعه وسلمه إلى المشتري البيع كان صحيحا وتحقيق هذا الكلام ان نفس الاجل غير مفسد للبيع وانما المفسد جهالة وقت الحصاد وذلك غير موجود في الحال فالشياء ليس زمان الحصاد بيقين ولكنه وصل ذلك الزمان بما قبله في الذكر ولاجله فسد العقد وهذا اتصال يعرض للفصل فإذا أسقطه مجئ أو ان الحصاد فقد تحقق الانفصال فيبقى العقد صحيحا كما في الجذع فانه عين مال متقوم ولكن لاتصاله بالسقف وللضرر في نزعه كان لا يصح البيع فإذا نزع زال ذلك المعنى كذا هذا حتى لو جاءه زمان الحصاد وتحقق الاتصال على وجه لا يمكن فصله بتقرر الفساد وهذا بخلاف النكاح بغير شهود لان المفسد هناك انعدام شرط الجواز ولا يزول ذلك بالاشهاد بعد العقد والنكاح إلى أجل متعة والمتعة عقد آخر سوى النكاح وهذا بخلاف البيع إلى هبوب الريح وأمطار السماء لان ذلك ليس بأجل فالاجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح وأمطار السماء قد يتصل بكلامه

فعرنا انه ليس بأجل بل هو شرط فاسد ولاجله فسد العقد وهذا بخلاف ما إذا باع بألف وربطل من خمر فان ذلك العقد ينقلب صحيحا عندنا إذا اتفقا على اسقاط الخمر نص عليه في آخر الصرف الا أن هناك لا ينفرد به البائع لانه تصرف في البذل فلا يتم الا بهما وهنا ينفرد به من له الاجل لانه خالص حقه فيسقط باسقاطه. قال (وان اشترى إلى النيروز أو إلى المهرجان فهو فاسد) أيضا لانه ليس من أجال المسلمين ولانهم لا يعرفون وقت ذلك عادة وان كان معلوما عند المتعاقدين فهو جائز بمنزلة الاهلة لان الشرط اعلام المتعاقدين الاجل بينهما وكذلك إلى الميلاد قبل المراد وقت نتاج البهائم وذلك قد يتقدم وقد يتأخر بمنزلة الحصاد وقبل ولادة امرأة بعينها هي حبلى وقد يتقدم وقد يتأخر وقبل وقت ولادة عيسى عليه السلام وذلك غير معلوم عند المسلمين وكذا إلى صوم النصارى لان المسلمين لا يعرفون وقت ذلك وقد يتقدم وقد يتأخر وكذا إلى فطر النصارى قبل أن يشرعوا في صومهم لان ذلك قد يتقدم وقد يتأخر بحسب شروعهم في الصوم الا أن يكون ذلك معلوما عند المتعاقدين على وجه لا يتقدم ولا يتأخر وان اشتراه إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في الصوم جاز لان مدة صومهم معلومة بالايام فإذا شرعوا في الصوم صار وقت فطرهم معلوما. قال (وإذا اشترى شيئاً إلى أجلين وتفرقا عن ذلك لم يجز) لنها النبي صلى الله عليه وسلم عن الشرطين في بيع وان ساومه على ذلك ثم قاطعه على أحدهما وأمضى البيع عليه جاز ولا بأس بطيلسان كردي بطليسانين حواريين إلى أجل لانهما جنسان باختلاف الصنعة والمقصود وكذا لا بأس بمسح موصلي بمسحين ساريين إلى أجل وكذلك لا بأس بقطيفة يمانية بقطيفتين كرديتين إلى أجل وهذا مبنى على الاصل الذي بينا ان اختلاف الصنعة والمقصود تختلف باختلاف الجنس وان كان الاصل واحدا وحرمة النساء لا تثبت الا باعتبار أحد الوصفين والله أعلم. (باب الاختلاف في البيوع) (قال) رحمه الله إذا اشترى سمنا أو غيره في رزق فايزنه ثم جاء بالرزق ليرده فقال البائع ليس هذا برزقي وقال المشتري بل هو رزقك فالقول قول المشتري مع يمينه) لان الرزق امانة في يد المشتري والقول في تعيين الامانة قول الامين وان كان مضمونا في يده كان القول في تعيينه أيضا قوله كالمغصوب ولان حقيقة الاختلاف بينهما في مقدار ما قبض من المعقود

عليه فان ذلك يختلف باختلاف وزن الرزق فالبائع يدعى الزيادة فعليه البينة والمشتري منكر للزيادة فالقول قوله مع يمينه. قال (وان اشترى عبيدين فقبض أحدهما ومات عنده ومات الآخر عند البائع ثم اختلفا في قيمة المقبوض وفي قيمة الآخر فالقول قول المشتري مع يمينه) لان حاصل اختلافهما في مقدار ما قبضه المشتري فالبائع يقول قبضت ثلثي المعقود عليه فان قيمة المقبوض ألف وقيمة الآخر خمس مائة والمشتري ينكر ذلك ويقول ما قبضت الا ثلث المعقود عليه فان قيمة المقبوض خمسمائة وقيمة الآخر ألف فالقول قول المشتري مع يمينه لانكاره القبض فيما زاد على الثلث ألا ترى أنه لو اشترى كر حنطة فقبض بعضه وهلك الباقي عند

البائع (فقال) المشتري قبضت منك ثلثه و (قال) البائع نصفه كان القول قول المشتري مع يمينه ولو كان المشتري قبض العبدین فمات أحدهما عنده وجاء بالآخر يردده بالعيب فاختلافا في قيمة الميت كان القول قول البائع مع يمينه لان المشتري هنا قبض جميع المعقود عليه ثم وقع الاختلاف بينهما في مقدار ما رده بالعيب فالمشتري يدعى الزيادة فيه والبائع ينكره فكان القول قول المنكر مع يمينه يوضح الفرق نحن نعلم أن الثمن كله لم يتقرر على المشتري وإنما الاختلاف بينهما في مقدار ما تقرر من الثمن على المشتري فالبايع يدعى في ذلك زيادة والمشتري منكر ردهما اتفاقا ان جميع الثمن منقرر على المشتري بالقبض ثم الاختلاف بينهما في مقدار ما سقط عنه بالرد فالمشتري يدعى زيادة في ذلك والبائع منكر فكان القول. قوله مع يمينه ويقسم الثمن على قيمة الذي يريد رده غير معيب وعلى قيمة الميت كما أقر به البائع لان الانقسام على قيمة المبيع كما دخل في العقد وقد دخل في العقد غير معيب ولو أقاما جميعا البينة على قيمة الميت أخذت بينة البائع أيضا لانها مثبته الزيادة في المشهود به وهو قيمة الميت والمثبت للزيادة من البينتين يترجح. قال (وإذا اختلف البائع والمشتري في الثمن والسلعة قائمة في يد البائع أو المشتري فانهما يتحالفان ويتردان) استحسانا وفي القياس القول قول المشتري لانهما اتفقا على أصل البيع وادعى البائع زيادة في حقه وهو الثمن والمشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ولكن تركنا القياس بالسنة والمروى في الباب حديثان أحدهما حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) إذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول ما يقوله البائع ويترادان (والثاني) حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا اختلف المتبايعان

[30]

تحالفا وترادا فالحديث صحيح مشهور فيترك كل قياس بمقابلته وكان أبو حازم القاضي يقول ان كانت السلعة في يد البائع فالتحالف بطريق القياس لان كل واحد منهما يدعى حقا لنفسه على صاحبه فان البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري يدعى وجوب تسليم السلعة إليه عند أداء ما أقر به من الثمن فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه قياسا وان كانت في يد المشتري فالتحالف بخلاف القياس لان المشتري لا يدعى لنفسه على البائع شيئا فان المبيع مسلم إليه باتفاقهما وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع وهو قول زفر وأحد الروایتين عن أبي حنيفة لان الشرع جعل القول قول البائع وهو يقتضى الاكتفاء بيمينه وان كان لا يكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه ولان المقصود من الاستحلاف النكول وبنكوله تنقطع المنازعة بنفسه وبنكول المشتري لا تنقطع المنازعة ولكن يجبر على أداء ما ادعى من الثمن واليمين تقطع المنازعة فيبدأ بيمين من يكون نكوله أقرب إلى قطع المنازعة ثم رجع فقال يبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وأحد الروایتين عن أبي حنيفة لانه أظهرهما انكارا واليمين على المنكر ولان أول التسليمين على المشتري وهو تسليم الثمن فأول اليمينين عليه ولهذا قلنا في بيع المقايضة القاضي يبدأ بيمين أيهما شاء لانه لا يجب على أحدهما التسليم قبل صاحبه وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله بدل أو هو قائم مقام الاقرار وان حلفا جميعا معا ذكر في كتاب الدعوى ان قي القياس يكون البيع بينهما بالف درهم لان الزيادة التي ادعاها البائع انتفت بيمين المشتري وقد تصادقا على صحة

البيع بينهما فيقضى بالبيع بما وقع عليه الاتفاق من الثمن ولكننا تركنا القياس وقلنا يفسخ البيع بينهما بالسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم وبترادان والمراد رد العقد لا رد المقبوض لان ما يكون على ميزان التفاعل يقتضى وجوده من الجانبين وأحد البديلين غير مقبوض وقد بينا في السلم انه انما يفسخ العقد إذا طلب ذلك أحدهما وأيهما أقام البينة أوجب قبول بيئته أما البائع فلانه مدعى حقيقة وقد أثبت الزيادة بالبينة وأما المشتري فلانه مدعى صورة لانه يدعى العقد بالف درهم والدعوى صورة تكفى لقبول البينة كالمودع إذا ادعى رد الوديعة وأقام البينة وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع لما فيها من اثبات الزيادة. قال (وان كانت السلعة قد هلكت في يد المشتري ثم اختلفا في الثمن) فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى القول قول المشتري مع يمينه وعند محمد والشافعي رحمهما الله تعالى يتحالفان وبترادان العقد لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلفا

[31]

المتبايعان وترادا ولا يمنعا من الاستدلال لظاهر هذا الحديث الآخر من ظاهر قوله والسلعة قائمة بعينها لان ذلك مذکور على سبيل التثنية أي تحالفا وان كانت السلعة قائمة لان عند ذلك يتأتى تميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال ولا يتأتى ذلك بعد هلاك السلعة فإذا كان تحري التحالف مع امكان تميز الصادق من الكاذب فعند عدم الامكان أولى ولان التحالف عند قيام السلعة انما يصار إليه لان كل واحد منهما يدعى عقدا ينكره صاحبه فالبيع بألف غير البيع بالفين ألا ترى أن شاهدي البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن لاتقبل الشهادة والدليل عليه أنه لو انفرد كل واحد منهما بأقامة البينة وحب قبول بيئته فعرفنا أن كل واحد منهما يدعى عقدا ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهذا المعنى عند هلاك السلعة متحقق فصار كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقايضة وهلك أحد البديلين ثم اختلفا أو قبل المبيع قبل القبض ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ثم إذا حلفا فقد انتفى كل واحد من الثمنين يمين المنكر منهما فيبقى البيع بلا ثمن والبيع بغير ثمن يكون فاسدا والمقبوض بحكم عقد فاسد يجب رد عينه في حال قيامه ورد قيمته بعد هلاكه وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والبائع هو المدعى والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين فاما المشتري لا يدعى لنفسه شيئا على البائع لان المبيع مملوك له مسلم إليه باتفاقهما وهذا هو القياس حال قيام السلعة أيضا ولكننا تركناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذکور على وجه الشرط لاعلى وجه البينة لان قوله إذا اختلفا المتبايعان شرط وقوله والسلعة قائمة بعينها معطوف على الشرط فكان شرطا لان موجب الاشتراط والمخصوص من القياس بالسنة لا يلحق به الا ما كان في معناه وحال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة لان عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه يفسخ العقد فيعود إلى كل واحد منهما رأس ماله بعينه وبعد هلاك السلعة لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ الا ترى انه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وهذا لان الفسخ لايراد الا على ما ورد عليه العقد والمعقود عليه فات لا إلى بدل فان القيمة قبل الفسخ لا تكون واجبة على المشتري والفسخ على غير

محله لا يتأتى بخلاف بيع المقابضة فان أحد العوضين هناك قائم وهو معقود عليه ولهذا جاز

[32]

الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وكذلك إذا قبل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في إمكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه ولا معنى لقوله ان كل واحد منهما يدعى عقداً آخر فان العقد لا يختلف باختلاف الثمن ألا تر ان الوكيل بالبيع بالف يبيع بالفين وان البيع بالف قد يصير بالفين بالزيادة في الثمن والبيع بالفين يصير بالف عند خط بعض الثمن واختلاف الشاهدين في مقدار الثمن انما يمنع قبول الشاهدة لا لاختلاف العقد بل لان المدعي يكذب أحدهما وقبوله بينة المشتري عند الانفراد لانه مدعي صورة لا معنى وذلك يكفي لقبول بينته ولكن لا يتوجه به اليمين على خصمه كالمودعي يدعى رد الوديعة فلا يتوجه اليمين على خصمه وان كانت بينته تقبل عليه والدليل عليه ان المشتري لو كان جارية حل للمشتري وطؤها ولو كان الاختلاف في الثمن موجبا لاختلاف العقد لما حل له وطؤها كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة ولهذا تبطل دعوى الفساد وهو قوله انهما إذا حلفا يبقى العقد بلا ثمن لانه لو كان هكذا لما حل له وطؤها ولان القاضي انما يفسخ البيع عند طلب أحدهما وما لم يفسخ حل للمشتري وطؤها ولو فسد البيع بالتحالف لما حل له وطؤها ولما تأخر حكم الفسخ إلى طلب أحدهما والحديث المطلق فيه ما يدل على قيام السلعة وهو لفظ التراد لانه ان كان المراد رد المأخوذ حسا وحقيقة فذلك يتأتى عند قيام السلعة وان كان المراد العقد فقد بينا أن الفسخ انما يتأتى عند قيام السلعة مع ان المطلق والمقيد في حادثة واحدة في حكم واحد إذا ورد فالمطلق محمول على المقيد. قال (وان كان البائع قد مات واختلفت ورثة مع المشتري في الثمن فالقول قوله ورثة البائع) ان كان المبيع في أيديهم ويجرى التحالف بالاتفاق استحسانا لانهم قائمون مقام البائع حتى يطالبون بالثمن ويطالبون بتسليم المبيع وذلك بحكم العقد فإذا ثبت في حقهم عرفنا أنهم صاروا كالبائع وان كان المشتري قد قبض المبيع فالقول قوله مع يمينه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يتحالفان ويتردان وكذلك ان مات المشتري وبقي البائع فان كانت السلعة لم تقبض جرى التحالف استحسانا لان ورثة المشتري قاموا مقامه في وثوق العقد فانه يثبت لهم حق المطالبة بتسليم المبيع وان كانت السلعة مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله القول قول ورثة المشتري وعند محمد يتحالفان ويتردان وكذلك إذا ماتا جميعا ثم وقع الاختلاف بين الورثة في الثمن فان كانت السلعة

[33]

مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يتحالفان وعند محمد يتحالفان وان لم تكن مقبوضة يتحالفان بالاجماع وهذا بناء على الفصل الاول فان الوارث يخلف الميت كما أن القيمة تخلف العين فكما أثبت محمد

رحمه الله حكم التحالف والفسخ عند هلاك السلعة باعتبار ما يخلفها وهي القيمة فكذلك أثبت حكم التحالف عند موت العاقد باعتبار ما يخلفه وهو الوارث إذا كانت السلعة قائمة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فرقا في الاصل بين هلاك السلعة قبل القبض إلى ما يخلفها وهو القيمة بان قتل قبل القبض ثم اختلفا في الثمن وبين هلاكها بعد القبض في حكم التحالف فكذلك في موت العاقد فرقا بين ما قبل القبض وبين ما بعده لان هذا حكم ثبت بخلاف القياس بالنص وصاحب الشرع اعتبر اختلاف المتبايعين وقيام السلعة فقبل القبض وارث البائع في معنى البائع حكما لانه مطالب بتسليم السلعة فيمكن اثبات حكم التحالف فيه بالنص فاما بعد القبض وارث البائع ليس ببائع حقيقة ولا حكما فلم يكن هذا في معنى المنصوص عليه فيؤخذ فيه بالقياس وكذلك وارث المشتري على هذا ولا يقال الوارث يقوم مقام المورث في الاقالة والرد بالعيب فكذلك في الفسخ بالتحالف لان صحة ذلك منه باعتبار الخلافة في الملك لافي العقد ألا ترى ان الموكل يملك الاقالة والرد بالعيب باعتبار الملك وان لم يكن هو عاقدا حقيقة ولا حكما. قال (وان كانت السلعة في يد المشتري وقد ازدادت خيرا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رحمهما الله تعالى يتحالفان فيفسخ العقد على العين لان الزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات عند محمد ولهذا قال لا يمنع بنصف الصداق في الطلاق وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة تمنع الفسخ كما تمنع بنصف الصداق عندهما وإذا تعذر الفسخ امتنع التحالف لانه لا يفسخ العقد الا فيما ورد عليه العقد والزيادة الحادثة بعد القبض لم يرد عليها العقد ولا القبض المستحق بالعقد فلا يمكن فسخ العقد فيها فيمتنع الفسخ في الاصل لاجلها كالموهوبة إذا زات في بديها خير لا يملك الواهب الرجوع فيها بعد ذلك لهذا المعنى انه تعذر فسخ العقد عليه بهلاكه العبد في الزيادة فيتعذر في الاصل لان الزيادة لا تنفصل عن الاصل وعند محمد تعذر الفسخ في جميع المعقود عليه بهلاكه لا يمنع التحالف ففي البعض أولي وقد ذكر في المأذون أنهما لو تبايعا عند الجارية وقبض الجارية وازدادت في بدنها ثم هلك العبد قبل القبض أو وجد به المشتري عيبا فرده فانه يسترد الجارية بزيادتها فهو

[34]

دليل محمد في ان الزيادة المتصلة لا تمنع الفسخ عن العين وقيل هو قول محمد خاصة وبعد التسليم الفرق بينهما ان هناك سبب الفسخ قد تقرر وهو هلاك العين قبل القبض أو رده بالعيب ويتقرر السبب يثبت الحكم ضرورة في محله وهو أصل الجارية ومن ضرورة ثبوت حكم الفسخ فيها ثبوته في الزيادة لان الزيادة المتصلة بيع محض وثبوت الحكم في البيع بثبوته في الاصل وهنا سبب الفسخ التحالف ولم يتقرر لما بينا ان هذا ليس في معنى المنصوص من كل وجه فيمتنع التحالف بطريق القياس فيه ومن ضرورته أن يجعل القول قول المشتري مع يمينه. قال (وان كانت الزيادة المتصلة غير متولدة في الاصل كالصنع في الثوب والسمن في السوق) فكذلك الجواب في حكم التحالف إنه على الاختلاف الا أن عند محمد يفسخ العقد على القيمة هنا أو المثل لان هذه الزيادة ليست من عين المعقود عليه فلا يثبت فيها حكم العقد. قال (وان كانت الزيادة منفصلة فإن كانت متولدة من العين كالجارية إذا ولدت أو جنى عليها فأخذ المشتري أرشها فحكم التحالف على الاختلاف الذي قلنا) إلا ان عند محمد

يفسخ العقد على القيمة لان الزيادة المنفصلة المتولدة من العين تمنع الفسخ بالرد في العيب عنده فكذلك بالتحالف فتكون الجارية كالهالكة وعند الشافعي رضى الله عنه الزيادة المنفصلة لا تمنع الرد بالعيب فلا تمنع فسخ العقد على العين بالتحالف ولكنها ترد ويسلم الولد للمشتري وان كانت الزيادة المنفصلة غير متولدة كالكسب والعلة فانها لا تمنع التحالف وفسخ العقد على العين بالاتفاق كما لا يمنع الفسخ بالاقالة والرد بالعيب وان انتقصت السلعة عند المشتري بعيب دخلها فالقول قول المشتري ايضا لا ان يرضى البائع ان يأخذها ناقصة في قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى لان حدوث العيب في يد المشتري يمنع الرد بالعيب والاقالة الا ان يرضى به البائع فكذلك البيع انفسخ بالتحالف وعند محمد يتحالفان ثم يفسخ العقد على الغير ان رضى به البائع وان ابي فعلى المشتري رد القيمة كما لو كانت هالكة. قال (وان اختلفا في الثمن وقد خرجت السلعة من ملك المشتري فهو على الخلاف) الذي بينا فيما إذا هلكت السلعة وكذلك ان كانت قد رجعت إليه لوجه غير الذي خرجت به من يده لان هذا ملك حادث فاختلفت أسباب الملك كاختلاف الاعيان فكما لا يجرى التحالف باعتبار رجوع عين آخر إليه فكذلك باعتبار رجوع هذه العين بسبب مستقل. قال (وان كان البائع باعها من رجلين فباع أحدهما نصيبه من شريكه ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري) الذي باع نصيبه لزوال ملكه

[35]

المستفاد من جهة البائع ويجعل في حقه كأنهما باعا ويتحالفان على حصة الآخر لقيام ملكه في النصف الذي استفاده من جهة البائع وقيل هذا قول ابي يوسف فاما عند ابي حنيفة لا يجرى التحالف الا ان يرضى البائع لان أصله ان تعذر الرد في نصيب أحدهما يمنع الفسخ في نصيب الآخر بسبب العيب أو الخيار على ما نبينه في باب ان شاء الله تعالى فيكون القول قولهما في الكل الا ان يرضى البائع به فحينئذ يتحالفان على حصة الآخر وعند محمد التحالف يجرى في الكل ثم في حصة الذي باع يفسخ العقد على القيمة وفي حصة الذي لم يبع يفسخ العقد على العين. قال (وإذا اختلفا البائع والمشتري في الاجل فالقول قول البائع ولا يتحالفان) عندنا و (قال) زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يتحالفان لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل أنقص من الحال في المالية ولكننا نقول اختلفا في مدة ملحقه بالعقد شرطا فيكون القول قول من ينكرها ولا يجرى التحالف كما لو اختلفا في خيار الشرط وهذا لان حكم التحالف عرف بالنص وانما ورد النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ما يتم به العقد فلم يكن في معنى المنصوص فأخذنا فيه بالقياس وجعلنا القول قول البائع سواء أنكر زيادة الاجل أو أنكر أصل الاجل وفرق بين هذا وبين الاجل في باب السلم فان هناك القول قول من يدعى الاجل عند ابي حنيفة وهنا القول قول من ينكر الاجل من قبل ان هناك الاجل من شرائط صحة العقد فاقراره بالعقد اقرار به وبما هو من شرائط العقد فإذا أنكر الاجل بعد ذلك فقد رجع عن الاقرار بعد ما أقر به فلا يصدق فأما هنا الاجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته لان العقد يقتضى أيضا الثمن والمعقود عليه في المجلس فالمشتري يدعى عليه التأخير وهو منكر فكان القول قول المنكر. قال (وان اتفقا على الاجل واختلفا في نصيبه فالقول قول المشتري) لان الاجل حقه وهو منكر استيفاء حقه. قال (وان قال البائع بعثك هذه الجارية بمائة دينار وقال

المشترى بعثنيها مع هذا الوصيف بخمسين ديناراً وأقاما البينة فهما جميعاً للمشترى) بمائة دينار وتقبل البينتان جميعاً ويقضى بالعقدين لأن كل واحد منهما يثبت زيادة في حقه فبينة كل واحد منهما على ما أثبت من الزيادة في حقه مقبولة وقيل هذا قول أبي حنيفة الآخر فأما في قوله الأول وهو قول زفر يقضي بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين ديناراً إذا استوت قيمتهما وقد قررنا هذا في نظير هذه المسألة في شرح الاجارات. قال (ولو قال البائع بعثك هذه الجارية لعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها

[36]

منك بمائة دينار وأقاما البينة لزمه البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون المشتري) لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ولأنه يثبت بينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبيئات للاثبات لا للنفي. قال (وإذا اشترى عبداً بثوبين وتقايبضاً ثم استحق العبد أو وجد به عيباً فرده وقد هلك أحد الثوبين فإنه يأخذ الباقي وقيمة الهالك) لأن العقد انفسخ باستحقاق العبد أو رده بالعيب فعلى قابض الثوبين ردهما لأنه قبضهما بحكم العقد وهو في القائم فيهما القادر على رد العين وفي الهالك عاجز عن رد العين فيلزمه رد قيمته وكذلك لو هلكا فعليه رد قيمتهما لأنه تعذر رد العين مع تقرر السبب الموجب للرد فتجب القيمة كالمغصوب والقول في القيمة قول الذي كانا في يديه لأن القيمة دين في ذمته فالقول في بيان مقداره قوله. قال (ولو كان الثمن جارية فولدت من غير السيد ثم استحق العبد كان لصاحب الجارية أن يأخذها وولدها) لأن باستحقاق العبد يبطل العقد من الأصل فتكون الجارية في يد القابض بمنزلة المقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بزوائدها وإن كان قد دخلها عيب ينقصها أخذ مع النقصان أيضاً كما في المشتراة شراء فاسداً وهذا لأنها مضمونة بالقبض والأوصاف تضمن بالتناول. قال (ولو كان الذي الجارية في يده أعتقها نفذ عتقه فيها) لأنها مملوكة له فإن بدل المستحق مملوك عند القبض بمنزلة المشتراة شراء فاسداً وعليه رد قيمتها مع الولد إن كانت ولدت قبل العتق لتعذر رد عينها بنفوذ العتق فيها. قال (ولو وجد العبد حراً كان عتق البائع في الجارية باطلاً لأن بدل الحر لا يملك بالعقد) فإن الحر ليس بمال والبيع مبادلة مال بمال فعند انعدام المالية في أحد البديلين لا ينعقد البيع أصلاً وبدون انعقاد البيع لا يثبت الملك بالقبض كما في المشتراة بميتة أو دم. قال (ولو اشترى العبد بثوبين وقبض العبد ثم هلك الثوبان قبل أن يقبضهما فعليه رد العبد) لفساد العقد بفوات القبض المستحق بالعقد فإن أعتقه أو باعه قبل هلاك الثوبين أو بعده قبل أن يقضى القاضي بينهما بشئ فهو جائز لأنه أعتق ملكه أما قبل هلاك الثوبين فلا اشكال وبعد هلاكهما وإن فسد العقد فقد بقى الملك بقاء القبض لأن فساد العقد لا يمنع ثبوت الملك بالقبض ابتداءً فلا يمنع بقاءه بطريق الأولى ثم عليه قيمته لتعذر رد العين بعدما فسد السبب فيه ولو تقايبضاً ثم استحق أحد الثوبين فقال الذي كان عنده الثوبان استحق أعلاهما ثمناً وقال الذي باعهما بل استحق أرخصهما ثمناً فالقول قول المشتري في الثوبين مع يمينه لأنهما تصادقا

[37]

على انه لم يسلم لبائع الثوبين جميع العبد حين استحق أحد الثوبين وانما الاختلاف بينهما في مقدار ما يثبت لبائع الثوبين من العبد وهو يدعى زيادة في ذلك فعليه أن يثبتها بالبينة وان لم يكن لهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه. قال (وان قال البائع بعث منك هذا العبد الذي في يدي بألف درهم وقال المشتري بل هذه الجارية بخمسين دينارا فهنا كل واحد منهما مدعى ومنكر حقيقة) لانه يدعى كل واحد منهما العقد في عين آخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وان أقاما البينة قضى بالبائع فيهما جميعا بألف وخمسين دينارا وقد بينا هذا في باب السلم وان قال المشتري ابتعت منك هذا العبد الذي في يدي بألف درهم ونفدت الثمن وقال البائع ما بعثك هذا العبد انما بعثك جارية بهذه الالف وقبضت الثمن ودفعتها اليك فكل واحد منهما يحلف على دعوى صاحبه فان حلف البائع رد عليه العبد لان العقد قد انتفى بيمينه فيه وقد أقر ذو اليد انه كان مملوكا له في الاصل وإذا حلف الذي كان في يديه العبد ما اشترى الجارية فعلى بائعها رد الالف عليه وان قامت لهما بينة قضى بالبئتين وعلى المشتري أداء ألف أخرى. قال (رجل اشترى عدل زطى وأقر انه زطى ولم يره وقبضه ثم جاء بعد ذلك يردده فقال وجدته كرابيس لم يصدق والثمن له لازم) لانه مناقض في دعواه والمناقض لا قول له ولان بسبب خيار الرؤية انما يتمكن من الفسخ إذا حضر المعقود عليه والذي أحضره كرابيس والمعقود عليه زطى يزعمه فلا يتمكن من فسخ العقد على غير المعقود عليه بخيار الرؤية وان قال لأدرى أزطى هو ام لا ولكني أخذته على قولك فانظر ثم جاء يردده فقال وجدته كرابيس كان مصدقا في ذلك مع يمينه لان المشتري ينفرد بفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط وإذا انفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط بقي المقبوض في يده ملك البائع فالقول قوله في تعيينه ضامنا كان أو أمينا وهذا لانه غير مناقض في كلامه هنا بل منكر لقبض الزطى فالقول قوله مع يمينه وفي الاول هو مناقض في كلامه لانه أقر بقبض المعقود عليه وهو الزطى فلا يقبل منه قوله بخلاف قوله ذلك. قال (ولو اشترى ثوبا فقال البائع هو هروى وقال المشتري لأدرى وقد رآه ولكني أخذته على ما يقول ثم جاء يردده وقال وجدته يهوديا لم يصدق) لانه كان قد رأى المعقود عليه فليس له فيه خيار الرؤية بعد ذلك بقى دعواه حق الرد لنفسه على البائع في هذه العين والبائع منكر لذلك فلا يقبل قوله كما ادعى المشتري العيب بالمعقود عليه الا بحجة. قال (وإذا نظر إلى العدل مطوبا ولم ينشره ثم اشتراه فليس له أن يردده الا بعيب) لانه

[38]

قد رأى طرفا من كل ثوب ورؤية جزء من المعقود عليه كرؤية الكل في اسقاط خيار الرؤية الا أن يكون في طى الثوب ما هو مقصود كالطراز والعلم فحينئذ لا يسقط خياره ما لم ير ذلك الموضع لان مالية المعقود عليه تختلف باختلاف المقصود والمقصود بالرؤية العلم بمقدار المالية. قال (وإذا اشترى خادمة على أنها خراسانية فوجدها سندية كان له أن يرددها فهذا بمنزلة هذا العيب فيها) لان العيب جنس واحد لاتحاد الاصل وتقارب المقصود الا أن الخراسانيات أكثر مالية من السنديات فانما فات زيادة صفة مشروطة وذلك بمنزلة العيب في اثبات حق الرد كما لو اشترى عبدا على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسن ذلك العمل والله أعلم بالصواب. (باب الخيار في البيع) (قال) رحمه الله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شاة محفلة فهو يؤخر النظرين ثلاثة أيام) وفي رواية بخير النظرين ففيه دليل جواز اشتراط الخيار في البيع

والمراد خيار الشرط ولهذا قدره بثلاثة أيام وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي إلى شرط الخيار والمحفلة التي اجتمع اللين في ضرعها والمحفل هو المجمع واجتماع اللينين في ضرعها قد يكون لغزارة اللين وقد يكون بتحصيل البائع بان يسد ضرعها حتى يجتمع اللين في ضرعها فلا يتبين أحدهما عن الآخر للمشتري الا بالنظر مدة وذلك ثلاثة أيام لانه إذا حلبها في اليوم الاول لا يتبين له شئ وكذلك في اليوم الثاني فلعل النقصان تعارض فإذا حلبها في اليوم الثالث وكان مثل اليوم الثاني علم أن لبنها هذا القدر وأن الزيادة في اليوم الاول كان للتحفيل فيحتاج إلى أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام حتى يدفع الغرور به عن نفسه فجوز له الشرع ذلك وجعله يؤخر النظرين ثلاثة أيام وأما إذا اشتراها بغير شرط خيار فليس له أن يردّها بسبب التحفيل عندنا و (قال) الشافعي رحمه الله له أن يردّها ويرد معها صاعاً من تمر لاجل اللين وكذلك لو اشترى ناقة فوجدها مصراً وهي التي سد البائع ضرعها حتى اجتمع اللين فيه فصار ضرعها كالصراة وهي (الحوض) فليس له أن يردّها والتصيرية ليست بعيب عندنا و (قال) الشافعي رحمه الله له أن يردّها بسبب التصيرية والتحفيل وكذلك لو سود أنامل العبد حتى ظنه المشتري كاتباً أو ألبسه ثياب الخبازين حتى ظنه خبازاً وعن أبي يوسف في الشاة المحفلة أخذ بالحديث وأقول يردّها وفيما سوى ذلك أخذنا بالقياس واستدل الشافعي بالحديث وهو

[39]

حديث صحيح مشهور وعن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) من اشترى شاة محفلة فهو يؤخر النظرين إلى ثلاثة أيام ان رضىها أمسكها وان سخطها ردها ورد معها صاعاً من تمر وبعد ما صح الحديث فكل قياس متروك بمقابلته مع أن الحديث موافق للأصول لانه أثبت الخيار لغرور كان من البائع والتدليس والغرور يثبت للمشتري حق الرجوع كما لو اشترى صبرة حنطة فوجد في وسطها دكاناً أو اشترى قفة من الثمار فوجد في أسفلها حشيشاً ثم ذكر الايام الثلاثة ليس للتوقيت في خيار العيب بل لبيان المدة التي يظهر فيها العيب وأما رد التمر لمكان اللين فلان ما كان موجوداً عند العقد من اللين قد أتلفه المشتري أو فسد في يده ولا يعلم مقداره ليرد مثله فأمره برد التمر مكانه للتحرز عن الربا فالقوت فيهم كان هو التمر واللبن فهذا أقام أحدهما مقام الآخر وأكثر ما فيه ان هذا مخالف للقياس فيجعل كالمسكوت عنه فيبقى أول الحديث معمولاً به واختلف أصحاب الشافعي فيما إذا سقى الدابة وعلفها حتى ظنها المشتري حاملاً فمنهم من يقول له حق الرد إذا تبين أنها ليست بحامل للتدليس والغرور ومنهم من يقول ليس له حق الرد هنا لان اكتساب سبب هذا الغرور يجعل كالشرط فيما يجوز اشتراطه وشرط الحبل في بيع الدابة لا يجوز فلا يجعل ذلك كالمشروط وأما شرط كون الناقة لبونا والعبد كاتباً أو خبازاً يجوز فيجعل البائع انما اكتسب من السبب كالشارط ذلك للمشتري وحثنا في ذلك ان مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع وبقوله اللين لا تنعدم صفة السلامة لان اللين ثمرة وبعدها لا تنعدم صفة السلامة فبقولنا أولى وإذا ثبت صفة السلامة انتفى العيب ضرورة ولايجوز أن يثبت الخيار للغرور لان المشتري معتبر لا مغرور فان ظنها عزيزة اللين بالبناء على شئ مثبتة فان انتفخ الصرع قد يكون بكثرة اللين في الصرع وقد يكون بالتحفيل وعلى ما ظهر من عادات الناس احتمال التحفيل فيه أظهر فيكون هو معتبراً في تباطئه على المحتمل والمحمّل لا يكون حجة وقد كان متمكناً من أن يسأل البائع ليبنى على النص الذي سمع منه فحين لم يفعل

كان مغترا ولئن كان مغرورا فلا يمكن أن يجعل هذا الشرط غزارة اللبن عندنا لان اشتراط ذلك مفسد للبيع كشرط الحمل فاكثرا ما في الباب أن يجعل ذلك بمنزلة جبر يجبره البائع أنها عزيزة اللبن من غير أن يجعل ذلك مشروطا في العقد والغرور بالخبر لا يثبت حق الرجوع على الغار كمن أخبر انسانا بأمن الطريق فسلكها فأخذ اللصوص متاعه وانما

[40]

يثبت للمغرور حق الرجوع إذا كان مشروطا في عقد الضمان ولم يوجد ذلك بخلاف الصبرة فقد شرط له أن جميع الصبرة حنطة وان جميع ما في القفة عنب فإذا وجده بخلاف ما شرط كان له حق الرد لذلك فأما الحديث (قلنا) من مذهبنا انه انما يقبل من أحاديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه ما لا يخالف القياس فأما ما خالف القياس الصحيح فالقياس مقدم عليه لانه ظهر تساهله في باب الرواية وقد رد ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بعض رواياته بالقياس نحو حديث الوضوء من حمل الجنارة فقال أيلزمتنا الوضوء عن حمل عيدان يابسة ونحو الوضوء مما مسته النار حيث (قال) لو توضأت بما سخن كنت أتوضأ منه وهذا الحديث مخالف للكتاب والسنة والاصول من وجوه (أحدهما) ان ضمان المتلفات يتقدر بالمثل بالكتاب والسنة وفيما لا مثل له بالقيمة فان كان اللبن من ذوات الامثال فالواجب المثل والقول قول من عليه في بيان المقدار وان لم يكن من ذوات الامثال فالواجب هو القيمة فأما ايجاب التمر مكان اللبن مخالف لما ثبت بالكتاب والسنة وفيه تسوية بين قليل اللبن وكثيره فيما يجب مكانه وهذا مخالف للاصول لان الاصل انه إذا قل المتلف قل الضمان وإذا كثر المتلف كثر الضمان وهنا الواجب صاع من التمر قل اللبن أو كثر وهو مخالف للاصول من وجه آخر من حيث ان فيه توقيت خيار العيب فوجب رده لذلك ثم يحمله عن تأويل وان بعد للتحرز عن الرد فنقول يحتمل انه اشتراها على أنها عزيزة اللبن فكان العقد فاسدا بالشرط فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بردها مع ما حلب من لبنها لان المشتراة شراء فاسدا ترد بزوائدها وقد كان المشتري أكل اللبن فدعاهما إلى الصلح ورد مكان اللبن صاعا من تمر بطريق الصلح فظن الراوى أنه ألزمه ذلك وقد يقع مثل هذا لمن قل فهمه من الرواة ولهذا لم يرو الحديث أحد من كبار الصحابة المشهورين بالفقه رضوان الله تعالى عليهم. قال (وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل رجلا من الانصار بالخيار في كل بيع يشتريه بثلاثة أيام) واسم هذا الرجل حيان ابن منقذ وأبوه منقذ بن عمر فالاختلاف في اسمه روى الحديث باللفظ الذي ذكرنا وقد كان يعين في البياعات لمأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بايعت فقل لا خلا به ولى الخيار ثلاثة أيام وكان ألتغ باللام فكان يقول لا حزابه ففي الحديث دليل جواز البيع مع شرط الخيار والقياس يأبى ذلك لان شرط الخيار تعلق العقد وعقود المعاوضات لا تحتل التعليق

[41]

ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك ولكننا نقول تركنا هذا القياس للحديث ولحاجة الناس إلى ذلك * فالبيع عقد معاينة والمقصود به

الاسترباح ولا يمكنه تحصيل ذلك الا أن يرى النظر فيه ويريه بعض أصدقائه
ليحتاج لاجل ذلك إلى شرط الخيار فإذا كان يجوز بعض العقود لحاجة الناس
كالاتجار ونحوها فشرط الخيار في العقد أولى ثم أصل العقد لا يتعلق
بالشرط لان الخيار صفة في العقد يقال بيع بات وبيع بخيار وبالصفة لا
يتعلق أصل الموصوف وانما يدخل الخيار في الحكم فيجعله في معنى
المعلق بالشرط لان الشرط لا يخلو السبب عن الحكم الا ان يتصل الحكم به
فقد يجوز أن يتأخر الحكم عنه لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط
الاجل ثم خيار الشرط يتقدر بثلاثة أيام وما دونها ولا يجوز اكثر من ذلك في
قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقد (قال) أبو يوسف ومحمد
رحمهما الله تعالى وابن أبي ليلا يجوز إذا كانت المدة معلومة طالوت أو
قصرت لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فإذا شرط
الخيار شهرا وجب الوفاء به لطاهر الحديث وعن عمر رضى الله تعالى عنه
انه أجاز الخيار لرجل في ناقة شهرين والمعنى فيه أن هذا مدة ملحقه
بالعقد شرطا فلا تتقدر بالثلث كالأجل وهذا لان ما زاد على الثلث كالثالث
في المعنى الذي لاجله جوزنا شرط الخيار ثم يعتبر هذا الخيار بخيار العيب
والرؤية أو بنفس هذا العقد على عقد الكفالة فكما يجوز اشتراط الخيار
هناك أكثر من ثلاثة أيام فكذلك يجوز هنا وأبو حنيفة استدل بالحديث فان
النبي صلى الله عليه وسلم قدر الخيار بثلاثة أيام والتقدير الشرعي إما أن
يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا التقدير ليس لمنع
النقصان فاشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فعرفنا أنه لمنع الزيادة إذ لو
تمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة وما نص عليه صاحب الشرع من
التقدير لا يجوز إخلاؤه عن الفائدة لانه ما كان بحارق في بيان الاحكام ثم
بسبب اشتراط الخيار يتمكن معنى الغرر ويزيادة المدة يزداد الغرر وقد
كان القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار في البيع أصلا وهو قياس بسده
الاثر لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر الا أنا تركنا القياس في
مدة الثلاثة لو رود الاثر فيه وجواز العقد مع القليل من الغرر لا يدل على
الجواز عند كثرة الغرر وبه فارق الطفالة لانها تحتمل الغرر والخطر ألا ترى
انه يجوز تعليق أصل الطفالة بان يقول مالك على فلان فهو علي وبه فارق
خيار العيب والرؤية لانه لا يتمكن الغرر بسببه وفي حديث عمر

[42]

رضى الله تعالى عنه أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل
المراد خيار الرؤية والعيب وأنه أجاز الرؤية بعد الشهرين وكما أن النبي
صلى الله عليه وسلم (قال) المسلمون عند شروطهم فقد (قال) أيضا كل
شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ثم جواز شرط الخيار لحاجة
وهذه الحاجة ترفع بثلاثة أيام ففيما رآه حاجة وان شرط الخيار أربعة أيام
فسد البيع في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى فان أسقط من له
الخيار خياره قبل مجئ اليوم الرابع صح العقد. عند أبي حنيفة ولم يصح عند
زفر وهو بناء على ما بينا من الشراء بثمن إلى الحصاد وهذا لان شرط
الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد وصل الخيار في اليوم الرابع بالايام
الثلاثة وهو يعرض الفصل الخيار في اليوم الرابع بالايام الثلاثة وهو يعرض
الفصل قبل مجئ اليوم الرابع فإذا فصل بالاسقاط صار كأن لم يكن فأما
إذا جاء اليوم الرابع قبل اسقاط الخيار فقد تقرر المفسد باتصال جزء من
اليوم الرابع بالايام الثلاثة على وجه لا يقبل الفصل لان عمل الاسقاط
فيما بقى لافيما مضى فلهذا يتقرر الفساد به. قال (وان كان الخيار
للمشتري ثلاثة أيام فمات قبل أن يختار فقد انقطع خياره ولزم البيع)

وكذلك ان كان الخيار للبائع فمات البائع أو كان الخيار لهما جميعا فماتا فقد لزم البيع وأجمعوا انه إذا مات من عليه الخيار فان الخيار باق ولا يورث خيار الشرط عندنا و (قال) الشافعي يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه في التصرف بحكم الخيار لان هذا حق لازم ثبت في عقد بيع فيخلف الوارث فيه المورث كما في ملك المبيع والتمن وحق الكفالة والرهن بخلاف خيار القبول فانه غير لازم ولا ثابت في بيع منعقد وبخلاف الاجل فانه ليس بثابت في البيع ولكنه صفة الدين ثم الارث فيما ينتفع به الوارث أو المورث ولا منفعة لواحد منهما في ابقاء الاجل فان ذمة الميت مرتبهة بالدين ما لم يقض عنه فلا تبسط يد الوارث في التركة لقيام الدين على المورث فأما في توريث الخيار فيه منفعة للوارث وللمورث جميعا فان الضرر والعين يدفع به وربما يقولون هذا خيار ثابت في عين مبيعة فيخلف الوارث المورث فيه كخيار العيب ولان البديل الذي من جانب من له الخيار يبقى على ملكه ما بقى خياره والوارث يخالف المورث فيما كان مملوكا له فإذا كان الملك باقيا للبائع في المبيع إلى وقت موته انتقل إلى وارثه ولا يبطل العقد بهذا الانتقال فمن ضرورة انتقال الملك إلى الوارث مع بقاء العقد انتقال الخيار إليه ليقوم الوارث مقام المورث في التصرف بحكمه وحثنا ما (قال) في الكتاب أن البيع منعقد مع الخيار وقد كان الخيار مشيئته

[43]

في رده ولا يتحول بالموت مشيئته إلى غيره لان ارادته ومشيئته صفة فلا يحتمل الانتقال منه إلى غيره وانما يورث ما يحتمل الانتقال إلى الوارث فأما ما لا يحتمل الانتقال إلى الوارث لا يورث كملكه في منكوحته وأم ولده وكذلك العقد لا ينتقل إلى الوارث لانه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى ولا يتصور انتقاله إلى الوارث وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث في الملك لا في العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة * ألا ترى أن اقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقده هو الوكيل دون الموكل وانما يخلفه في الملك الباقي بعد موته ولما انقطع خياره بالموت صارت العين مملوكة للمشتري ووارث البائع لا يخلفه في ملك العين وهذا لان البيع سبب موجب للملك والخيار مانع فإذا سقط صار كأن لم يكن ولهذا ملك المشتري المعقود عليه بزوائده المتصلة والمنفصلة فأما خيار العيب لا يقول بانه يورث ولكن سبب لخيار يتقرر في حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك جزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فإذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء * ألا ترى أن الخيار قد يثبت ابتداء للوارث وان لم يكن ثابتا للمورث بأن يتغيب المبيع في يد البائع بعد موت المشتري قبل أن يقبضه الوارث بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث ولا يمكن التوريث له فيه ولان المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه لان الخيار يشترط للفسخ لا للاجازة وهو مالك للفسخ في حق نفسه بدون شرط الخيار فانما يشترط الخيار ليفسخ العقد في حق صاحبه والمسلط على التصرف في حق الغير لا يقوم وارثه مقامه بعد موته كالوكيل بالبيع إذا مات بخلاف خيار العيب فالمقصود هناك ليس هو الفسخ ولكن المطالبة بتسليم ما هو المستحق بالعقد حتى إذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة البيع من الثمن والوارث يخلف المورث فيما هو مال ولان هذه مدة ملحقة بالعقد شرطا فلا تبقى بعد موت من هي له كالاجل فانه حق

لمن عليه الدين قبل من له الدين فيبطل لموته ولا معنى لقوله بأن الاجل صفة الدين لان الدين حق المطالب والاجل حق المطلوب فكيف يكون صفة للدين وفي ابقاء الاجل فائدة فربما لا يكون في تركته ما يديه ثم يصير عند حلول الاجل فيها وفاء بالدين يتم بغير السعر أو يتصرف الوارث في التركة لانه انما لا يبسط في التركة يده إذا حل الاجل فاما إذا بقى الاجل قام الوارث مقام المورث في

[44]

التصرف في التركة ومع هذا لم يبق الاجل فكذلك الخيار وكذلك إذا سكت من له الخيار حتى مضت الثلاثة أو ذهب عقله أو أغمى عليه أو ارتد فقتل أو مات لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار وقد تقرر ذلك بمضي المدة فلم البيع وهذا لان الخيار المؤقت لا يبقى بعد مضي الوقت والبيع في الاصل لازم وانما الخيار كان مانعا من اللزوم فبأى وجه سقط صار كأن لم يكن. قال (وان كان الخيار للمشتري فهلكت السلعة في يده لزمه الثمن وانقطع الخيار) لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار حين أشرفت السلعة على الهلاك فانها قد تعينت بذلك وليس له أن يردّها بحكم الخيار الا كما قبضها فإذا عجز عن ذلك سقط خياره وتم البيع وتقرر عليه الثمن لكونه قابضا للمبيع وكذلك ان أصاب السلعة عيب عنده بفعله أو بفعل أجنبي أو بأفة سماوية أو بفعل المبيع بنفسه لانه عجز عن رده كما قبض بأى وجه تغيب عنده يسقط خياره وكذلك ان كانت جارية فوطئها لان الوطئ لا يحل الا في ملك مستقر فاقدامه على وطئها من أدل الدلائل على الرضا باستقرار ملكه فيها وذلك لا يكون الا بعد سقوط الخيار وكذلك ان عرضها البيع لانه انما يعرضها على للبيع لبيعها والبيع تصرف منه بحكم الملك ولا يكون ذلك الا بعد اسقاط الخيار ورضاه يقرر ملكه فيها وكذلك لو قال * قد رضيتها لانه بالرضى يسقط حقه في الرد ولا يلزم البائع شئ فالمبيع لازم في جانب البائع وهو راض بتمامه ولو لم يكن شئ من ذلك ولكنه اختار ردها على البائع بغير محضر منه فليس ذلك بشئ وله أن يرضى بعد ذلك ما لم يعلم البائع بفسخه في الايام الثلاثة فان علم بعد ذلك تم الفسخ وليس للمشتري أن يرضى به بعد ذلك وان لم يعلم بفسخه حتى مضت الايام الثلاثة بطل ذلك الفسخ وتم البيع في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجح فقال رده جائز بغير محضر من البائع وبغير علمه لان تصرفه يلقى خالص حقه فيكون نافذا كالزوج إذا طلق امرأته ثم راجعها بغير علمها والمعتقة إذا اختارت نفسها بغير علم الزوج كان اختيارها صحيحا وبيان الوصف ان الخيار خالص حق من له الخيار ولهذا لا يشترط رضا الآخر في تصرف من له الخيار بحكم الخيار فكذلك لا يشترط حضوره واعتبر الفسخ بالاجازة وتقرير كلامه من وجهين (أحدهما) أن المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه والمسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من المسلط كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل (والثاني) أن الخيار شرط ليدفع به الضرر عن نفسه فلو لم يكن متمكنا من الفسخ بغير

[45]

محضر من صاحبه يفوت مقصوده لان الآخر يخفى شخصه حتى تمضى مدة الخيار فيلزمه العقد شاء أو أبى ولهذا سقط اعتبار رضاه فكذلك يسقط اعتبار حضوره وهذا بخلاف خيار العيب فانه غير موقت فلو شرطنا حضور البائع فيه للفسخ لا يتضرر به المشتري من حيث سقوط خياره بمضى المدة ثم هناك المشتري غير مسلط على الفسخ وانما له حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت فإذا تحقق عجز البائع عنه تمكن من الفسخ فلا يتحقق عجزه الا بمحضر منه وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى (قالا) انه بالفسخ يلزم غيره حقا فلا يبطل تصرفه في حق ذلك الغير ما لم يعلم به كالموكل إذا عزل الوكيل حال غيبة لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به وبيان الوصف أن العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ ارتفع الانعقاد في حق الآخر وحكم الفسخ ضد حكم العقد فعرفنا ان بتصرفه يلزمه غيره حقا وتأثيره أنه لا يتمكن صاحبه من العمل بموجب الفسخ إذا لم يعلم به ولا يثبت حكم الخطاب في حق المخاطب ما لم يعلم به كما في خطاب الشرع * يقرره أن البائع لا يطلب لسعته مشتريا آخر بناء على ان البيع قد تم بمضى المدة فإذا جاء المشتري بعد ذلك فآخبره انه كان فسخ القعد فلو ثبت حكم الفسخ في حقه لتضرر البائع به وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشتري وإذا لم يثبت حكم الفسخ قبل علمه في حقه فالمشتري وان تضرر ولكن هذا ضرر يلحقه لامن جهة البائع بل لعجز المشتري عن اتحاد شرط صحة الفسخ وهو بمنزلة خيار لرد بالعيب قبل القبض وهذا بخلاف الاجارة فانه لا يلزم البائع باجارته شئ وهو نظير الرضي بالعيب من المشتري فانه يصح بغير علم البائع لانه لا يلزمه شئ ولان العقد بشرط الخيار يصير غير لازم في حق من له الخيار فيلتحق بالعقود التي هي غير لازمة كالوكالات والشركات والمضاربات وهو لا يملك فسخ هذه العقود بغير علم من صاحبه وان كان يملك فسخها بغير رضا صاحبه * وتقرير هذا الكلام من وجهين (أحدهما) أن تصرف المشروط له الخيار لا ينعقد في حق صاحبه بتسليطه اياه على ذلك وكيف يقال هو مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولكن انما يتمكن من الفسخ لان العقد غير لازم في حقه وبانعدام صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه ولكن انما يتمكن من الفسخ بغير علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لان الوكيل مسلط على التصرف من جهة الموكل بتسليطه اياه على التصرف

[46]

فوق علمه به * يوضحه ان اشتراط الخيار في العقود التي هي غير لازمة كالوكالة والشركة والمضاربة لا يجوز ولو كان اشتراط الخيار ليمكن به من الفسخ بغير علم صاحبه يصح في هذه العقود لكونه محتاجا إليه فحيث لم يصح عرفنا أن موجب الخيار دفع صفة اللزوم فيسقط وليس هذا كالطلاق فان الزوج بايقاع الطلاق لا يلزمها شئ انما يرفع الحل الثابت له وكذلك في الرجعة لا يلزمها شئ لان النكاح باق بعد الطلاق الرجعى على حاله وقيل في خيار المعتقة ان فسخها لا ينفذ الا بمحضر من الزوج فلا يسلم على هذا وبعد التسليم هناك ثبوت الخيار لدفع زيادة الملك لان ملك الزوج يزداد بحرمتها ودفعها زيادة الملك يكون امتناعا من الالتزام لا الزام الغير شيئا ولا يتمكن من الامتناع من هذا الالتزام الا برفع أصل النكاح فثبت لها ولاية رفع النكاح لضرورة حاجتها إلى دفع الزيادة عن نفسها ويوضحه انها مسلطة بتخير الشرع اياها بقوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاخترى فيجعل كأن الزوج خيرها فلهذا صح اختيارها بغير محضر منه وهنا

من له الخيار غير مسلط على الفسخ من جهة صاحبه كما قررنا. قال (وان اختارت ردها عليه فعليه أو الاجارة بقلبه كان باطلا أيهما كان صاحب الخيار) لان ما يكون بالقلب فهو نية والنية بدون العمل لا تثبت الفسخ ولا الاجارة كما لا ينعقد أصل العقد منها والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتي عن ما حدثت به أنفسهم ما لم يعلموا أو يتكلموا. قال (ولو كان الخيار للبائع فما ثبت في يد المشتري فعليه قيمتها) وقال ابن أبي ليلى هو أمين فيها لانه قبضها بأذن صاحبها ووجوب ضمان القيمة باعتبار تفويت شئ على صاحبها وذلك غير موجود وان كان القبض برضاه ولاكنا نقول البائع ما رضى بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم البيع وهذا لان الضمان الاصيلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منه إلى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد ذلك حين شرط البائع الخيار لنفسه فيبقى الضمان الاصيلي وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري لان هناك لما أشرف على الهلاك سقط خياره بعجزه عن الرد كما قبضه فيتم البيع وهو قائم فلزمه الثمن المسمى وهنا وان أشرف على الهلاك فخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز فكان مضمونا بالقيمة كذلك. قال (ولو كانت جارية فاعتقها البائع أو دبرها أو وطأها أو قبلها من شهوة أو

[47]

كاتبها أو رهنها وسلمها أو وهبها وسلمها أو أجرها وسلم أو لم يسلم فهذا كله نقص للبيع * فأما العتق والتدبير والكتابة فلانه خرج المحل بتصرفه عن أن يكون محلا لا ابتداء البيع ولا ثبات حكم البيع فيه ومن ضرورته انفساخ العقد وأما الوطئ والتقبيل فدليل الرضا بتقرر ملكه ولا يكون ذلك الا بعد انفساخ البيع لان هذا تصرف لا يحل الا في الملك فلو لم يفسخ البيع به لكان إذا جاز البيع بعد هذا ملك المشتري المبيع من وقت العقد بزوائده فتبين ان وطأه في غير الملك وذلك لا يحل فاما بالهبة والتسليم فلانه أزال ملكه عن العين وبالرهن والتسليم أوجب للغير فيه حقا وبالاجارة يوجب للغير فيه حقا وذلك يمنع من الزام البيع ولهذا شرط التسليم في الرهن لان حق المرتهن لا يثبت بدون القبض ولم يشترط ذلك في الاجارة لانه يلزم بنفسه ثم يفسخ العقد بهذا الاسباب صحيح بغير محضر من المشتري لان ثبوت الفسخ بطريق الحكم لا يقصد التصرف إلى ذلك فلا يتوقف على العلم كالموكل إذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه ينزل الوكيل وان لم يعلمه بخلاف ما اذا عزله قصدا ولو اختار البائع رد المبيع بغير محضر من المشتري فلا يتوقف على العلم كالموكل فهو على الخلاف الذي بينا وان اختار لزوم البيع والمشتري غائب فهو جائز لانه لا يلزم المشتري بتصرفه ما لم يلتزم فالبيع لازم في جانب المشتري وانما يسقط البائع حق نفسه في الفسخ بالاجارة وذلك صحيح منه بعد غيبة المشتري فليس له بعد ذلك أن ينقضه كما لو لم يكن في البيع خيار لواحد منهما. قال (وإذا اشترط أحد المتبايعين الخيار لانسان من أهله أو من غيرهم فهو جائز عندنا بمنزلة اشتراطه لنفسه و (قال) زفر لا يجوز البيع بهذا لشرط لان خلاف ما يقتضيه العقد فان خيار الشرط من حقوق العقد وحقوق العقد تثبت للعاقد فاشترطه لغير العاقد خلاف مقتضى العقد فيكون مفسدا للعقد ولان هذا يتعلق بانفساخ العقد وإبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك واعتبر خيار الشرط بخيار العيب والرؤية فان ذلك لا يثبت لغير العاقد فكذلك هذا وحجتنا في ذلك أن هذا في معنى اشتراط الخيار لنفسه منه

لانه يجعل الغير نائبا عنه في التصرف بحكم الخيار ولا يكون ذلك الا بعد ثبوت الخيار له ولهذا اثبتنا الخيار للشارط بهذا اللفظ ولو شرط الخيار لنفسه ثم وكل الغير بالتصرف بحكمه استقام ذلك وهذا لان جواز اشتراط الخيار للحاجة إلى دفع العين وقد يشتري الانسان شيئا وهو غير مهتد فيه فيحتاج إلى شرط الخيار لمن يكون مهتديا

[48]

فيه من صديق أو قريب حتى ينظر إليه فللحاجة إلى ذلك جعلناه كاشتراط الخيار لنفسه. قال (وإذا هلكت السلعة في يد البائع وله الخيار أو للمشتري فلا ضمان على المشتري فقد بطل البيع) لفوات القبض المستحق بالعقد كما لو كان البيع بائا وان كان في البيع خيار للبائع أو للمشتري ف جاء به المشتري ليرده فقال البائع ليس هو الذي بعثك فالقول قول المشتري فيه لانه ينفرد بالفسخ بخياره فيبقى ملك البائع في يده والقول في تعينه قوله أمينا كان أو ضامنا لان المشتري قابض والاصل أن القول قول القابض في المقبوض أمينا كان أو ضمينا كما في الغاصب وكذلك ان كان غير مقبوض وأراد البائع أن يلزمه فقال المشتري ليس هذا الذي بعثني فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يلزمه البيع الا أن تقوم عليه بينة أنه هو المبيع فيلزمه ان لم يكن له خيار وان كان له خيار رده ان شاء لان البيع إذا كان فيه شرط الخيار للبائع فهو في حكم الملك كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط وكان الزام المبيع اياه بمنزلة ابتداء التملك من هذا الوجه والبائع يدعى ثبوت حق التملك له في هذه العين والمشتري منكر دعواه ولو أنكر العقد أصلا كان القول قوله فكذلك هنا * يوضحه ان البائع لا يملك بحكم خياره الزام البيع الا إذا كان المبيع قائما في يده وقوله في تعيين المبيع ليس بحجة على المشتري في ايجاد الشرط وبدون التعيين لا يملك ايجاب البيع فيه فحال البائع الآن كحال المشتري إذا ادعى الرد بالعيب بعد القبض في أنه لا يقبل قوله في تعيين المبيع وبدون التعيين لا يتمكن من رده بالعيب بعد القبض. قال (وان شرط المشتري الخيار لغيره ثم ان زمن الخيار رد المبيع بمحض من البائع جاز البيع) لانه قائم مقام المشتري في التصرف بحكم الخيار وكذلك لو كان المشتري هو الذي رده لما بينا أن شرط الخيار لغيره اشتراط منه لنفسه * وان قال المشتري قد أجرته * وقال الذي له الخيار قد رددته فان سبق أحدهما فان تصرف السابق منهما أولى إذا كان ردا كان أو اجازة لان برد السابق منهما انفسخ العقد والمنفسخ لا تلحقه الاجازة وباجازة السابق منهما انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه ولو وجد الامر ان معا الفسخ أولى لان الفسخ يرد على الاجازة والاجازة لاترد على الفسخ فيترجح الفسخ باعتبار أنه عامل لاحقا كان أو سابقا كنيكاح الحرة والامة إذا اجتمعا يقدم نكاح الحرة * وكذلك لو كان البائع شرط الخيار لبعض أهله * فقال قد أوجبت البيع * وقال الذي له الخيار لا أرضى فهو جائز وقد أشار في بعض نسخ البيوع إلى أنه إذا أجاز

[49]

أحدهما وفسخ الآخر فما فعله العاقد أولى فمسخا كان أو اجازة لان العاقد يتصرف بحكم ملكه والآخر بحكم النيابة عنه * وفقه هذا الكلام ان الحاجة إلى الثابت للتصرف عند امتناع المنوب عنه عن التصرف بنفسه وذلك بعدم إذا اقترن تصرفه بتصرف النائب ولكن الاول أصح وقد فسره في المأذون أن الفسخ أولى لما بينا ولان الخيار مشروط بالفسخ لا للاجازة والفاسخ منهما يتصرف بحكم الخيار تصرفا شرعا الخيار لاجله فكان تصرفه أولى. قال (وإذا كان الخيار للبائع أو للمشتري فالتقيا فتناقضا البيع ثم هلك عند المشتري قبل أن يقبضه البائع فعلى المشتري الثمن ان كان له الخيار والقيمة ان كان الخيار للبائع) لان تمام الفسخ بالرد على البائع كما ان استحكام البيع بالقبض ثم هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد فكذلك هلاكه بعد الفسخ قبل الرد وإذا بطل الفسخ عاد إلى ملك المشتري وهو في يده هلك فيه هلك مضمونا عليه بالثمن إذا كان الخيار للمشتري وإذا كان الخيار للبائع يكون مضمونا عليه بالقيمة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبالفسخ يرتفع العقد وبالهلاك في يد المشتري يرتفع الفسخ فيبقى الحال بعد الفسخ كالحال قبله وقبل الفسخ لو هلك في يد المشتري لا يكون مضمونا عليه بالقيمة لانه مقبوض بجهة العقد فصار كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الفسخ بحكم الخيار يحتمل الفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز فيفسخ الفسخ بهلاك محله قبل حصول المقصود به وبعد الفسخ لا يجوز فيه عقد عتق المشتري ولا شئ من عقود * أما إذا كان الخيار للبائع فظاهر لان العقد على ملكه نفذ فكيف يجوز فيه عتق المشتري وكذلك إذا كان الخيار للمشتري لانه بفسخ المشتري يعود العبد إلى ملك البائع ولكن يجوز فيه عتق البائع لانه عاد إلى ملك البائع بمنزلة البيع بعد العقد قبل التسليم لما ذكرنا قال (وإذا اشترى الرجل عدل زطى برأس ماله ولم يعلم ما هو فالبيع فاسد) لجهالة الثمن عند العقد فان أخبره بذلك فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وقد بينا أن مراده إذا أخبر بذلك في المجلس فان حال المجلس كحال العقد * وكذلك ان اشترى برقمه فهو فاسد فان أخبره برقمه فهو بالخيار ليكشف الحال له لان البيع انما يظهر كونه رابحا أو خاسرا في حقه إذا علم بالثمن فصار كما لو اشترى شيئا لم يره ثم رآه كذلك ههنا. قال (وان استهلكه المشتري قبل أن يجيزه فعليه القيمة) لانه في يده بحكم عقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعذر الرد وبعد الاستهلاك لا يمكن

[50]

تصحيح العقد فيه باعدام رأس ماله لانعدام المحل فان تصحيح العقد بازالة المفسد نظير الاجازة في البيع الموقوف فكما لا ينفذ البيع بالاجازة الا عند قيام المحل فكذلك لا يصح باقامة المفسد بعد هلاك المحل. قال (وإذا كان البائع والمشتري جميعا بالخيار لم يتم البيع باجازة أحدهما حتى يجتمعا عليه) لان الذي أجاز منهما اسقط الخيار فصار كما لو لم يشترط الخيار لنفسه في الابتداء فيبقى خيار الآخر وبقاء خيار الآخر يكفي للمنع من انبرم العقد. قال (وقد بينا أنه إذا اشترى عبدا على أنه ان لم ينفذ الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما انه جائز) استحسانا فرع عليه * وقال فان أعتقه ثم لم ينفذ الثمن حتى مضت ثلاثة أيام فالعتق جائز وعليه الثمن لان هذا في معنى اشتراط خيار المشتري لنفسه وخيار المشتري لا يمنع نفوذ عتقه عندهما لانه مالك وعند أبي حنيفة رضى الله عنه خيار المشتري يمنع دخوله في ملكه ولا يمنع نفوذ العتق لانه متمكن من اسقاط خياره بتصرفه

فإذا سقط خياره تقرر عليه الثمن المسمى نقده في الايام الثلاثة أو لم ينقده ولان امتناعه من أداء الثمن في آخر جزء من الايام الثلاثة بمنزلة فسخ البيع لانه نفى البيع عن ذلك بقوله فلا بيع بينا وبعد الاعتاق هو لا يملك الفسخ فنقده الثمن وعدم نقده في الحكم سواء. قال (وان كان المشتري اثنين وهما بالخيار فاختر أحدهما رده والآخر امساكه فليس لواحد منهما أن يرد حصته دون الآخر) في قول أبي حنيفة رضى الله عنه (وقال) أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى له ذلك * وكذلك الخلاف في الرد بخيار الرؤية وخيار العيب بأن اشترى شيئا لم يرياه ثم رأياه فأراد أحدهما أن يرده فليس له ذلك عنده * وعندهما له ذلك وكذلك إذا اشترى شيئا فوجد أحدهما به عيبا فأراد أن يرده فهو على الاختلاف وهما يقولان الراد منهما يرد ما اشترى كما اشترى فيتمكن من ذلك وان لم يساعد، الآخر عليه كما لو كان العقد في صفتين * وتحقيقه ان الرد يلاقي ملك المشتري والمبيع في ملك المشتريين متفرق فصار نصيب كل واحد منهما كعقد على حدة وبه فارق القبول لان القبول يلاقي ملك البائع والقبض يلاقي يد البائع وهو مجتمع في ملكه ويده فلا يكون لاحدهما أن يفرقه عليه وهو نظير الشفعة فان للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لان أخذه يلاقي ملك المشتري ولو كان البائع اثنين والمشتري واحدا لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين لهذا المعنى لان أخذه يلاقي ملك المشتري وملك المشتري مجتمع لانه واحد وان كان البائع اثنين

[51]

وكل واحد منهما شرط الخيار لنفسه ليكون متخيرا مستبدا بالتصرف فيما يرجع إلى دفع الضرر عنه ولو لم يكن له حق الفسخ إذا لم يساعده الآخر على ذلك فات عليه مقصوده وربما يكون في الاجازة لاحدهما ضرر وللآخر نظر فكما لا يكون للفاسخ أن يلزم شريكه ضرر تصرفه بالفسخ فكذلك لا يكون للمجيز أن يلزم شريكه ضرر تصرفه للاجازة * يوضحه أن الراد منهما ما ثبت له الخيار الا في نصفه ولو اشترى العبد كله على انه بالخيار في نصفه كان له أن يرد النصف بحكم الخيار * فإذا اشترى النصف وما ثبت له الخيار الا في نصفه فهو أولى * وأبو حنيفة يقول ان الراد منهما يرد نصيبه بعيب لم يكن ذلك عند البائع وليس له حق الرد بعيب حادث بسبب الخيار كما لو تعيب في يده وهذا لانه بالرد يدفع الضرر عن نفسه ولكن يلحق الضرر بغيره وليس أن يلحق الضرر بغيره * وبيان الوصف أن المبيع خرج من ملك البائع جملة فإذا رد أحدهما النصف فانما يرد النصف معيبا بعيب الشركة فان الشركة فيما يضره التبعض عيب فاحش ولهذا يرد الصداق به والرجوع في معرفة العيب إلى العرف فالاشقاص في العادة لا يشتري بمثل ما يشتري به في الاشخاص * فعرفنا انه يتضرر البائع بالرد عليه والبائع أوجب العقد لهما جملة وذلك لم يكن منه رضا بعيب التبعض بدليل انه لا يملك أحدهما القبول دون الآخر ولو قبلا ثم نقد أحدهما حصته من الثمن لا يملك قبض حصته من المبيع ولو كان البائع راضيا بعيب التبعض لملك ذلك أحدهما وان كان الملك واليد في جانب البائع مجتمعاً لوجود الرضا منه بذلك ولكن كان راضيا بعيب التبعض فانما يرضى به في ملك الغير وذلك لا يدل على أنه رضى به في ملك نفسه * الا ترى ان المشتري لو زوج المبيعة ثم وجد بها عيبا لا يردّها لانها تعيبت بعيب النكاح وقد سلطه البائع على تزويجها وذلك أقوى من الرضى بتصرفه ولكن انما يرضى به في ملك الغير لافي ملك نفسه ولا يقال بأن هذا العيب حدث في يد البائع لان تصرف الملك ثبت بالعقد قبل القبض لانه وان حدث في يد البائع فانما

حدث بفعل المشتري والمشتري إذا عيب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له أن يرده بحكم خياره إلا أن هذا العيب يعرض الزوال بأن يساعده في الرد على الرد وإذا انعدم ذلك ظهر عمله في المنع من الرد ولا معنى لما قالوا ان في امتناع الرد ضرراً على الراد لان هذا ضرر يلحقه بعجزه عن ايجاد شرط الرد لا يتصرف من الغير ولان مراعاة جانب البائع أولى لان البائع يتضرر بتصرف الراد

[52]

والراد لا يتضرر بتصرف باشره البائع ثم هذا في الرد بالعيب يتضح فان في مراعاة جانب المشتري ابطال حق البائع وليس في مراعاة جانب البائع ابطال حق المشتري لانه يرجع بحصة العيب من الثمن فلماذا كان اعتبار جانب البائع أولى وليس هذا كما لو شرط الخيار في نصفه فالبايع هناك رضى بعيب التبويض حين شرط الخيار في النصف مع علمه أن الخيار يشترط للفسخ وهنا ما رضى بذلك لانه شرط الخيار في الكل وانما ثبوت الخيار لكل واحد منهما في النصف بمقتضى قوله وملكه لا ينتقص من البائع على ذلك وهو نظير ما لو أوجب البيع في النصف صح قبول المشتري في ذلك النصف وإذا أوجب البيع لهما في الكل لا يصح قبول أحدهما في النصف. قال (وان اشترى شيئا على أنه بالخيار إلى الغد أو إلى الليل أو إلى الظهر فله الغد كله والليل كله ووقت الظهر كله) في قول أبي حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له الخيار إلى طلوع الفجر أو إلى أن تغيب الشمس أو إلى أن تزول الشمس ولا تدخل الغاية في الخيار عندهما لان الغاية حد والحد لا يدخل في المحدود كما لو * قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط لا يدخل الحائطان في البيع وهذا لان الحد غاية ومن حكم الغاية أن يكون ما بعده بخلاف ما قبله لكن هذا انما يتحقق فيما يكون بعضه متصلاً بالبعض كما في المساحات والاوقات وهي مسئلتنا فاما في الاعداد لا يتحقق هذا لانه ليس بينهما اتصال ليكون حداً فلماذا جعلنا المعتبر هناك أكثر الاعداد ذكراً حتى إذا قال لامرأته أنت طالق من واحدة إلى ثلاث تطلق ثلاثاً وإذا قال لفلان على من درهم إلى عشرة يلزمه عشرة فاما الاوقات يتصل بعضها ببعض فيتحقق فيها معنى الغاية بيان ذلك في قوله تعالى (ثم أتموا الصيام إلى الليل) ومن حيث الاحكام إذا باع بثمان مؤجل إلى رمضان أو أجر داره إلى رمضان أو حلف لا يكلم فلانا إلى رمضان لا يدخل الحد فاما الموافق في قوله تعالى (وأيديكم إلى المرافق) فانما عرفنا دخولها بفعل النبي صلى الله عليه وسلم حين توضع فادار الماء على مرافقه وبه يتبين ان إلى بمعنى مع ولكنه نوع من المجاز لا يحمل الكلام عيه الا عند قيام الدليل عليه ولا يبي حنيقة في المسألة حرفان (أحدهما) ان البديل الذي في جانب من له الخيار باق على ملكه سواء كان الخيار للبايع أو للمشتري والملك الثابت له بيقين لا يزال بالشك وإذا كانت الغاية تدخل في الكلام وفي بعض المواضع ولا تدخل في بعض المواضع فلو لم تدخل الغاية كان فيه ازالة ملكه بالشك * يوضحه أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمعلق بالشرط وهو سقوط

[53]

الخيار فما لم يتيقن بوجود الشرط لا يثبت ما علق به وفي موضع الغاية شك وعليه تخريج المسائل لابي حنيفة فان في وقوع التطليقة الثالثة شك وفي وجوب الدرهم العاشر في ذمته شك وفي مسألة الاجل البيع موجب ملك اليمين والاجل مانع من توجه المطالبة والمانع بالشك لا يثبت وفي الاجارة ملك الرقبة سبب لحدوث المنفعة على ملكه الا اذا ثبت الحق فيه لغيره وبالشك لا يثبت الحق للغير فتحدث المنفعة على ملك المؤاجر فسبب ملك الرقبة وفي اليمين اباحة الكلام اصل فلا تثبت الحرمة والمنع بالشك والاصل فراغ ذمته عن الكفارة فلا يشغلها بالشك في موضع الغاية والحرف (الآخر) ان في كل موضع تكون الغاية لمد الحكم إلى موضع الغاية لا تدخل الغاية كما في الصوم لو * قال ثم أتوا الصيام إلى الليل اقتضى صوم ساعة فقوله إلى الليل لمد الحكم إلى موضع الغاية وفي كل موضع ذكر الغاية لاخراج ما وراءها يبقى موضع الغاية داخلا كما في قوله تعالى (وأبديكم إلى المرافق) لان مطلق الايدي في الطهارة يتناول الخارجة إلى الأباط ولهذا فهمت الصحابة رضوان الله تعالى عليهم باطلاق الايدي في التيمم الايدي إلى الأباط فكان ذكر الغاية لاخراج ما وراءها فيبقى موضع الغاية داخلا هنا ولو شرط الخيار مطلقا يثبت الخيار مؤبدا ولهذا فسد العقد فكان ذكر الغاية لاخراج ما وراءها فيبقى موضع الغاية داخلا وفي مسألة الاجل ذكر الغاية لمد الحكم إلى موضع الغاية لان الاجل للترقية فمطلق الاسم يتناول أدنى ما يحصل به الترقية * وكذلك في الاجارة فانها عقد تمليك المنفعة بعوض فمطلقها لا يوجب الا أدنى ما يتناوله الاسم وذلك مجهول ولاجل الجهالة يفسد العقد فكان ذكر الغاية لبيان مقدار المعقود عليه وذلك لمد الحكم إلى موضع الغاية ولكن يدخل فصل اليمين على هذه الطريقة * وقد روى الحسن عن ابي حنيفة ان في اليمين تدخل الغاية فيأخذ في اليمين على هذه الطريقة بتلك الرواية. قال (وإذا اشترى شيئاً لغيره بأمره واشترط الخيار له فقال البائع رضى الأمر وهو غائب لم يصدق على ذلك) لان البيع غير لازم للخيار المشروط للأمر والبائع يدعى لزومه ولو ادعى أصل البيع لم يصدق على ذلك الا بحجة * فكذلك إذا ادعى صفة اللزوم ولا يمين على المشتري في ذلك لانه لا يدعى عليه الرضا وانما يدعى على الأمر فلو استحلّف المشتري على ذلك كان بطريق النيابة عن الأمر ولانابة في اليمين ولانه لا يمين له في هذه الدعوى على الأمر لو كان حاضرا فإذا لم يتوجه اليمين على من يدعى عليه الرضا فعلى وكيله أولى وانما لم يتوجه اليمين على الأمر لانه لا خصومة بين

[54]

البائع والأمر فان العقد لم يجر بينهما والاستحلاف يبنى على الدعوى والخصومة ولانه لو كان على الأمر يمين لم يكن للوكيل أن يردّه حتى يحضر الأمر فيحلف كما في الوكيل بالرد بالعيب إذا ادعى البائع الرضا على الموكل لم يكن للوكيل أن يردّه حتى يحضر الموكل فيحلف وهنا للوكيل أن يردّه بغير يمين لان اشتراط الخيار للأمر اشتراط منه لنفسه وما لم يظهر المسقط لنفسه بخياره فهو متمكن من الرد فعرفنا ان بهذه الدعوى لا يتوجه اليمين على أحد وإذا أقام البائع البينة ان الأمر قد رضى فالبيع لازم للأمر لانه أثبت ما ادعى من صفة اللزوم بالبينة والثابت بالبينة كالثابت معاينة والوكيل خصم في اثبات ذلك عليه لانه نائب عن الموكل والاثبات بالبينة على الثابت صحيح ولان العقد جرى بينهما فيكون هو خصما في اثبات صفته عليه * ألا ترى انه لو كان شرط الخيار لنفسه كان خصما في اثبات الرضى عليه فكذلك إذا شرطه للأمر وان لم يقم البينة وصدقه

المشتري فيه * وقال الأمر في الثلث بحضرة البائع قد أبطلت لزوم البيع المشتري لان اقرار المشتري حجة عليه دون الأمر وقد أقر بلزوم العقد برضا الأمر فيجعل ما أقر به في حقه كالثابت بالبينة فلا يتمكن من الرد على البائع بعد ذلك وهو في حق الأمر كالمعدوم فإذا (قال) في الايام الثلاثة بمحضر من البائع قد أبطلت البيع فقد أقر بما يملك انشاءه فلا تمكن التهمة في اقراره بخلاف ما إذا قال ذلك بعد مضي المدة لانه أقر بما لا يملك انشاءه وما يلزم البيع وهو مضي الايام قبل ظهور الفسخ معلوم فلا يصدق فيما يدعى من الفسخ في المدة * يوضحه ان اقرار الوكيل برضا الأمر بمنزلة مباشرته للعقد في الابتداء بغير خيار ولو أمره بأن يشتري بشرط الخيار له فاشترى ولم يشترط الخيار لزمه دون الأمر فكذلك إذا أقر برضا الأمر بعد ما شرط الخيار. قال (وإذا اشترى عدلا على انه زطى فيه خمسون ثوبا كل ثوب بكذا أو جماعته بكذا أو بشرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فإن أراد أن يرد بعضه دون بعض لم يكن له ذلك) لان خيار الشرط يمنع تمام الصفقة ألا ترى ان البديل الذي من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه فهو برد البعض يفرق صفة مجتمعة على البائع قبل التمام فليس له ذلك كما لو قبل العقد في الابتداء في البعض دون البعض فكذلك ما اشتراه صفقة واحدة من المكمل والموزون والعروض والحيوان وما يضره التبعيض وما لا يضره في ذلك سواء لان في تفريق الصفقة قبل التمام ضررا فان من عادة الناس ضم الجيد إلى الرديئ لترويج الرديئ بثمن الجيد والمشروط له الخيار

[55]

يدفع الضرر عن نفسه ولا يملك الحاق الضرر بصاحبه. قال (ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسهك أيهما شاء وبرد الآخر جاز العقد) عندنا استحسانا وكذلك هذا في ثلاثة أثواب وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسد و (قال) زفر رحمه الله ما زاد على الثلاث وما دون الثلاث فيه سواء فالعقد فاسد وهو القياس في الثلاثة والاثنين لان المبيع مجهول فان المبيع أحد الثياب وهى متفاوتة في نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت يمنع صحة العقد * ألا ترى انه لو لم يسم لكل ثوب ثمنا كان العقد فاسدا لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسدا فكذلك إذا اشترط الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله * وجه الاستحسان ان هذا الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وبحكم خياره يستند بالتعتين والجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد كما إذا اشترى قفيزا من الصبرة بخلاف ما إذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تفضي إلى المنازعة وبخلاف ما إذا لم يسم لكل ثوب ثمنا لان هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول فانما فسد العقد لجهالة الثمن ثم الجهالة التي تتمكن بسبب عدم تعيين الثمن معتبر بالقدر الذي يتمكن بسبب شرط الخيار وذلك يتحمل في الثلث وما دونه ولا يتحمل في الزيادة على ذلك فكذا هذا اعتبارا للمحل بالزمان وهذا لان احتمال هذه الجهالة لاجل الحاجة * فقد يشتري الانسان لعياله ثوبا ولا يعجبه أن يحمل عياله إلى السوق ولا يرضى البائع بالتسليم إليه ليحمله إلى عياله بغير عقد فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة وهذه الحاجة مقصورة على الثلاث لان كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة جيد ووسط ورديئ فإذا حمل الثلاثة إلى أهله ثم المقصود فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه كما فعلنا ذلك في شرط الخيار تم نص في هذا الموضوع على تقدير الخيار بثلاثة أيام وهو الصحيح لان هذا خيار ثبت

بالشرط فلا بد فيه من اعلام المدة وان أطلق ذلك في غير هذا الموضع من الكتب. قال (فان هلك أحدهما أو دخله عيب لزمه ثلثه ويرد الباقي وهو فيه أمين لانه عجز عن رد الهالك منهما بحكم الخيار فيتعين البيع فيه) وهذا لانه حين أشرف على الهلاك فقد ثبت في يده وعجز عن رده كما قبضه فيلزمه البيع فيه ثم يكون هالكا على ملكه فإذا تعين البيع في الهالك كان هو أمينا في الآخر لانه قبضهما باذن البائع على أن يكون المبيع أحدهما دون الآخر فكان أحدهما بغير عينه مبيعا والآخر

[56]

أمانة لانه ما قبض الآخر للشراء فإذا تعين البيع في أحدهما تعين البيع في الهالك كان أمينا في الآخر لانه قبضهما باذن البائع على أن يكون تعين الآخر للأمانة وفرق بين هذا وبين ما اذا طلق احدى امرأته أو أعتق أحد عبديه ثم مات أحدهما تتعين الباقية للطلاق دون الهالكة وهنا تتعين الهالكة للبيع (قال) على القمى لافرق بين المسئلتين في الحاصل لان في الفصلين ما يهلك على ملكه أما الثوب فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقي للرد وفي الطلاق كذلك يهلك الهالكة على ملكه حتى تتعين الباقية للطلاق الا ان الصحيح ما ذكرنا ووجه الفرق أن الثوب لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد لانه عجز عن رد ما اشترى كما اشترى فتعين العقد فيه وتعين الباقي للرد ضرورة فاما في الطلاق والعناق حين أشرفت على الهلاك لم يتعين محلا لوقوع الطلاق عليها فلو وقع الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما عنده فانه لا يرد الباقي لان العقد يتناولهما جميعا * ألا ترى أنه يملك * العقد فيهما فبعد ما تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد يتناول أحدهما * ألا ترى أنه لا يملك اتمام العقد فيهما فعد ما هلك أحدهما وتعيب كان له رد الباقي. قال (وان هلكا معا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما ان كان الثمن متفقا أو مختلفا) لان أحدهما بغير عينه مبيع لزمه ثمنه بالهلاك في يده والآخر أمانة وليس أحدهما لتعيينه مبيعا بأولى من الآخر لان حالهما قبل الهلاك سواء فبعد الهلاك لا يتحقق تعين البيع في أحدهما فللمعارضة قلنا فيستبع حكم الامانة وحكم البيع فيهما فيكون هو أمينا في نصف كل واحد منهما مشتريا نصف كل واحد منهما ولان كل واحد من الثمنين يلزمه من وجه دون وجه فلهذا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما. قال (وان كانا قائمين باعيانهما وأراد ردهما فله ذلك لانه أمين أحدهما فرده بحكم الامانة وفي الآخر مشتري قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فان اختار أحدهما لزمه ثمنه) لانه عين البيع فيه والتزمه باختياره فيلزمه ثمنه وكان في الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان لما ذكرنا. قال (وإذا اشترى جاريتين أحدهما بالف والآخرى بخمسائة على أن يأخذ أيهما شاء ويرد الآخرى فاعتقهما في كلمة واحدة فانه يخير فإيتهما اختار وقع العتق عليها ويرد الآخرى) لان عتقه نفذ في أحدهما وهى المشتراة

[57]

منهما فان اعتفاق المشتري في المشتراة بشرط الخيار له صحيح فيسقط الخيار فيها والاخرى كانت امانة عنده فاعتاقه اياها باطل فاذا عرفنا نفوذ العتق منه في احديهما بغير عينها كان البيان في ذلك إليه لان الابهام كان منه فاذا عين احديهما تعينت هي للعتق ورد الاخرى كما لو كانتا مملوكتين له فاعتق احديهما بغير عينها. قال (ولو لم يعتقها ولكن حدث بهما عيب ولا يدري أيهما أول فقال المشتري حدث العيب بالتي قيمتها خمسمائة أولا فالقول قوله) لانه كان الخيار له وكان متمكنا من تعيين البيع فيها فاذا زعم ان البيع تعين فيها بأن تعينت في يده أولا وجب قبوله في ذلك ويرد الاخرى ونصف قيمة عينها في القياس لانهما لو هلكتا معا لزمه نصف بدل كل واحدة منهما فاذا تعينت فقد فات جزء من كل واحدة منهما في الجملة والجزء معتبر بالجملة ثم كل واحد منهما يتردد بين الضمان والامانة فللتردد كان نصف ما فات من كل واحد منهما في ضمان المشتري وقوله في تعيين المبيع مقبول ولكن في اسقاط ما لزمه من ضمان العيب في الاخرى غير مقبول فلهذا يرد نصف قيمة عينها وفي الاستحسان لا يرد شيئا من حصة عينها لان من ضرورة تعيين احديهما للبيع تعيين الاخرى للامانة وتعيين الامانة في يد الامين لا يوجب عليه شيئا من الضمان وهذا لان بالقبض ما لزمه الا ضمان ثمن واحدة منهما * ألا ترى انهما لو هلكتا لم يلزمه الا نصف ثمن كل واحدة منهما وقد وجب عليه كمال ثمن احديهما وهي التي عينها للمبيع فلا يلزمه مع ذلك شئ من قيمة الاخرى. قال (وان حدث العيب بهما معا رد أيتهما شاء وأمسك الاخرى بخلاف ما اذا هلكتا) لان الهالك ليس بمحل لابتداء البيع فيه فلا يكون محلا لتعيين البيع فيه والمعيب محل لابتداء البيع فيه فيكون محلا لتعيين البيع فيه أيضا فلهذا يبقى خياره بعد ماتعنتا معا إذ ليست احدهما بتعيين البيع فيها بالاولى من الاخرى ولكن ليس له أن يردهما بخلاف ما قبل التعيب لان العقد قد لزمه في المبيعة منهما بالتعيب وسقط خيار الشرط فيها فلهذا لا يتمكن من ردهما وإذا رد احديهما في القياس يرد معها نصف قيمة العيب وفي الاستحسان ليس عليه ذلك كما في الفصل الاول. قال (وان حدث باحديهما عيب آخر بعد ذلك لزمه البيع) لان العيب الاول لما لم يؤثر في التعيين لاستوائهما فيه كان كالمعدوم فكأنه ما تعيب الا احدهما الآن وذلك موجب تعيين البيع لعجزه عن ردها كما قبضها * وكذلك لو ماتت احدهما أو جنى عليها المشتري لزمته ورد الاخرى لان العيب الاول

[58]

صار كالمعدوم ولو ماتت احدهما في يده أو جنى عليها قبل التعيب لزمه البيع فيها ويرد الاخرى فهذا مثله وان أعتق البائع التي اختار المشتري لم يعتق لان باختيار المشتري تعين البيع فيها فانما أعتق البائع ما لا يملكه وان أعتقهما جميعا عتقت التي ترد عليه منهما لان عتقه نفذ في احديهما فان احديهما مبيعة خارجة عن ملكه وان كان للمشتري فيها خيار فلا ينفذ عتقه فيها والاخرى امانة وهي باقية على ملكه فينفذ عتقه فيها الا أن باعتاقه لا يسقط الخيار الثابت للمشتري لان البائع غير متمكن من اسقاط خياره فيقال للمشتري اختر أيتهما شئت فاذا اختار احديهما تعينت الاخرى للرد فينفذ عتق البائع فيها. قال (وان اختار ردهما جميعا فعتق البائع انما ينفذ في احديهما) لان احديهما ما كانت مملوكة له حين أعتق فلا ينفذ عتقه فيها وان عادت إليه بعد ذلك وإذا نفذ عتقه في احديهما بغير عينها كان البيان فيه إلى البائع. قال (ولو لم يعتق واحد من الموليين شيئا منهما ولكن المشتري وطأهما فحبلتا ثم مات قبل أن يبين أيتهما اختار فان عرفت

الموطوءة أولا فهي أم ولده) لان إقدامه على وطئها تعيين للبيع فيها
واسقاط للخيار فان الوطئ لا يحل الا في الملك فاقدامه عليه دليل
تقريره الملك فيها * ألا ترى ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما
خير بربيرة رضى الله تعالى عنها (قال) لها ان وطئك زوجك فلا خيار لك
فقد جعل تمكينها نفسها من الزوج مسقطا لخيارها وإذا تعين بيعه فيها
وقد استولدها كان عليه ثمنها وهي أم ولد له ويرد الاخرى وولدها على
البائع ولا يثبت نسبه من المشتري لانه ليس له في الاخرى ملك ولا شبهة
ملك وعليه عقرها * وهذا لان الحد قد سقط بالشبهة صورة العقد والوطئ
في غير الملك لا ينفك عن حد أو عقر فإذا سقط الحد لزمه عقرها وان لم
يعلم أبتها وطئت أولا فالقول قول ورثته لانهم قائمون مقامه وهو لو
بين الموطوءة أولا منهما وجب قبول بيانه * فكذلك بيان ورثته بعده وهذا.
لان ثمن الموطوءة أولا وجب على الوارث قضاؤه من التركة والقول قوله
في بيان ما لزمه ثمنه فانهم ان قالوا لا نعلم لزم المشتري نصف ثمن كل
واحدة منهما ونصف عقرها لانه ليست احدهما بتعيين البيع فيها بأولى من
الاخرى فيتبع البيع فيهما ويلزمه نصف ثمن كل واحدة منهما وقد لزمه
عقر احديهما بالوطئ وليست احدهما بذلك بأولى من الاخرى فلزمه نصف
عقد كل واحدة منهما وتسعى كل واحدة منهما في نصف قيمتها للبائع لان
المبيعة منهما أم ولده وقد عتقت بموته وليست احدهما بذلك بأولى من
الاخرى

[59]

فلهذا يعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى كل واحدة منهما في نصف
قيمتها للبائع لان حكم أمية الولد لا يثبت فيما هو ملك البائع منهما * وكذلك
يعتق أحد الولدين على المشتري وليست احدهما بذلك بأولى من الآخر
فيعتق نصف كل واحد منهما ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته
للبيع ولا يثبت نسب كل واحد منهما لان من ثبت نسبه من المشتري منهما
مجهول وانما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط والنسب لا
يحتمل التعليق بالشرط فلا يثبت في المجهول. قال (وإذا وطئها المشتري
والبائع جميعا فادعى هو والمشتري ولديهما جميعا فالقول قول المشتري
في التي وطئها أولا وهي أم ولده والولد ولده) لان خيار البيان كان
للمشتري دون البائع فالمصير إلى قوله بالتعيين أولى من المصير إلى
قول البائع ثم عليه عقر الاخرى لانه وطئها وهي مملوكة للبائع والاخرى
وولدها للبائع ويثبت نسب ولدها من البائع لانه ظهر أنه استولدها في ملكه
وعلى البائع عقر أم ولد المشتري لاققراره بانه وطئها وقد سقط الحد عنه
بالشبهة فلزمه العقر فيجعل العقر بالعقر قصاصا وبترادان الفضل ان كان
فيه فضل وان مات البائع والمشتري قبل البيان فالقول قول ورثة
المشتري لانهم قائمون مقامه ولان الثمن يلزمهم فان لم يعلموا لم يثبت
نسب واحد من الولدين لا من البائع ولا من المشتري لان الثابت نسبه من
كل واحد منهما مجهول والامتان وولدهما أحرار لان كل واحدة منهما أم
ولد لاحدهما وقد عتقت بموت مولاها والولدان كذلك وعلى المشتري نصف
ثمن كل واحد منهما لاجل التعارض والتساوي فان كل واحد من الثمنين
يلزمه في حال دون حال وعليه نصف عقر كل واحد منهما وعلى البائع
كذلك نصف عقر كل واحد منهما وهذا قصاص لانه لا فائدة في القبض
والرد ولا الحاريتين والولدين بين البائع والمشتري لان كل واحدة عتقت
منهما جميعا. قال (وإذا اختلف البائع والمشتري في اشتراط الخيار
فالقول قول الذي ينفيه منهما) لانه متمسك بمقتضى العقد وهو اللزوم

ولان الخيار مانع لا يثبت الا بالشرط فالمدعى منهما يدعى شرطا زائدا
والآخر ينكر. فالقول قول المنكر كما في دعوى الاجل وان اختلفا في
مقداره فالقول قول المقر باقصر الوقتين لان الثابت من الخيار ما وقع
الاتفاق عليه واختلفهما في الزيادة على ذلك في هذا الفصل كاختلافهما
في أصل الخيار في

[60]

الفصل الاول وان اختلفا في مضيه. فالقول قول الذي ينكر مضيه لانهما
تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى أحدهما سقوطه بمضى المدة فلا يقبل
قوله الا بحجة كما في الاجل ولان البيع حادث فانما يحال بحدوثه إلى أقرب
الاقوات والذي يدعى مضى الخيار يسند البيع إلى ما قبل هذه الساعة
بثلاثة أيام فلا يصدق في ذلك الا بحجة وإذا لم يصدق فانما يظهر البيع
بينهما في الحال فلا يكون مضى مدة الخيار الا بمضى أيامها. قال (ولو كان
المبيع دارا وكان للبائع فيها خيار لم يكن فيها شفعة) لان خيار البائع يمنع
خروج المبيع عن ملكه فانه لا يتم رضاه بالسبب مع شرط الخيار وخروج
المبيع عن ملكه يعتمد تمام الرضا به ووجوب الشفعة يعتمد انقطاع حق
البائع لان الشفعة لدفع ضرر سوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يكون الا
بعد انقطاع حق البائع. قال (وإذا كان الخيار للمشتري فللشفيع فيها
الشفعة) لان حق البائع قد انقطع فقد تم البيع من جهته ووجوب الشفعة
تعتمد لثبوت الملك للمشتري * ألا ترى أنه لو قال كنت بعت هذه الدار من
فلان. وقال المشتري ما اشتريتها كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولان
المشتري قد صار أحق بها ملكا أو تصرفا فيتحقق ضرر سوء مجاورة الجار
الحادث فكان للشفيع أن يدفع ذلك بالآخر. قال (وإذا قال الرجل للرجل
أذهب بهذه السلعة فانظر إليها اليوم فان رضتها فهي لك بالف درهم. أو
قال ان رضيتها اليوم فهي لك بالف درهم فهو جائز) على ما اشترطنا
استحسانا وفي القياس هو باطل وهو قول زفر رحمه الله * وجه القياس
انه صرح بتعليق الايجاب بشرط الرضا وايجاب البيع لا يحتمل التعليق
بالشرط كما لو. قال ان تكلمت فهي لك بكذا * ووجه الاستحسان انهما أتيا
بمعنى شرط الخيار يوما والمعتبر والمقصود هو المعنى فكأنه قال بعت
منك على أنك بالخيار إلى الليل وهذا لان حمل كلامه على الصحة واجب ما
أمكن والتقديم والتأخير في الكلام محتمل وتصحيح الكلام بالتقديم
والتأخير طريق في الشرع فكأنه قال هي لك بالف فان رضيتها اليوم والا
فردها على. قال (وإذا كان المشتري بالخيار فاستخدم الجارية فهو على
خياره ثلاثة أيام) لانه انما يشترط الخيار في شراء الرقيق لهذا حتى
يستخدمه في المدة فينظر أيوافقه أولا. وكذلك ان ركب الدابة ينظر إلى
سيرها أو لبس القميص ينظر إلى قده عليه فهو على خياره لانه لا يعرف
مقصوده الا بالامتحان ولاجله يشترط الخيار والامتحان في الدابة بالركوب
والسير وفي الثوب باللبس فان لبس بعد ذلك ثانيا فهذا منه رضا لان معنى
الاختيار قد تم

[61]

باللبس الاول فالثاني يكون اختيارا. وكذلك ان سافر على الدابة فقد رضيتها لان الاختيار لا يكون بالسفر على الدابة ولا يفعل ذلك الا في الملك عادة فان الانسان لا يسافر بدابة الغير عادة من غير كراء. وكذلك إذا سكن الدار فهو على خياره وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فإذا كان ساكنا في الدار قبل الشراء فاستدام السكنى بعد الشراء لا يسقط خياره فان انتقل إليها وسكنها بعد الشراء سقط خياره لانه لا يكون ذلك اختيارا عادة بل يكون رضا بتقرر الملك. قال (وإذا قبل جارية بشهوة ونظر إلى فرجها بشهوة فهو رضا) لان هذا الفعل لا يحل الا في الملك فاقدامه عليه دليل الرضى فتقرر ملكه فيها بمنزلة العشيان. قال (وان كانت الجارية هي التي نظرت إلى فرجه أو قبلته أو مسته بشهوة فأقر المشتري أنها فعلت ذلك بشهوة لزمته الجارية أيضا وحرمت عليه أمها وابنتها) وكذلك هذا في الرجعة وهذا قول أبي يوسف وقاسه على قول أبي حنيفة رحمهما الله يعني في الرجعة وأما في قول محمد فلا يكون ما صنعت الجارية بالمشتري رضى منه لانه لم يصنع شيئا والخيار من المشتري انما يسقط باعتبار صنع أو يوجد دليل الرضا منه وصنعها به لا يكون دليل الرضا من المشتري بها وانما هو دليل رضا يكون المشتري مولى لها ولو صرحت بذلك أو أسقطت الخيار كان ذلك لغوا منها وليس هذا نظير مالو جنت على نفسها لان سقوط خيار المشتري هناك بعجزه عن ردها كما قبضها لا لفعلها * ألا ترى أنها وان تعيبت من غير فعل أحد سقط خياره أيضا * وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن فعلها به في الحكم كفعله بها بدليل الوطئ فانه لو كان نائما فاستدخلت فرجه فرجها سقط خياره كما لو فعل بها. فكذلك دواعى الوطئ * ألا ترى ان في حرمة المصاهرة يسوى بين الوطئ ودواعيه وبين فعلها به وفعله بها وهذا لان الفعل غير مسقط الخيار بنفسه بل بحكمه وهو أنه لا يحل الا في الملك والحل باعتبار الملك يثبت من الجانبين فكما يسقط الخيار باعتبار هذا المعنى عند فعله بها * فكذلك عند فعلها به وبعد قيام الدليل الحكمى لا يبقى خياره وان انعدم رضاه كما لو تعيبت في يده بفعله أو بغير فعله وكما عجز هناك عن ردها كما قبض فقد عجز هنا عن ذلك لانه إذا كان اشتراها من أبيه فقد اشتراها وهي حلال للاب وبعد هذا الفعل يردّها وهي حرام عليه فيمتنع الرد كذلك والدليل عليه الرجعة فان المرأة إذا صرحت بالرجعة لم يصح ذلك منها ثم جعل فعلها به في حكم ثبوت الرجعة كفعله بها فهذا مثله (قال) أبو يوسف رحمه الله وهذا في الخيار أقبح

[62]

ولكن الكل قياس واحد يريد ان ملك الحل بسبب النكاح مشترك بين الزوجين ولا شركة بين المشتري والجارية في حقوق عقد الشراء والملك الثابت ولكن الكل قياس واحد من الوجه الذي قررنا وانما يسقط اقرار المشتري انها فعلت ذلك من شهوة لان قول الامه غير مقبول في اسقاط خياره واقرار المشتري بذلك حجة عليه * ألا ترى أن في حرمة أمها وابنتها عليه يعتبر اقرار المشتري بذلك * فكذلك في سقوط خياره وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنها ان اختلست ذلك منه وهو كاره لم يسقط خياره وان مكنها من ذلك حينئذ يسقط خياره لوجود دليل الرضا منه لتمكنها من تقبيله أو مسه بشهوة. قال (وإذا باع الوكيل خادما واشترط الخيار للأمر بأمره. فقال البائع يعنى الوكيل قد رضى الأمر. وقال الأمر ما رضيت فالقول قول الأمر مع يمينه أنه ما رضى لانه في أصل التوكيل استثنى الرضا حيث أمره باشتراط الخيار له ولهذا لو باعه ولم يشترط

الخيار له لم ينفذ بيعة فعند ذلك الوكيل يدعى عليه أنه ما عرف انه استثناه لنفسه والأمر ينكر. فالقول قوله مع يمينه بمنزلة ما لو أنكر أصل الأمر بالبيع. قال (وان اختلف الأمر والمشتري في الخادم وقد فسخ الأمر العقد بخياره فقال الأمر ليست هذه بخادمي. وقال المشتري هي الخادم التي اشتريت منك. فالقول قول المشتري) لان الأمر لما فسخ العقد بخياره فالخادم ملكه في يد المشتري والقول في تعيين الملك قول ذي اليد أمينا كان أو ضامنا كالغاصب. قال (وإذا لم يكن للخيار وقت فلصاحب الخيار أن يختار في الثلاث فان مضت الثلاث قبل أن يختار البيع فالبيع فاسد) في قول أبي حنيفة و (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز أن اختار بعد الثلاث و (قال) زفر لا يجوز وأن اختاره في الايام الثلاث وهو بناء على ما تقدم ان عند أبي حنيفة اشتراط الخيار لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ومطلق اشتراط الخيار يقتضى التأييد * ألا ترى أن ما لايتوقت من الخيار كخيار العيب فانه يثبت على التأييد ثم الاسقاط انما يعمل في المستقبل دون الماضي فإذا سقط قبل مضي الايام الثلاثة عمل اسقاطه في المستقبل وما مضى غير مناف لصحة العقد فكان العقد صحيحا عنده. وإذا سقط بعد مجئ اليوم الرابع فما مضى كاف لافساد العقد واسقاطه غير ممكن. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ماضى غير معلوم في نفسه وهو غير مناف لصحة العقد وعلى قول زفر العقد متى فسد لا طريق لتصحيحه الا الاستقبال ومشايخنا رحمهم الله تعالى مختلفون في الحكم في هذا العقد في

[63]

الابتداء. فمنهم من يقول هو فاسد ثم ينقلب صحيحا باسقاط الخيار * والا وجه أن يقول الحال فيه مراعى وهو عقد غير منبرم في الحال لان تأثير الخيار في المنع من انبرام العقد لا في افساد العقد وانما المفسد هو الخيار في اليوم الرابع وذلك لا يتصور الا بعد مضي الايام الثلاثة ما لم يتقرر عليه الفساد لا يتعين عليه صفة الفساد للعقد ويستوى ان أسقط المشتري خياره في الايام الثلاثة أو أعنته أو مات في يده أو تعيب في انه يسقط خياره في المستقبل باعتراض هذه المعاني ويجب عليه الثمن المسمى. ذكره الكرخي في جامعه الصغير وبهذا يتبين أن العقد غير محكوم بفساده قبل مجئ اليوم الرابع. قال (وإذا اشترى عبيدين أحدهما بألف والآخر بخمسمائة على أن يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر فمات فقال البائع مات الذي بألف درهم قبل. وقال المشتري لابل مات الذي بخمسمائة قبل) وكان أبو يوسف يقول أولا لم يصدق واحد منهما على ما قال ويحلف المشتري ما يعلم انه مات الذي بألف أول مرة ويحلف البائع ما يعلم انه مات الذي بخمسمائة أولا فأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه فان حلفا لزمهما نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع أبو يوسف بعد ذلك. فقال القول قول المشتري الا أن يقيم البائع البينة وهو قول محمد * وجه قوله الاول ان كل واحد منهما يدعى على صاحبه العقد في مجلس آخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه كما لو. قال بعت منك هذا العبد بألف. وقال المشتري انما اشتريت منك هذا العبد الآخر بخمسمائة وقد بينا فيما سبق ان كل واحد منهما في هذا الفصل مدع ومنكر حقيقة فالهلاك لايمنع جريان التحالف وانما يحلف كل واحد منهما على العلم لانه استحلاف على ما ليس من صنعه وهو الموت أولا فإذا حلفا فقد انتفا دعوى كل واحد منهما بيمين صاحبه وقد علمنا يقينا بلزوم البيع في احدهما ووجوب ثمنه عليه وليس أحدهما بأولى من الآخر فيلزمه نصف ثمن كل واحد منهما أو

لم يعلم التاريخ بين موتيهما يجعل كأنهما ماتا معا فيتسع حكم البيع والامانة فيهما * ووجه قوله الآخر ان حاصل الاختلاف في مقدار ما وجب للبائع على المشتري من الثمن فالبائع يدعى الزيادة فعليه أن يقيم البيعة على ذلك والمشتري منكر لتلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه وليس هذا على أصل محمد نظير اختلاف المتبايعين في الثمن بعد هلاك السلعة لان هناك كل واحد منهما يدعى عقداً آخر فالبيع بألف غير البيع بألفين على ما بينا وهنا هما صادقان على العقد بالثمن المسمى في كل واحد منهما وانما يختلفان في مقدار ما لزم المشتري من

[64]

الثمن المسمى فالقول قوله لانكاره الزيادة وان قامت لهما بيعة لزمه ألف درهم لان بيعة البائع تثبت الزيادة. وكذلك لو حدث بهما جميعاً عيب فاختلفا في الذي أصابه العيب أولاً وأقاما البيعة فالبيعة بينة البائع لاثبات الزيادة في حقه قبل المشتري. قال (وإذا اشترى عبداً على ان البائع بالخيار ثلاثة أيام فقطعت يده عند المشتري فالبياع بالخيار ان شاء ألزمه البيع وأخذ منه الثمن وان شاء أخذ منه عبده) لان التعيب حصل في ضمان المشتري وذلك لا ينافي خيار البائع ومحل الاجازة بعد القطع قائم فيبقى على خياره فان اختار أخذ العبد يخير في نصف القيمة بين أن يرجع به على الجاني أو على المشتري لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فالجناية من القاطع حصلت على ملكه ولكن في ضمان المشتري بالقبض فيكون له الخيار في التضمنين كالعبد المغصوب إذا قطعت يده عند الغاصب فإذا اختار اتباع القاطع لم يرجع القاطع على المشتري لان القاطع ضمن بجنايته وان اختار اتباع المشتري فللمشتري أن يرجع به على القاطع لان ذلك الضمان تقرر عليه بجناية القاطع فيرجع به عليه كالغاصب وان كان البائع هو الذي قطع يده فهذا منه رد للبيع وليس له أن يلزمه البيع بعد ذلك لان اليد من الآدمي نصفه فهو قد استرد نصفه بقوله وفي الاسترداد بحكم الخيار العقد لا يتجزى وفسخه البيع في النصف بالاسترداد يكون فسخاً في الكل فلماذا لم يكن له أن يلزمه البيع بعد ذلك. قال (وان اشترى جارية على انه بالخيار فيها ثلاثة أيام فولدت عنده فقد انقطع خياره) لانها تعينت بالولادة وكذلك لو وطئها هو أو غيره بفجور أو غير ذلك لان وطأه إياها دليل الرضا ووطئ الغير إياها بالفجور تعيب لها * وقد بينا ان حدوث العيب في ضمان المشتري مسقط لخياره المستوفي بالحكم في حكم جزء من آخر العين لان المستوفى بالوطئ ما يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح في حكم العين ولهذا يثبت مؤبداً واستيفاء جزء من العين مسقط لخياره سواء كان المستوفى هو أو غيره. قال (مسلم اشترى من مسلم عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم ارتد المشتري في الثلاثة والعياذ بالله فله أن يرد العبد ولا يوجب عليه الاسلام ولا الكفر شيئاً) لان مشيئته لا تنقطع برده ثم عندهما خياره لا يمنع دخول العبد في ملكه فرده بالخيار بمنزلة الاخراج عن ملكه وذلك صحيح من المرتد عندهما. وعند أبي حنيفة خياره يمنع دخول العبد في ملكه فهو بالرد يمتنع من التملك الا أن يملك غيره شيئاً وردته لا تمنعه من ذلك ثم لا خلاف بين

[65]

أصحابنا رحمهم الله ان البدل الذي من جانب المشروط له الخيار لا يخرج عن ملكه * وللشافعي فيه ثلاثة أقوال في قول مثل هذا وفي قول يخرج ويدخل في ملك الآخر لان العقد منعقد مع شرط الخيار فيثبت حكمه وهو الملك إذا الخيار لا ينافي ذلك كخيار العيب. وفي قول آخر يقول انه إذا أسقط الخيار تبين انه كان خارجا من ملكه إلى ملك صاحبه من وقت العقد بناء على أصله أن الخيار ما يقع بعدما انعقد السبب موجبا للملك فإذا زال بسقوط الخيار تبين ان الملك كان ثابتا من وقت السبب * ووجه قولنا ان العين لا تخرج من ملكه بطريق التجارة الا بعد تمام رضاه وباشتراط الخيار ينعدم رضاه به والسبب بدون الشرط لا يكون عاملا في الحكم كاليمين بالطلاق فانه سبب لوقوع الطلاق عند وجود الشرط فما لم يوجد الشرط لا يثبت الحكم به وعند وجود الشرط لا يتبين أن الحكم كان ثابتا قبله كما في حكم الطلاق وهذا معنى ما يقول أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمتمتع بسقوط الخيار وانما تثبت حقيقة الملك عند سقوط الخيار ولهذا لو كان المشتري أعتقه قبل ذلك لم ينفذ عتقه الا أن السبب المنعقد في الاصل يسرى إلى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونها محلا له فعند وجود الشرط كما يثبت الحكم في الاصل يثبت في الزوائد وأما البدل الذي من جانب الآخر على قول أبي حنيفة رضى الله عنه يخرج في ملكه ولا يدخل في ملك المشروط له الخيار وعندهما يدخل في ملك المشروط له الخيار لان البيع لازم في جانب من لا خيار له فيتوفر على البدل الذي في جانبه حكم البيع اللازم وهو الانتقال من ملك أحدهما إلى ملك الآخر ولهذا خرج من ملكه ولو لم يدخل في ملك صاحبه بقي مملوكا بلا مالك وذلك لا يجوز وليس من حكم العقد الخروج عن الملك من غير دخول في ملك الغير * والدليل عليه ان المبيع إذا كان دارا والخيار للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له حق الشفعة ولو لم يصير مالكا لها لما استحق بها الشفعة كخيار السكنى وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول من شرط الخيار لنفسه فقد استثنى الرضا فيما هو حكم العقد ودخول بدل صاحبه في ملكه من حكم العقد كما أن خروج البدل الذي من جانبه عن ملكه من حكم العقد فإذا لم يثبت أحدهما لانعدام الشرط. فكذلك الآخر لمعنيين (أحدهما انه لو دخل العوض في ملكه بحكم العقد ولم يخرج المعوض عن ملكه اجتمع البدلان في ملك رجل واحد بحكم المعاوضة مع كونها بمحل النقل وذلك لا يجوز و (الثاني) انه لو دخل في ملكه من غير أن يخرج

[66]

البدل الآخر عن ملكه كان مالكا بغير عوض وليس هذا بموجب البيع ان ثبت الملك به بغير عوض وإذا ثبت الملك له بغير عوض فلا يجوز أن يجب عليه العوض بعد ذلك اذن يكون ذلك عوضا يلزمه عن ملك نفسه * فالحاصل انهما بينا مذهبهما على اعتبار حال البدل وأبو حنيفة رضى الله عنه بنى مذهبه على اعتبار حال العاقد وأن الذي شرط الخيار لما استثنى الرضا لم يثبت حكم العقد أصلا في حقه لا في البدل الذي من جانبه ولا في البدل الذي من جانب صاحبه واعتبار هذا الجانب أولى لما قررنا ووجوب الشفعة للمشتري بها لانه صار أحق بها تصرفا لانه ملكها بمنزلة العبد المأذون إذا بيعت دار بجنب داره يجب له الشفعة لهذا المعنى ولهذا لو أعتقه المشتري نفذ عتقه لانه صار أحق بالتصرف فيه واقدامه على الاعناق اسقاط منه لخياره * ويتفرع على الاصل الذي بينا مسائل. منها أن من اشترى قربه على أنه بالخيار ثبت خياره عند أبي حنيفة رضى الله عنه ولم يعتق عليه لانه لم يملكه وعندهما عتق عليه لانه قد ملكه ولا خيار له فيه وكذلك لو قال

ان ملكت هذا العبد فهو حر فاشتراه على انه بالخيار بخلاف ما إذا قال ان اشترينه فهو حر لان عند وجود الشرط يصير كالمنشئ للعقد فإذا كان الشرط هو الشراء يجعل بعد الشراء كأنه أعتقه فلهذا يعتق عندهم جميعا وعلى هذا لو اشترى زوجته على انه بالخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبى حنيفة ولو وطئها في المدة كان الوطئ بحكم النكاح ولا يمنعه من ردها بخياره. وعندهما يفسد النكاح ولو وطئها في المدة لم يكن له أن يردها بحكم خياره. ومنها أن المسلم إذا اشترى عصبيا على انه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه فتخمر في يده فعلى قولهما يسقط خياره لانه قد صار مالكا فلا يتمكن من رده بعد التخمر وعند أبى حنيفة رضى الله عنه لم يكن مالكا فيفسد البيع بالتخمر لانه لو لم يفسد البيع لكان متملكا باسقاط الخيار بعد ما تخمر. وذلك لا يجوز وقيل في هذا الموضوع تتغير العين من صفة إلى صفة في ضمان المشتري فينبغي أن يسقط الخيار عندهم جميعا وانما هذا للاختلاف في ذمى اشترى من ذمى خمرى على ان المشتري بالخيار وقبضها ثم أسلم. فعندهما يسقط خياره لانه كان مالكا فلا يردها بعد اسلامه. وعند أبى حنيفة يبطل البيع لانه لم يكن مالكا ولو لم يبطل البيع يتملكها عند اسقاط الخيار بحكم العقد بعد اسلامه وذلك لا يجوز. ومنها ان من اشترى جارية على انه بالخيار وقبضها ثم ردها بحكم الخيار فعند أبى حنيفة رضى الله عنه لا يجب على البائع استبراء جديد لانه لم

[67]

يدخل في ملك غيره عنده وعندهما يجب ولو حاصت عند المشتري في مدة الخيار ثم أسقط خياره عند أبى حنيفة رضى الله عنه لا يجزى بتلك الحيضة من الاستبراء وعندهما يجزى بها ومنها العبد المأذون إذا اشترى عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فأبراه البائع من الثمن ثم أراد رده بخياره فله ذلك عند أبى حنيفة لانه لم يكن مالكا له فهو بالرد يمتنع من تملكه. وعندهما كان مالكا فلورده بعد ما أبراه عن الثمن يخرج العبد عن ملكه بغير عوض والعبد المأذون لا يملك ذلك. قال (نصراني اشترى من نصراني خمرى فلم يقبضها حتى أسلم أحدهما إما البائع أو المشتري فلا بيع بينهما) استحسانا وفي القياس يبقى البيع بينهما صحيحا لان المشتري ملك الخمر بنفس العقد والاسلام لا يمنعه من قبضها * ألا ترى انه لو كانت خمرى معصوبة له في يد غيره كان له أن يقبضها بعد الاسلام فكذلك في البيع * وجه الاستحسان ان الاسلام يمنع القبض هنا لان هذا القبض مشابه بالعقد من حيث أنه يتأكد به ملك العين ويستفاد به ملك التصرف فكما ان الاسلام من أحدهما يمنع ابتداء العقد على الخمر فكذلك يمنع القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد يبطل للعقد يوضحه ان الطارئ بعد العقد قبل القبض من الزوائد يجعل كالموجود عند العقد حكما. فكذلك الطارئ من اسلام أحدهما يجعل كالموجود عند العقد. وكذلك السلم في الخمر يعين إذا أسلم نصراني إلى نصراني في خمر يجوز فان أسلم أحدهما قبل قبض الخمر فهو على هذا القياس والاستحسان وعن أبى يوسف انه (قال) في السلم أخذ بالاستحسان وفي مبيع العين أخذنا بالقياس لان القبض بحكم السلم يوجب الملك في غير المقبوض وهو نظير العقد في أن اسلام أحد المتعاقدين يمنع العقد على الخمر فأما في بيع العين القبض ناقل للضمان وليس بموجب ملك العين فهو بمنزلة استرداد المعصوب. قال (وان كان المشتري قبض الخمر ولم يرد الثمن حتى أسلم أو أسلم أحدهما فالبيع ماض والثمن عليه) لان حكم العقد ينتهي في الحرام بالقبض والاسلام الطارئ لا يؤثر في المنع من قبض الثمن * يقرره أن الاسلام إذا طرأ فانه

يلاقى الحرمة القائمة بالرد والماضية بالعفو كنزول آية الربا على ما نص الله تعالى عليه بقوله (وذروا ما بقى من الربا) أي ما بقى غير مقبوض فعرفنا أن الاسلام المحرم إذا طرأ لا يتعرض للمقبوض. قال (وإذا اشترى الرجل عيدين بالف درهم على ان أحدهما له لازم وهو في الآخر بالخيار فهو فاسد) لان الذي لزمه العقد فيه منهما مجهول والزام العقد في المجهول لا يجوز. وكذلك ان سمي لكل واحد منهما ثمنا فان لم

[68]

يبين الذي لزمه العقد فيه منهما فهذا فاسد أيضا لما قلنا وان بين ذلك فحينئذ يجوز لان الذي لزمه العقد فيه معلوم وثمرته مسمى معلوم والذي له الخيار فيه معلوم فكأن العقد كان في صفتين متفرقتين فان اشترى أحدهما بعينه في صفقة واحدة على انه بالخيار فيه والآخر في صفقة من غير خيار ولو لم يكن الذي لزمه العقد فيه معيبا وقبضهما وماتا في يده فهو ضامن لقيمتها لانه قبضهما بحكم الشراء الفاسد فكل واحد منهما يكون مضمونا عليه بالقيمة والله أعلم بالصواب. (باب الخيار بغير الشرط) (قال) رحمه الله وإذا اشترى الرجل جراب هروى أو زيتا في زق أو حنطة في جوالق فلم ير شيئا من ذلك فهو بالخيار إذا رآه عندنا و (قال) الشافعي رحمه الله ان لم يكن جنس المبيع معلوما للمشتري فالعقد باطل قولا واحدا وان كان جنس المبيع معلوما فله فيه قولان احتج في ذلك بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر والغرر ما يكون مستورا لعاقبة وذلك وجود فيما لم يره وبنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان والمراد ما ليس بحاضر مرثيا للمشتري لاجماعنا على ان المشتري إذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد لانه لم يعرف من المعقود عليه الا الاسم فلا يجوز البيع كما لو قال بعت منك عبدا ولم يشر إليه ولا إلى مكانه ومعنى هذا الكلام ان جميع أوصاف المعقود عليه مجهولة وطريق معرفتها الرؤية دون الخبر * ألا ترى أن العقد لا يلزم قبل الرؤية مع سلامة المعقود عليه والرضا بلزومه ولو كان الوصف طريقا للاعلام هنا لكان العقد يلزم باعتباره * يوضحه ان المقصود هو المالية ومقدار المالية لا يصير معلوما الا بالرؤية فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية في افساد العقد كبيع الأبق فان المالية في الأبق قائمة حقيقة ولكن لا يتوصل إليه للبعد عن اليد فيجعل ذلك كفوات المالية في المنع من جواز البيع ولهذا لا يجوز بيع الجنين في بطن وبيع اللبن في الضرع ولان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق معرفة المبيع فيما هو دين الوصف يعنى المسلم فيه وفي ما هو عين المشاهدة ثم ما هو الطريقة لمعرفة المعقود عليه في بيع الدين وهو الوصف إذا تراخى عن حالة العقد لم يجز العقد فكذلك ما هو الطريق للمعرفة في بيع العين وهو الرؤية

[69]

إذا تأخر عن حالة العقد لا يجوز العقد. وحثنا في ذلك ما روى في المشاهير أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه والهاء في قوله لم يره كناية فينصرف إلى المكنى

السابق وهو الشئ المشتري والمراد خيار لا يثبت الابعد تقدم الشراء وذلك الخيار بين فسخ العقد والزامه دون خيار الشراء ابتداء وتصريحه باثبات هذا الخيار له تنصيص على جواز شرائه وهذا الحديث رواه عبد الله بن عباس رضى الله تعالى عنهما وعطاء والحسن البصري وسلمة بن المجير رحمهم الله تعالى مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وسلم لشهرته والمعنى فيه ان المبيع معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه كالمرئى وبيان الوصف انه مشار إلى عينه فان الخلاف في جارية قائمة بين يديه مبيعة فلا شك ان عينها معلومة بالاشارة إليها. وكذلك ان أشار إلى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها جارية وكونها مملوكة فلا طريق إلى معرفة ذلك الاخير التابع له فانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وقد اخبرته وهذا لان خبر الواحد في المعاملات يوجب العلم من حيث الطاهر ولهذا من علم شيئًا مملوكًا لانسان ثم رآه في يد غيره يبعه ويزعم انه اشتراه من الاول أو انه وكله ببيعه جاز له ان يشتري منه بناء على خبره فانما نفى تقدم رؤيه وجهها الجهل بصفات الوجه وجواز العقد وفساده لا يبنى على ذلك لان الجهل ببعض أوصافها لا يكون أكثر تأثيرًا من فوات بعض الأوصاف بان كانت محترقة الوجه أو معيبة بعيب آخر وذلك لا يمنع جواز العقد وان كان يمنع لزوم العقد فكذلك الجهل لبعض الأوصاف * ألا ترى ان عدم المعقود عليه يمنع العقد والجهل بالمعقود عليه في بعض المواضع لا يمنع العقد وهو انه إذا باع قفيزًا من الصبرة فان عين المعقود عليه مجهول وجاز العقد فدل ان تأثير العدم فوق تأثير الجهل * يوضحه ان الجهالة انما تفسد العقد إذا كانت تفضي إلى المنازعة كما في شاة من القطيع فاما إذا لم تفض إلى المنازعة لا تفسد البيع كبيع القفيز من الصبرة وجهالة الأوصاف بسبب عدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة بعدما صار معلوم العين وانما تأثير هذه الجهالة في انعدام تمام الرضا به وذلك شرط انبرام العقد لا شرط جوازه * ألا ترى أن البيع يجوز مع خيار الشرط ولا يلزم لانعدام تمام الرضا. وكذلك في العيب الا ان هناك السبب المانع من تمام الرضا شرط الخيار منه وهو محتمل للاسقاط فإذا أسقطه تم الرضا في العيب والسبب بثبوت الحق المطالبة بالجزء الفائت وهو محتمل

[70]

للاسقاط فإذا أسقطه تم الرضا به وهنا السبب هو الجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك لا ينعدم الا بالرؤية فلماذا لا يسقط خياره وان أسقطه قبل الرؤية * والدليل عليه ان جهالة العين كما تمنع جواز البيع تمنع جواز النكاح حتى لو. قال زوجتك احدى ابنتى أو زوجتك احدى أمتى لم يصح النكاح ثم عدم الرؤية لا تمنع صحة النكاح فعرفنا أنه لا يوجب جهالة العين الا ان في النكاح العقد يلزم لان لزومه لا يعتمد تمام الرضا ولهذا لزم مع اشتراط الخيار والعيب بخلاف البيع وعليه نقيس لعله ان هذا عقد معاوضة فعدم رؤية المعقود عليه لا تمنع جوازه كالنكاح ولانه ليس في هذا أكثر من ان ما هو المقصود بالعقد مستتر بغيره وهذا لا يمنع جواز الشراء كما إذا اشترى جوزًا أو بيضًا أو اشترى قفاعة في كوز يجوز فالمقصود بالعقد مستتر بغيره * يوضحه أن الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع اللوز الرطب والجوز الرطب في قشرين ويجوز بيع اليابس منهما لانه في قشر واحد وفي الوجهين المقصود وهو اللب دون القشر وهو مستتر بما ليس بمقصود وهذا بخلاف السلم لان جهالة الوصف هناك تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم ولان العقد يرد على الأوصاف في باب السلم فان

الدين وصف في الذمة والبدل بمقابلتها فإذا لم يذكر عند العقد لم يجز
العقد لانعدام المعقود عليه وبيع الأبق إنما لا يجوز للعجز عن التسليم لا
لعدم المالية ولهذا جوزنا هبته من ابنه الصغير. وبيعه ممن في يده. وبيع
الجنين في البطن إنما لا يجوز لانعدام المالية فيه مقصودا فإنه في البطن
جزء من أجزاء الام * ألا ترى أنه لا يحتمل التزويج مقصودا. فكذلك البيع
بخلاف ما نحن فيه وتأويل النهى عن بيع ما ليس عند الانسان بيع ما ليس
في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضى الله عنه (قال)
يارسول الله ان الرجل يطلب منى سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل
السوق فاستحدثها فاستجيدها فاشتريها فأسلمها إليه (فقال) صلى الله
عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك والنهى عن بيع الغرر ينصرف إلى ما لا يكون
معلوم العين إذا عرفنا هذا فنقول هنا فصلان. (أحدهما) البائع إذا لم ير
المبيع قط بأن ورث شيئا فباعه قبل الرؤية فالباع جازع عندنا. وكان أبو
حنيفة رضى الله عنه أولا يقول له الخيار ثم رجع و (قال) لا خيار له و (قال)
الشافعي لا يجوز بيعه قولا واحدا والدليل على جوازه ما روى ان عثمان بن
عفان رضى الله تعالى عنه باع أرضا كانت له بالبصرة من طلحة رضى الله
تعالى عنه فقيل لطلحة انك قد عينت (فقال)

[71]

الخيار لى لانى اشترت ما لم أره فذكر ذلك لعثمان رضى الله تعالى عنه
فقال لى الخيار لانى بعت ما لم أره فحكما جبير بن مطعم رضى الله تعالى
عنه في ذلك فقضى بالخيار لطلحة رضى الله تعالى عنه فقد انفقوا على
جواز الشرط ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث و (قال) لا خيار للبائع
وهذا لان تمام رضاه باعتبار علمه بما يدخل في ملكه لا بما يخرج عن ملكه
والمبيع يخرج عن ملك البائع وإنما يدخل في ملكه الثمن وهو طريق اعلامه
التسمية دون الرؤية. فاما إذا كان البائع قد رأى المعقود عليه ولم يره
المشتري فهو على الخلاف الذي قلنا وبعد العقد قبل الرؤية للمشتري أن
يفسخ العقد لان تمكنه من الفسخ باعتبار أن العقد غير لازم وما لم يتم
الرضا به لا يكون العقد لازما فكان له أن يفسخ العقد قبل الرؤية وليس له
أن يلزم العقد قبل الرؤية لان اللزوم يعتمد تمام الرضا وإنما يتم رضاه إذا
علم بالاوصاف التى هي مقصوده وإنما يصير ذلك معلوما بالرؤية وهذا
بخلاف خيار العيب فان العلم بالاوصاف قبل رؤية موضع العيب يثبت على
الوجه الذي اقتضاه العقد وهو صفة السلامة فانما يثبت خيار العيب لثبوت
حق المطالبة له بتسليم الجزء الفائت وذلك يحتمل الاسقاط فلهذا صح
الابراء قبل رؤية العيب * يوضحه أن في الرضا قبل الرؤية هنا ابطال حكم
ثبت بالنص وهو الخيار للمشتري عند رؤية المعقود عليه لانه يراه بعد ذلك
ولا خيار له وليس له في الفسخ ابطال حكم ثابت بالنص لانه يوجد رؤية
المعقود عليه خاليا عن الخيار وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤية المعقود
عليه بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان الفسخ خرج من أن يكون معقودا عليه
فلا يوجد بعد ذلك رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار ثم يشترط لاسقاط
الخيار هنا الرؤية التي توجب اعلام ما هو المقصود وذلك في بنى آدم برؤية
الوجه وفي الدواب برؤية وجهها وكفلها ومؤخرها فيما يروى عن أبى
يوسف وفي الغنم يحتاج مع ذلك إلى الجنس وفيما يكون المقصود منه
اللبن يحتاج إلى رؤية الضرع وفيما يعلم بالذوق والشم يحتاج إلى ذلك أيضا
لان العلم بما هو المقصود إنما يحصل به فلا يسقط خياره ما لم يرض بعد
العلم بما هو المقصود صريحا أو دلالة وليس للخيار في هذا وقت. لان
الحديث ورد بخيار مطلق للمشتري فالتوقيت فيه زيادة على النص ولان

هذا في معنى خيار العيب وذلك لايتوقت إلا أن خيار العيب يجوز الصلح عنه على مال. بخلاف خيار الرؤية لان الحق هناك في الجزء الفائت والاصطلاح يكون على رد حصة الجزء الفائت من الثمن ولهذا لو تعذر

[72]

الرد رجح بحصة العيب من الثمن وهنا الخيار للجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك ليس بمال فلا يجوز الصلح عنه على مال كخيار الشرط. ولهذا قلنا أن خيار العيب يورث. لان الوارث يقوم مقام المورث فيما هو مال وخيار الرؤية لا يورث كخيار الشرط. قال (فان رأى بعض الثياب فهو فيما بقى منها بالخيار) لان الثياب تتفاوت فلا يستدل برؤية بعضها على رؤية البعض وإذا أراد الرد فليس له أن يرد ما لم يره خاصة ولكن يرد الكل أو يمسك الكل لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة كخيار الشرط فان كل واحد منهما يمنع اللزوم لعدم تمام الرضا فكما ان من له خيار الشرط لا يتمكن من تفريق الصفقة قبل التمام بلزوم العقد. فكذلك من له خيار الرؤية ويستوى في ذلك ما قبل القبض وما بعد القبض لان الصفقة انما تتم بالقبض باعتبار تمام الرضا ولا يكون ذلك قبل الرؤية بخلاف خيار العيب فهناك الصفقة تتم بالقبض لتمام الرضا به على ما هو مقتضى العقد وهو صفة السلامة. قال (ولو تعذر رد البعض الهالك في يد المشتري قبل الرؤية فليس له أن يرد ما بقى) لانه تعذر عليه رد الهالك وليس له أن يفرق الصفقة في الرد قبل التمام فمن ضرورة تعذر الرد في الهالك تعذر الرد فيما بقى الا في رواية عن ابي يوسف (قال) له أن يرد ما بقى لانه لو صرح بالزام العقد قبل الرؤية لم يسقط خياره فبهلاك البعض أولى أن لا يسقط خياره فيما بقى ولكنه قبل الهلاك باختياره رد البعض هو فاسد للاضرار بالبائع فيرد عليه قصده. وذلك لا يوجد بعد الهلاك فيتمكن من رد ما بقى وكذلك كل حيوان أو عرض. فأما السمن والزيت والحنطة فلا خيار له إذا اشتراها بعد رؤية بعضها لان المكيل أو الموزون من جنس واحد لا يتفاوت فيرؤية البعض تصير صفة ما بقى منه معلوما والاصل ان كل ما يعرض بالنموذج فرؤية جزء منه يكفي لاسقاط الخيار فيه وما لا يعرض بالنموذج فلا بد من رؤية كل واحد منهما لاسقاط الخيار وفيما يعرض بالنموذج انما يلزم العقد إذا كان ما لم يره مثل ما رآه أو أجود مما رأى. فان كان أدنى مما رأى فله الخيار لانه انما رضى بالصفة التي رأى فإذا تغير لم يتم الرضا به وان اختلفا. فقال المشتري قد تغير و. قال البائع لم يتغير فالقول قول البائع مع يمينه وعلى المشتري البينة لان دعواه التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشتري ولو ادعى عيبا بالمبيع فعليه أن يثبت ذلك بالبينة والقول قول البائع مع يمينه ان لم يكن له بينة فهذا مثله. قال (وإذا رأى متاعا مطوبا ولم يقسه ولم ينشره فاشتراه على ذلك فلا خيار له) لان في الثوب الواحد يستدل

[73]

برؤية طرف منه على ما بقى فلا تتفاوت أطراف الثوب الواحد الا يسيرا وذلك غير معتبر ولان رؤية كل جزء منه يتعذر. قالوا وهذا إذا لم يكن في

على الثوب ما هو المقصود فان كان في طي الثوب ما هو مقصود كالعلم لم يسقط خياره ما لم ير ذلك الموضع يعنى موضع العلم لان المآلية تتفاوت بجنسه وهو نظير النظر إلى وجه الأدمى فانه وان رأى سائر المواضع من حسده لا يسقط خياره ما لم ير وجهه. قال (ولو كان رآه قبل الشراء ثم اشتراه فلا خيار له الا أن يكون قد تغير عن الحال الذي رآه عليه وان ادعى المشتري التغير فالقول قول البائع مع يمينه) لانكاره وعلى المشتري البينة وهذا إذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير في مثل تلك المدة فاما إذا تطاولت المدة فالقول قول المشتري. أرايت لو كانت جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة فرعم البائع انها لم تتغير أكان يصدق على ذلك فهذا مما يعرفه كل عاقل فالظاهر يشهد فيه للمشتري فالقول قوله. قال (وإذا اشترى شيئاً ثم أرسل رسولا يقبضه فهو بالخيار إذا رآه ورؤية الرسول وقبضه لا يلزمه المتاع) لان المقصود علم العاقد بأوصاف المعقود عليه ليتم رضاه وذلك لا يحصل برؤية الرسول فآثر ما فيه ان قبض رسوله كقبضه بنفسه ولو قبض بنفسه قبل الرؤية كان بالخيار إذا رآه فكذلك إذا أرسل رسولا فقبضه له فاما ذا وكل وكيلاً بقبضه فراه الوكيل وقبضه لم يكن للموكل فيه خيار بعد ذلك في قول أبى حنيفة رضى الله عنه و (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له لخيار إذا رآه لان القبض فعل والرسول والوكيل فيه سواء وكل واحد منهما مأمور بأحرار العين والحمل إليه والنقل إلى ضمانه بفعله ثم خياره لا يسقط برؤية الرسول. فكذلك برؤية الوكيل وكيف يسقط خياره برؤيته وهو لو أسقط الخيار نصاً لم يصح ذلك منه لانه لم يوكله به. فكذلك إذا قبض بعد الرؤية وقاسا بخيار الشرط والعيب فانه لا يسقط بقبض الوكيل ورضاه به. فكذلك خيار الرؤية وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول التوكيل بمطلق القبض يثبت للوكيل ولانه إتمام القبض كالتوكيل بمطلق العقد يثبت للوكيل ولان اتمامه وتمام القبض لا يكون الا بعد تمام الصفقة والصفقة لا تتم مع بقاء خيار الرؤية فيضمن التوكيل بالقبض أناة الوكيل مناب نفسه في الرؤية المسقطه لخياره بخلاف الرسول فان الرسول ليس إليه الا تبليغ الرسالة فأما اتمام ما أرسل به ليس إليه كالرسول بالعقد ليس إليه من القبض والتسليم شئ والدليل على الفرق بين الوكالة والرسالة ان الله تعالى أثبت صفة الرسالة لنبيه صلى الله عليه وسلم وبقي الوكالة بقوله تعالى (قل لست عليكم بوكيل) وهذا بخلاف خيار العيب

[74]

فان بقاءه لا يمنع تمام الصفقة والقبض ولهذا ملك بعد القبض رد المعيب خاصة * يوضحه ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت وذلك للموكل والوكيل لا يملك اسقاطه لانه فوض إليه الاستيفاء دون الاسقاط فأما خيار الشرط فقد منعه بعض أصحابنا رحمهم الله والاصح هو التسليم والفرق بينهما أنا نجعل في الموضعين فعل الوكيل كفعل الموكل والموكل لو قبض بنفسه بعد الرؤية سقط به خياره. فكذلك قبض الوكيل ولم يسقط خيار الشرط بقبض الوكيل بحال وهذا لان من شرط الخيار استثنى رضاه نصاً فلا بد لسقوط خياره من اسقاطه أو اسقاط نائبه والوكيل ليس بنائب عنه في اسقاط حصة الذي استثناه لنفسه أو يقول سقوط خيار الرؤية من حقوق العقد لان الرؤية تكون عند القبض عادة والوكيل بالشئ فيما هو من حقوقه كالمباشر لنفسه بمنزلة الوكيل بالعقد بخلاف خيار الشرط فاسقاطه لا يكون عند القبض والرؤية بل بالتأمل فيه بعد مدة بعيدة ولان الوكيل بقبض المبيع بمنزلة الوكيل بالعقد لان القبض

مشابه بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ثم رؤية الوكيل بالعقد تجعل كروية الموكل. فكذلك رؤية الوكيل بالقبض بخلاف خيار العيب فرضاء الوكيل بالعيب لا يكون ملزما الموكل. ألا ترى انه بعد الشراء لو وجد بالمبيع عيبا فرضي به الوكيل وأبى الموكل أن يرضى به فله أن لا يرضى بخلاف خيار الشرط فالوكيل بالعقد لا يملك اسقاط خيار الشرط الذي استثناه الامر لنفسه نحو ما اذا أمره بأن يشترط له الخيار. فكذلك الوكيل بالقبض لا يملك اسقاطه. قال (وإذا اشترى عدل رضى لم يره ثم باع منه ثوبا ثم نظر إلى ما بقى فلم يرض به لم يكن له أن يرده إلا من عيب يجده فيه) لانه تعذر الرد فيما باع وليس له أن يفرق الصفقة في الرد بخيار الرؤية فإذا عاد إلى ملك البائع ما باع بسبب فهو فسخ من كل وجه فله أن يرد الكل بخيار الرؤية لزوال المانع الا في رواية على بن الجعد رحمه الله عن أبي يوسف انه يقول خيار الرؤية كخيار الشرط فلا يعود بعد ما سقط وان عاد إلى قديم ملكه وان كان باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الرؤية فهو دليل الرضا منه فيسقط خياره وان كان قبل الرؤية فهو على خياره لانه لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لاسقطنا بايجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الرؤية ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الرؤية. فكذلك إذا باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الرؤية فهو دليل الرضى منه فسقط خياره وان كان قبل الرؤية

[75]

فهو على خياره لان لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لاسقطنا بايجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الرؤية. ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الرؤية. فكذلك إذا باعه على أنه بالخيار. وكذلك لو قطع ثوبا منه وألبسه حتى تغير فقد تعذر عليه رد هذا الثوب كما قبضه وليس له أن يرد ما بقى لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام. قال (وإذا اشترى عدل رضى بثمن واحد أو كل ثوب بعشرة أو كر حنطة أو خادمين فحدث في شيء من ذلك عيب قبل أن يقبضه أو كان العيب فيه فعلم به فليس له إلا أن يرده كله أو يأخذه كله) لما في رد البعض من تفريق الصفقة قبل التمام ولان الرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الرد بخيار الشرط وخيار الرؤية ولهذا يتفرد الراد به من غير قضاء ولا رضا وهذا لانه لاحصة من الثمن قبل القبض فهو مجرد خيار يثبت له ليدفع به الضرر عن نفسه لاحصة للجزء الفائت من الثمن قبل القبض لانه وصف فلا يمكن من الحاق الضرر بالبائع في تفريق الصفقة عليه ولكن يرد الكل أو يمسك الكل والحادث من العيب قبل القبض كالموجود عند العقد لان المبيع في ضمان البائع ولو هلك كان هلاكه على البائع. فكذلك إذا فات جزء منه ولان الزيادة التي تحدث في العين قبل القبض لما جعلت في حكم الموجود عند العقد. فكذلك النقصان الحادث في العين قبل القبض. وكذلك لو قبض احدهما دون الآخر لان تمام الصفقة تعلق بالقبض فلا يثبت الا بعد قبض لجميع كسقوط حق البائع في الجنس لما تعلق بوصول الثمن إليه فما لم يقبض جميع الثمن بقي حقه في الجنس فيستوى في ظاهر الرواية ان وجد العيب بالمقبوض فله أن يرده خاصة وان وجد بالذي لم يقبض فليس له الا أن يردهما لانه يجعل في حكم ما وجد به العيب كان الآخر بصفته وأما إذا علم بالعيب بعد ما قبضهما فله أن يرد المعيب خاصة وقد لزمه البيع في الآخر بحصته من الثمن الا على قول زفر فانه يقول يردهما ان شاء لان ضم الجيد إلى الرديئ عادة ظاهرة في البيع

فلو رد الرديئ بالعيب خاصة تضرر به البائع فلدفع الضرر عنه اما أن يردهما أو يمسكهما كما في الرد بخيار الشرط والرؤية ولكننا نقول حق المشتري بعد القبض في المطالبة بتسليم الجزء الفائت ولاجله يتمكن من الرد ولهذا إذا تعذر الرد رجح بحصة العيب من الثمن وهذا المعنى تقتصر على العيب فلا يتعدى حكم الرد إلى محل آخر وهذا لان الصفقة تتم بالقبض لوجود تمام الرضا من المشتري عند صفة السلامة كما أوجبه العقد وبه فارق خيار الشرط والرؤية فالمانع من تمام الصفقة هناك

[76]

عدم الرضا للجهل بأوصاف المعقود عليه أو بشرط الخيار وهذا باق وفي رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام فلهذا لا يتمكن منه. وأما ما كان من مكبل أو موزون من ضرب واحد فليس له الا أن يرد كله أو يمسك كله لان الكل في الحكم واحد * ألا ترى أن الكل تسمى باسم واحد وهو الكر فالشئ الواحد لا يرد بعرضه بالعيب دون البعض * يوضحه انه إذا ميز المعيب ازداد عيبه فالمعيب من الحنطة عند الاختلاط بما ليس بمعيب لا يتبين فيه من العيب ما يتبين إذا ميز عما ليس بمعيب والمشتري لا يتمكن من الرد بعيب أكثر مما خرج من ضمان البائع وبعض المتأخرين رحمهم الله تعالى يقولون هذا إذا كان الكل في وعاء واحد فاما إذا كان في وعائين فوجد ما في أحد الوعائين معيبا فله أن يرد ذلك بالعيب ان شاء بمنزلة الثوبين والجنسين كالحنطة والشعير لانه يرد على الوجه الذي خرج من ضمان البائع والا ظهر في الجنس الواحد بصفة واحدة انه كشيء واحد سواء كان في وعاء واحد أو في وعائين فاما أن يرد الكل أو يمسك الكل. قال (وإذا اشترى ثوبين أو عبيدين بثمن واحد وقبضهما ثم استحق أحدهما فالآخر له لازم لان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة بالقبض فان العقد حق العاقد فتمامه يستدعى تمام الرضا من العاقد به وبالاستحقاق ينعدم رضا المالك لارضا العاقد ولهذا قلنا في الصرف ورأس مال السلم لو أجاز المستحق بعد ما افترقا يبقى العقد صحيحا فإذا عرفنا تمام الصفقة بالقبض قلنا يرجع بثمن المستحق لان ذلك لم يسلم له والبيع لازم له في الآخر لانه سالم واستحق أحدهما لا يمكن نقصانا في الآخر وان استحق أحدهما قبل القبض فله الخيار في الآخر ليفرق الصفقة عليه قبل التمام وكذلك لو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر حتى استحق المقبوض أو لذي لم يقبض فله الخيار في الباقي لما بينا أن تمام الصفقة يقبض جميع ما يتناوله العقد فما بقى شئ منه غير مقبوض لا تكون الصفقة تامة ولو كان ثوب واحد أو عبيد أو شئ مما لا يتبعض فاستحق بعضه قبل القبض أو بعده فله أن يرد ما بقى بعيب الشركة فالتجار يعدون الشركة فيما يضره التبعض عيبا فاحشا. قال (وإذا اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فاستحق بعضه قبل القبض أو وجد ناقصا فله أن يترك ما بقى) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام وان استحق البعض بعد القبض فلا خيار له فيما بقى لان هذا لا يضره التبعض وباستحقاق البعض لا يتعيب ما بقى وقد تمت الصفقة بالقبض. قال (ولو اشترى دارا فنظر إلى ظاهرها خارجا منها ولم يدخلها فليس له أن يردها الا بعيب) عندنا و (قال) زفر له أن يردها

[77]

وقيل هذا الجواب بناء على دورهم بالكوفة فانها تختلف بالسعة والضيق وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر إلى جدرانها من خارج. فاما في ديارنا مالية الدور تختلف بقلة المرافق وكثرتها وذلك لا يصير معلوما الا بالنظر إليها من داخل فالجواب على ما (قال) زفر ومن حقق الخلاف في المسألة فحجة زفر هنا الذي ذكرنا الجواب. وحجتنا ان النظر إلى كل جزء من أجزائها متعذر فانه يتعذر عليه أو ينظر إلى ما تحت السور وإلى ما بين الحيطان من الجدوع والاسطوانات وإذا سقط شرط رؤية الكل للتعذر أقمنا رؤية جزء منها مقام رؤية الجميع تيسيرا. قال (والاعمى في كل ما اشترى إذا لم يقلب ولم يجس بالخيار) فإذا قلب أو جس فهو بمنزلة النظر من الصحيح ولا خيار له الا أن يجد به عيبا والكلام في فصول (أحدها) جواز العقد عندنا من الاعمى بيعا كان أو شراء و (قال) الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعمى. فكذلك الجواب وان كان أكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه أصلا لانه لا يعرف لون الاشياء وصفتها وهذا غلط منه فالناس تعارفوا معاملة العميان من غير تكبر منكر وتعامل الناس من غير تكبر منكر أصل في الشرع ثم من أصله ان من لا يملك أن يشتري بنفسه لا يملك أن يأمر غيره به فإذا احتاج الاعمى إلى مأكول ولا يتمكن من ان يشتري أو يوكل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى فإذا ثبت جواز شرائه (قلنا) ان كان المشتري مما يعرف بالجس أو الذوق فهو كالبصير في ذلك وان كان مما تعرف صفته بالجس كما تعرف بالرؤية فالمس فيه كالرؤية من البصير حتى لو لمسها. وقال رضيت به يسقط خياره وما لا يمكن معرفته كالعقارات فانه بوصف له بابلغ ما يمكن فإذا. قال قد رضيت سقط خياره لان ذكر الوصف يقام مقام الرؤية في موضع من المواضع كما في عقد السلم والمقصود رفع العين عنه وذلك يحصل بذكر الوصف وان كان بالرؤية أتم وعن أبي يوسف رحمه الله (قال) تعاد إلى ذلك الموضع فإذا كان بحيث لو كان بصيرا رأى. فقال قد رضيت سقط خياره وجعل هذا كتحريرك الشفتين من الاخرس فانه يقام مقام عبارة الناطق في التكبير والقراءة لان الممكن ذلك القدر و (قال) الحسن ابن زياد يوكل بصيرا بالقبض حتى يرى البصير له فيقبض وهذا أشبه بقول أبي حنيفة فالوكيل بالقبض عنده يجعل في الرؤية كالموكل وقال بعض أئمة بلخ رحمهم الله يمس الحيطان والاشجار فإذا قال قد رضيت يسقط خياره لان الاعمى إذا كان زكيا يقف على مقصوده في ذلك بالمس و (حكى) ان أعمى اشترى أرضا. فقال قيدوني إليها ففادوه فجعل يمس الارض حتى

[78]

انتهي إلى موضع منها فقال أوضاع كدس هذا فقالوا لا فقال هذا الارض لا تصلح لانها لا تكسوا نفسها فكيف تكسوني فكان كما قال فإذا كان الاعمى بهذه الصفة فرضى بها بعد ما مسها سقط خياره والله أعلم بالصواب (باب المراجعة) (قال) رحمه الله وإذا اشترى شيئا بنسيئة فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين انه اشتراه بنسيئة) لان بيع المرابحة بيع أمانة تنفى عنه كل تهمة وجناية ويتحرز فيه من كل كذب وفي معارض الكلام شبهة فلا يجوز استعمالها في بيع المرابحة ثم الانسان في العادة يشتري الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشتري بالنقد فإذا أطلق الاخبار بالشراء فانما يفهم السامع من الشراء بالنقد فكان من هذا الوجه كالمخبر بأكثر مما اشترى به وذلك جنابة في بيع المرابحة * يوضحه أن المؤجل نقص في المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين للفضل الخالي عن المقابلة حكما فإذا باعه وكتم ذلك فالمشتري بالخيار إذا علم للتدليس

الموجود من البائع وهذا لان المشتري انما التزم ربحا بناء على خبره انه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن فلو علم انه اشتراه بالنسيئة لم يرغب في شرائه بالنقد بذلك القدر من الثمن فضلا من أن يعطيه على ذلك ربحا فللحاجة إلى دفع الضرر اثبتنا له الخيار كما إذا وجد المعقود عليه دون ما شرط البائع فان كان هذا قد استهلك المبيع فالمبيع له لازم وليس له أن يرد الباقي منه ولا يرجع في شيء من الثمن لانه تعذر رده ومجرد الخيار إذا سقط لتعذر الرد بسببه لا يرجع بشئ بمنزلة خيار الرؤية والشرط و (روى) عن محمد انه يرد قيمة المبيع ويرجع بالثمن ان شاء وهو صحيح على أصله فانه جوز فسخ العقد بسبب التحالف على القيمة بعد هلاك السلعة وجعل رد القيمة عند تعذر رد العين كرد العين فكان ذلك باعتبار معنى في الثمن فهذا مثله والمعنى في الكل تحقق الحاجة إلى دفع الضرر عن المشتري وهذا بخلاف خيار العيب على ظاهر الرواية فالمستحق للمشتري هناك المطالبة بتسليم الجزء الفائت ولهذا يرجع بحصة العيب من الثمن إذا تعذر الرد وهنا الثابت له مجرد الخيار والخيار ليس بمال. وكذلك ان استهلك بعضه فليس له أن يرد الباقي منه لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا يرجع في شيء من الثمن لما قلنا ان المبيع سلم له كما استحقه بالعقد وان لم يكن الاجل مشروطا وانما كان متعادا كما هو الرسم بين الباعة أن

[79]

يودي المشتري الثمن منجما في كل أسبوع نجما فقد اختلف مشائخنا رحمهم الله تعالى في هذا الفصل (قال) بعضهم له أن يبيعه مرابحة من غير بيان لان الثمن حال وبأن سامحه البائع واستوفي الثمن منه منجما لا يخرج من أن يكون حالا. ومنهم من يقول المعروف كالمشروط بالنص ولو كان الاجل مشروطا لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان. فكذلك إذا كان متعارفا ألا ترى ان الورثة في بعض الاشياء تستحق بالعرف وتجعل كالمشروط فهذا قياسه. قال (وإذا اشترى خادما فاعورت أو ثوبا أو طعاما فأصابه عيب عند المشتري بغير فعل أحد فله أن يبيعه مرابحة على جميع الثمن من غير بيان) و. قال زفر ليس له ذلك ما لم يبين لان المشتري لو علم انه اشتراه غير معيب بما سمي من البديل لم يلتزم له على ذلك ربحا ما لم يبين بعد ما تعيب وهذا مذهب الشافعي أيضا بناء على مذهبه ان للاوصاف من الثمن حصة وان التعيب بأفة سماوية وبصنع العباد فيه سواء ولكننا نقول بأن المشتري غير حابس شيئا من المعقود عليه فيكون له ان يبيعه مرابحة كما لو تغير السعر وهذا لان الفائت وصف فيكون تبعا لا يقابله شيء من البديل إذا فات بغير صنع أحد وانما البديل بمقابلة الاصل وهو باق على حاله فيبيعه مرابحة أرايت لو اصفر الثوب أو توسخ أو نكس كان له أن يمنعه من المرابحة وفي نوادر هشام ذكر عن محمد رحمه الله (قال) هذا إذا نقصه العيب شيئا يسيرا فان نقصه العيب قدر مالا يتعابن الناس فيه لم يبيعه مرابحة. قال (وكذلك ان تعيب بفعل المبيع بنفسه) لان ذلك هدرا وان تعيب بفعل المشتري فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين لانه حابس لجزء من المبيع بما أحدث فيه من العيب وما يكون بيعا إذا صار مقصودا بالتناول كان له من الثمن حصة كالبائع إذا أتلف شيئا من اوصاف المعقود عليه يسقط حصته من الثمن بخلاف ما إذا تعيب بغير فعل. وكذلك ان عيبه أجنبي بأمر المشتري أو بغير أمره فان فعله بأمر المشتري كفعل المشتري بنفسه وبغير أمره حنأة موجبة ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا بدل جزء من المعقود عليه. وذلك يمنعه من أن يبيعه مرابحة حتى يبين فان باعه ولم يبين كان للمشتري رده إذا علم به وان كان قد استهلك

شيئا منه لم يكن له رد الباقي ولا الرجوع بشئ من الثمن فان لم يصبه عيب ولكنه أصاب من علة الدابة أو الدار أو الخادم شيئا فله أن يبيع المشتري مرابحة على ثمنه لان العلة ليست بمتولدة من العين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان العلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا تمنعه من بيعها مرابحة وهذا لانه أنفق عليها بازاء ما نال

[80]

من المنفعة. قال (وإذا ولدت الجارية أو السائنة أو أثمر النخيل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة مرابحة) لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه وان نقصتها الولادة فهو نقصان بغير فعل أحد وبازائه ما يجبره وهو الولد وفي مثل هذا النقصان كان له أن يبيعه مرابحة وان لم يكن بازاء النقصان ما يجبره فإذا كان بازائه ما يجبره أولى فان استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب من ذلك لان ما استهلك متولد من العين ولو استهلك جزء من عينها لم يبيعها مرابحة بغير بيان. فكذا إذا استهلك ما تولد من العين. قال (وكذلك البان الغنم واصوافها وسمونها إذا أصاب من ذلك شيئا فلا يبيع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها) لان ما أصاب في حكم جزء من عينها. وعند الشافعي رحمه الله له أن يبيعها مرابحة بناء على مذهبه ان الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهي بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الاصل بالعيب وسيأتي بيانه في باب العيوب ان شاء الله تعالى. قال (فان كان أنفق عليها ما يساوي ذلك في علفها وما يصلحها فلا بأس بأن يبيعها مرابحة من غير بيان لان حصول الزيادة باعتبار ما أنفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم ولان في بيع المرابحة يعتبر عرف التجار ومن عاداتهم إذا اتفقوا بقدر ما أصابوا من الزيادة لا يعدون ذلك خيانة في بيع المرابحة وان هلكت هذه الزيادة من غير أن ينتفع بها المشتري فله أن يبيعها مرابحة ولا يبين وان كان قد نقصت الاصول لان النقصان حصل بغير صنع أحد. قال (وإذا اشترى متاعا فله أن يحمل عليه ما أنفق في القصاراة والخيطة والكراء ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا فانه كذب) وهذا لان عرف التجار معتبر في بيع المرابحة فما جرى العرف بالحاقه برأس المال يكون له أن يلحقه به وما لا فلا أو يقول ما أثر في المبيع فتزداد به مالبته صورة أو معنى فله أن يلحق ما أنفق فيه برأس المال والقصاراة والخيطة وصف في العين تزداد به المالية والكراء. كذلك معنا لان مالية ماله حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة فنقله من مكان إلى مكان لا يكون الا بكري ولكنه بعد الحاق ذلك برأس المال لو قال اشتريته بكذا يكون كذبا فانه ما اشتراه بذلك فإذا قال قام علي بكذا فهو صادق في ذلك لان الشئ انما يقوم عليه بما يغرم فيه وقد غرم فيه القدر المسمى وان كان في عقود متفرقة ولم يحمل عليه ما أنفق على نفسه في سفره من طعام ولا كراء ولا مؤنة لانعدام العرف فيه ظاهرا ولان

[81]

بما أنفق على نفسه لا تزداد مالية البيع صورة ولا معنى وأما الرقيق فله أن يلحق بهم طعامهم وكسوتهم بالمعروف ثم يقول قاموا علي بكذا للعرف الظاهر في ذلك ولان في هذه النفقة اصلاح مالية الرقيق فان

بقاءهم على هيتهم لا يكون بدون الانفاق بالمعروف. قال (وإذا اشترى طعاما فأكل نصفه فله أن يبيع النصف الباقي مرابحة على نصف الثمن. وكذلك كل مكيل أو موزون إذا كان صنفا واحدا) لانه مما لا يتفاوت بحصة كل جزء منه من الثمن يكون معلوما وبيع المرابحة على ذلك بينى وان كان مختلفا لايبيع الباقي منه مرابحة لان انقسام الثمن على الاجناس المختلفة باعتبار القيمة وطريق معرفتها الحرز والظن فلم يكن حصة كل جنس من الثمن معلوم يقينا لبيعه مرابحة عليه. وكذلك الثوب الواحد إذا ذهب نصفه أو احترق أو أحرقه انسان أو باعه أو وهبه فلا يبيع النصف الباقي مرابحة على الثمن الاول لان المسمى لا ينقسم على ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء والذرع صفة في الثوب وانقسام الثمن لا يكون على الاوصاف فقد تفاوت أطراف الثوب الواحد إذا ذهب نصفه * ألا ترى انه يشتري ذراع من أحد جانيه بثمن لا يشتري بمثله من جانب آخر بخلاف القفزان من الصبرة الواحدة وهكذا الثوبان إذا اشتراهما صفقة واحدة فلا يبيع أحدهما مرابحة دون الآخر فان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة. وكذلك ان اشترى عدل زطى بألف درهم وان كان أخذ كل ثوب بعشرة دراهم فله أن يبيع كل ثوب منها مرابحة على عشرة في (قول) أبى حنيفة وأبى يوسف و (قال) محمد رحمه الله تعالى لا يبيع شيئا من ذلك مرابحة حتى يبين أنه اشتراه مع غيره لان من عادات التجار ضم الجيد إلى الرديئ وبيعهما بثمن واحد مع التفضل فيرغب المشتري في شراء الرديئ لماله من المقصود في الجيد ويرغب البائع في بيع الجيد لماله من المقصود في ترويح الرديئ فلو جوزنا له أن يبيع أحدهما مرابحة من غير بيان لامسك الجيد وباع الرديئ مرابحة وإذا علم منه المشتري انه كان معه في العقد أجود منه لم يعطه ربحا على ما سمي فيه من الثمن فلاجل هذا العرف استحسن محمد و (قال) لا يبيعه مرابحة حتى يبين والقياس ما قال. فان حصة كل واحد منهما من الثمن مسمى معلوم فله أن يبيعه مرابحة كما لو كان في عقدين ومثل هذا العرف الذي اعتبره محمد يوجد في العقدين أيضا فقد يسامح الانسان لمن يعامله في ثمن جيد من الترويح عليه رديئا بعده بثمن مثل ذلك الثمن ثم لم يعتبر ذلك لان اعتبار العادة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يعتبر بالعادة. فكذلك هنا بعد التنصيص على ثمن كل واحد منهما

[82]

لا يعتبر بالعادة. قال (وإذا اشترى متاعا بحنطة أو شعير أو شئ مما يكال أو يوزن فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على ذلك) لان بيع المرابحة تملك بثمن ماملك به من ربح ضمه إليه في بيعه فإذا كان الثمن مما له مثل في جنسه تتحقق هذا المعنى فيه فله أن يبيعه مرابحة عليه. قال (وإذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فباعه بخمسة عشر درهما ثم اشتراه بعشرة فلا يبيعه مرابحة حتى يطرح ربحه الاول من رأس المال) في قول أبى حنيفة و (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيعه مرابحة على عشرة دراهم لانه شراء مستقل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح أو وصية * ألا ترى انه لو كان أصله هبة أو ميراثا أو وصية فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الآخر ولا يعتبر بما كان قبله كذا هذا وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان ثبوت الحكم بثبوت سببه فإذا كان السبب متجددا فالملك الثابت به كذلك واختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف العين ولو كان للمشتري في المرة الثانية عين آخر باعه مرابحة على ما اشتراه به وقاس بما لو استفاد في المرة الثانية زيادة من العين فان ذلك لا يمنعه من بيع المرابحة في الشراء الثاني. فكذلك إذا استفاد ربحا قبل الشراء الثاني

وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما استفاد من الربح انما يؤكد حقه فيه بالشراء الثاني لان قبل شرائه كان حقه فيه يعرض السقوط بان يرد عليه بعيب والمؤكد في بعض المواضع كالموجب فكأنه استفاد ذلك بالعقد الثاني وبه فارق الزيادة المتولدة من العين فتأكد حقه فيها لم يكن بالعقد الثاني ولان مبنى بيع المرابحة على ضم المعقود بعضها إلى بعض * ألا ترى انما أنفق في القصاراة والقتل والخياطة يلحق برأس المال فإذا كان يضم بعض العقود إلى بعض فيما يوجب زيادة في الثمن فلان يضم المعقود إلى بعض فينظر إلى حاصل ما غرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع إليه ويبيع مرابحة فيما يوجب النقصان من الثمن أولى فان هذا إلى الاحتياط أقرب ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسها فاما عند الاختلاف فلا * ألا ترى انه لو استعان بخياط حتى خاطه لم يلحق بسببه شيئاً من رأس المال. وكذلك إذا كان العقد الاول هبة أو صدقة لا يضم أحدهما إلى الآخر لان أحد العقدين تبرع والآخر تجارة فاما إذا اتحد جنس العقود يضم بعضها إلى بعض فينظر إلى حاصل ما غرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع إليه ويبيع مرابحة على ما بقى ان شاء وفي هذه المسألة قد غرم عشرين درهما في دفعتين وعاد إليه خمسة عشر درهما فيبيعه مرابحته على خمسة. قال (ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة

[83]

لم يبيعه مرابحة عند أبي حنيفة أصلاً) لانه رجع إليه مثل ما غرم فيه فلم يبق له فيه رأس المال لبيعه مرابحة عليه ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف أو بدابة ثم اشتراه بعشرة كان له ان يبيعه مرابحة على عشرة لان ما عاد إليه ليس من جنس ما غرم فيه فلا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة ولان الربح لا يظهر ما لم يعد إليه رأس ماله وإذا كان ما عاد إليه من عين جنس ما غرم فيه لا يظهر ربحه فيه فلهذا كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الثاني. وإذا اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى آخر نصفه بمائتي درهم ثم باعه مرابحة أو وضعية أو تولية فالثمن بينهما أثلاثا بخلاف مالو باعه مساومة فان في بيع المساومة المسمى بمقابلة الملك ولهذا يستوي فيه المشتري والموهوب وملكهما في العبد سواء بخلاف المرابحة والوضعية والتولية فان الثمن الثاني مبنى على الاول في هذه العقود لان التولية تمليك لما ملك والوضيفة بنقصان شئ يسمى عما ملكت به والمرابحة بزيادة معدومة على ما ملكت به ولهذا اخصت هذه العقود بالمشتري دون الموهوب فإذا أثبت أن الثمن الثاني مبنى على الثمن الاول وقد كان الثمن الاول أثلاثا فيقسم الثمن الثاني بينهما كذلك والاصل في جواز هذه العقود ماروى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه اشترى بعيرين عند قصد الهجرة (فقال) له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنى أحدهما (فقال) هو لك بغير شئ (فقال) صلوات الله عليه أما بغير شئ فلا. قال (وإذا أنفق على عبده في تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقه برأس المال) لانه ليس فيه عرف ظاهر. وكذلك الشعر والغناء العربية وأجر تعليم القرآن والحساب حتى لو كان في شئ من ذلك عرف ظاهر في موضع بالحاقه برأس المال كان له ان يلحقه به لان زيادة المالية باعتبار معنى من المتعلم وهو الذهن والزكاء بما أنفق على المعلم فلم يكن ما أنفق موجبا زيادة في مالية العين وعلى هذا أجر الطيب والرايبص والبيطار والراعي وجعل الأبق والحمام والخباز لا يلحق شئ من ذلك برأس المال لما قلنا وأما أجر سائق الغنم الذي يسوقها من بلد إلى بلد يلحق برأس المال للعرف الظاهر فيه ولان هذا بمنزلة الكراء فيما له حمل

ومؤنة. وكذلك أجرة السمسار فقد جرى العرف بالحاقه برأس المال فهو كأجرة القصار وأجرة الراعى ليس نظير أجرة سائق الغنم لان الراعى لا يستحق الاجر بالنقل ولا يعمل الراعى بل يحفظ الغنم فهو كأجرة البيت الذي تحفظ فيه الغنم. وكذلك جعل الأبق ليس نظير أجر سائق الغنم لان الأباق نادر وفي الحاق شئ برأس المال العرف الظاهر

[84]

وذلك لا يوجد في النادر. قال (وإذا باع المتاع مرايحة ثم حط البائع الاول منه شياً من الثمن فانه يحط ذلك من المشتري الآخر وحصه من الربح ولو كان ولاية حط ذلك) عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يحط عن الثاني شئ بهذا السبب وأصل المسألة ان الزيادة في الثمن والمثمن ثبتت على سبيل الالتحاق بالأصل عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم ويستوى ان كانت الزيادة من العاقد أو من أجنبي آخر. وكذلك حط بعض الثمن عندنا يلتحق بأصل العقد ويصير كأن العقد بقى عقد على ما فى حق الشفيع والمولى. وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو بر مبتدأ في حق من حط عنه خاصة. وحجتهم في ذلك ان الثمن لا يستحق بالعقد الا عوضاً والمبيع كله صار مملوكاً للمشتري بالعقد الاول فيبقى ملكه ما بقى ذلك العقد ومع بقاء ملكه في المبيع لا يمكن ايجاب الزيادة عليه عوضاً إذ يلتزم العوض عن ملك نفسه. وذلك لا يجوز كالمودع يشتري الوديعة من المودع وهذا في حق الاجنبي أظهر فانه لا يملك شيئاً من المبيع فكيف يلتزم الثمن بمقابلة ما لا يملكه ولا يمكنه اثبات الزيادة في وقت العقد فان المبيع لو كان هالكا في الحال أو كانت جارية فاعتقها المشتري أو دبرها لم تثبت الزيادة في الثمن. وكذلك في الصداق الزيادة لا تنتصف بالطلاق قبل الدخول فلو ثبتت من وقت العقد لكان حكمها حكم المسمى فإذا ثبت هذا في الزيادة فكذلك في الحط لان الثمن كله إذا صار مستحقاً بالعقد فلا يخرج البعض من أن يكون ثمناً الا بفسخ العقد في ذلك القدر والفسخ لا يكون في أحد العوضين دون الآخر مع أن الثمن معقود به وفسخ العقد في المعقود عليه دون المعقود به وقاساً حط البعض بحط الجميع فكما ان ذلك لا يثبت في حق المولى والشفيع فكذلك حط البعض وحجتنا في ذلك قوله تعالى (ولاجناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) أي من فريضة بعد الفريضة فذلك تنصيص على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا فيما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا ينتصف بالطلاق قبل الدخول الا ما تأكد بالتسمية في أصل العقد بالنص ففيما سوى ذلك حكم الزيادة حكم الاصل والمعنى فيه انها غيرا العقد بتراضيهما من وصف إلى وصف مشروع له فيصح ذلك ويجعل ذلك كالمذكور في أصل العقد كما لو كان البيع لخيار لهما فاسقط الخيار أو بغير الخيار فشرطاً الخيار لهما أولاً حدهما وبيان الوصف انهما يجعلان الخاسر عدلاً بالزيادة في الثمن أو العدل رابحاً والرابح عدلاً أو خاسراً

[85]

بالحط وهذا وصف مشروع في البيوع والبيوع أنواع منه خاسر ورايح وعدل
 فعرفنا انهما قصدا تعبيره إلى وصف مشروع وتأثيره ان العقد قائم بينهما
 بملكان التصرف فيه رفعا وابقاء فيملكان التصرف فيه بالتغيير من وصف
 إلى وصف لان التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله فإذا
 كان باتفاقهما يملكان التصرف في أصل العقد ففي صفته أولى فاما قوله
 أنه يلتزم العوض عن ملكه (قلنا) قيام العقد بقيام المعقود عليه والمعقود
 عليه قائم في يد المشتري على وجه يجوز الاعتياض عنه فيصح منه التزام
 العوض بمقابلته أيضا لان الانسان انما لا يلتزم العوض عما هو ملوك له
 أصلا ومقصودا فاما ربحا فقد يلتزم العوض وهذا لان الارباح في حكم
 الصلاة ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث ولانه بيع والعوض
 بمقابلة الاصل دون البيع * ألا ترى أن اطراف المبيع يستحق بالمعاوضة
 تبعا ولا يقابلها شيء من الثمن بل العوض بمقابلة الاصل يعنى عن اعتبار
 العوض بمقابلة البيع. فكذلك الزيادة بعد هلاك المعقود عليه وقد روى في
 غير الاصول عن ابي حنيفة ان الزيادة تصح كما يصح الحط بطريق التغيير
 لأصل العقد. وفي ظاهر الرواية لا تثبت الزيادة لان المعقود عليه لم يبق
 على وجه يجوز الاعتياض عنه ولا يمكن اثبات الزيادة عوضا وكذلك بعد
 العتاق والتدبير لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه وهذا لانه لا بد لاثبات
 الزيادة عوضا من اعتبار الحال ثم الاستناد إلى وقت العقد وقد تعذر اثباتها
 في الحال فلا يظهر فيها حكم الاستناد كما قلنا في البيع الموقوف انه لا بد
 من قيام المعقود عليه عند الاجارة ليثبت الملك مستندا إلى وقت العقد
 وبالاتفاق في البيع بشرط الخيار على البائع وعلى هذا إن كانت الزيادة
 من الأجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه فان لم
 يملك بمقابلته شيئا كما لو خالغ امرأته مع اجنبي على مال وضمنه الأجنبي
 أو تصالح مع اجنبي من الدين على مال وضمنه صح الصلح وان لم يملك
 الملتزم بمقابلته شيئا وعلى هذا الحط الا أن عمل الحط في اخراج قدر
 المحطوط من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن لا قيام المعقود عليه
 والثمن باق فثبت الحط على سبيل الالتحاق بأصل العقد وقد بينا أنه مغير
 لوصف العقد وليس بفاسخ للعقد حتى يقال الفسخ في الثمن لا يكون
 والدليل عليه الحط بسبب العيب والحط في مجلس العقد على أحد قولى
 الشافعي فانه يثبت ملتحقا بأصل العقد لما قلنا بخلاف حط الجميع فانه
 مغير لوصف العقد لان الانسان لا يكون مغبونا بجميع الثمن ولو التحق
 بأصل العقد

[86]

فاما أن يفسد به العقد لانه يبقى بيعا بلا ثمن وقد علمنا أنهما لم يقصدا
 ذلك أو يصير ذلك العقد هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة
 فاما حط البعض لو التحق بأصل العقد تحقق به مقصودهما وهو التغيير. قال
 (وإذا باع المتاع مرابحة فخانه فيه فالمشتري بالخيار إذا اطلع عليه ان شاء
 أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وان استهلك المتاع أو بعضه فالثمن كله
 لازم له) في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله و (قال) أبو يوسف وابن
 ابي ليلى رحمهما الله يحط عنه الخيانة وحصتها من الربح على كل حال
 ولا خيار له في ذلك وان خان في التولية فعند ابي حنيفة وأبي يوسف
 رحمهما الله يحط عنه مقدار الخيانة وعند محمد هو بالخيار ان شاء أخذه
 بجميع الثمن وان شاء ترك فابو يوسف يقول في المرابحة والتولية جميعا
 يحط عنه مقدار الخيانة وحصتها من الربح لان العقد الثاني في حق الثمن
 بناء على الاول وقدر الخيانة لم يكن ثمنا في العقد الاول فلا يمكن اثباته

في العقد الثاني كما في الشفيع فان المشتري إذا خان الشفيع لا يثبت مقدار الخيانة في حقه فانه يأخذ بمثل الثمن الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني كما في الشفيع وهذا لان السبب الثاني لما أضافه إلى السبب الاول فانما يؤثر في ايجاب مثل ما وجب بالسبب الاول الا مقدار ما زاد فيه من الربح ففيما وراء ذلك لا يثبت وبدون السبب لا يثبت الحكم والدليل عليه أنه لو خرج البعض من أن يكون ثمنا في العقد الاول بالحط يخرج ذلك من أن يكون ثمنا في العقد الثاني فإذا ثبت أنه لم يكن ثمنا فيه أولى ومحمد يقول فيهما جميعا لا يحط الثمن عن المشتري الثاني لانهما باشرا عقدا باختيارهما بنمن سمياه فينعد بجميع ذلك الثمن كما لو باعاه مساومة وهذا لان انعقاد سبب الثاني يعتمد التراضي منهما ولا يتم رضا المشتري الاول إذا لم يجب له جميع الثمن المسمى بخلاف الاخذ بالشفعة فلا معتبر برضا المشتري هناك ثم حق الاخذ للشفيع بالثمن الاول مستحق على المشتري على وجه لا يمكن ابطاله ولا نعتبره وبالخيانة قصد تغييره فيرد عليه قصده وهنا البيع مرابحة أو تولية لم يكن مستحقا على المشتري الاول فهو في تسمية ما سمي غير قاصد ابطال ما هو مستحق عليه ولكنه يدلس والتدليس يثبت للمشتري الخيار كتدليس العيوب وهذا بخلاف الحط بعد العقد لان الاستحقاق يثبت للمشتري الثاني بمثل الثمن الاول وثم رضي المشتري الاول به فما خرج من أن يكون ثمنا في العقد الاول يخرج من أن يكون ثمنا في العقد الثاني فكان المشتري الثاني بعد ما تم استحقاقه بمنزلة الشفيع وأبو حنيفة يفرق بين التولية والمرابحة من وجهين (أحدهما)

[87]

أن التولية بناء على السبب الاول من كل وجه فلا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد الاول كالأقالة لما كانت فسحا عند الاول فما لم يكن ثابتا في العقد لا يمكن اثباته في الاقالة فاما المرابحة فليست تبنى على العقد الاول من كل وجه وان ثبتت عليه من وجه وهو العيار في الثمن * ألا ترى انهما سميما فيه ما لم يكن مسمى في العقد الاول فيه يتبين انه سبب مبتدأ باشراه باختيارهما فينعد بالثمن المسمى * فيه يقرره انه لا حاجة في التولية إلى ذكر الثمن وتسمية مقدار خيانة فيه فيكون لغوا أيضا وفي المرابحة لا بد من تسمية الثمن وتعيين قدر الربح فكان انعقادها بالتسمية الثانية فينعد بجميع ماسميما فيها وفرق آخران في اثبات الخيانة في التولية تغير العقد عن موضوع ما صرحا به لان به يصير البيع مرابحة لتولية وقد صرحا بالتولية وكان ذلك منهما نفيًا لمقدار الخيانة. فاما في المرابحة لو أثبتنا جميع المسمى لا يتغير به العقد عن موضوع ما صرحا به فاما صرحا ببيع المرابحة وهو مرابحة الا ان الربح فيه أكثر مما ظنه المشتري والبائع دلس بتسمية بعض ربحه رأس المال فكان ذلك مثبتا الخيار للمشتري وإذا سقط خياره بهلاك المبيع في يده لزمه جميع الثمن المسمى. قال (وإذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فليس له ان يبيع منه ذراعا مرابحة لما بينا أن الثمن ينقسم على ذراغان الثوب باعتبار الاجزاء وله ان يبيع نصفه أو ثلثه مرابحة) لان ثمن النصف معلوم يقينا وهذا لان النصف جزء شائع فلا يتفاوت والذراع اسم لموضع معين يقع عليه الذراع وذلك مختلف في الثوب. قال (ولو اشترى نصف عبد بمائة درهم ثم اشترى النصف الآخر بمائتي درهم فله ان يبيع أي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه) لانه يملك كل نصف بعقد على حدة فيجعل كل نصف بمنزلة عبد على حدة وان شاء باع كله على ثلثمائة درهم مرابحة لان العبد قام عليه في العقدين

جميعا بثلثمائة وبيع المرابحة ببيع بما قام عليه. قال (ولو اشترى عبدا بألف درهم فوهب له البائع الثمن كله فله ان يبيعه مرابحة على الالف ولو وهب له بعض الثمن أو حط عنه بعضه باعه مرابحة على ما بقى) للفرق الذي بينا بينهما في حكم الالتحاق باصل العقد وان باعه بالثمن عرضا أو أعطاه به رهنا فهلك الرهن كان له ان يبيع العبد مرابحة على ألف درهم لانه صار قابضا لهذا الثمن بهذا الطريق فكأنه قضاه مشاهدة ولانه يبيعه مرابحة على ما يملك وانما يملك المسمى عند الشراء * ألا ترى انه قيل أن ينقد الثن له ان يبيعه مرابحة. قال (ولو اشترى ثوبا بعشرة دراهم جواد فنقدها زيوفا وتجوز البائع عنه فله ان يبيعه مرابحة على عشرة جواد) لانه يتملكه

[88]

بالجواد وبما نقد من الزيوف صار قاضيا لما عليه بدليل جواز ذلك في السلم والصرف. وكذلك ان اشتراه بعشرة نقد فلم ينقده الثمن شهرا فله ان يبيعه مرابحة على العشرة النقد لانه يملك بالنقد وبان لم يطالبه البائع بالثمن شهرا لا يخرج الثمن من أن يكون نقدا فلم يجعل تجوز البائع بالزيوف وتركه المطالبة بالثمن مدة بمنزلة الحط لان هناك القدر المحطوط يلتحق باصل العقد فيكون مغيرا الوصف وهنا يترك المطالبة بالثمن زمانا لا يلتحق شئ باصل العقد. وكذلك بالتجوز بالزيوف لان الوصف تبع للاصل فإذا لم يخرج شئ من أصل العشرة من أن يكون ثمنا لا يمكن اخراج الوصف من ذلك لئلا يصير البيع مقصودا فيما هو بيع فيه وذلك ممتنع. قال (فان وهب الثوب المشتري بعشرة لانسان ثم رجع فيه فله ان يبيعه مرابحة على عشرة). لان بالرجوع يعود العين إلى قديم ملكه سواء رجع بقضاء أو بغير قضاء وقد بينا هذا في الهبة. وكذلك ان باعه فرد عليه بعبث أو فساد بيع أو خيار أو اقالة فله ان يبيعه مرابحة على عشرة لانه ان عاد إليه بسبب هو فسخ من كل وجه فقد عاد إليه قديم ملكه وان عاد إليه بسبب هو متردد كالاقالة فاكثر ما فيه أنه بمنزلة عقد جديد وقد تملك فيه الثوب بعشرة فبيعه مرابحة عليه ولو تم البيع فيه رجع إليه بميراث أو هبة لم يكن له ان يبيعه مرابحة لانه ما عاد إليه الملك المستفاد بالشراء الاول فان ملك الوارث ينبنى على ملك المورث فانما يبقى له ما كان لمورثه فبيعه مرابحة على ما اشتراه مورثه به لو باعه مرابحة وليس له ذلك لان المالكية قد تحددت له وان كان الملك هو الذي كان لمورثه واما في الهبة فقد يثبت له ملك جديد بسبب التبرع فلا يكون له ان يبيعه مرابحة. قال (وإذا اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو مكاتبه أو عبده أو اشترى العبد أو المكاتب من مولاه بثمان قد قام على البائع باقل منه لم يكن له ان يبيعه مرابحة الا بالذي قام على البائع في العبد والمكاتب بالاتفاق) لان بيع المرابحة على ما يتيقن بخروجه في ملكه بمقابلة هذا العين وهو المدفوع إلى البائع الاول فاما الربح الذي حصل لعبده لم يخرج من ملكه لان كسب العبد لمولاه وما حصل لمكاتبه من وجه كان له أيضا فللمولى حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك لعجزه ولان تهمة المسامحة تتمكن فالانسان يسامح في المعاملة مع عبده ومكاتبه لعلمه انه لا يتعذر عنه ما يحصل لهما وبيع المرابحة ببيع أمانة ينفي عنه كل تهمة وخيانة فاما في غير المماليك من الآباء والاولاد والازواج والزوجات. فكذا الجواب عند ابي حنيفة و (قال) أبو يوسف

ومحمد رحمهما الله له ان يبيعه مرابحة على ما اشتراه به من هؤلاء لتباين الاملاك بينهما إذ ليس لكل واحد منهما في ملك صاحبه ملك ولا حق ملك فهما في ذلك كالاخوين وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول ما يحصله المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصل لنفسه من وجه ولهذا لا تقبل شهادته لهؤلاء فباعتبار هذا الوجه صاروا في حقه كالعبد والمكاتب ولان مسامحة بعض هؤلاء مع البعض في المعاملة أمر ظاهر وبيع المرابحة يؤخذ فيه بالاحتياط فلا يبيعه مرابحة الا على القدر الذي يتيقن بالالتزام فيه لا على وجه المسامحة. وذلك أقل الثمنين كما في العبد والمكاتب. قال (وإذا اشترى ثوبا بثوب قد قام عليه الاول بعشرة دراهم فليس له ان يبيعه مرابحة على العشرة) لانه ملك هذا الثوب بالعقد الثاني فالعوض ما كان مذكورا فيه ولا مثل للثوب من جنسه فلماذا لا يبيعه مرابحة على ما اشترى به ولا على الثمن الاول لانه ما التزم ذلك عوضا عن هذا الثوب قال (وإذا اشترى الرجلان عدل زطى بألف درهم فاقنسماه فليس لواحد منهما ان يبيع نصيبه مرابحة) لان القسمة فيما تتفاوت يتمكن فيها معنى المعاوضة من حيث ان كل واحد منهما يأخذ نصف ما يصيبه بتقديم ملكه ونصفه عوضا عما ترك لصاحبه فيمنعه ذلك من البيع مرابحة * يوضحه انا لا نتيقن بان ما يصيبه بالقسمة هو النصف وانما يعرف ذلك بطريق الحزر وقبل القسمة لو ميزا بعض الثياب وأرادا بيع ذلك مرابحة على ما يخصها من الثمن لم يملكا ذلك. فكذلك بعد القسمة وبه فارق المكيل والموزون. قال (وإذا اشترى عبدا به عيب قد دلس عليه فلما علم به رضى فله ان يبيعه مرابحة) لانه اشتراه بالثمن الذي يبيعه مرابحة عليه وسبب العين ثبت له الخيار فاسقاطه لا يمنعه من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار الشرط أو رؤية فاسقط. وكذلك لو اشتراه مرابحة فخانه صاحبه فيه كان له ان يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما بينا ان الثابت له بسبب هذه الخيانة الخيار فقط قال (وإذا ولى رجل رجلا بيعا بما قام عليه ثم اطلع على انه أخذه بأقل من ذلك بشهادة شهود أو باقرار البائع الاوسط أو بنكوله عن اليمين فيه وقد ادعاه المشتري الآخر) فانه يرجع عليه بالفضل وتم له البيع وقد بينا الخلاف في هذه المسألة وانما الشبهة في حرف وهو انه سمع دعوى المشتري الاخر أن الثمن الاول كان أقل مما سمي في التولية منه حتى سمع بينته على ذلك واستحلفه على ذلك خصمه يقضى عليه بنكوله من اصحابنا رحمهم الله من يقول هو مناقض في هذه الدعوى والمناقض لا قول له ولا طريق لظهور ذلك إلا اقرار البائع الا وسط به ومنهم

من يقول بل دعوى الخيانة من المشتري الآخر بمنزلة دعوى العيب أو بمنزلة دعوى الحط ولو ادعى شيئا من ذلك فأقام البينة قبلت بينته وإذا لم يكن له بينة يستحلف خصمه. فكذلك هنا وان كان المولى قد باعه مرابحة قبل أن يرجع على البائع الاول بشئ ثم رجع عليه بقدر الخيانة يرد ذلك القدر وربحه على المشتري منه بمنزلة ما لو حط بائعه عنه بعض الثمن. قال (وإذا اشترى شيئا من شريك له شركة عنان فلا بأس بأن يبيعه مرابحة لانهما فيما ليس من شركتهما كسائر الاجانب ولهذا قبلت شهادة كل واحد منهما لصاحبه فان كان للاول فيه حصة فليس له ان يبيعه حصة نفسه مرابحة إلا على ما اشتراه به لانه يملك حصته بالعقد الاول وانما يملك على

شريكه بالعقد الثاني حصته فبيع كل حصته مرابحة على ما اشتراه به. قال (وإن كانت خادم لشريك مفاوض للخدمة فاشتراها شريكه منه للخدمة ثم بدأ له أن يبيعه مرابحة فله ذلك) لأن هذا ليس من شركتهما وكل واحد منهما من صاحبه فيه كأجنبي آخر وكل شيء كان لأحدهما خاصة فالحكم فيه كذلك وكل شيء كان بينهما فلا يبيعه واحد منهما مرابحة إذا اشتراه من صاحبه إلا على الأصل الأول لأن العقد الثاني غير معتبر فإن قبله كانت العين مشتركة بينهما شركة مفاوضة. فكذلك بعده بخلاف ما يشتري أحد شريكه العنان من صاحبه للشركة لأن ذلك شراء معتبر فإنه يدخل في شركتهما ما لم يكن داخلا إلا أن البائع في حصة نفسه إنما يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وهو ما اشتراه به لأنه متيقن بخروج ذلك القدر عن ملكه قال (عبد بين اثنين قام عليهما بمائة دينار فربح أحدهما صاحبه في حصته دينارا فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على مائة دينار ودينار) لأنه يملك جميع العبد بهذا القدر وفي شركة الملك شراء أحدهما من صاحبه كشرائه من أجنبي آخر. قال (وإذا اشترى الرجل متاعا ثم رقه باكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقه فهو جائز) ولكن لا ينبغي أن يقول قام على بكذا ولا أخذته بكذا فإن ذلك كذب والكذب لا رخصة فيه ولكن يقول رقه بكذا وأنا أبيع مرابحة على ذلك وعن أبي يوسف (قال) هذا إذا كان المشتري ممن يعلم عادة التجار أنهم يرقمون السلع باكثر مما يشترون به فإن كان لا يعلم ذلك فهذه خيانة وللمشتري حق الرد به إذا علم وهذا منه احتياط وقد كان يبالي في الاحتياط في باب المرابحة حتى (قال) إذا اشترى شيئا باكثر من ثمنه مما لا يتغابن الناس في مثله وهو يعلم ذلك فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو اشترى بالدين ممن عليه الدين شيئا وهو لا يشتري ذلك الشيء بمثل ذلك

[91]

التمن من غيره فليس له أن يبيعه مرابحة وإن كان يشتري بمثل ذلك الثمن من غير غريمه فله أن يبيعه مرابحة سواء أخذه بلفظة الشراء أو بلفظة الصلح وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء فنقول مبنى الصلح على الحط والتجاوز بدون الحق ومبنى الشراء على الاستقصاء والمماكسة ولو كان أصل الثوب له بميراث أو هبة أو وصية فقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان جائزا أيضا لأنه ما أخبر المشتري بشيء هو كذب وإنما (قال) قيمته كذا أو رقه كذا وهو صادق في ذلك فإن صار المشتري مغبونا فيه فذلك من قبل جهله. قال (وإذا باع الرجل المتاع بربح ده يارده أو بربح أحد عشر) فكذلك سواء إن كان المشتري قد علم بالتمن قبل عقده البيع وليس أن يرده لأن مقدار الثمن وربحه معلوم له عند العقد وإن لم يكن عالما بالتمن فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ليكشف الحال له حين يعلم بمقدار الثمن وكذلك إن باعه له برقه فللمشتري الخيار إذا علم بالرقم لما بينا قال (وإذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم باعه بوضيعة ده يارده عن الثمن فإن الثمن يكون تسعة دراهم وجزء من إحدى عشر جزءا من درهم ولو باعه بربح ده يارده كان الربح درهما ثم إذا باعه بوضيعة ده يارده لم يجعل الوضيعة درهما ففي الحقيقة لا فرق بينهما فإنه إذا باعه بربح ده يارده كان الثمن أحد عشر درهما فالربح جزءا من إحدى عشر جزءا من الثمن وذلك بأن تضرب العشرة في إحدى عشر فتكون مائة وعشرة فمقدار الوضيعة جزءا من إحدى عشر جزءا وذلك عشرة أجزاء يبقى مائة جزء وكل إحدى عشر جزءا درهم وذلك تسعة دراهم وجزءا من إحدى عشر جزءا من درهم. قال (وإذا اشترى ثوبا بخمسة دراهم واشترى آخر ثوبا بستة دراهم

ثم باعاهما بصفقة واحدة مرابحة ومواضعة فالثمن بينهما على قدر رأس ماليهما) لان الثمن الثاني في هذا النوع من البيع مبنى على الثمن الاول. قال (ولو ولى المشتري رجلا ثم حط البائع الاول عنه جميع الثمن فانه لا يحط عن الآخر شئ) لان حط الكل مبتدأ غيره ملتحق بأصل العقد فلا يثبت في حق المولى والله أعلم. (باب العيوب في البيوع) (قال) رحمه الله وإذا برئ البائع إلى المشتري عند عقده البيع من كل عيب فهو جائز وان لم يسم العيوب عندنا) و (قال) الشافعي شرط البراءة عن العيوب المجهولة باطل إلا أن يكون

[92]

عيبا في باطن الحيوان فله في ذلك قولان وفي البيع بشرط البراءة من كل عيب له قولان في أحد القولين البيع. فاسد وفي القول الآخر البيع صحيح والشرط باطل واحتج بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وهذا بيع غرر لانه لا يدري ان المعقود عليه على أي صفة هو ولان هذا شرط يمنع موجب العقد لان موجب المعاوضة استحقاق صفة السلامة وهذا الشرط يمنع من ذلك فهو نظير شرط يمنع الملك ولان البائع يلتزم تسليم المجهول لانه يلتزم تسليمه على الصفة التي عليها البيع. وذلك غير معلوم عند المتعاقدين والتزام تسليم المجهول بالبيع لا يصح كبيع ثوب من العدل أو شاة من القطيع بخلاف ما إذا سمي العيب أو أبراه المشتري فان ما يلتزم تسليمه بالعقد بعد تسمية العيب معلوم ومالا يمكن اعلامه نحو عود الجراحة أو يلحق الجرح باعلامه نحو ما يكون في باطن الحيوان يسقط اعتباره للتعذر* والدليل على الفرق بين المسمى وغير المسمى ان المشتري لو عرض على انسان و (قال) اشتره فانه لا عيب به ثم وجد به عيبا كان له ان يخاصم فيه بئنه ويمثله لو قال اشتره فانه ليس بأبق ثم وجد به عيب الاباق لم يكن له أن يخاصم فيه بئنه وحتنا في ذلك ما روى ان زيد بن ثابت رضى الله عنه ابتاع مملوكا من عبد الله بن عمر رضى الله عنهما بشرط البراءة من كل عيب ثم طعن فيه بعيب فاخصما إلى عثمان بن عفان رضى الله عنه فحلفه بالله لقد بعته وما به عيب يعلمه وكنتمه فنكل عن اليمين فرده عليه فقد اتفقوا على جواز البيع بهذا الشرط وانما اختلفوا في صحة الشرط فيستدل باتفاقهم على جواز البيع ويقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم على صحة الشرط والكلام في شرط صحة البراءة من كل عيب ينبنى على صحة البراءة عن الحقوق المجهولة فالشافعي لا يجوز ذلك وقد قام الدليل على جوازه لنا في ذلك حديث على رضى الله عنه حين بعته رسول الله صلى الله عليه وسلم ليصالح بنى جذيمة فواداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يديه مال فقال هذا لكم مالا تعلمونه ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ففسر فهذا دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة والمعنى فيه ان هذا إسقاط حق لا يحتاج فيه إلى التسليم فيصح في المجهول كالطلاق والعتاق وتأثيره ان نفس الجهالة لا تمنع صحة للالتزام ولكن جهالة تفضى إلى تمكن المنازعة ألا ترى ان التملكين يصح في هذا وهذا أضيح من الاسقاطات ثم الجهالة التي لا تفضى إلى المنازعة لا تمنع صحة التملك كجهالة القفيز من الصبرة فلان لا يمنع صحة الاسقاط أولى فالسقوط يكون متلاشيا

لا يحتاج فيه إلى التسليم والجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة أولى ولا معنى لقول من يقول أن الإيجاب في المجهول في معنى التعليق بشرط البيان فما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح إيجابه في المجهول لأن الشرط داخل على نفس السبب حتى يجعله في حكم تصرف آخر هو يمين والجهالة تدخل على حكم السبب فإذا كانت تفضي إلى المنازعة يتعذر اثبات الحكم مع الجهالة وإذا كانت لا تفضي إلى المنازعة لا تتعذر فلا يمنع صحته إذا ثبت صحة هذا الشرط ثبت جواز العقد معه لأن هذا الشرط يقرر مقتضى العقد ومقتضى العقد للزوم والعقد بهذا الشرط يلزم سليما كان المبيع أو معيبا ثم البائع بهذا الشرط يمنع من التزام ما لا يقدر على تسليمه لأن عند اطلاق العقد يلتزم تسليم المبيع بصفة السلامة وإذا كان معيبا فهو عاجز عن تسليمه سليما وعند هذا الشرط يلتزم التسليم على الصفة التي عليها المبيع وهو قادر على تسليمه بتلك الصفة والقدرة على التسليم شرط جواز العقد لا أن يكون موجبا فساد العقد ثم لا يتمكن جهالة في المبيع بهذا الشرط لأنه مشار إليه معلوم بالإشارة إلى عينه وإلى مكانه وليس مقصوده من هذا الشرط الاقرار بالعيوب به فلا يجتمع كل عيب في عيب واحد وإنما يقصد بذكر هذا الشرط التزام البيع والتزام التسليم على وجه يقدر عليه وهذا من الحكمة. ولهذا قلنا أن المشتري بقوله لا عيب به لا يصير مقرا باسقاط العيوب عنه بل قصده من ذلك ترويج السلعة بخلاف قوله ليس باق ففي تخصيصه هذا العيب بالذكر ما يدل على أن مراده نفى هذا العيب عنه ولئن تمكنت جهالة في وصف المعقود عليه بهذا الشرط فهي جهالة لا تفضي إلى المنازعة فلا يؤثر في العقد كجهالة مقدار العيب المسمى. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت المسألة بينه وبين أبي حنيفة في مجلس الدوانيقي فقال له أبو حنيفة أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص أكان يلزمها أن يرد ذلك المشتري وما زال به حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به فإذا عرفنا جواز العقد لهذا الشرط (قلنا) تدخل فيه البراءة من كل عيب موجود به وقت العقد فان حدث به عيب آخر بعد البيع قبل التسليم فهو داخل في هذه البراءة أيضا في قول أبي حنيفة رضى الله عنه وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله و(قال) محمد وزفر والحسن رحمهم الله لا تدخل البراءة عن العيب الحادث في هذا الشرط وهو رواية عن أبي يوسف لأن ذلك مجهول لا يدري يحدث أم لا وأي مقدار يحدث ولو صرح بالتبري من

العيب الذي يحدث قبل القبض فسد به العقد ولو دخل في هذا الشرط لفسد العقد به أيضا فابو يوسف رحمه الله يقول العيب الحادث قبل القبض لما جعل كالموجود عند العقد في ثبوت حق الرد فكذلك يجعل كالموجود عند العقد في دخوله في شرط البراءة من كل عيب وهذا لأن مقصود البائع اثبات صفة اللزوم للعقد والامتناع من التزام ما لا يقدر على تسليمه وفي هذا لافرق بين العيب الموجود والحادث قبل القبض ولا رواية عن أبي يوسف فيما إذا نص على البراءة عن العيب الحادث وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام نفس العقد الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول هنا ظاهر لفظه يتناول العيوب

الموجودة ثم يدخل فيه ما يحدث قبل القبض تبعاً لان ذلك يرجع إلى تقرير مقصودهما وقد يدخل في التصرف تبعاً ما لا يجوز أن يكون مقصوداً بذلك التصرف كالشرب في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية ولو كان شرط البراءة من كل عيب به فهذا يفسد العيب الموجود فلا يتناول الحادث بالاتفاق وان اختلفا في عيب (فقال) المشتري أنه حدث بعد العقد وقال) البائع بل كان موجوداً عند العقد فان كان شرط البراءة من كل عيب فالقول قول المشتري وان كان شرط البراءة من كل عيب فعلى قول محمد القول في ذلك قول البائع وعند زفر القول قول المشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما أسقط قوله كما في الفصل الاول ومحمد يقول قد ظهر المسقط مطلقاً فالمشتري إذا ادعى خروج شيء بعينه من ذلك المطلق لا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كما لو أبراه عن كل حق له عليه ثم اختلفا في دين انه كان موجوداً وقت الابراء أو حدث بعده فانه يجعل القول قول من يدعى دخوله في البراءة المطلقة لهذا المعنى بخلاف ما إذا شرط البراءة من كل عيب به لان المسقط هنا ما ظهر إلا مقيداً بوصف فإذا أنكر المشتري في عيب عينه انه ما دخل في ذلك الايجاب المقيد وجب المصير إلى قوله كما في البراءة المقيدة بمكان أو زمان. قال (وإذا شهد شاهدان على البراءة من كل عيب في خادم ثم اشتراها أحد الشاهدين بغير براءة فوجد بها عيباً كان له أن يردّها) لان البراءة من كل عيب لا تتضمن الاقرار بوجود كل عيب فيها فلا يكون الشاهد راضياً بعيب فيها بعد تلك الشهادة وكذا لو شهدا على البراءة من الاباق ثم اشتراها أحدهما فوجدها أبق فله أن يردّها لان الاباق مذكور في البراءة مطلقاً غير مضاف إليها فلا يكون ذلك اقراراً من الشاهد ولا من المشتري بوجود ذلك فيها بمنزلة البراءة من كل عيب ولو شهدا انه تبرأ

[95]

من إياها ثم اشتراها أحد الشاهدين فوجدها آتية فليس له أن يردّها لان الاباق هنا مضاف إليها بحرف الكتابة وتخصيصه من بين سائر العيوب بالاضافة إليها يكون اخبار بوجوده فيها فالشاهد أقدم على شرائها وهو عالم بعيبها فلا يكون له أن يردّها بالعيب. قال (وإذا اشترى جارية ولم يتبرء البائع من عيوبها فوطئها المشتري ثم وجد بها عيباً فليس له أن يردّها بالعيب عندنا بكرة كانت أو ثيباً عندما اشتراها) و(قال) الشافعي رحمه الله ان كانت بكرة فكذلك الجواب وان كانت ثيباً فله أن يردّها بالعيب ولا يغرم للوطئ شيئاً و(قال) ابن أبي ليلى يردّها بكرة كانت أو ثيباً ويرد معها عقرها وعقورها عشر قيمتها ان كانت بكرة أو نصف عشر قيمتها ان كانت ثيباً وجه قول الشافعي انه قادر على ردها كما قبضها فله أن يردّها كما قبل الوطئ وهذا لان الوطئ في الثيب لا يوجب نقصاناً في عينها حقيقة ولا حكماً وانما استوفى منها محض منفعة فهو كما لو استخدمها ثم اطلع على عيب بها بل اولى فان الاستخدام يعيبها والوطئ يمنعها بخلاف ما اذا كانت بكرة فالوطئ هناك يفوت جزء منها فان صفة البكارة في الجارية بمنزلة جزء من عين هو مال متقوم ولهذا استحق بالبيع شرطاً * والدليل على الفرق ان المشتري بعد ما وطئ البكرة ليس له أن يبيعها مرابحة من غير بيان وفي الثيب له أن يبيعها مرابحة بعد الوطئ من غير بيان. وكذلك لو كانت ذات زوج فوطئها الزوج عند المشتري فان كانت بكرة ليس للمشتري أن يردّها بعيب النكاح بعد ذلك وان كانت ثيباً فله ذلك. وكذلك البائع إذا وطئ المبيعة قبل القبض فان كانت ثيباً لم يسقط شيئاً من الثمن ولا يتخير المشتري به في قول أبي حنيفة بخلاف ما اذا كانت بكرة وبهذه الفصول يتبين ان الوطئ

في الثيب بمنزلة الاستخدام وكما ان الوطئ لا يحل الا في الملك فالاجبار على الخدمة لا تحل الا في الملك ثم لا يمنع نسبة الرد بالعيب * وحثنا في ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم فقد قال علي وابن مسعود رضى الله عنهما لا يردّها بعد الوطئ و (قال) عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما يردّها ويرد معها عشر قيمتها ان كانت بكرة ونصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا فقد اتفقوا على ان الوطئ لا يسلم للمشتري مجانا فمن قال يردّها ولا يرد معها شيئا فقد خالف اقاويل الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين وكفى باجماعهم حجة عليه ثم انهم كانوا مجمعين على ان الوطئ بمنزلة الجنابة الا انه كان من مذهب عمر وزيد رضوان الله عليهما ان المشتري إذا جنى عليها ثم علم بعيب يردّها ويرد معها الارش ففي الوطئ اجابا نحو ذلك وعلي وابن مسعود رضى الله

[96]

عنهما كان يقولان لا يردّها بعد الجنابة فكذلك بعد الوطئ وبالاجماع بيننا وبين الشافعي الجنابة تمنع الرد. فكذلك الوطئ وهو المعنى الفقهي في المسألة ان الوطئ يسلك فيه مسلك الجنابة فيمنع الرد بمنزلة الجنابة عليها بنفسها * والدليل على اثبات هذا الوصف اتفاق الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين كما بينا * والدليل على ان المستوفى بالوطئ في حكم جزء من العين فان المستوفى بالوطئ ما يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح في حكم العين ولهذا لا يملك العقد الامؤيدا والدليل عليه ان استيفاءه في غير الملك لا يخلو عن عقوبة أو غرامة واستيفاء المنفعة تنفك عن ذلك وان المستوفى بالوطئ مصون عن الابتدال حتى لا يجوز استيفاءه بالبدل بدون الملك والمصون من الآدمي نفسه واجزائه لا منافعه والمنفعة تتبدل من الآدمي كما تتبدل من غيره فإذا ثبت انه في حكم جزء من العين فاستيفاءه كاستيفاء جزءه بالجنابة. وذلك يمنعه من الرد بالعيب والدليل عليه ما إذا كانت بكرة تقرر ما قلنا ان الرد بالعيب فسخ للعقد من الاصل ولهذا لو كان موهوبا كان للواهب أن يرجع فيه ولو كان مبيعا كان للبائع أن يردّه على بائعه ولو لم يتعذر ردّها بالعيب لاجل الوطئ لكان إذا ردّها ويفسخ العقد من الاصل تبين أن وطأه اياها كان في غير الملك والوطئ لا يحل الا في الملك فللتحرز عن الوطئ الحرام قلنا لا يردّها والوطئ في غير الملك بمنزلة تناول جزء من العين حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وبهذا فارق حكم بيع المرابحة لانه لا يتبين بالبيع مرابحة ان وطأه اياها كان في غير الملك ولان ذلك في حكم جزء من العين أيضا ولكن هو جزء وهو ثمرة لما لم يتمكن به نقصان في العين وذلك لا يمنع بيع المرابحة عندنا فانه لو تناول لبن الشاة واعلفها بقدره كان له أن يبيعا مرابحة وهذا بخلاف وطئ الزوج اياها عند المشتري لان ذلك حصل بتسليط البائع وايجاب له بالنكاح فيجعل كفعل البائع بنفسه بخلاف ما اذا كانت بكرة فانه بالنكاح يوجب الوطئ للزوج لاصفة البكارة فيصير أصل الوقت مضافا إلى البائع ولكن بزوال صفة البكارة لا يصير مضافا إلى البائع فكانها ذهبت إلى المشتري من غير صنع أحد أو صنع انسان بأصبع أو خشية. وذلك يمنع المشتري من ردّها وكذلك وطئ البائع قبل التسليم فثبوت الخيار للمشتري وسقوط شئ من الثمن إذا كانت بكرة باعتبار صفة البكارة دون الوطئ وهذا لان المستوفى بالوطئ في حكم جزء هو ثمرة كما بينا. وذلك لا يوجب الخيار للمشتري كتناول الثمار واللبن الا ان ذلك مال متقوم فيقابله جزء من الثمن إذا صار مقصودا يتناول البيع وهذا الجزء ليس بمال

متقوم ألا ترى انه يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح ليس بمال فلا يقابله شئ من الثمن ثم المبيعة قبل التسليم في ضمان البائع وفي حكم الوطئ انما تصير مملوكة للمشتري بالقبض ولهذا لا يجتزأ بالحیضة التي توجد قبل القبض من المشتري بالقبض ولهذا لا يجتزأ بالقبض فان الوطئ تصرف وملك التصرف يثبت استبراء المشتري فلهذا لم يوجب العقد على البائع إذا وطئها وسنقرر لابي حنيفة الكلام في موضعه إن شاء الله تعالى وهذا بخلاف الاستخدام فالمنفعة ليست في حكم جزء من العين ولكنها أعراض تحدث شيئاً فشيئاً وهو يتبدل ويجوز استيفائها في عين الملك واستيفائها بخلو عن عقوبة أو غرامة فاکثر ما فيه انه يتبين بالرد انه استخدمها في غير ملكه وذلك لا يوجب عليه شيئاً فلهذا لا يمنع الرد بسبب الاستخدام بخلاف الوطئ إذا ثبت انه لا يمكنه ردها بالعيب قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن لان الجزء الفائت صار مستحقاً بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه إليه فيرد حصة من الثمن لانه صار مقصوداً بالمنع فيكون له حصة من الثمن فطريق معرفة ذلك ان يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن الا ان يقول البائع ردها على فأنا أرضى بذلك فحينئذ يرد لها لان المانع من الرد حقه وقد زال حين رضى به * ولو لم يطأها ولكن حدث بها عيب عند المشتري ووجد بها عيب لم يرد لها عندنا وقال ابن ابي ليلى يرد لها ويرد معها نقصان العيب الحادث عنده لان رد البديل عند تعذر رد العين بمنزلة رد العين ولكننا نقول حق الرد للمشتري انما ثبت لدفع الضرر عن نفسه وانما يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه بالبائع وبعد ما تعيب عنده لوردها كان في ذلك الحاق الضرر بالبائع ولا يقال لا بد من الحاق الضرر باحدهما فيترجح جانب المشتري في دفع الضرر عنه لان البائع دلس له العيب والمشتري صار مغروراً من جهته وهذا لان الشرع ينظر لهما جميعاً والضرر عن المشتري يندفع إذا أثبتنا له حق الرجوع بحصة العيب من الثمن فان لم يندفع فذلك لعجزه عن الرد كما قبض لا لتصرفه مباشرة البائع ولو رده تضرر البائع بتصرفه مباشرة المشتري وهو ردها عليه فكان مراعاة جانب البائع أولى من هذا الوجه وإذا لم يرد لها رجع بنقصان العيب من الثمن كما بينا إلا ان يرضى البائع بان يرد لها عليه لان المانع من الرد حق البائع وقد رضى بالتزام هذا الضرر * قال (فان باعها المشتري بعد ما رأى العيب بها وقد وطئها

أو تعيبت عنده لم يكن له ان يرجع على البائع) بنقصان عيبها لان البائع يقول أنا أقبلتها فإنما تعذر الرد ببيع المشتري إياها بعد العلم بالعيب وذلك يمنعه من الرجوع بحصة العيب والاصل في جنس هذا أن في كل موضع يجوز ردها برضا البائع فإذا باعها المشتري لم يكن له أن يرجع بنقصان عيبها وفي كل موضع لم يكن له ان يرد لها وان رضى البائع فبيعه إياها لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب لان تعذر الرد هنا بمعنى حكمي دون بيع المشتري إياها وفي الاول انما تعذر الرد ببيع المشتري إياها فكأنه حسبها عنده وأراد الرجوع بنقصان العيب وعلى هذا لو اشترى ثوبا فقطعه ولم

يخطه حتى رأى به العيب ثم باعه لم يكن له أن يرجع بنقصان العيب لان بعد القطع يجوز رده إذا رضى به البائع وإنما تعذر الرد ببيع المشتري إياه ولو قطعه وخاطه ثم رأى به العيب فباعه كان له أن يرجع بنقصان العيب لان الرد كان متعذرا قبل البيع وان رضى به البائع بصفة الخياطة التي أحدث المشتري فيه وكذلك لو اشترى ثوبا فصبغه بعصفر أو زعفران ثم وجد به عيبا فباعه رجع بنقصان العيب لان الرد كان متعذرا قبل البيع للزيادة الحادثة في الثوب من ملك المشتري ولو صبغه اسود فذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان السواد عندهما زيادة وعند أبي حنيفة السواد نقصان كالقطع فانما تعذر الرد ببيعه إياه فلا يرجع بنقصان العيب وقد ذكرنا هذا في كتاب الغصب * قال (ولو وطئها غير المشتري بزنا لم يردّها المشتري بالعيب لحدوث العيب بها عنده بالزنا فالزنا عيب في الجارية ولكنه يرجع بنقصان العيب الا أن يقول البائع ردها على وهذا بخلاف ما إذا جنى عليها أجنبي فالجناية توجب الارش والارش زيادة منفصلة متولدة من العين حكما وذلك يمنع ردها بالعيب عندنا وان رضى البائع بذلك على ما يذكره وأما الزنا فلا يوجب إلا الحد ووازن الارش النكاح فان المشتري لو زوجها فوطئها الزوج أو لم يطأها ثم وجد بها عيبا لم يكن له أن يردّها به لمكان المهر الذي وجب بالنكاح للمشتري وكذلك لو وطئت بالشبهة وأخذ المشتري العقد لم يردّها بالعيب بعد ذلك وان رضى البائع به ولكن يرجع بنقصان العيب لان الرد قد تعذر فيدفع الضرر عن المشتري برد حصة العيب من الثمن عليه وكل عيب وجدته المشتري في السلعة فعرضها بعد ما رآه على بيع أو اطلبها أو قبلها أو لمسها بشهوة أو أجرها أو رهنها أو كاتبها فذلك رضا منه بالعيب وليس له أن يردّها ولا يرجع بنقصان عيبها لانه يعرضها على البيع لحاجته إلى ثمنها وذلك دليل الرضا منه بسقوط حقه من

[99]

الثمن المدفوع إلى البائع ودليل الرضا كصريح الرضا وأما الوطئ ودواعيه فلا يحل الا في الملك المتقرر فاقدمه عليه دليل الرضا بتقرر ملكه فيها ولو وجد ذلك قبل العلم بالعيب امتنع ردها بالعيب كان هذا في القياس رضا فبعد العلم بالعيب أولى الا أن قبل العلم بالعيب لم يصر هو راضيا بالعيب فيرجع بالنقصان وبعد العلم بالعيب يصير هو بالاقدم على هذا الفعل راضيا بالعيب ولا يرجع بالنقصان وأما الاجارة والرهن فلانه أوجب هذا التصرف للغير فيها حقا لازما وذلك يعجزه عن ردها فالاقدم عليه دليل الرضا بالعيب والكتابة توجب لها حقا لازما في نفسها وذلك يعجزه عن ردها فالاقدم عليه دليل الرضا بالعيب ودليل الرضا فيما يسقط الخيار كصريح الرضا * قال (ولو استخدمها بعد العلم بالعيب كان هذا في القياس رضا) لانه يستخدمها لملكه فيها فالاقدم عليه دليل الرضا ويتقرر ملكه وفي الاستحسان هذا لا يكون رضا بالعيب لان الناس قد يتوسعون في الاستخدام فقد يستخدم الانسان ملك غيره بأمره وبغير أمره وانما يستخدمها للاختبار انها مع هذا العيب هل تصلح لخدمته ام لا فكان ذلك اختبار الاختيار ولو كان ثوبا فليس هو رضا منه لانه تصرف بحكم الملك وقبلما يفعله الانسان في ملك غيره فيكون ذلك منه دليل الرضا فيتقرر ملكه وكذلك ان كانت دابة فركبها غير أنى استحسان إذا ركب الدابة ليعلفها أو ليسقياها أو ليردها ان لا يكون هذا رضا منه لانه يحتاج في ردها إلى سوقها وربما لاتنقاد له ما لم يركبها وكذلك في سقيها وعلفها فالركوب لاجله لا يكون دليل الرضا منه وانما دليل الرضا أن يركبها في حاجة نفسه أو يسافر عليها * قال (وإذا ولدت الجارية عند الرجل أو وطئها ثم باعها

وكنتم ذلك فليس للمشتري أن يردّها) لان هذا ليس بعيب لازم لان العيب ما
يعده التجار عيبا أو يؤثر نقصانا في المالية وصفة الثيوبة لا يعدها التجار
عيبا فالجوازي عليها في أغلب أحوالهن والبيكاره صفة زائدة لا تستحق الا
بالشرط والولادة كذلك فالنقصان الممكن فيها بسببها يزول بمضي المدة
وبعد زواله لا أثر له في مالية العين فلا يعده التجار عيبا وفي كتاب
المضاربة يقول الجارية إذا ولدت فهذا فيها عيب لازم أبدا فللمشتري ان
يردها إذا علم بذلك لانه يدخل عليها بالولادة كسر لا يرتفع ويظهر ذلك في
عكن بطنها ولا بأس بأن يبيعها مرابحة بعدما وطئها ان لم يكن الوطئ
نقصها لان المعين في بيع المرابحة عرف التجار وهم لا يعدون هذا من
الخيانة ولان المستوفي بالوطئ ليس بمال وبيع المرابحة يلاقي

[100]

ماليتها فاستيفاء ما ليس بمال منها إذا كان لا يوجب النقصان في ماليتها
لا يعتبر في بيع المرابحة بخلاف ما إذا كانت بكرا فان الوطئ في هذه الحالة
يؤثر نقصانا في ماليتها والنقصان فيها إذا كان بفعل المشتري فذلك
يمنعه من أن يبيعها مرابحة * قال (وإذا اشترى جارية فأعتقها أو دبرها أو
ولدت له ثم وجد بها عيبا فليس له ان يردّها) لبطلان ملكه فيها وخروجها
من أن يكون محلا للنقل من ملك إلى ملك وفي القياس ليس له أن يرجع
بنقصان العيب لان تعذر الرد كان بفعل المشتري فهو كما لو قبلها وهذا
لانه لما اكتسب سببا يتعذر الرد فيه كان حابسا لها حكما فكأنها في يده
يحبسها ويريد الرجوع بنقصان العيب وفي الاستحسان يرجع بنقصان
عيبها لان ملكه تقرر فيها بما صنع أما التدبير والاستيلاء فلا يزيل الملك
ولكنها تخرج من أن تكون محل النقل من ملك إلى ملك وأما العتق فهو منه
للملك لان الملك في الأدمى إلى وقت العتق والشئ ينتهي بمضي مدته
والمنتهى متقرر في نفسه ولهذا قلنا يثبت الولاء بالعتق والولاء أثر من
أثار الملك ببقاؤه كبقاء أصل الملك فمتى تعذر الرد مع بقاء الملك
المستفاد بالشراء حقيقة أو حكما يرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك
الملك بصفة السلامة كما لو تعيب في يده * يوضحه أنها لو ماتت عنده رجع
بنقصان العيب لانه بالموت تنتهي مدة حياته والملك فيها باعتبارها فكذلك
بالعتق ينتهي الرق والمالية فيها باعتبارها * وأما إذا قتلها فقد روي عن
أبي يوسف انه يرجع بنقصان العيب أيضا لان القتل موت بأجل فكأنها ماتت
حتف أنفها وفي ظاهر الرواية قال لا يرجع بعد القتل بنقصان العيب لان
القتل فعل مضمون لو باشره في ملك الغير كان موجبا للضمان عليه وانما
استفاد البراءة عن الضمان هنا لملكه فيها وذلك في معنى عوض سلم له
فكأنه باعها بخلاف العتق فانه ليس بفعل موجب للضمان على الانسان في
ملك الغير على الاطلاق لان عتقه في ملك الغير لا ينفذ ومن أحد الشريكين
وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقا حتى إذا كان معسرا لم يضمن شيئا
فهو لم يستفد عوضا عن ملكه حقيقة وحكما وكذلك ان ماتت لانه لم يوجد
منه فعل مضمون فيها أما إذا باعها ثم علم بالعيب فيها لم يرجع بنقصان
العيب لانه لو خاصم إنما يخاصم في عيب ملك الغير ولانه نال العوض حيث
باعها بصفة السلامة ولان البيع والتسليم فعل مضمن في ملك الغير فهو
بمنزلة القتل والهبة والصدقة في هذا كالباع لانه أوجب الملك فيها
باختياره فيكون قاطعا ملكه الذي استفاده من جهة

البائع فكان كالبيع ثم هذا فعل مضمون في ملك الغير فإنما استفاد البراءة عن الضمان باعتبار ملكه فيها * قال (ولو باع منها بعضا لم يكن له ان يرد ما بقي عندنا وقال ابن أبي ليلى له ذلك إلا ان يشاء البائع أن يرد عليه نقصان العيب) لانه يتمكن من رد ما بقي ولكنه معيب بعيب الشركة ولو تعيب في يده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب الا ان يشاء البائع ان يقبلها معيبة فهذا مثله ولكننا نقول عجز عن رد الباقي على الوجه الذي قبض لانه قبض غير معيب وانما حدث عيب الشركة عنده وذلك يمنعه من الرد وسبب هذا كان بيع النصف ومتى كان تعذر الرد بسبب البيع فليس له ان يرجع بشئ من نقصان العيب كما لو باع الكل وعند زفر له أن يرجع بنقصان العيب في النصف الذي لم يبع اعتبارا للبعض بالكل إذا لم يبع ولو كانتها فالكتابة نظير البيع من حيث انه يوجب لها حقا بعوض يستوجه المولى عليها فلا يرجع بنقصان العيب بعد ذلك وكذلك لو أعتقها بمال فيما رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله لانه أزال ملكه عنها بعوض فهو كما لو باعها وفي رواية أخرى يرجع بنقصان العيب لان العتق منه للرق سواء كان بعوض أو بغير عوض ألا ترى انه يثبت به الولاء في الموضعين جميعا ولو قتلها أجنبي لم يرجع بنقصان العيب على البائع لانه أخذ العوض من القاتل فكان ذلك بمنزلة عوض سلم له بالبيع وكذلك لو كان ثوبا فاحرقه أجنبي أو طعاما فأكله لانه قد سلم للمشتري العوض من جهته وكذلك ان كان المشتري هو الذي أحرقه لانه قد استفاد البراءة عن الضمان بسبب ملكه * قال (ولو لبس الثوب حتى تخرق أو أكل الطعام ثم علم بالعيب لم يرجع بشئ في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع بنقصان العيب من الثمن استحسانا) لانه صنع بالمبيع ما يشتري لاجله ويعتاد فعله به فلا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب كما لو أعتق العبد وأبو حنيفة يقول تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فلا يرجع بنقصان العيب كالأحراق والقتل وهذا لان اللبس والاكل موجب للضمان عليه في ملك الغير وانما استفاد البراءة باعتبار ملكه في المحل فذلك بمنزلة عوض سلم إليه وكما ان الاكل واللبس مقصودان بالشراء فالمبيع مقصود بالشراء ثم لا يعتبر ذلك المعنى في اثبات حق الرجوع له بنقصان العيب لسلامة العوض له فكذلك الاكل وان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة بمنزلة مالو باع البعض لان الطعام في الحكم كشئ واحد

فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان فيما إذا أكل البعض في احدى الروايتين يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شئ واحد يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أولى وفي الرواية الاخرى يرد ما بقي لان هذا مما لا يضره التبعض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله وبعد بيع البعض عنهما روايتان أيضا ففي احدى الروايتين لا يرجع بشئ كما هو قول أبي حنيفة لان الطعام في حكم شئ واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الرواية الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما إذا باع اعتبارا للبعض بالكل * قال (وإذا طحن الحنطة أو لت السوق ثم علم بعيب به كان له ان

يرجع بنقصان العيب) لان الملك المستفاد له بالشراء باق وانما تعذر الرد
لمكان الزيادة التى هي غير متولدة من العين بمنزلة الثوب إذا قطعه
وخاطه أو صبغه فله أن يرجع بنقصان العيب * قال (وإذا اشترى خفين أو
نعلين أو مصراعي باب فوجد في احدهما عيبا فله ان يردهما جميعا) لانهما
في الصورة شيئان وفي المنفعة والمعنى كشيء واحد فانه لا يتأتى
الانتفاع المقصود باحدهما دون الاخرى والمعتبر هو المعنى وفي الشئ
الواحد وجود العيب بجزء منه ممكن من رد الكل لانه لو رد المعيب خاصة
لعاد إلى البائع بعيب حادث إذ التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك عيب في
كل واحد منهما فان كان قد باع الذي ليس به عيب لم يكن له ان يرد ما بقى
ولا يرجع بشئ كما في الشئ الواحد حقيقة إذا باع بعضه أما إذا اشترى
ثوبين أو عبيدين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة عند
علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر له ان يردهما جميعا وليس له أن يرد
احدهما لان الصفقة واحدة وضم الجيد إلى الرديئ عادة معروفة ولورد
المعيب تضرر البائع بذلك فليس له ذلك الا أن يردهما جميعا كما في
الفصل الاول ألا ترى انه في الرد بخيار الشرط والرؤية ليس له ان يفرق
بينهما وكذلك في الرد بالعيب قبل القبض فكذلك بعد القبض ولكننا نقول
الصفقة قد تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة ثم علة الرد العيب
وذلك وجد في احدهما والحكم انما يثبت بحسب العلة ألا ترى أنه لو استحق
احدهما بعد القبض لم ينتخير في الآخر فكذلك إذا وجد العيب في احدهما
بخلاف

[103]

النعلين فهناك لو استحق احدهما كان له ان يرد الآخر لاتصال احدهما
بالآخر انتفاعا وبخلاف خيار الشرط والرؤية لان ذلك يمنع تمام الصفقة
بالقبض وكذلك خيار العيب قبل القبض لان الصفقة لا تتم قبل القبض
وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز ثم ان تضرر البائع هنا من الوجه الذي
ذكره زفر فكذلك من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري وليس من
ضرورة ثبوت الخيار له في احدهما ثبوته في الآخر كما لو سمي لكل واحد
منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه في احدهما بعينه * قال (وإذا اشترى عبدا
ثم باعه فرد عليه بعيب بغير قضاء قاض فليس له ان يرده على بائعه
بالعيب) لان هذا بمنزلة الاقالة فانه حصل بتراضيهما والاقالة في حق
البائع الاول بمنزلة بيع مبتدئ فلم يعد إليه الملك المستفاد من جهة البائع
الاول في حقه فلماذا لا يخاصمه في عينه * قال (ولو قبله بقضاء قاض
بينه قامت عليه أو باباء اليمين أو باقرار عند القاضى انه باعه والعيب به
وهو لا يعلم به كان له ان يرده على الاول ان كان له على العيب بينة والا
استحلغه) لان الرد عليه بقضاء القاضى فسخ فان للقاضى ولاية الفسخ
بسبب العيب دون ابتداء البيع فيعود إليه الملك المستفاد من جهة البائع
فهو على خصومته في العيب معه بمنزلة ما لو وهبه ثم رجع في الهبة إلا
أن في الرجوع في الهبة القضاء وغير القضاء سواء بخلاف الرد بالعيب وقد
قررنا هذا الفرق في كتاب الهبة * قال (ولو اشترى جارية ولها زوج أو عبدا
وله امرأة فله ان يردهما بالعيب) لان النكاح مما يعده التجار عيبا في الغلام
والجارية جميعا ولان المقصود بملك الجارية الاستفراش وهذا المقصود
يختل إذا ظهر أنها منكوحة الغير وفي العبد بسبب النكاح يلزمه نفقة
امراته وذلك ينقص من ماليته فلماذا كان النكاح عيبا فيهما جميعا وإذا
اشترى شاة أو بقرة فحلبها وشرب اللبن ثم علم بعيبها لم يكن له أن يردّها
بالعيب ولكنه يرجع بنقصان العيب عندنا وقال الشافعي يردّها بالعيب

بجميع الثمن والاصل أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان زيادة غير متولدة من العين كالصبيغ في الثوب والسمن والعسل في السوق وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق لمراعاة حق المشتري في مالية الزيادة والزيادة المتصلة التي هي متولدة من الاصل كالسمن وانجلاء البياض من العين وثياب اللبس لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لانه لا معتبر بها في عقود المعاوضات ألا ترى انها إذا حدثت قبل القبض لا يتغير حكم انقسام الثمن بسببها وقيل

[104]

على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هذه الزيادة تمنع الرد بالعيب وعند محمد لا تمنع على قياس مسألة التحالف وقد تقدم بيانها وأما الزيادة المنفصلة فهي نوعان عين متولدة من الاصل كالكسب والغلة فلا تمنع الرد بالعيب ولكن الزيادة تسلم للمشتري به ورد الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الخراج بالضمان ثم الكسب والغلة بدل المنفعة وسلامة المنفعة للمشتري لا تمنع رد الاصل بالعيب بجميع الثمن فكذلك سلامة بدل المنفعة * وأما الزيادة المنفصلة التي هي متولدة من الاصل كاللبن والثمار والولد والعقد إذا وطئت الجارية بالشبهة والارش إذا جنى عليها بعد ما قبضها المشتري فهو يمنع رد الاصل بالعيب عندنا وعند الشافعي لا يمنع ولكن يرد الاصل بجميع الثمن والزيادة تسلم للمشتري لان هذه زيادة تملك بسبب ملك الاصل فلا يمنع رد الاصل بالعيب كالكسب والغلة وتأثيره انه لا يقابل هذه الزيادة شئ من الثمن لانها لم تكن موجودة لا عند العقد ولا عند القبض فكان جميع الثمن بمقابلة الاصل ألا ترى ان هذه الزيادة إذا هلكت من غير صنع أحد كان له أن يرد الاصل بالعيب بجميع الثمن فكذلك إذا كانت قائمة في يد المشتري أو استهلكها أو غيره وبهذا يتبين ان هذه الزيادة ليست بمبيعة لان المبيع ما يقابله الثمن فلو صارت هذه الزيادة مبيعة لقابلها شئ من الثمن كما قلتم في الزيادة الحادثة قبل القبض إذا قبضها المشتري مع الاصل والدليل عليه أنه لا يرد هذه الزيادة بعيب إذا وجد بها فلو صارت مبيعة لثبت فيها حكم الرد بالعيب ويجوز فسخ سبب الملك في الاصل مع بقاء الزيادة سالمة للمتملك كالموهوبة إذا زادت زيادة منفصلة ثم رجع الواهب فيها تبقى الزيادة سالمة للموهوب له (وحدثنا) في ذلك ان تملك المشتري في هذه الزيادة تملك مبيع فلو رد الاصل بجميع الثمن لبقيت الزيادة له مبيعا بلا ثمن وذلك ربا وبيان هذا انه لاسبيل لملك الزيادة سوى التولد من الاصل وانما يسرى إليها الملك الثابت في الاصل وملكه في الاصل ملك مبيع لان هذا الملك يثبت له بالشراء وما ثبت فهو باق من غير دليل منقضى حتى يقوم الدليل والدليل عليه ان باعتبار قيام ذلك الملك التصرف في العقد بالاقالة وإذا ثبت ان ملكه في الاصل ملك مبيع فذلك الملك يسرى إلى الزيادة لان المتولد من عين الشئ يكون بصفته ألا ترى ان ولد المكاتبه وولد أم الولد من غير السيد يكون الملك فيه بصفة الملك في الاصل وبه

[105]

فارق الكسب والعلة لانه ملكه بسبب مبتدا وما سرى إليه ملك الاصل ألا ترى ان كسب المكاتب لا يثبت فيه حكم الكتابة فإذا ثبت أن هذه الزيادة في حكم المبيع قلنا ليس بمقابلتها شيء من الثمن لانها بيع محض والثمن بمقابلة الاصل دون البيع كاطراف المبيع لا يقابلها شيء من الثمن الا ان يصير مقصودا بالتناول فكذلك الزيادة ان حدثت قبل القبض ثم قبضها المشتري مع الاصل صارت مقصودة بالتناول فيقابلها جزء من الثمن ومن ضرورة ذلك استحقاق صفة السلامة فيها فإذا وجد بها عيبا كان له أن يردّها بذلك وقبل القبض لما كان لا يقابلها شيء من الثمن كان ردّها مقصودا ولكن يردّها مع الاصل تبعا واما الزيادة الحادثة بعد القبض فلم تصر مقصودة بالتناول والقبض بحكم العقد فلا يقابلها ثمن فلهذا لا يكون له أن يردّها ولا يرد الاصل دونها بجميع الثمن لانها تبقى مبيعة سالمة للمشتري بغير عوض والربا ليس الا هذا ولهذا لا يملك ردّها وان رضي البائع لان تعذر الرد لحق الشرع ولهذا رجع بالنقصان وان باعها بعد العلم بالعيب لان الرد ممتنع لمكان الزيادة سواء رضي البائع بذلك أم لم يرض ولا يقال قبل رد الاصل الزيادة تسلم للمشتري مبيعا بلا ثمن فكذلك بعد رد الاصل لان قبل رد الاصل الزيادة تبع فتكون الزيادة بمقابلة الاصل يعنى عن اعتبار الثمن بمقابلة المبيع فإذا تعذر رد الاصل بالعيب فقد انفسخ العقد فيه فالزيادة بعد ذلك لا تكون تبعا للاصل وإذا صارت مقصودة ولا يقابلها ثمن كانت ربا ولهذا يرد الاصل بالعيب بعد هلاك الزيادة لان المانع زيادة كانت تبقى للمشتري مبيعا بلا ثمن وقد انعدم ذلك إذا هلك من غير صنع أحد وان استهلكها أجنبي غرم بدلها فسلامة البدل للمشتري كسلامة الاصل وان كان المشتري هو الذي استهلكها فلانه حابس لها باستهلاكه أو لانه استفاد البراءة عن الضمان بملكه فيها وذلك بمعنى عوض سلم إليه منها فمنفعة ذلك من ردّها بالعيب بخلاف الموهوبة لان بعد الرجوع في الاصل هناك الزيادة تبقى للموهوب له بغير عوض والاصل كان سالما له موهوبا بغير عوض ولم يكن له ذلك ربا فكذلك الزيادة وهذا لان حكم الربا انما يثبت في المعاوضات دون التبرعات * قال (وإذا اشترى عبدا فوجده مخنثا أو سارقا أو كافرا له ان يردّه) والاصل ان مطلق العقد يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من العداء بن خالد عبدا وكتب في عهده هذا ما اشترى محمد رسول الله من

[106]

العداء بن خالد بن هودة عبدا لاداء ولاغائلة ولاخبثة بيع المسلم من المسلم ففي هذا تنصيص على ان البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله المرض في الجوف والكبد قال المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد والرئة وفيما روى عن أبى يوسف قال الداء المرض والغائلة لا تكون من قبل الافعال كالاباق والسرقه والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون ثم المرجع في معرفة العيوب إلى عرف التجار وفي كل شيء انما يرجع إلى أهل تلك الصنعة فما يعدونه عيبا فهو عيب يرد به أو ما ينقص المالية فهو عيب لان المقصود بالبيع الاسترباح وذلك بالمالية فما ينقص المالية فهو يمكن خلا في المقصود وذلك عيب يرد به وإذا وجد العبد مخنثا فهذا مما يعده التجار عيبا فيمكن نقصانا في ماليته وفيما هو المقصود بملك العبد وهو الاستعمال في الاعمال الشاقة وكذلك ان وجده سارقا فان ذلك يخل بمقصوده لانه لا يمكنه استخدامه ادلا ياتمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله عليه أثناء الليل والنهار وان سرق مال الغير يقطع بسببه وكذلك ان

وجده كافرا كان له أن يرده ادلا عيب تبلغ درجته درجة الكفر وهذا لانه ربما يحتاج إلى استخدامه في الامور الدينية نحو اتخاذ الماء لظهوره وحمل المصحف إليه والكافر نجس لا يؤدي الامانة في الامور الدينية ولو اشتراه بشرط انه كافر فوجده مسلما لم يكن له ان يرده عندنا وقال الشافعي له أن يرده لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فرما قصده ان يستخدمه في المحقرات من الامور ولا يستخير من نفسه ان يستخدم المسلم في مثله فإذا فات عليه مقصوده يمكن من رده وأصحابنا رحمهم الله قالوا الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرى من العيب فكأنه اشتراه على انه معيب فإذا هو سليم وهذا لانه وجد أزيد مما شرط وثبت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه فإذا وجده أزيد مما شرط فلا حاجة إلى دفع الضرر عن نفسه باثبات حق الرد له * قال (وان وجد الغلام زانيا لم يكن له أن يرده بالعيب عندنا وقال الشافعي له ان يرده) لان عيب الزنا كعيب السرقة أو فوّه ألا ترى ان في الجارية كل واحد منهما عيب فكذلك في الغلام ولكننا نقول اشتراه على انه فحل فوجده أفحل ثم الذي به ليس الا تمنى الزنا فان تمنى الزنا معدوم في حقه فان فعل الزنا لا يتهدى للعبد الا بمال ولا مال له بخلاف الجارية ثم المقصود من العبد

[107]

الاستخدام في أمور خارج البيت وزناه لا يخل بمقصود المولى وأما في الجارية فالمقصود هو الاستفراش وزناها يخل بهذا المقصود فانها تلوث عليه فراشه وقيل في الغلام إذا صار ذك عادة له بحيث لا يصبر عنه فله ان يرده لانه يتمكن الخلل في مقصوده فكلما يوجهه في حاجته ذهب في متابعة هواه فهو كالسرقة فانها تخل بالاستخدام من الوجه الذي قلنا وكذلك ان وجد العبد ولد زنا لم يكن له أن يرده لان هذا لا يخل بمقصوده من الاستخدام ولان أكثر الممالك بهذه الصفة لا تعرف انسابهم فاما الجارية إذا كانت ولد زنا فله أن يردها لان ذلك يخل بمقصوده منها وهو الاستيلاء فان ولده يعير بامه إذا كانت ولد زنا وعلى هذا الغلام إذا لم يكن مختونا أو الجارية إذا لم تكن مخفوضة ففي الحلية من دار الحرب هذا لا يكون عيبا لانا لا نعلم انهم لا يفعلون ذلك وفي المولد لا يكون عيبا في الصغير أيضا ويكون عيبا بعد البلوغ لان المولد في دار الاسلام لا يترك كذلك حتى يبلغ والتجار يعدون ذلك عيبا في المولد * قال (والثؤلول عيب إذا كان ينقص الثمن وان كان لا ينقصه فليس بعيب) لانه لا يخل بالمقصود فيعتبر نقصان المالية بسببه والخال كذلك فقد يكون الخال رتبة لا تنقص من المالية وهو ما إذا كان على الخد وقد يشينه إذا كان على رأس الارنية وذلك ينقص من المالية فلماذا يعتبر فيه أن ينقصه من الثمن * قال (والصهوبة في الشعر عيب) لان التجار يعدونه عيبا وكذلك الشمط فان الشمط في أوانه من الهرم والهرم عيب وفي غير أوانه ومن داء في الباطن وهو عيب ثم اللون المستوى للشعر السواد فما سوى ذلك إذا كان ينقص من الثمن ويعدّه التجار عيبا ثبت به حق الرد قال والبخر عيب في الجارية وليس بعيب في الغلام إلا أن يكون من داء وهو نتن الفم وهذا يخل بما هو المقصود من الجارية وهو الاستفراش ولا يخل بما هو المقصود من الغلام لانه يستخدمه بالبعد من نفسه الا أن يكون من داء فالداء نفسه عيب * (قال) والذفر كذلك وهو نتن الابط وهو يخل بالمقصود من الجارية دون الغلام الا أن يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله فهذا يكون لداء في البدن وهو ينقص الثمن قال والبخر عيب وهو انتفاخ تحت السرة وبه سمي

بعض الناس ابجر وهو يكون لداء في البدن ويعده التجار عيبا والادرة عيب
وهي عظم الخصيتين وانما يكون ذلك لداء في البدن وفي بعض النسخ
الاذن عيب وهو الذي يسيل من منخره الماء ومنه قول القائل.

[108]

وترى الذنين على مناخرهم يوم الهياج كما رن النمل وذلك يستقدر منه
ولا يكون الا لداء في الدماغ واليسر عيب وهو الذي يعمل بيساره ولا
يستطيع ان يعمل بيمينه الا ان يكون اعسر يسر وهو الاضبط الذي يعمل
باليدن وقد كان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة فحينئذ يكون زيادة وليس
بعيب * قال (والعشي عيب) وهو ضعف في البصر حتى لا يبصر من شدة
الظلمة أو شدة الضوء ومنه يسمى الاعشي * والعسم عيب وهو بيوسة
وتشنج في الاعصاب منه أصل العرج والسن السوداء عيب لانه لا ينتفع به
وهو يشين صاحبه والسواد في السن دليل موت السن عند من يقول في
السن حياة وكذلك السن الساقطة عيب ضررا كان أو غيره لانه ينقص من
الثمن ويعده التجار عيبا ثم سقوط السن فيما لا يبدو منها كالطواحين
ينقص من المنفعة وفيما يبدو منها كالضواحك وفي الاصل كالتواجد ينقص
من الجمال ولهذا وجب الارش إذا قلع من الغير وأفسد المنبت * قال
(والظفر الاسود عيب إذا كان ينقص الثمن) لانه ينقص من الجمال والسواد
في الظفر دليل موته كما في السن وانما يشترط هذه الزيادة لان ذلك قد
لا ينقص من الثمن فيمن هو اسود اللون كالحبشي وانما ينقص فيمن هو
أبيض اللون كالانراك وإذا كان بحيث لا ينقص الثمن لا يثبت حق الرد به *
والاباق مرة واحدة عيب من الصغير مادام صغيرا فإذا بلغ فليس ذلك بعيب
الا أن يابق بعد الكبر وهذا إذا كان بحيث يميز أما في الصغير جدا فهذا لا
يكون عيبا لانه يضل ولا يابق والاباق يكون عن قصد منه وهو ليس من أهله
ولكنه لا يهتدى إلى بيت مولاه فيضل كالدابة فاما إذا كان مميزا فالاباق
والقصد إلى ذلك يتحقق منه وهو عيب فيه ما لم يبلغ فإذا زال ذلك وان
ابق بعد البلوغ مرة فهو عيب لازم أبدا والسرقه كذلك * قال (والبول في
الفرش كذلك في حق الصغير جدا لا يكون عيبا) لانه يكون من أمثاله عادة *
وأما الجنون إذا وجد مرة فهو عيب لازم أبدا سواء وجد في حالة الصغر أو
بعد البلوغ والفرق أن سبب الجنون واحد لا يختلف بالصغر والكبر وهو أفة
في العقل فإذا وجد مرة فأثره يبقى فيه ما عاش وذلك يظهر في حماليق
عينه بمعرفة أهل البصر فيه وأما سبب الاباق والسرقه والبول في
الفرش في حالة الصغر فمخالف لسبب هذه العيوب بعد البلوغ لان الاباق
في الصغر سببه سوء الادب وحب اللعب وسببه بعد البلوغ التمرد وقلة
المبالاة بالمولى وكذلك السرقه

[109]

سببها قبل البلوغ قلة التأمل في عواقب الامور بسبب الصغر وبعد البلوغ
سببها التمرد ولهذا لا يجب بها على الصبي ما يجب على البالغ وسبب
البول في الفرش قبل البلوغ استرخاء في المثانة بسبب الصغر وسببه
بعد البلوغ أفة في الآلة الماسكة فإذا وجد في حالة الصغر فهو عيب مادام
صغيرا فإذا بلغ زال ذلك السبب فزال الحكم أيضا فإذا وجد بعد البلوغ فهو

عيب لازم أبدا لان التجار يعدونه عيبا فهو ينقص من المالية والاباق سوى المالية فيه حكما فكان من أفحش العيوب * (قال والحبل في بنات آدم عيب) لانه ينقص المالية ويخل بالمقصود وليس بعيب في البهائم لانه يزيد في المالية * قال (والقرن عيب) وهو عظم في المأتى يمنع الوصول إليها وبه قضى شريح رحمه الله قال اقعدوها فان أصاب الارض فهو عيب * والرتق عيب وهو لحم في المأتى يمنع وصول الواطئ إليها * والعقل عيب وهو ان يكون في المأتى شبه الكيس لا يتلذذ الواطئ بوطنها وهذا كله يخل بالمقصود * قال (والبرص عيب) وهو معلوم يعده التجار عيبا فينقص من المالية * قال (والجدام عيب) وهو قبيح تحت الجلد يوجد نتنه من بعد وربما تنقطع الاعضاء به وهو أفحش العيوب قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد * قال (والفتق عيب) وهو ريج في المثانة ربما يهيج بالمرء فيقتله ولا يكون ذلك الا لداء في البدن * قال (والسلعة عيب) وهو القروح التي تكون في العنق ويسمى بالفارسية خوك وذلك لا يكون الا لداء في بدنه وربما يتلف بسببه وكل شئ ينقص الثمن في الرقيق والدواب فهو عيب لان المقصود في البيع الاسترباح فما ينقص من الثمن يكون خلا في المقصود * قال (والكى عيب) لانه انما يعقل ذلك لداء في البدن الا أن يكون سمة في بعض الدواب فان كان من ذلك شئ لا يعده التجار عيبا لايرد به قال (والفدع عيب) وهو في الكف زيغ في الرسغ بينه وبين الساعد وفي القدم كذلك زيغ بينه وبين عظم الساق وفي الفرس هو التواء الرسغ عن عرضه الوحشى وهو الجانب الايمن * قال (والفحج عيب) وهو في الفرس تباعد ما بين الكعبين والافحج من الأدمى الذي تتدانى صدور قدميه وتتباعد عقباه وتنفج ساقاه * والدحس عيب وهو ورم يكون في اطراف حافر الفرس * قال (والصكك عيب) وهو ان يصطك ركبته قال أبو عمر وأبو عبيد رحمهم الله الصكك في الرجلين في الكعبين * قال (والحنف عيب) وهو اقبال كل واحد من الابهامين إلى صاحبه وذلك ينقص من قوة المشى وقال ابن الاعرابي الاحنف الذي يمشى على ظهر قدميه * قال

[110]

والصدف عيب وهو التواء في أصل العنق * قال (والشذق عيب) وهو وسع مفرط في الفم وفيه الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التشذق في الكلام وهو مما يعده التجار عيبا ثم العيوب التي يطعن المشتري بها أنواع أربعة نوع منها يكون ظاهرا في موضع يراه القاضي وغيره ولا تسمع الخصومة في ذلك ما لم يره العيب لان قيام العيب عند الخصومة شرط لتوجه الخصومة وحقيقة معرفة ذلك بالمعرفة ممكن فإذا رآه القاضي فان كان عيبا لا يحدث مثله في مثل تلك المدة وقد علم القاضي وجوده عند البائع فيقضى بالرد إلا أن يدعى البائع أن المشتري علم به عند العقد ورضى به فحينئذ يحلف المشتري على ذلك ثم يرده وان كان شيئا مما يحدث مثله في مثل تلك المدة فالقول قول البائع ان العيب لم يكن عنده لان الحوادث انما يحال بحدوثها على أقرب الاوقات ومن ادعى تاريخا سابقا فعليه ان يثبته بالبينة فان أقام المشتري البينة على ان العيب كان عند البائع قضى بالرد وان لم يكن له بينة يحلف البائع البينة بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وانما يذكر التسليم لجواز أن يكون العيب حدث بعد العقد قبل التسليم الا أنهم قالوا النظر للمشتري بنعدم إذا استحلغه بهذه الصفة فان العيب لو كان حادثا بعد العقد وقبل التسليم كان للمشتري حق الرد والبائع بار في يمينه بان العيب لم يكن موجودا عند

العقد فالاحوط ان يحلفه بالله لقد سلمه بحكم هذا العقد إليه ولم يكن به هذا العيب قال الشيخ الامام عندي الاول أصح لان البائع ينفي العيب عند البيع وعند التسليم ولا يكون باراً في يمينه إذا لم يكن العيب منتفياً في الحالين جميعاً وإنما يستحلف على الثبات لان استحلافه على فعل نفسه وهو التسليم كما لو التزمه بالعقد فان نكل عن اليمين فنكوله كإقراره وان حلف انقطعت المنازعة بينهما * ونوع من ذلك عيب لا يعرفه الا الاطباء فعلى القاضي ان يريه مسلمين عدلين من الاطباء لان علم ذلك عندهم وانما يرجع إلى معرفة كل شئ إلى من له بصر في ذلك الباب كما في معرفة القيمة والاصل فيه قوله تعالى فاستئخوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ولا بد من العدد في ذلك لانه قول ملزم كالشهادة فإذا قال العيب موجود فيه وقال هو ممالا يحدث في مثل هذه المدة حكم بالرد بقولهما وان قال قد يحدث ذلك حينئذ يحلف البائع كما بينا في الفصل الاول الا ان يقيم المشتري البينة على اقرار البائع أن العيب كان عنده * ونوع منه لا يعرفه الا النساء بان يكون في موضع لا يطلع عليه الرجال فالقاضي

[111]

يربها النساء لان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال والمرأة الواحدة تكفي لذلك بعد أن تكون حرة مسلمة فان كانتا اثنتين فهو أحوط وهذه المسألة معروفة في الطلاق والشهادات فان أخبرت بوجود العيب توجهت الخصومة لظهور السبب في الحال بقولها ولكن لا يثبت الرد بقول النساء وان كان ذلك مما لا يحدث في مثل تلك المدة لان هذه الزيادة يمكن الوقوف عليها لامن جهة النساء فلا يعتبر قول النساء فيها ولان شهادة النساء حجة ضعيفة لا يفصل الحكم بها ما لم تتايد بمؤيد وذلك بنكول البائع فيستحلف حتى إذا انضم نكول البائع إلى شهادة النساء فسخ البيع وعن أبي يوسف انه يقضى بالرد بقول النساء لان شهادتهن فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه وقاس بالعنين إذا ثبتت البكارة بقول النساء بعد مضي السنة فانه يفرق بينهما وقد بينا الفرق بين الفصلين في كتاب النكاح وعن محمد قال ان كانت الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء وان كان بعد القبض لا يفسخ لان الحاجة إلى نقل الضمان من المشتري إلى البائع وشهادة النساء في ذلك ليست بحجة تامة * ونوع من ذلك ما هو حكمي كالاباق والسرقة والبول في الفراش فان القاضي لا يسمع خصومة المشتري في ذلك ما لم تقم البينة على وجود العيب عنده لان قيام العيب في الحال شرط لتوجه الخصومة ولا طريق لمعرفة ذلك الا بالبينة فان طلب المشتري يمين البائع على وجود ذلك العيب عنده فقد ذكر في الجامع أن على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف البائع بالله ما يعلم انه أبق عند المشتري أو سرق أو بال في الفراش وقد بينا هذا الفصل فيما أمليناه من شرح الجامع الكبير وان يثبت وجود العيب عند المشتري فان كان اشتراه وقبضه وهو صغير والخصومة بعد البلوغ لم تسمع الخصومة في ذلك لان العيب الذي كان عند البائع قد زال وهذا عيب حادث عند المشتري قال (وان كان الخصومة في الصغر أو كان الشراء بعد البلوغ فالآن تسمع خصومة المشتري ويحتاج إلى اقامة البينة على الذي كان أبق عنده بعد ما بلغ قبل شرائه فان لم يكن له بينة يستحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه المشتري وما أبق ولاسرق ولا بال في الفراش منذ بلغ مبلغ الرجال وهذا استحلاف على الثبات لانه على التسليم الذي التزمه واليمين الاولى على العلم لانها على فعل الغير وفي ظاهر الرواية الجنون كذلك الا

ان في الجنون يستحلف بالله لقد باعه وسلمه وماجن قط لما بينا ان
الجنون إذا وجد مرة في

[112]

الصغر أو الكبر فهو عيب لازم أبدا وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم
الله قالوا في الجنون لا يشترط عوده عند المشتري لتوجه الخصومة لان
أثر ذلك الذي كان قائم فيه على ما بينا فالجنون بعد انقلاعه يعقب أثرا
يظهر ذلك في حماليق عينيه وذلك يكفى لتوجه الخصومة بخلاف الابقاق
والسرقة والبول في الفراش فانه ليس لما قد كان أثر في العين فلا بد من
عوده عند المشتري لتوجه الخصومة * قال (وان طلب البائع يمين المشتري
بالله ما رضى بالعيب منذ علم به ولا عرضه على بيع حلفه على ذلك) لانه
ادعى عليه مالو أقر به لزمه فإذا أنكر يستحلف عليه لرجاء نكوله * (قال
والعزل عيب) وهو أن يعزل ذنبه في أحد الجانبين وذلك يكون عادة لا خلقة
وانما يفعل ذلك إذا راث وربما يحول الذنب من جانب إلى جانب حتى يلمح
وركيه بالروث وذلك ليتقذر ويعد عيبا يرد به * قال (والمشش عيب) وهو
شئ يشخص في وظيفه حتى يكون له حجم ليس له صلابة العظم قال
الوظيف مستدق الساق قال (والحرد عيب) وهو كل ما حدث في عرقو به
من تزيد أو انتفاخ عصب قال (والزوائد عيب) وهو اطراف عصب يتفرق عند
العجانة وينقطع عندها ويلصق بها * والحرن عيب فمنهم من يقول الخزر
وهو ضيق مفرط في العين والاطهر هو الحرن فانه ذكر في جملة عيوب
الفرس وهو أن لا تنقاد للراكب عند العطف والسير وهو نوع من الجمح
والجمح عيب يخل بالمقصود وخلع الرأس عيب * وهو ان يكون به حيلة يخلع
رأسه من العذار وان شد عليه وهو مما يعد عيبا وربما بطل سببه وبطل
المخللة عيب إذا كان ينقص الثمن وهو ان يسيل لعاب الفرس على وجه
تبتل المخلاة به إذا جعلت على رأسه وفيها علفه وقيل ان يأخذ المخلاة
بشفتيه فيرمى بها وهذا نوع من الجمح فهو عيب إذا كان ينقص الثمن
والمهقوع عيب والهقعة دائرة في عرض زوره يعد عيبا ويتشاءم به ومنه
يقال اتق الخيل الهقوع * والانتشار عيب وهو انتفاخ العصب عند الاتعاب
والعصب الذي ينشر هي العجانة وتحرك السطا كانتنشار العصب غير أن
الفرس لانتشار العصب أشد احتمالا منه لتحرك السطا * والغرب عيب وهو
ورم في الماق وربما يسيل منه شئ حتى قال محمد إذا كان ذلك سائلا
فصاحبه في حكم الطهارة كصاحب الجرح السائل * والشر عيب وهو
انقلاب في الاجفان وبه كان يسمى الاشر وهذا يمكن ضعفا في البصر *
والحول عيب فانه يمكن ضعفا في البصر حتى يرى الاحول الشئ الواحد
شئين والحوص والغفل عيب وهو نوع من الحول إلا أنه إذا كان يمل إنسان

[113]

العين إلى الجانب المقدم يسمى فتلا وإذا كان إلى الجانب المؤخر فهو
الحوص * والطر عيب وهو بياض يبدو في إنسان العين يسمى بالفارسية
باحسه وذلك يمكن ضعفا في البصر وربما يمنع البصر أصلا * والشعر في
جوف العين يكون عيبا لانه يضعف البصر * والجرب عيب سواء كان في
العين أو في غير العين لان الجرب في العين يمكن ضعفا في البصر وفي

غير العين يكون لداء في البدن * وكذلك الماء في العين عيب لانه يضعف البصر * وريح السبل عيب فانه يضعف البصر وربما يذهب به * والسعال القديم عيب إذا كان من داء اما القدر المعتاد منه فلا يعد عيبا فإذا كان قديما فذلك من داء في البدن والداء نفسه عيب * والاستحاضة عيب لان الاستحاضة لداء في البدن ثم سيلان الدم إذا كان مستداما فرمبا يصيبها ويقتلها * والتي يرتفع حيضها زمانا عيب لان ذلك لا يكون الا من داء في البدن ومنه يكون مواد المرض للمرأة فان الرطوبة إذا كانت تسيل منها في وقتها تكون صحيحة البدن وإذا لم تسيل اصفر لونها ولانها إذا كانت لا تحيض فانها لا تحبل أيضا فعرفنا انه يخل بما هو المقصود منها * وإذا اشترى عبدا عليه دين لم يعلم به ثم علم بذلك فله ان يرده لان قيام الدين عليه مما يعده التجار عيبا وتكون ماليته مشغولة بحق الغرماء فهو عيب حكمي كعيب النكاح الا ان يقضى عنه البائع دينه أو يبرئه الغرماء منه فبذلك يزول العيب وزوال العيب قبل الخصومة يسقط حق المشتري في الرد اما إذا علم بالدين ثم اشتراه هل له أن يرده عند محمد لا استدلالا بسائر العيوب وعند أبي يوسف له أن يرده كما إذا كان مستحقا وهو عالم به له أن يرده كذلك هنا * وإذا اشترى جارية فوجدها محرمة فليس ذلك بعيب لان له أن يحللها عندنا وقال زفر ليس له أن يحللها ولكنه يردها بالعيب لانها دخلت في ملكه وهي بهذه الصفة فلا يكون له أن يحللها كما لو اشترها وهي منكوحة لا يكون له أن يفسخ النكاح ولكنه يردها بالعيب ولكننا نقول المشتري قائم فيها مقام البائع وقد كان للبائع أن يحللها فإذا كانت أحرمت بغير اذنه حللها من غير كراهة وإذا كانت أحرمت باذنه فله أن يحللها وان كان ذلك مكروها لما فيه من خلف الوعد فكذلك المشتري ولا يكره ذلك للمشتري لان خلف الوعد لا يوجد منه بهذا وبه فارق النكاح فهناك لم يكن للبائع أن يفرق بينهما بعد صحة النكاح فكذلك للمشتري وهذا لان لزوم النكاح لحق الزوج وقد كان مقدما على حق المشتري فاما

[114]

لزوم الاحرام فلحق الشرع وحق الآدمي في المحل مقدم فلهذا كان للمشتري أن يحللها وإذا تمكن من ازالة العيب فليس له أن يردها به * وان كانت في عدة من زوج فان كان الطلاق رجعيا وله أن يردها كان النكاح قائما والزوج يستند بالرجعة الا إذا انقضت العدة قبل الخصومة فحينئذ لا يردها لزوال العيب * وان كانت العدة من طلاق بائن أو موت فليس هذا بعيب لان هذا مما لا يعده التجار عيبا فالعيب هو النكاح وقد انقطع والحرمه بهذا السبب نظير الحرمة بسبب الحيض كما أن ذلك لا يكون عيبا فهذا مثله * وإذا وجد بالجارية عيبا فاراد أن يردها فقال البائع ما هذه بجاريتي فالقول قوله مع يمينه لان العيب لا يمنع تمام القبض والرد بحكمه لا ينفرد المشتري به من غير قضاء ولا رضا فالمشتري يدعى ثبوت حق الرد له في هذا المحل والبائع ينكر والقول قوله مع يمينه بخلاف ما سبق من خيار الشرط والرؤية * وان اشترها على انها بكر فقال وجدتها ثيبا لا يصدق على ذلك الا بينة لان البكارة في النساء أصل فالمشتري يدعى عارضا ليثبت لنفسه حق الرد به فهو بمنزلة دعوى العيب فلا يصدق عليه الا بينة * قال وإذا اشترى جوزا أو بيضا فوجده فاسدا كله وقد كسره فله أن يرده ويأخذ الثمن كله أما البيض فالفاسد منه ليس بمال متقوم إذ هو غير منتفع به ولا قيمة لقشره فتبين ان أصل البيع كان باطلا وأما الجوز فالمقصود منه اللب دون القشر ولا قيمة لقشره في المواضع التي يكثر فيها الحطب وفي المواضع التي يندر فيه الحطب فان كان لقشرة قيمة لكن مالية

الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر فإذا كان حادثاً أو منتن اللب لا يصلح للانتفاع به فكان البيع باطلاً فأما إذا كان قليل اللب أو اسود اللب فهذا بمنزلة العيب فإذا وجده كذلك بعد الكسر رجع بنقصان العيب من الثمن عندنا وقال الشافعي يردّه وكذلك البطيخ والقرع والفاكهة إذا وجدها فاسدة كلها بعد ما يكسرها فان كانت لا تساوى شيئاً رجع بجميع الثمن لانه تبين بطلان البيع وان كانت بحيث يأكلها بعض الناس أو تصلح لعلف الدواب يرجع بحصة العيب من الثمن عندنا وقال الشافعي له ان يردّه لانه لا يتمكن من الرد الا بعد العلم بالعيب ولا طريق له إلى معرفة العيب سوى الكسر ولا يصير ذلك مانعاً حقه في الرد وهذا لان دفع الضرر عن المشتري واجب بحسب الامكان والبائع هو الذي سلطه على الكسر فكأنه فعل ذلك بنفسه ولكننا نقول الكسر عيب حادث بفعل المشتري

[115]

وذلك يمنعه من الرد كما لو تعيب المبيع بعيب آخر وهذا لان الرد لدفع الضرر عن المشتري وانما يتمكن منه على وجه لا يلحق الضرر بالبائع ثم مراعاة جانب البائع أولى فان حق المشتري لا يبطل أصلاً ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن والضرر الذي يلحق البائع بالرد لا يمكن دفعه بعوض فلهذا رجحنا جانبه وهذا إذا وجد الكل فاسداً فان وجد البعض بهذه الصفة فالكلام في حصة ذلك كالكل إذا وجده فاسداً الا ان في الجوز إذا كان الفاسد منه مقداراً مالا يخلو الجوز منه عادة كالواحدة والاثنين في كل مائة فليس له ان يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على الشراء راض به على الوجه المعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا فلا يخاصم فيه لاجل ذلك * قال وإذا اشترى عبداً قد حل دمه بقصاص أو ردة فقتل عند المشتري رجع على البائع بالثمن كله في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقوم حلال الدم وحرام الدم فيرجع بتفاوت ما بين القيمتين من الثمن لان العبد بعدما حل دمه مال متقوم وحل الدم عيب فيه * ومن اشترى شيئاً معيباً وتعذر عليه رده بعد ما قبضه رجع بحصة العيب من الثمن كما لو كان زانياً فجلد عند المشتري ومات وبيان الوصف ان بيع حلال الدم صحيح وبالقبض ينتقل إلى ضمان المشتري بدليل أنه لو مات كان الثمن متقررًا على المشتري ولو تصرف فيه المشتري نفذ تصرفه فيه ولو كان عالماً حين اشتراؤه أنه حلال الدم لم يرجع بشئ فعرّفنا أن حل الدم عيب فيه (بوضحه) ان البيع يرد على محل غير مستحق بسبب حل الدم فالمستحق به النفس وانما يملك بالبيع المالية ومحل الدم لا يعدم المالية ولا يصير يستحقه وانما تلفت المالية باستيفاء القتل وذلك فعل أنشأه المستوفى باختياره بعد ما دخل المبيع في ضمان المشتري بخلاف ما إذا استحق المبيع بملك أو حق رهن أو دين لان المستحق هناك ما تناوله البيع فينقص به قبض المشتري من الاصل وفي الكتاب استدلال بما لو اشترى حاملاً وقبضها فولدت وماتت في نفاسها لم يرجع بجميع الثمن وان كان أصل النسب في يد البائع وعذرکم أن الغالب في الولادة السلامة بشكل على أصل أبي حنيفة بالجارية المغصوبة إذا حبلت ثم ردها الغاصب فماتت في نفاسها يرجع المغصوب منه على الغاصب بقيمتها وفي هذا الفرق نوع تناقض وأبو حنيفة يقول زالت يد المشتري عن المبيع لسبب كانت الازالة مستحقة في يد البائع فيرجع بالثمن كما لو استحقه مالك أو مرتهن أو صاحب دين وهذا لان الازالة

لما كانت مستحقة قبل قبض المشتري ينتقض بها قبض المشتري من الاصل فكأنه لم يقبضه وانما قلنا ذلك لان القتل بسبب الردة مستحق لا يجوز تركه وبسبب القصاص مستحق في حق من عليه الا ان ينشئ من هو له عفو باختباره والبيع وان كان يرد على المالية ولكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل فكان في معنى علة العلة وعلة العلة تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه المستحق كانه المالية ولا تصور لبقاء المالية في هذا المحل بدون النفسية والنفسية مستحقة بالسبب الذي كان عند البائع فيجعل ذلك بمنزلة استحقاق المالية لان ما لا ينفصل عن الشيء بحال فكأنه هو ولا تصور لبقاء المالية في هذا المحل بدون النفسية الا ان استحقاق النفسية في حكم الاستيفاء فقط وانعقاد البيع صحيحا وراء ذلك وإذا مات في يد المشتري فلم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلماذا هلك في ضمان المشتري وإذا قبل فقد تم ذلك الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك الزوج في زوجته وملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في الاستيفاء حتى إذا وطئت المنكوحة بالشبهة كان المهر لها وإذا قتل من عليه القصاص إنسان فالدية تكون لورثته دون من له القصاص وهذا بخلاف الزنا وزنا العبد لا يصير نفسه مستحقة وانما المستحق عليه ضرب مؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وإذا اشتراه وهو يعلم محل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا إذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وفي الرواية الاخرى لا يرجع لان حل الدم من وجه كالأستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة المبيع فليشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ لانه انما جعل هذا كالأستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به وأما الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لاموت الام بل الغالب عند الولادة السلامة فهو نظير الزانى إذا جلد وليس هذا كالغصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو ان يرد المغصوب كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وهنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجه العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلف بسبب كان الهلاك مستحقا به عند البائع ينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض قبضه فيه وعلى هذا الاصل لو كان العبد سارقا فقطعت يده عند

المشتري رجح بحصة العيب من الثمن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بان يقوم سارقا وغير سارق وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن لان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الأدمى نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيكون المشتري بالخيار ان شاء رجح بنصف الثمن وان شاء رد ما بقى ويرجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع * وان مات العبد من ذلك قبل ان يرده لم يرجع الا في نصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع ألا ترى ان على الامام أن يتحرز عن السراية بان لا يقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد وأن يحسم بعد القطع فقبض المشتري لا ينتقض في النصف الباقي وان سرى * قال وان اشترى جارية وعبدا فزوجهما ثم وجد بهما

عيبا لم يكن له أن يردهما لان النكاح فيهما عيب حادث عنده فان ابانها ولم يكن دخل بها كان له ان يردهما لزوال العيب الحادث عنده ولم يجب المهر بهذا النكاح فان المولى لا يستوجب على عبده ديناً * قال وإذا شهد شاهد أنه اشترى هذا العبد وهذا العيب به وشهد آخر على اقرار البائع به لم تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين في المشهود به فاحدهما يشهد بقول والآخر بعيب معين وليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين * ولو باع عبده من نفسه بجارية ثم وجد بها عيبا كان له ان يردّها وبأخذ منه قيمة نفسه في قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف رحمهما الله وكان يقول أو لا يرجع بقيمة الجارية وهو قول محمد وكذلك لو ماتت قبل أن يقبضها المولى واستحقت وكذلك لو حدث بها عيب عند المولى حتى تعذر ردها بالعيب ففي قوله الآخر يرجع بحصة العيب من قيمة العبد وفي قوله الاول من قيمة الجارية * وجه قوله الاول ان هذا مبادلة مال بما ليس بمال فعند الاستحقال والرد بالعيب يكون رجوعه بقيمة ما هو بدل له كما في النكاح والخلع والصلح من دم العمد إذا استحق البدل وكان بعينه رجوع بقيمته وبيان الوصف أن الذي من جهة المولى في هذا العقد الاعتاق فان بيع العبد من نفسه اعتاق وذلك ليس بمال والدليل عليه أن الحيوان يثبت ديناً في الذمة بمقابلته فان العبد يعتق على ملك المولى حتى يكون الولاء له وان الوكيل من جانب المولى في هذا العقد لا يكون له قبض البدل ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد انه لا يملك الرجوع عنه * والاحل إلى الحصاد ونحوه يثبت في بدله وان البدل لا يرد الا بالعيب الفاحش عرفنا

[118]

أنه في حكم مبادلة مال بما ليس بمال وتأثيره وهو أن استحقال الجارية لوردها بالعيب لا يفسخ العقد فكيف يفسخ وقد عتق العبد فإذا لم يفسخ فقد تعذر تسليم الجارية مع قيام السبب الموجب للتسليم فتجب قيمتها واستدل بالكتابة فانه لو كاتبه على جارية بغير عينها فادأها وعتق ثم وجد المولى بها عيبا ردها وأخذ مثلها صحيحة فان حدث بها عيب عند المولى رجوع بنقصان العيب من قيمة الجارية وكذلك في بيع العبد من نفسه بجارية * وجه قوله الآخر أن المولى أزال عن ملكه ما لا بازاء مال فإذا لم يسلم ما بذل له رجوع بقيمة ما بذل كما لو باعه من فرسه بجارية فعتق على القريب ثم استحقت الجارية رجوع المولى بقيمة العبد * وبيان الوصف أن يقول تصرف المولى باعتبار ملكه وليس له في العبد الا ملك المالية الا أن ازالة ملك المالية إذا لم تكن إلى مالك يكون موجبا عتق العبد فاما تصرف المولى من حيث الازالة فتلافي ملكه وملكه ملك المالية * وتحقيق هذا الكلام ان في حق ما يسلم للعبد في هذا في معنى مبادلة المال بما ليس بمال لان الذي سلم للعبد العتق وهو ليس بمال وفيما يزيله المولى عن ملكه هذا مبادلة المال بالمال فعند الاستحقال والرد بالعيب مراعاة جانب المولى أولى لان الحاجة في دفع الضرر عن المولى فاما العتق فسالم للعبد بكل حال ولان العتق للعبد يبنى على ازالة المولى ملكه فيعتبر ما هو الاصل وباعتباره هذا مبادلة مال بمال ألا ترى أنه إذا أعتق عبدا على خمر يجب على العبد قيمة نفسه وما كان ذلك الا بالطريق الذي قلنا فكذلك إذا استحق البدل أو هلك قبل التسليم وقوله ان السبب لم يفسخ على احدى الطريقتين يقول في حق المولى قد انفسخ السبب ولان في حقه مبادلة المال بالمال ولكن يتعذر عليه استرداد العبد لنعوذ العتق فيجب رد قيمته كالمدير إذا مات المولى وعليه دين مستغرق أو قتله مولاه تبطل وصيته

ولكن يتعذر رده إلى الرق فيجب عليه السعاية في قيمته وعلى الطريق الآخر يقول لا يفسخ السبب ولكن لم يسلم للمولى العوض فيرجع بمثله ومثل الجارية بحكم هذا العقد ما هو عوضها وهو مالية العبد فانما يرجع بقيمة العبد بهذا بخلاف النكاح فان عوض الصداق هناك ليس بمال متقوم ليكون الرجوع بماليته فلهذا صرنا إلى قيمة الصداق هناك وفي الكتاب قيل الجواب قول محمد فان من عادته الاستشهاد بالمختلف لايضاح الكلام ولئن سلمنا فنقول بدل الكتابة ليس بمقابلة رقبة المكاتب بل بمقابلة ما يسلم للمكاتب

[119]

لعقد الكتابة وهو كونه أحق بنفسه ومكاسبه وذلك ليس بمال فلهذا كان الحكم فيه بمنزلة الحكم في النكاح وهنا بدل الجارية مالية العبد في حق المولى فإذا لم يسلم له الجارية كان رجوعه بمالية العبد وهو قيمته وإذا باع رجل جارية رجل بأمره ثم خوصم في عيب فقتلها بغير قضاء قاض فانها تلزم البائع دون الأمر لان هذا بمنزلة الاقالة في انه يعتمد تراضيهما فالاقالة في حق الموكل كالبيع الجديد فكان الوكيل اشتراها ابتداء قال الا أن يعلم أن مثله لا يحدث فيلزم الأمر لانا نيقنا بوجود العيب عند الأمر وانما لم يشتغل الوكيل بالخصومة لانه لم ير فيها فائدة وفي كتاب الوكالة والمأذون قال لا يلزم الأمر على كل حال وهو الاصح لما قلنا ان هذا بمنزلة الاقالة وفي هذا المعنى لافرق بين العيب الذي يحدث مثله أو لا يحدث وان أبى البائع أن يقبلها فخاصمه المشتري إلى القاضي فأقر عنده بالعيب كان اقراره عند القاضي وعند غيره سواء لا يلزم الأمر الا في عيب لا يحدث مثله * ومعنى هذا الكلام أن في العيب الذي لا يحدث مثله رد القاضي باقرار الوكيل وبالبيينة سواء في انه يلزم الأمر لان الرد بقضاء القاضي فسخ وقد نيقنا بوجود سببه عند الأمر وان كان العيب يحدث مثله فاقرار الوكيل لا يكون حجة على الأمر ولكن يحتاج إلى أن يثبت على الأمر بالبيينة أن العيب كان عنده ليردها عليه وان لم يكن له بيينة فعلى الأمر اليمين على ذلك وان ردها القاضي على الوكيل بيينة أقامها المشتري فالبيينة حجة على الأمر فيلزم الأمر فان ردها بآباء اليمين من الوكيل فانها تلزم الأمر عندنا * وقال زفر هذا والاقرار سواء لان النكول بدل عن الاقرار وهو بمنزلة البديل فلا يكون حجة على الأمر ولكن الوكيل على خصومته مع الأمر كما في الاقرار. ألا ترى أن المشتري لو باع الجارية من غيره ثم ردت عليه بعيب بنكوله جعل هذا وما لو ردت عليه باقراره سواء في حق البائع الاول فكذلك في حق الوكيل ولكننا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لانه لا يمكن ان يحلف كاذبا إذا كان عالما بالعيب وانما اضطر إلى ذلك في عمل باشره للأمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة بخلاف ما إذا أقر فانه غير مضطر إلى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه الثمن ويقضي عليه بالنكول فيكون هو في الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشتري الاول فانه مضطر في النكول ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره فان أنكر الأمر أن تكون الجارية التي باعها فالقول

[120]

قوله مع يمينه لان الوكيل يدعى لنفسه حق الرجوع على الأمر بما يلحق من العهدة في هذا المحل والموكل منكر فالقول قوله مع يمينه الا أن يقيم البائع البينة انها هي الجارية التي باعها فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وإذا اشترى الرجل جارية لرجل بأمره ثم وجد بها عيبا فله أن يردّها بالعيب قبل أن يدفعها إلى الأمر من غير أمر الأمر عندنا * وقال ابن أبي ليلى ليس له ذلك لانها مملوكة للأمر فلا يملك اخراجها عن ملكه بغير أمره ولانها أمانة في يد الوكيل ويد الامين كيد صاحبها ولو كان سلمها إلى الأمر لم يردّها بالعيب الا بأمره * وجه قولنا ان الرد بالعيب من حقوق العقد ولهذا اختص به الوكيل والعاقد في حقوق العقد مستند به وان كان قد عقده لغيره ولانه في الحقوق كالعاقد لنفسه ألا ترى أن في الرد بخيار الشرط والرؤية لا تحتاج إلى استطلاع رأى الأمر فكذلك في الرد بخيار العيب بخلاف ما بعد التسليم إلى الأمر لانه لا يتمكن من ردها الا باعادتها إلى يده وليس له ولاية اثبات اليد عليها بغير رضا الأمر بعد ما سلمها إليه فاما قبل التسليم فهو لا يحتاج إلى ذلك ألا ترى ان المضارب يرد ما اشترى بالعيب وان كان رب المال غائبا والعبد المأذون يرد ما اشترى بالعيب وان كان مولاه غائبا فان ادعى البائع أن الأمر قد رضي بالعيب فطلب يمين الأمر أو يمين المأمور ما رضي بذلك الأمر لم يكن على واحد منهما في ذلك يمين عندنا * وقال ابن أبي ليلى لا يردّها الوكيل ولا المضارب حتى يحضر الأمر أو رب المال فيحلف ما رضي بالعيب لان رضا الأمر ورب المال يسقط حق الوكيل في الرد بدليل أن البائع لو أقام البينة على ذلك وأقر به الوكيل لم يكن له أن يردّها فإذا ادعى البائع سببا مسقطا لحقه في الرد استحق اليمين على من يدعي ذلك عليه كما لو ادعى الوكيل أنه قد رضي به * وجه قولنا أنه لا يمين على الوكيل في هذه الدعوى لانه لا يدعى البائع عليه الرضا فلو استحلف كان بطريق النيابة ولانباية في اليمين ولا يمين على الأمر لان الاستحلاف يترتب على دعوى وخصومة ولم يجر بين البائع والأمر معاملة فلا يكون هو خصما له في دعوى الرضا بخلاف ما إذا أقام البينة فان الوكيل خصم للبائع وان كان نائبا عن الأمر واثبات الحق بالبينة على خصم هو ثابت صحيح وإذا أقر الوكيل فرضا الأمر باقراره لا يثبت ولكن اقراره حجة عليه وقد زعم أنه لا خصومة له مع البائع في هذا العيب فباختبار زعمه تنقطع الخصومة * ولو أقر الوكيل على نفسه أنه رضي بهذا العيب فذلك منه صحيح في حق

[121]

نفسه دون الأمر كما لو أقر أن الأمر رضي بالعيب فالجارية تلزمه الا أن يقر الأمر بذلك أو تقوم بينة على ذلك أو يرضى بما رضي به الوكيل * قال وإذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيبا فرضى أحدهما فهو على الخلاف الذي ذكرنا في خيار الرؤية والشرط وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في أن له ذلك * قال وإذا اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم وجد بالعبد عيبا ومات عنده فانه يرجع بحصة العيب من الجارية فيقوم العبد صحيحا ويقوم وبه العيب فان كان ذلك ينقصه العشر رجع بعشر الجارية لان بدل العبد الجارية ألا ترى أنه لو كان قائما بعينه رده وأخذ الجارية والرجوع بحصة العيب من البديل يكون وكذلك الحيوان والعروض كلها إذا استحق أحد العوضين أو رد بالعيب فقد انفسخ العقد فيرجع بالبديل ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا لانه تعذر استرداده مع قيام السبب الموجب للرد وكذلك ما يكال أو يوزن ان كان بعينه فان فوات القبض فيه مبطل للعقد كما في العروض * ولو أقر المشتري به لانسان ولم يقم عليه

بينة لم يرجع على البائع بشئ لان اقراره حجة في حقه دون البائع فهو في حق البائع متلف للسلعة باقراره وان استحق بينة فقال البائع ليس هو عبدي الذي بعنك فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر البيع في هذا العبد ولو أنكر جريان البيع بينهما أصلا كان القول قوله مع يمينه وكان على المشتري اثبات العقد بالبينة فكذلك إذا أنكر العقد في هذا المحل * قال وإذا اشترى خادما بكر حنطة وليس الكر عنده لم يجز لانه ان عين الكر وهو ملك غيره فهذا بيع ما ليس عند الانسان وان لم يعين فهو مجهول الصفة وهذه جهالة تفضى إلى المنازعة فان قال بكر حنطة جيدة أو وسط ففي القياس لا يجوز هذا أيضا لانه في جانب الكر بائع وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بشرائط السلم لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشترى جزورا بكري تمر ثم استقرضه فأعطاه اياه ولان المكبل أو الموزون إذا لم يكن بعينه فهو ثبت في الذمة ثمننا فكان شراء بثمن ليس عنده وذلك صحيح كالشراء بالدراهم والدليل على أنه ثمن جواز الاستبدال به قبل القبض والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز عينا كان أو دينا فان وجد بالجارية عينا وقد استهلك البائع الكر ردها وأخذ كرا مثل كره * وكذلك لو كان ذلك الكر عند البائع بعينه كان له أن يرد كرا مثله لان

[122]

ألا ترى أن البيع يستدعى محلا هو مال متقوم كالشراء فنغوذ بيعه دليل على أنه مال متقوم في حقه * وفي تصحيح البيع اظهار سلطان مالكته ولم يكن في عينه من معنى الاستدلال شئ حتى يؤمر به شرعا فكذلك في تصحيح الشراء اثبات سلطان الملكية ولا يكون في عينه من معنى الادلالات شئ وبهذا يتبين أن النهى ليس لمعنى في عين الشراء بل لمعنى في قصده وهو الاستخدام قهرا بملك اليمين ولا يمنع صحة الشراء كالنهي عن الشراء وقت النداء ولهذا ندب الولد إلى شراء أبيه مع أنه ممنوع من ادلاله لانه لا يقصد بشرائه الاستخدام ولو كان اثبات الملك بطريق الشراء عينه ادلالا لكان القريب ممنوعا عنه في قربه لان كل طاعة لا تصل إليها الا بمعصية لا يجوز الاقدام عليها ثم تحقيق هذا الكلام أن بالشراء لا تتبدل صفة المحل لانه كان مملوكا قبل شرائه وبقي مملوكا بعد شرائه وانما تتحول الاضافة من المسلم إلى الكافر وهي اضافة مشروعة ألا ترى أنه يرث الكافر العبد المسلم وبالارث تتجدد الاضافة في حق الوارث ولكن لا يتبدل وصف المحل فلا يكون عينه ادلالا بخلاف الاسترقاق فيه تتبدل صفة المحل فيصير مملوكا بعد أن كان مالكا والمملوكية إذا قوبلت بالمالكية كانت المملوكية في غاية الذل والهوان وهذا غير مشروع للكافر على المسلم وكذلك النكاح لان بعقد النكاح يتجدد ثبوت المملوكية في المحل وكان ينبغي أن لا يثبت للمسلم على المسلمة الا أن لضرورة الحاجة إلى قضاء الشهوة واقامة النسل أثبت الشرع ذلك للمسلم على المسلمة فيبقى في حق الكافر ادلالا فلا يكون مشروعا للكافر على المسلمة ألا ترى أن ملك النكاح يبقى للكافر على المسلمة لانه ليس في ابقاء الملك بتبدل صفة المحل فصار الشراء هنا في معنى الادلالات بمنزلة البقاء في ملك النكاح. يوضحه ان المحلية للنكاح باعتبار صفة المحل ولهذا لا يجوز للمسلم نكاح المحوسية والمرتدة والاخت من الرضاة والمسلمة ليست بمتحللة في حق الكافر فلانعدام المحل لا ينعقد النكاح ولكن يبقى لان فوات المحل عارض على شرف الزوال فيمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء

كالفوات بسبب العدة وكذلك القبض الذي يتم به العقد ليس فيه معنى
الاذلال لان ذلك يحصل بالتخلية وليس هذا نظير المحرم يشتري صيدا لان
الصيد في حق المحرم محرم العين قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر
مادمتم حرما فلم يكن مالا متقوما كالخمر في حق المسلم * ولهذا لا يجوز
بيعه

[123]

انه اشترى على ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ربح ما لم يضمن وبيان ذلك ان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض
فإذا عاد إليه الملك الذي زل عنه بعينه وقى له بعض الثمن فهذا ربح حصل
لا على ضمانه ولا يوجد هذا المعنى فيما إذا اشترى بمثل الثمن الاول أو
أكثر فالربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه ولا كذلك
فيما إذا باعه من غيره لانه لا يحصل للمشتري هناك ربح الا على ضمانه
وكذلك إذا اشترى البائع الاول من المشتري الثاني لانه لم يعد إليه الملك
المستفاد من جهته لان اختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف أسباب
الاعيان وقد قررنا هذا * وكذلك لو دخل في المبيع عيب ثم اشترى البائع
بأقل من الثمن الاول لان الملك لم يعد إليه على الهيئة التي خرج عن ملكه
فلا يتحقق فيه ربح ما لم يضمن ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء والذي
احتبس عند المشتري سواء كان النقصان بقدر ذلك أو دونه حتى إذا كان
النقصان نقصان السعر فهو غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات
الناس فيه وليس فيه فوات جزء من العين فباعتباره لا يجوز شراؤه بأقل
من الثمن الاول * وكذلك لو اشترى بجنس آخر غير جنس الثمن الاول فذلك
جائز لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس فالفضل انما يظهر في التقويم
والبيع لا يوجب ذلك بخلاف ما اذا اشترى بجنس الثمن الاول والفضل يظهر
هناك من غير تقويم * ولو كان العقد الاول بالدرهم فاشترى بالدنانير
وقيمتها أقل من الثمن الاول فهو جائز في القياس وهو قول زفر لان
الدراهم والدنانير جنسان بدليل انه لا يجرى الربا بينهما وفي الاستحسان
هذا لا يجوز وهو مذهبنا لانهما جنسان صورة وجنس واحد معنى فالمقصود
منهما واحد وهو الثمنية ولهذا جعلنا في أغلب الاحكام كجنس واحد فباعتبار
انهما جنسان صورة يصح هذا العقد وباعتبار انهما جنس واحد معنى لا يجوز
هذا العقد وعند اجتماع المعنى الموجب للحل والموجب للحرمة يغلب
الموجب للحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحرام والحلال في
شيء الا وقد غلب الحرام الحلال ولان ثبوت هذه الحرمة لا حل الربا وباب
الربا مبني على الاحتياط * وكذلك لو اشترى مملوك البائع الاول عبده أو
مكاتبه بأقل من الثمن الاول لان تصرف المملوك لمالكه من وجه فكسب
العبد لمولاه وللمولى في كسب مكاتبه حق الملك فهو كمشراء البائع بنفسه
لمكان حقه في المقصود بالعقدين وان اشترى ولده أو والده أو زوجته
فكذلك في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله

[124]

يجوز لان الاملاك بينهما متباينة فليس للولد في مال الوالد ملك ولا حق
ملك فهو قياس ما لو اشترى أخوه وأبو حنيفة يقول ان كل واحد منهما

يجعل بمنزلة صاحبه فيما يرجع إلى ملك العين ألا ترى ان شهادة أحدهما لصاحبه تجعل كشهادته لنفسه فكذلك شراء ابن البائع وأبيه كشراء البائع بنفسه وهو نظير الخلاف الذي سبق أن الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة لا يبيع ممن لا تجوز شهادته له كما لا يبيع من نفسه ومملوكه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بيعه منه كما يجوز من أخيه وغيره من القرابات * قال وان اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز في قول أبي حنيفة ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو بناء على ما تقدم ان المسلم إذا وكل ذميا بشراء خمر له أو بيعها عند أبي حنيفة يجوز وينزل الوكيل في ذلك منزلة العاقد لنفسه فكذلك هنا الوكيل عنده كالعاقد لنفسه ثم الملك ينتقل إلى الموكل حكما فهو كما لو اشتراه لنفسه ثم مات فورته البائع منه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هناك يعتبر حال الموكل ويجعل عقد الوكيل له كعقده لنفسه فهنا أيضا يجعل كذلك والموكل هنا بائع لا يجوز شراؤه بأقل من الثمن الاول فكذلك شراء الوكيل له الا أن أبا يوسف يسوى بين الفصلين ويقول هناك التوكيل باطل والوكيل يصير في الشراء عاقدا لنفسه فهنا أيضا يصير الوكيل مشتريا لنفسه شراء صحيحا ومحمد يفرق بينهما فيقول هناك الوكيل يصير مشتريا لنفسه وهنا يصير مشتريا للموكل شراء فاسدا حتى يصير قبض الوكيل مضمونا بالقيمة على الموكل لان المسلم ليس من أهل العقد على الخمر حتى لو اشترى الخمر لنفسه لا يملك وان قبض فكذلك توكيله بالشراء باطل اما البائع هنا فمن أهل مباشرة هذا العقد حتى لو اشتراه بنفسه انعقد شراؤه فاسدا فكذلك إذا وكل غيره فيه لان التوكيل بالشراء الفاسد صحيح كالتوكيل بالشراء إلى الحصاد والدياس وبعد صحة الوكالة شراء الوكيل كشراء الموكل وقبض الوكيل للموكل فيصير مضمونا عليه بالقيمة ولكن أبو يوسف يقول متى أمكن تصحيح العقد لا يجوز إفساده إذ لا معارضة بين الفاسد والصحيح وهنا لو جعلناه مشتريا لنفسه كان الشراء صحيحا ولو جعلناه مشتريا للأمر كان الشراء فاسدا فينبغي أن يجعل مشتريا لنفسه شراء صحيحا وفيه شبهة على مذهب أبي حنيفة فانه قال ان البائع أو ابنه لا يشتريه لنفسه وما تحصل للبائع من الملك بشراء

[125]

الوكيل فوق ما تحصل بشراء ابنه لنفسه وان جعل هذا نظير مسألة الخمر في الوكالة فكذلك ينبغي أن يجعل في شراء ابن البائع ومملوك البائع فان المسلم إذا كان له عبد مكاتب أو عبد مأذون كافر فاشترى خمرًا جاز شراؤه * وذلك لو كان له أب كافر فاشترى خمرًا يجوز شراؤه فمن هذا لوجه يشكل مذهب أبي حنيفة * قال الشيخ الامام الاصح عندي في ازالة هذا الاشكال أن المنع هنا لاجل العقد لا لاجل المعقود عليه بدليل ان أحد العقدين لو كان هبة كان كل واحد من العقدين صحيحا وكل من له الحق في العقدين جميعا لا يجوز منه الشراء كالبائع وليس للوكيل حق في العقد الاول فلهذا صح منه العقد الثاني وان كان حكمه يثبت للبائع فاما الاب والابن فلهما حق في العقدين فنزلا منزلة البائع في ذلك بخلاف مسألة الخمر فهناك المنع لانعدام صفة المالية والتقوم في الخمر وانما يعتبر ذلك في حق العاقد خاصة فإذا كان العاقد كافرا صح العقد سواء ثبت به حق الملك أو حقيقة الملك أو شبهة الملك لمسلم لان ذلك يثبت بطريق الحكم * قال ولو كان البائع والمشتري وكيلين في البيع الاول لم يجز للبائع أن يشتري بأقل من الثمن الاول قبل النقد لا من المشتري ولا من موكله لان هذا المنع باعتبار العقد والعاقد لغيره في حقوق العقد بمنزلة العاقد

لنفسه وكذلك ليس لموكل البائع ان يشتريه من المشتري ولا من موكله لان وكيله انما باع له فهو بمنزلة بيعه بنفسه في المنع من الشراء ألا ترى أن من باع أو بيع له لا يثبت له حق الاخذ بالشفعة فكذلك لا يجوز شراؤه بأقل من الثمن الاول قبل النقد وهذا لان الربح لا على ضمانه الذي يحصل له * قال وإذا باع بألف درهم نسيئة سنة ثم اشتراه بألف درهم بنسيئة سنتين قبل قبض الثمن لم يجر لان هذا في معنى شراء ما باع بأقل مما باع فان الزيادة في الاجل تمكن نقصانا في مالية الثمن ألا ترى أن أصل الاجل يمكن نقصانا في المالية حتى يكون المؤجل أنقص من الحال ولهذا يثبت ربا النسيأ شرعا فكذلك بزيادة الاجل يزداد النقصان في المالية فان زاد على الثمن درهما أو أكثر جاز لان الزائد في الثمن الثاني بمقابلة النقصان المتمكن بزيادة الاجل فينعدم النقصان به معنى والممتنع شراء ما باع بأقل مما باع فإذا لم يعلم أن الثمن الثاني أقل من الثمن الاول كان الشراء جائزا * قال وإذا باع الرجل طعاما بdraهم فلا بأس بأن يشتري بالثمن قبل أن يقبضه من المشتري ما بداله من العروض أو الطعام يدا بيد سواء كان أكثر من طعامه أو أقل إذا لم يكن طعامه بعينه لان

[126]

الثمن دين لا يستحق قبضه في المجلس ويجوز البراء عنه فيجوز الاستبدال به أيضا كبديل العروض والاصل في جواز الاستبدال بالثمن حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى ابيع الابل بالنقيع وربما ابيعه بالdraهم وأخذ مكانها دنائير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس ان افترقتما وليس بينكما عمل * قال وإذا كان لرجل على رجل دين إلى أجل وهو من ثمن مبيع فحط عنه شيئا على ان يعجل له ما بقى فلا خير فيه ولكن يرد ما أخذ والمال كله إلى أهله وهو مذهب عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يجوز ذلك ولسنا نأخذ بقوله لان هذا مقابلة الاجل بالdraهم ومقابلة الاجل بالdraهم ربا ألا ترى ان في الدين الحال لو زاده في المال ليؤجله لم يجر فكذلك في المؤجل إذا حط عنه البعض ليعجل له ما بقى والذي روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أجلى بنى النضير فقالوا ان لنا ديونا على الناس فقال صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا فتأويل ذلك ضعوا وتعجلوا من غير شرط أو كان ذلك قبل نزول حرمة الربا وهذا بخلاف المولى إذا صالح مع مكاتبه من الالف المؤجلة على خمسمائة على أن يعجلها له فذلك يجوز لان المكاتب ملكه ولاربا بين المملوك وسيدته فما فيه شبهة الربا لا يعتبر بين المملوك والسيد وان كان يعتبر حقيقة الربا بينهما حتى لا يجوز بيع الدرهم بالدرهمين بينهما * يوضحه أن المولى يقصد بالكتابة الرفق بالمكاتب فكذلك في حط بعض البدل مقصوده الرفق به لا مبادلة الاجل بالdraهم وكذا لو زاده في بدل الكتابة ليزيده في الاجل جاز وينعدم هذا المعنى فيما بين الحرين * قال وإذا باع عبدا بنسيئة فباعه المشتري من رجل أو رهنه أو أوصى له به ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل بأقل من الثمن الاول جاز لان هذا ملك متجدد ثبت للثاني بسبب جديد فهو كعين آخر يشتريه بأقل من الثمن الاول منه وفرق بين الموصى له وبين الوارث فان البائع لو اشتراه من وارث المشتري بأقل من الثمن الاول لا يجوز ذلك لان الوراثة خلافة وانما ينتقل إلى الوارث الملك الذي كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويصير مغرورا فيما اشتراه مورثه ويجوز إقالة الوارث مع البائع * أما الموصى له فثبت له ملك بسبب متجدد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يقبل العقد مع بائع الموصى ولا يصير مغرورا فيما اشتراه

الموصي فلهذا جاز شراؤه منه بأقل من الثمن الاول و الفرق بين ما إذا
اشتراه له وارث البائع من المشتري بعد

[127]

موت البائع وبين ما إذا اشتراه البائع من وارث المشتري وأبو يوسف
يسوى بين الفصلين ويقول لا يجوز فيهما لان وارث البائع يقوم مقامه
بعده كوارث المشتري ووجه الفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم
مقام المورث فيما كان للمورث * وقد كان الملك في المبيع للمشتري
فيخلفه وارثه فيه وما كان ملكه للوارث فيخلفه وارثه في ذلك ولكن هذا
ملك يحصل لو ارث البائع باكتسابه وهو ليس بخلف عن البائع في ذلك
فيجعل شراؤه بعد موت البائع كشرائه في حياة البائع * قال وان اشتراه
البائع من المشتري مع عبد آخر بثمن حصته منه أقل من الثمن الذي باعه
لم يجز الشراء فيه كما لو اشتراه وحده بأقل من الثمن الاول ويجوز في
العبد الآخر بخصته لانه لا مفسد للعقد في حصة العبد الآخر * وقد بينا عذر
أبي حنيفة في الخلافات أن هذا فساد ضعيف خفي ولهذا خفي على زيد
بن أرقم رضى الله عنه فلا يعدو حكمه محله بخلاف ما إذا كان الفساد
ظاهرا بسبب الربا أو غيره ولا يقال ينبغي ان يجعل بمقابلة ما باع مثل
الثمن الاول احتيالا لتصحيح العقد لان هذا الوجه غير متعين للتصحيح فانه
وان جعل بمقابلة أكثر من الاول يجوز العقد أيضا ولا يقال قد جعل قبول
العقد في ذلك شرطا لقبول العقد في الآخر وهو شرط فاسد فينبغي أن
يفسد به العقد في الثاني كما هو مذهب أبي حنيفة في نظائر هذا لان
قبول العقد في ذلك العبد ليس بشرط فاسد. ألا ترى أن ثمنه لو كان مثل
الثمن الاول أو خلاف جنس الثمن الاول كان صحيحا وانما الفساد لاجل
الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا المعنى يقتصر على العبد الذي باعه ولا
يتعدى إلى العقد في العبد الثاني * وان اشتراه البائع مع رجل آخر جاز
شراء الأجنبي في نصفه كما يجوز شراؤه في الكل إذا اشتراه لنفسه
واعتبار البعض بالكل اعتبار صحيح * وان كانت جارية فولدت عند المشتري
ثم اشترها منه بأقل من الثمن الاول جاز ان كانت الولادة نقصتها كما لو
دخلها عيب آخر عند المشتري بسبب آخر ولا يجوز ان لم ينقصها لان ما دخل
في ملك المشتري على هيئته كما كان فإذا اشترها البائع بأقل من الثمن
الاول يحصل له ربح لا على ضمانه * قال واذا اشترى الرجل جارية فولدت
عنده لاقل من ستة أشهر من يوم شترها فادعى البائع الولد وكذبه
المشتري في ذلك لم تصح دعواه في القياس وهو قول زفر وصحت دعوته
في الاستحسان وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله

[128]

وجه القياس فيه أن البائع بهذه الدعوى يسعى في نقص ما تم به فلا يقبل
ذلك منه كما لو زعم انه كان أعتقها قبل البيع وكما لو جاءت بالولد لسته
أشهر فصاعدا وكما لو مات الولد أو أعتق المشتري الولد ثم ادعى نسبه
وهذا لانه مناقض في كلامه فاقدامه على بيعها اقرار منه أنها ليست بأم
ولد له فإذا زعم بعد ذلك ان الولد ولده وانها أم ولد له كان مناقضا في ذلك
والدليل عليه أن البائع لو ادعى نسب هذا الولد لم تصح دعواه باتفاق فلو

جعل الحال بعد بيعها كالحال قبله في دعوى البائع فكذلك ينبغي ان يجعل في دعوى أبيه. وجه الاستحسان أنا تيقنا أن العلوق حصل في ملكه لأن أدنى مدة الحبل ستة أشهر فلما وضعته لأقل من ستة أشهر عرفنا أن العلوق كان حاصلًا قبل البيع وحصول العلوق في ملكه يثبت له حق استحقاق النسب بالدعوى وحق استلحاق النسب لا يحتمل الفسخ بحقيقة النسب فلا يبطل ذلك بالبيع وإذا لم يبطل كانت دعواه بعد البيع كدعواه قبله وهذا لأن الشيء لا ينقضه ما هو دونه ونما ينقضه ما هو مثله أو فوجه والملك الثابت للمشتري دون حق استلحاق النسب للبائع فهذا يحتمل لرفع وذلك لا يحتمل فلا ينتقض به بخلاف ما إذا وضعته لستة أشهر فصاعدًا فإنا لا نتيقن هناك بحصول العلوق في ملك البائع وثبوت حق استلحاق النسب له والملك للمشتري متيقن به ولمتيقن به أقوى مما لا يتيقن فيه وبخلاف ما إذا أعتق المشتري الولد لأن ولاءه يثبت للمشتري بالعتق والولاء لا يحتمل النقص لحق استلحاق النسب فنتقص به ما كان من حق استلحاق النسب لأن هذا مثله أو فوجه بخلاف ما إذا مات الولد لأن حق استلحاق النسب لمنفعة الولد وحاجته إلى النسب وهو بالموت قد استغنى عن ذلك وهو بخلاف ما لو ادعاه أبو البائع لأنه بمجرد حصول العلوق في ملك البائع لا يثبت لابنه حق استلحاق النسب إلا بشرط وهو ولاية نقلها إلى نفسه ألا ترى أن حق الدعوى لا يثبت للجد حال حياة الأب ويثبت له بعد موت الأب لأن ولايته بعد موت الأب وهذا الشرط لا يوجد فيه بعد البيع لأنها صارت مملوكة للمشتري فليس للأب ولاية نقلها إلى نفسه بالدعوى فهذا تصح دعواه ثم التناقض لا يمنع صحة استلحاق النسب ألا ترى أن الملا عن إذا كذب نفسه يثبت النسب منه وهو مناقض في ذلك وهو لخفاء أثر العلوق قد يظن في الابتداء أنها لم تعلق منه فيبيعها ثم يتبين أنها علقته منه فيستدرك ذلك بدعوى النسب وحكم الحاكم باللعان وقطع النسب أقوى منه في بيعه إياها فإذا

[129]

جاز إبطال حكم الحاكم بدعوى النسب وإن كان هو ساعيا في نقض ماتم به فلان يجوز إبطال البيع أولى * وإن ادعاه المشتري أولا ثم ادعاه البائع لم تصح دعوى البائع لأن نسبه قد ثبت من المشتري فاستغنى به الولد عن النسب ولأن النسب الذي يثبت من المشتري لا يحمل النقص فهو أقوى من الولاء الثابت له بالعتق * وقد بينا أن اعتبار الولاء يبطل حق الاستلحاق الثابت للبائع فاعتبار النسب أولى وإن ادعاه معا فإنه يثبت نسبه من البائع وتصير أم ولد للبائع وينتقض البيع فيها عندنا * وقال إبراهيم النخعي يثبت نسبه من المشتري لأن للمشتري فيها حقية الملك وللبائع حق الملك وصاحب حقية الملك يترجح في الدعوى كما لو ولدت جارية رجل فادعى الولد هو وأبوه صحة دعوى المولى دون أبيه لهذا المعنى ولكننا نقول دعوى البائع سابقة معنى لأنها تستند إلى وقت العلوق فإن العلوق حصل في ملكه ودعوى المشتري لا تستند إلى تلك الحالة لأنه يملكها بعد ذلك ولو سبق البائع بالدعوى كان النسب ثابتا منه فكذلك إذا سبقت معنى بخلاف مسألة الأب لأن دعوى كل واحد منهما هناك تستند إلى ما تستند إليه دعوى الآخر إلا أن شرط دعوى الأب نقلها إليه ولا يمكن اتحاد هذا الشرط إذا اقترنت دعوى المولى بدعواه * يوضح ما قلنا أن دعوى المشتري دعوى التحرير لأن العلوق لم يكن حاصلًا في ملكه ودعوى التحرير كالاتفاق أما دعوى البائع فدعوى استيلاء ولأن العلوق كان في ملكه فيجعل هذا بمنزلة ماله ادعاه البائع وأعتقه المشتري معا فتكون دعوى البائع أولى * وأما إذا

ولدته لاكثر من ستة أشهر فادعيه معا فدعوى المشتري أولى لانا لم نتيقن بحصول العلوق في ملك البائع هنا ولو انفرد بالدعوى لم يصح إذا لم يصدق المشتري فإذا اقترنت دعوى المشتري بدعوى البائع فأولى أن لا تصح دعوى البائع * قال ولو أعتق المشتري الام ثم ادعى البائع الولد وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر فنسبه يثبت من البائع لانه يحتاج إلى النسب فحل له بعد عتق الام ولكن لا ينقض عتق المشتري في الام للولاء الذي لم يثبت له عليها وهو مما لا يحتمل النقص وقد يجوز ان يثبت نسب الولد * وان كانت لا تثبت حق أمية الولد للام كما في ولد المغرور * وهذا بخلاف مالو أعتق الولد فان هناك دعوى البائع لا تصح في حق الام لان الولد هو المقصود والام تبع فإذا لم يمكن تصحيح دعواه فيما هو الاصل لا يشتغل بتصحيحه في البيع * فأما حق الام في الاستيلاء فبيع

[130]

وتعذر ثبوت الحكم في البيع لا يمنع ثبوت الحكم في الاصل فلهذا يثبت نسب الولد منه ويقسم الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فيرد البائع حصة الابن من الثمن وانما كان لهذا الولد حصة من الثمن وان انفصل بعد القبض لانه صار مقصودا بنقض العقد فيه فيكون بمنزلة الولد المقصود بالقبض فيكون له حصة من الثمن ولذلك لو كانت ولدت قبل أن يبيعها ثم ادعى النسب بعد ما باعها فهذا وما سبق سواء * ولو اشتراها ثم باعها ثم ادعى المشتري الاول نسب الولد لم تصح دعواه لان أصل العلوق لم يكن في ملكه فدعواه فيه كدعوى التحرير ولا يعمل بعد زوال الملك ولو ادعاه البائع الاول صحت دعواه لان العلوق كان في ملكه والبيع الثاني في احتمال النقص كالاول فباعتبار الدعوى ينقض العقدان جميعا * ولو ولدت عنده ولدين في بطن واحد ثم باع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الولد الذي عنده ثبت نسيهما منه لحاجتهما إلى النسب وبقي أحد الولدين في ملكه على حاله ثم ينتقض عتق المشتري في الولد الآخر حكما لانهما توأم خلقا من ماء واحد فمن ضرورة حرية الاصل لاحدهما حرية الاصل للآخر ومن ضرورة ثبوت حرية الاصل فيه انتقاض العتق والولاء الثابت للمشتري بخلاف ما سبق فيما إذا أعتق المشتري الام لانه ليس من ضرورة ثبوت النسب وحرية الاصل للولد انتقاض عتق المشتري في الام * يوضحه ان هناك لو نقض عتق المشتري عادت أم ولد للبائع فيطؤها بالملك بعد ما حكم بحريتها وذلك لا يجوز اما هنا لو نقضنا عتق المشتري في الولد أثبتنا فيه ما هو أقوى وهو حرية الاصل فهذا هو الفرق بينهما والله أعلم. (باب بيوع أهل الذمة) قال وإذا اشترى الذمي مملوكا مسلما صغيرا أو كبيرا ذكرا أو أنثى من مسلم أو ذمي جاز شراؤه في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله * وقال الشافعي لا يجوز شراؤه لقول الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي اثبات الملك للكافر على المسلم سبب يكسبه اثبات أقوى السبيل له عليه. والمعنى فيه أن الكافر لا يقر على تحصيل مقصود هذا العقد لحرمة الاسلام فلا يصح استدامته كتكاح المسلمة وبيان الوصف أن المقصود استدامة الملك ولهذا لا يصح البيع الا مؤبدا وهو ممنوع من استدامة الملك على المسلم لانه يجبر

[131]

على بيعه فإذا لم يصح منه استدامة الملك على المسلم لا يصح مباشرة سبب الملك الدليل عليه أن اسلام المملوك مع كفر المالك يمنع استدامة الملك إذا طرأ فيمتنع ثبوت الملك إذا اقترن بالسبب كما في النكاح * وهذا لان الكافر ممنوع من استدلال المسلم وفي اثبات الملك له عليه استدلال المسلم ولهذا لا يسترق الكافر المسلم فكذلك لا يشتريه لان الثابت بالشراء له ملك متجدد بتجدد سببه * ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فيكون هذا في المعنى كالاسترقاق * بخلاف الارث فانه يبقى للوارث الملك الذي كان للمورث * ولهذا يرث المسلم الخمر ولا يملك الخمر بالشراء * وبخلاف البيع لانه بالبيع يزول ملكه وذلك على المسلم واكتساب سبب ازالة الذل غير ممنوع منه نما الممنوع منه اكتساب سبب الذل * وهذا النهى لمعنى في المنهى عنه فيكون مفسدا للعقد ألا ترى أن الكافر يطلق امرأته المسلمة ولا يصح عقد النكاح من الكافر على المسلمة * وهذا بخلاف الولد يشتري والده يجوز وان كان الولد ممنوعا عن اذلال والده لان بالشراء هناك تتم علة العتق فيتخلص به عن ذل الرق والامور بعواقبها فباختبار المال يصير هذا الشراء اكراما لا اذلالا ولهذا قلنا الابن الكافر إذا اشترى أباه المسلم يجوز وكذلك إذا قال الكافر لمسلم أعتق عبدك هذا على ألف درهم يجوز ويتملكه الكافر ثم يعتق عليه وهو نظير الفصد فهو جرح لا يجوز الاقدام عليه من غير حاجة وعند الحاجة يكون دواء والذي يحقق ما قلنا انه بالشراء يتمكن من قبضه وفي اثبات اليد للكافر على المسلم على وجه يستفيد به ملك التصرف معنى الذل ولا يوجد ذلك في حق من يعتق عليه وان قلتم انه يمتنع من قبضه فيقول مالائتأى فيه القبض بحكم الشراء لا يجوز شراؤه كالعبد الأبق وهذا لان فوات القبض إذا طرأ بهلاك المعقود عليه قبل التسليم كان مبطلا للعقد فإذا اقترن بالعقد منع انعقاد العقد والدليل عليه المحرم إذا اشترى طيبا لا يملكه لانه ممنوع من اثبات اليد عليه وكذا على الصيد لاحرامه فلا يملكه بالشراء كما لا يملكه بالاصطياد فكذلك الكافر في العبد المسلم. وحجتنا في ذلك العمومات المجوزة للبيع من الكتاب والسنة. والمعنى فيه ان الكافر يملك بيع عبده المسلم فيملك شراؤه كالمسلم * وهذا لان صحة التصرف باعتبار أهلية التصرف وكون المحل قابلا للتصرف وما يصير به أهلا للتصرف يستوى فيه الكافر والمسلم * وانما يكون المحل محلا للتصرف لكونه مالا متقوما والعبد المسلم مال متقوم في حق المسلم والكافر جميعا

[132]

حال المشتري مع البائع عند الفسخ كحال البائع معه عند العقد وقد كان للبائع على المشتري كرفي ذمته يعطيه المشتري من أي موضع شاء فكذلك البائع يفعله عند الفسخ * وكل ما يكال أو يوزن أو يعد في هذا الحكم سواء لما قلنا * قال ولو اشترى جارية بثوب ليس عنده لم يجز لان الثياب لا تثبت دينا في الذمة الا موصوفة ومؤجلة ولم يوجد ذلك وان كان الثوب بعينه فوجد بالجارية عيبا وقد استهلك البائع الثوب ردها وأخذ قيمة الثوب لان الثوب ليس من ذوات الامثال وقد لزمه رد عينه حين رد عليه الجارية فإذا تعذر رده بالاستهلاك يلزمه قيمته كما في المعصوب * وإذا باع رجل شيئا بنقد أو بنسيئة فلم يستوف ثمنه حتى اشتراه بمثل ذلك الثمن أو أكثر منه جاز وان اشتراه بأقل من ذلك الثمن لم يجز ذلك في قول علمائنا رحمهم الله استحسانا وفي القياس يجوز ذلك وهو قول الشافعي لان ملك المشتري قد تأكد في المبيع بالقبض فيصح بيعه بعد ذلك بأي مقدار من الثمن باعه كما لو باعه من غير البائع ألا ترى أنه لو وهبه من

البائع جاز ذلك فكذلك إذا باعه منه بثمن يسير ولانه لو باعه من انسان آخر ثم باعه ذلك الرجل من البائع الاول بأقل من الثمن الاول جاز فكذلك إذا باعه المشتري منه الا انا استحسنا لحديث عائشة رضی الله عنها فان امرأة دخلت عليها وقالت نى بعت من زيد بن أرقم جارية لى بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريتها منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضی الله عنها بثمنا مائتيه وبنسما اشتريت الغى زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فأتاها زيد بن أرقم معذرا فقلت قوله تعالى فمن جاءه. موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا دليل على ان فساد هذا العقد كان معروفا بينهم وانها سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان أجزية الجرائم لا تعرف بالرأي وقد جعلت جزاءه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد فعرفنا أن ذلك كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم واعتذار زيد رضی الله عنه إليها دليل على ذلك لان في المجتهديات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر أحدهم إلى صاحبه فيها ولايجوز أن يقال انما ألحقت الوعيد به للاجل إلى العطاء فان مذهب عائشة رضی الله عنها جواز البيع إلى العطاء وقد كرهت العقد الثاني بقولها بثمنا مائتيه وليس فيه هذا المعنى عرفنا أنها انما كرهت لما قلنا وانما كرهت العقد الاول لانهما يطرقان به إلى الثاني والمعنى فيه

[133]

عندنا فكذلك شراؤه فانما بطل ذلك التصرف لانعدام المحل بخلاف ما نحن فيه ولسنا نقول بأنه لايقر على مقصود هذا العقد بل يقر على مقصوده إذا أسلم ثم موجب الشراء اثبات الملك * فاما استدامة الملك فليس من موجبات العقد ولا يمنع صحة الشراء لكونه ممنوعا من استدامة الملك فيه كالمسلم يشترى عبدا مرتدا فيصح شراؤه وان كان ممنوعا من استدامة الملك فيه وعند التأمل في تصحيح هذا الشراء اظهر ذل الكافر دون المسلم لان العبد المسلم يتسلط به على الكافر فيخاصمه ويجره إلى باب القاضي ويجبره على بيعه شاء أو أبى ولهذا يتبين ان هذا النوع من التصرف لم يدخل تحت قوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا مع ان المراد بالآية أحكام الآخرة بدليل قوله تعالى فالله يحكم بينكم يوم القيامة وعلى هذا الخلاف الكافر إذا اشترى مصحفا لا يصح الشراء عند الشافعي لانه يستخف به فيرجع ذلك إلى اذلال المسلمين وعندنا يصح شراؤه لانه ليس في عين الشراء من اذلال المسلمين شئ وكلامنا في هذا الفصل أظهر الكافر لا يستخف بالمصحف لانه يعتقد انه كلام فصيح وحكمه بالغة وان كان لا يعتقد انه كلام الله عزوجل فلا يستخف به ثم يجبر على بيع العبد من المسلمين لانه لو ترك في ملكه استخدمه قهرا بملك اليمين وفيه ذل فيجبر على ازالة هذا الذل وذلك ببيعه من المسلمين ولا يترك لبيعه من كافر آخر وان كان لو باعه جاز ولكن المقصود لا يحصل به فلا يمكن منه وكذلك يجبر على بيع المصحف لانه لا يعظمه كما يجب تعظيمه * وإذا ترك في ملكه يمسه وهو نجس وقال الله تعالى انما المشركون نجس وقال الله تعالى في القرآن لا يمسه الا المطهرون * فلهذا يجبر على بيعه من المسلمين وكذلك ان أسلم مملوك الذمي فانه يجبر على بيعه من المسلمين وذلك بعد ان يعرض عليه الاسلام فلعنه يسلم فيترك العبد في ملكه فان أبى ذلك أجبر على بيعه كالكافر إذا أسلمت امراته يعرض عليه الاسلام فان أبى فرق بينهما الا أن ملك النكاح ليس بمال متقوم فيجوز ازالته مجانا عند اباية الاسلام وملك اليمين مال متقوم

محترم بعقد الذمة فلا يجوز ابطاله عليه بالعتق مجانا ولا بد من ازالة ملكه عن المسلم فيجبر على بيعه بقيمته ليستوفى المالية ويحصل المقصود وان كان للذمي عبد وامرأة له أمة قد ولدت منه فاسلم العبد وولده منها صغير فانه يجبر على بيع العبد وولده لان الولد الصغير يصير مسلما باسلام ابيه فيجبر على بيعه * وان كان ذلك

[134]

تفريقا بينه وبين أمه لان هذا تفريق بحق وحب فيه فهو كما لو جنى الابن الصغير جناية فدفع بها أو لزمه دين فبيع فيه يجوز ذلك * وان كان فيه تفريق بين الولد والام ولكن لما كان بحق لزم ذلك في الولد خاصة واستقام ذلك فهذا مثله * وعن أبي يوسف أن في كل موضع يجب بيع الولد تباع الام معه لانه لاضرورة في التفريق بينهما إذا كان كل واحد منهما محلا للبيع * قال وإذا أسلم العبد وهو بين مسلم وكافر أجبر الكافر على بيع حصته منه اعتبارا للبعض بالكل وان أسلم عبد الذمي فكاتبه جازت الكتابة لان ملكه فيه باق بعد اسلامه ونفوذ عقد الكتابة منه باعتبار ملكه ثم ما هو المقصود يحصل بالكتابة في الحال وهو ازالة ذله منه لانه يصير بمنزلة الحر في حق اليد والمكاسب ولا يبقى له ولاية الاستخدام عليه قهرا بملك اليمين وربما يؤدي بدل الكتابة فيعتق ويتم المقصود به فان عجز أجبر على بيعه لان الكتابة انفسخت حين تحقق عجزه فظهر الحكم الذي كان قبل الكتابة وهو الاجبار على البيع * وان لم يكاتبه ولكنه رهنه عند مسلم أو كافر أجبر المولى على بيعه لان المقصود بعقد الرهن لم يحصل فالرهن يستخدم المرهون باذن المرتهن والمرتهن باذن الراهن ثم بعد الرهن هو محل للبيع فيبقى فيه حكمه وهو الاجبار على البيع * فاما بعد الكتابة فلا يكون محلا للبيع ما بقيت الكتابة وإذا بيع المرهون فيكون ثمنه رهنا مكانه لان عقد الرهن قد صح باعتبار ملكه في المحل فيتحول حكمه إلى بدله كما إذا قبل المرهون وأخذ المرتهن قيمته وكذلك لو أجره من مسلم أو كافر فالمقصود وهو ازالة اليد عن المسلم لا يحصل بالاجارة بل يتحقق فيه معنى الاذلال ويبقى هو محلا للبيع بعد الاجارة فيجبر على بيعه ثم تبطل به الاجارة بخلاف الرهن * ألا ترى ان المؤجر إذا باع المؤجر برضا المستأجر بطلت الاجارة والراهن إذا باع المرهون برضا المرتهن كان الثمن رهنا * ولو كان رهنه أو أجره وهو كافر ثم أسلم في يد المرتهن أو لمستأجر أجبرته على بيعه ولم أتركه يكون في ملك الكافر وهو مسلم كما بينا أن الاذلال هنا يتقرر إذا ترك في ملكه فيجب ازالته بالاجبار على بيعه * وان كانت جارية فدبرها أو استولدها قبل الاسلام أو بعده جعلت عليها ان تسعى في قيمتها لان بيعها متعذر لما يقر فيها من حق العتق فيجب اخراجها عن ملك الكافر بالاستسعاء في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبه مادامت تسعى وعند زفر هي حرة والسعاية دين عليها وعند الشافعي يجبر

[135]

على بيع المدبرة وأم الولد بخارج وقد تقدم بيان هذا في كتاب العتاق * وإذا باع الكافر عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم العبد فهو على خياره لان اسلامه لا يمنع ابتداء البيع ولا يمنع بقاءه بطريق الاولى * فان نقض

البيع أجبر على بيعه لان الاول صار كان لم يكن * وان أمضاه لكافر مثله
أجزأه وأجبر ذلك الكافر على بيعه كما لو باعه منه ابتداء بعد ما أسلم العبد
وكذلك ان كان الخيار للمشتري فان فسخ العقد أجبر على بيعه إذا كان
كافرا وان أمضى العقد والمشتري مسلم فهو سالم له * قال وإذا اشترى
الكافر عبدا مسلما بشراء فاسدا وقبضه فانه يجبر على رده على البائع
سواء كان البائع مسلما أو كافرا ثم يجبر البائع على بيعه ان كان كافرا لان
فسخ البيع الفاسد مستحق شرعا ولا يفوت به ما يثبت من الحق للعبد
باسلامه فان البائع يجبر على بيعه إذا كان كافرا ومع امكان استيفاء
الحقين لا يجوز ترك احدهما فان كان البائع غائبا فرغ العبد المشتري إلى
القاضي أجبره على البيع ان كان شراء يجوز في مثله البيع منه لانه مالك
له وقد تعذر فسخ العقد الفاسد لغية البائع ولا يجوز أن يترك المسلم في
ملك الكافر فيجبر على بيعه * وهذا لان في التأخير إلى أن يحضر البائع
اضرارا بالعبد وابقاء له في ذل الكافر وذلك ممتنع في الشرع. وان كان
شراء لا يجوز في مثله البيع فهو غير مالك له ولا يمكن اجباره على بيعه
ولكنه ملك الغير. مضمون في يده أو أمانة بمنزلة المغصوب أو الوديعة *
مسلم اشترى عبدا مسلما من كافر شراء فاسدا أجبرته على رده على
الكافر لفساد العقد ثم يجبر الكافر على بيعه لان استيفاء الحقين ممكن
وان كان الكافر غائبا فهو على حاله عند المسلم لانه ليس في ابقاء
المسلم في ملك المسلم معنى الازلال ولو أن مسلما وهب عبدا مسلما
لكافر أو تصدق به عليه جاز وأجبر الكافر على بيعه كما لو ملكه بسبب آخر.
ولو أراد المسلم أن يرجع في هبته كان له ذلك ما لم يبعه الكافر أو يعوض
المسلم منه والكافر في حكم الهبة بمنزلة المسلم وكذلك لو كان الكافر
هو الواهب للعبد المسلم من المسلم ثم رجع في هبته كان له ذلك لان حقه
في الرجوع كان ثابتا ما لم يصل إليه العوض فلا يبطل باسلام العبد ولكن
إذا رجع فيه أجبر على بيعه * وإذا أسلم عبد النصراني فأجبره القاضي على
بيعه فباعه ثم استحقه نصراني آخر بينة مسلمين وقد أعتقه المشتري
فان عتقه باطل لان بالاستحقاق قد ظهر ان المشتري لم يملك وان عتقه
لم ينفذ لان بائعه لم يكن مالكا فيأخذه المستحق ويجبر على بيعه ولا يقال
ينبغي أن ينفذ

[136]

البيع باجبار القاضي عليه في حق المستحق إذا كان نصرانيا لان القاضي
انما أجبر عليه المالك الظاهر له حين أبي أن يسلم فلا يتعدى ذلك إلى
المستحق لانه لم يكن ظاهرا يومئذ ولعله يسلم لو عرض عليه الاسلام *
ولو ان نصرانية تحت مسلم لها مملوك مسلم فأجبرت على بيعه فباعته من
زوجها واشتراه زوجها لولد له صغير فذلك جائز لان المقصود قد حصل وهو
ازالة ذل الكافر عن المسلم بخروجه من ملكها * قال ولو ان يتامى من
النصارى أسلم عبد لهم أجبروا على بيعه لتقرر السبب وهو ملك الكافر في
العبد المسلم فان كان لهم وصي باعه الوصي لانه قائم مقامهم في البيع
الذي ليس بمستحق ففي البيع المستحق أولى * وان لم يكن لهم وصي
جعل القاضي لهم وصيا فباعه لهم لانه إذا جاز للقاضي نصب الوصي نظرا
منه لليتامى فلان يجوز ذلك منه نظرا لليتامى ومراعاة لحرمة الاسلام
أولى * قال وإذا كان للمسلم عبد نصراني تاجر فاشترى عبدا نصرانيا
فاسلم ولادين على العبد التاجر لم أجبره على بيعه لان كسب العبد الذي
لادين عليه مملوك لمولاه وهو مسلم وان كان عليه دين أجبرته على بيعه
لان المولى لا يملك من كسبه ما لم يقض عنه الدين كالأجنبي والعبد هو

المستبد بالتصرف وهو نصراني فيجبر على بيعه كمكاتب نصراني لمسلم أسلم عبده * قال وإذا اشترى النصراني عبدا مسلما فوجد به عيبا فقال ارده تركته حتى يرده لانه يستوفى بالرد حقه ويدفع به الضرر عن نفسه وأكثر ما فيه أن يكون رده اياه بمنزلة البيع منه وذلك صحيح * وان وكل وكيفا يخاصم عنه في العيب جاز حتى يبلغ اليمين بالله ما رأي ولا رضى فإذا بلغ ذلك لم يستطع رده حتى يحضر الموكل فيحلف وفي هذا الحكم يستوى الكافر والمسلم ثم في ظاهر الرواية القاضي يحلف المشتري بهذه الصفة ما رأى ولا رضى طلب البائع ذلك أو لم يطلب * ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا يحلف الا يطلب البائع لانه نصب لفصل الخصومة لا لانشائها ولكننا نقول هو مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ وليس كل خصم يهتدى إلى ذلك ليسأل أو يتجاسر على ذلك مع حشمة القاضي فيحتاط القاضي بذلك ويحلفه بالله ما رأى العيب ولا رضى به * وفي موضع آخر قال ولا عرضه على بيع ثم يقضى بالرد فان أقر الوكيل عند القاضي أن المشتري قد رضى بالعيب جاز ذلك على المشتري وان وكل البائع وكيفا بالخصومة فاقرار وكيله عليه جائز في مجلس القاضي لانه قائم مقام الموكل في جواب الخصم

[137]

ولا يحلف لوكيل لان النيابة في اليمين لاتجزئ ولكن يحضر الموكل فيحلف بالله لقد باعه وما هذا به وقد قررنا هذا في كتاب العيوب * قال ولا يجوز بين أهل الذمة شئ من بيوع الصرف والسلم وغيرهما الا ما يجوز بين أهل الاسلام ما خلا الخمر والخنزير فاني أجيز ذلك بينهم وأستحسن ذلك لانهما أموال متقومة في حقهم والاثر الذي جاء فيه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حيث قال ولو هم يبيعها وخذوا العشر من أثمانها وقد تقدم بيان هذا الفصل في كتاب الغصب وأوضحنا الفرق بين الربا والتصرف في الخمر والخنزير باعتبار أن ذلك مستثنى من عقد الذمة ونذكر هنا حرفا آخر للفرق بينهما فنقول لما بقى الخمر والخنزير مالا متقوما في حقهم فلو لم تجز تصرفهم فيهما بالبيع والشراء لم تظهر فائدة المالية والتقوم فيكون اضرارا بهم ولو منعناهم عن عقود الربا لادى ذلك إلى ابطال فائدة المالية والتقوم لانهم قد لا يتمكنون من التصرف في ذلك المحل الا بطريق الربا * قال ولا يحل للمسلم بيع الخمر ولا أكل ثمنها بلعنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه حديثان * أحدهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرة وذكر في الجملة بائعها * والثاني قوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها * وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا ثمنها وان الله تعالى إذا حرم شيئا حرم بيعه وأكل ثمنه وبهذه الآثار تبين ان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم فلا يجوز بيعه إياها * قال وإذا اشترى المسلم عصيرا فلم يقبضه حتى صار خمرا فالبيع فاسد لانه تعذر قبضه بعد التخمر وبالقبض يتأكد الملك المستفاد بالعقد ويستفاد بملك التصرف وكما لا يجوز ابتداء العقد على الخمر من المسلم فكذلك لا يجوز قبض الخمر بحكم العقد فان صارت خلا قبل أن يترافعا إلى السلطان فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أما عند محمد فالبيع باطل هكذا ذكر الكرخي لان العقد فسد بالتخمر فلا يمكن تصحيحه على الخل الا بالاستقبال وهذا لان التخمر قبل القبض كالموجود عند العقد * ولو اشترى المسلم خمرا فتخللت لا يصح العقد * وجه قولهما ان أصل

العقد كان صحيحا ثم بالتخمر فات القبض المستحق بالعقد العارض على شرف الزوال وهو انعدام المالية والتقوم فإذا زال صار كأن لم يكن كما لو أبق المبيع قبل القبض ثم عاد من أباقه إلا أن المشتري هنا مخير لتغيير صفة المبيع وهو في ضمان البائع ولهذا لو

[138]

خاصمه فيها قبل أن يصير خلا فابطل القاضي البيع ثم صارت خلا بعد ذلك لم يكن له عليها سبيل لان العقد انفسخ بقضاء القاضي كما في الابق إذا عاد بعد ما فسخ القاضي البيع بينهما. وبه فارق ما لو كانت خمرًا في الابتداء فان هناك البيع ما انعقد صحيحا * ألا ترى أنه لو باع العبد وهو أبق ثم رجع من أباقه لم يصح البيع * وعلى هذا النصراني لو اشترى من نصراني خمرًا ثم صارت خلا ثم أسلمها فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك لتغير صفة المبيع وان أسلمها ثم صارت خلا فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا ثم ذكر مسألة اقراض النصراني نصرانيا خمرًا وقد تقدم بيان ذلك في كتاب الغصب * قال وإذا اشترى النصراني من النصراني خمرًا أو خنزيرا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم المشتري قبل أن يختار وقد قبض كان البيع باطلا في قول أبي حنيفة ويتم البيع في قول صاحبيه بناء على اختلافهما في وقوع الملك للمشتري مع اشتراط الخيار وقد تقدم بيانه بفصوله. ولو كان الخيار للبائع فأسلمها أو أسلم البائع بطل البيع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فلا يمكن من اخراجه عن ملكه بالاجازة بعد اسلامه وان أسلم المشتري وقد قبض ما اشترى لم يفسد البيع لان البيع قد تم من قبله والبائع على خياره فان أجاز البيع ملك المشتري الخمر حكما من غير عقد باشره بعد اسلامه واسلامه لا يمنعه من ذلك * وإذا ارتهن نصراني من نصراني خمرًا بدين له عليه فاسلم المرتهن بطل الرهن لان المقصود بالرهن الاستيفاء ولا يتم ذلك الا بهلاك الرهن فالاسلام الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود يجعل بمنزلة المقترن بالعقد فان كان المرتهن هو الذي أسلم بقى مضمونا عليه حتى إذا هلك هلك على الراهن لان خمر الكافر يجوز أن تكون مضمونة على المسلم بالغصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن فان كان الراهن هو الذي أسلم ثم هلك الرهن لم ينتقص من حق المرتهن شئ لان خمر المسلم لا تكون مضمونة على الذمي بالغصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن وهذا لانعدام المالية والتقوم في حق المالك هنا بخلاف الاول * قال وإذا وكل المسلم نصرانيا ببيع الخمر فباعها جاز في قول أبي حنيفة لان العاقد نصراني ولم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان من وقع له العقد مسلم وقد تقدم بيان هذا الفصل * وإذا كان للذمي عبدان أخوان لم أكره له أن يفرق بينهما في البيع لان ما فيه من الشرك أعظم من التفريق يعنى أن المنع من التفريق لحق الشرع والكفار لا يخاطبون من حقوق الشرع بما هو أعظم من كراهة التفريق نحو العبادات فكذلك لا يظهر في حقهم حكم كراهة التفريق

[139]

في البيع والله أعلم. (باب بيع ذوى الارحام) قال ليس ينبغي للرجل أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع ولا في الهبة ولا في الصدقة ولا في الوصية إذا كان صغيرا لما روي أن زيد بن حارثة رضى الله عنه قدم بسبايا فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يتصفحهم فرأى جارية والهبة فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شأنها فقال زيد رضى الله عنه احتجنا إلى نفقة فبعنا ولدها فقال صلى الله عليه وسلم أدرك أدرك لا توله والدة بولدها * وقال النبي صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين الجنة وفي رواية فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة وكذلك كل ذى رحم محرم * والحاصل انه إذا اجتمع في ملكه شخصان بينهما قرابة محرمة للنكاح وهما صغيران أو احدهما صغير فليس له ان يفرق بينهما في الاخراج عن ملكه بالبيع عندنا وقال الشافعي في الوالدين والمولودين كذلك وفيما سوى ذلك لا بأس بالتفريق بناء على مذهبه في عتق احدهما على الآخر عند دخوله في ملكه. وحجتنا في ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهب لعلى كرم الله وجه اخوين صغيرين ثم لقيه بعد ذلك فقال ما فعل الغلامان فقال بعتهما فقال ادرك ادرك. والمعنى فيه ان الصغير يستأنس بالكبير والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوائجه ففي التفريق بينهما ايحاشهما وترك الترحم عليهما وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والكافر والمسلم في ذلك سواء لاسنوائهما في الشفقة التي تنبئ على القرابة ثم تمتد هذه الكراهة إلى البلوغ عندنا وقال الشافعي إلى أن يستغنى الصغير عن الكبير في التربية. واعتمادنا في ذلك ما ذكره الدارقطني في مسنده بالاسناد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام وتحض الجارية وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله إذا راهق الصغير ورضيا ان يفرق بينهما فلا بأس بالتفريق بينهما لان كل واحد منهما من اهل النظر لنفسه وربما يريان مصلحة في ذلك فلا بأس بالتفريق عند ذلك برضاهما فأما بعد البلوغ فلا بأس بالتفريق بينهما لان كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس بعضهم ببعض بل يستوحش بعضهم من بعض إذا اجتمعوا في ملك رجل واحد حتى يؤدي إلى قطيعة الرحم ولهذا حرم

[140]

الجمع بين الاختين نكاحا ولو كان مملوك لرجل وولده الصغير مملوك لابن الرجل وهو صغير في حجره كان له ان يفرق بينهما بالبيع لانهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد والاب في التصرف في ملك ولده قائم مقام الولد لو كان بالغا وكذلك ان كان كل واحد منهما لولد من اولاده * ولو اشتراهما جميعا لنفسه فوجد باحدهما عيبا كان له ان يردده ويمسك الباقي وعن أبي يوسف قال يردهما أو يمسكهما لان في معنى كراهة التفريق بينهما أنها كشيخص واحد وقاس بما لو اشترى مصراعي باب فوجد باحدهما عيب كان له أن يرددهما أو يمسكهما. وجه ظاهر الرواية ان المثبت لحق الرد له هو العيب وهو مقصور على المعيب حقيقة وحكما ولا يتمكن من رد الآخر بعد تمام الصفقة ثم هذا تفريق بحق مستحق في احدهما فيجوز كالدفع بالجناية والبيع بالدين ولو كان له من كل واحد منهما شقص لم أكره له ان يبيع شقصه من احدهما دون الآخر لانهما ما اجتمعا في ملكه وكراهة التفريق بناء على اجتماعهما في ملكه * ولو كانا مملوكين له فباع احدهما دون الآخر كان مسيئا والبيع جائز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف أستحسن ابطال البيع في الوالدين والمولودين ولا أبطله

في الاخوين وهو قول الشافعي * وروي الحسن عن أبي يوسف رحمهما الله ان البيع في جميع ذلك باطل لما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي رضي الله عنه أدرك أدرك وقال صلى الله عليه وسلم ذلك لزيد بن حارثة رضي الله عنه وإنما يتمكن من الادراك بالاسترداد لفساد البيع ففي احدي الروايتين فيهما جميعا قال البيع فاسد * وفي الرواية الاخرى فرق لقوة الولادة وضعف القرابة المتجردة عن الولادة * وحمل قوله صلى الله عليه وسلم لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه أدرك أدرك علي طلب الاقالة أو بيع الاخر ممن باع منه أحدهما وهو تأويل الحديثين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والقياس لهما فان النهى عن بيع احدهما لمعنى في غير البيع غير متصل بالبيع وهو الوحشة وذلك ليس من البيع في شئ والنهى متى كان لمعنى في غير المنهى عنه لا يفسد البيع كالنهي عن البيع وقت النداء * قال ولا بأس بأن يكاتب أحدهما دون الآخر لان عقد الكتابة ماله العتق فهو كالاتاق ولا بأس بأن يعتق احدهما فكذلك يكاتبه لانه لا تفريق بينهما في هذا التصرف بل يزداد الاستئناس ويمكن الكبير من القيام بحوائج الصغير إذا كوتب أو اعتق وربما يتمكن من شرائه بعد ذلك فيعتق عليه

[141]

وكذلك لا بأس بأن يبيع احدهما نسمة للعتق ويمسك الآخر وعن محمد انه يكره له ذلك وهذا لان بيع نسمة ليس ببيع بشرط العتق فان البيع بهذا الشرط لا يجوز ولكنه ميعاد بينهما فربما يفى به المشتري وربما لا يفى فيبقى التفريق بينهما متحققا في الحال * وجه ظاهر الرواية ان الظاهر من حال من يشتري النسمة للعتق الوفاء بما بعد وإنما يبنى الحكم على الظاهر ما لم يتبين خلافه فبيع أحدهما نسمة كبيعه من قريبه ليعتق عليه وذلك غير مكروه * قال وإذا اجتمع في ملكه أختان فدبر احدهما أو استولدها والاخرى صغيرة لم أكره له بيع الصغيرة وكذلك ان كاتب احدهما لان كراهة التفريق عند تمكنه من بيعها فان عند ذلك يكون التفريق محالا على اختياره وهنا هو غير متمكن من بيع احدهما فيجوز له بيع الاخرى. وعن أبي يوسف ان في التدبير والاستيلاء ليس له أن يبيع الاخرى لان ملكه في المدبرة وأم الولد مطلق فيتحقق اجتماعهما في ملكه فيكره التفريق وفي الكتابة لا يكره لان ملكه في المكاتب ثابت من وجه دون وجه فلم يجتمعا في ملك مطلق له فلا بأس بأن يبيع احدهما * قال وإذا كان أحد المملوكين له والاخر لزوجته أو لمكاتبه فلا بأس بالتفريق بينهما لانهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد ولانه غير متمكن من بيعهما من واحد إذ ليس له حق التصرف في كسب مكاتبه وملك زوجته وكذلك ان كانت احدهما لعبد له تاجر وعليه دين لانه غير متمكن من بيعها فان تصرفه في كسب العبد المديون لا ينفذ * وعن أبي حنيفة هو لا يملك كسبه فلم يجتمعا في ملكه وان لم يكن على العبد دين فليس له أن يفرق بينهما لانهما اجتمعا في ملكه وهو متمكن من بيعهما * وان كانت احدهما لمضاربه فلا بأس بأن يبيع المضارب ما عنده منهما لان المضارب غير مالك لهما ولاهو متمكن من بيعهما فله ان يبيع ما كان عنده منهما * قال وإذا كان للرجل أمة فباعها على ان له الخيار ثلاثة أيام ثم اشترى ابنها كرهت له ان يوجب البيع في الامة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فقد اجتمعا في ملكه وهو متمكن من أن لا يفرق بينهما بان يفسخ البيع فيها ثم يبيعهما معا فإذا أوجب البيع في الامة كان مفرقا بينهما باختياره وذلك مكروه وكذلك ان سكت حتى مضت المدة لان سكوته عن الفسخ إلى مضى المدة كاختياره

امضاء البيع * وان كان الخيار للمشتري فلا بأس بأن يستوجبها لان الامه
خرجت من ملك البائع مع خيار المشتري فلم يجتمعا في

[142]

ملك رجل واحد * ولو كان عنده ابن لها فاختار ردها لم يكن بذلك بأس * أما
عند أبي حنيفة فلانهما لم يجتمعا في ملكه فان خيار المشتري يمنع وقوع
الملك له وعندهما لان هذا التفريق لحق له في احدهما فكان بمنزلة الرد
بخيار العيب * قال ويكره للمكاتب والعبد التاجر من التفريق ما يكره للحر
لانهما مخاطبان * وفي التمكن من بيعهما معا بمنزلة الحرين وكراهة
التفريق لحق الشرع فيستوى فيه المملوك والحر ولا يكره التفريق من ذي
محرم من غير النسب كالرضاع والمصاهرة لحديث عبد الله بن مسعود
رضى الله عنهما أن رجلا سأله فقال أبيع جارية لى قد أرضعت ولدى فقال
قل من يشتري أم ولدى وهذا لان الرضاع والمصاهرة بمنزلة النسب في
حرمة النكاح خاصة * وأما الاحكام المتعلقة بالقرابة سوى الحرمة لا يثبت
شئ منها بالرضاع والمصاهرة * قال ولا بأس بالتفريق بين المملوكين
الزوجين لانه لا قرابة بينهما وعلى ذلك تنبى كراهية التفريق * قال وإذا
اجتمع أخوان في ملك رجل لا ينبغي له ان يبيع أحدهما من ابن صغير له في
عياله لان هذا تفريق بينهما في البيع والملك ولو جاز هذا لجاز الذي باعه
من ابنه الصغير بعد ذلك فيتحقق التفريق بهذا الطريق فإذا دخل الحربى
دار الاسلام بسلامين أخوين صغيرين بامان فاراد أن يبيع احدهما فلا بأس
بشراؤه منه * وان كان فيه تفريق لاني ان لم اشتره منه لاعاده إلى دار
الحرب ويتمكن من ذلك فشراؤه منه أقرب إلى النظر من مراعاة التفريق
ولو كان قد اشتراهما في دار الاسلام كرهت للمسلم ان يشتري منه
أحدهما لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن ان يدخل بهما في دار الحرب لانه
اشتراهما من أهل الاسلام أو من أهل الذمة وهو ان لم يكن مخاطبا بحرمة
التفريق فالمسلم المشتري مخاطب بالتحرز عن اكتساب سبب التفريق الا
أن يكون اشتراهما في دار الاسلام من حربى مستأمن فلا بأس حينئذ
بشراء أحدهما منه لانه غير مجبر على بيعهما بل هو ممكن من أن يدخلهما
دار الحرب كما كان البائع متمكنا من ذلك ولم يذكر في الكتاب ما إذا اجتمع
في ملكه مع الصغير كبيران * والجواب في ذلك ان الكبيرين إذا استويا في
القرابة من الصغير وكان ذلك من جهة واحدة كالأخوين والخالين والعمين
فلا بأس بان يبيع أحد الكبيرين استحسانا * وفي القياس يكره ذلك وهو
رواية عن أبي يوسف لان الصغير يستأنس بكل واحد منهما وكل واحد
منهما في حقه كالمنفرد به * وفي الاستحسان قال هذا

[143]

يمنع لحق الصغير وحقه مراعى إذا ترك معه أحد الكبيرين فانه يستأنس به
ويقوم الكبير بحوائجه فلا بأس ببيع الآخر وان كانت قرابتهما إليه من
جهتين كالاب والام فليس له ان يفرق بينهما وبينه ولا يبيع واحدا منهما
لان كل واحد منهما له نوع شفقة ليس للآخر وله بكل واحد منهما نوع
استئناس لا يحصل ذلك بالآخر فان كان أحدهما أبعد والآخر أقرب إليه في
القرابة كالام مع الجد في ظاهر الرواية لا بأس ببيع الابعد وبمسك الاقرب

مع الصغير لان مقصود الصغير يحصل إذا أمسك الاقرب معه وشفقه
الاقرب عليه أظهر والقراية البعيدة عند المقابلة بالقربية تكون البعيدة
كالمعدومة * وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله انه يكره له ان يبيع
واحدا منهما لانه يستأنس بكل واحد منهما نوع استئناس كما إذا استويا في
الدرجة (باب بيع الامة الحامل) قال رضى الله عنه اعلم انه اورد هذا الباب
في كتاب الدعوى وقد بينا شرح مسائله هناك وهو بكتاب الدعوى أشبه وقد
بيننا بعض المسائل فيما تقدم هنا أيضا فمما زاد على ما تقدم بيانه ان
الجارية المباعة إذا ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لاكثر
من ستة أشهر فادعاهما البائع فانه يرد البيع لانا تيقنا حصول العلوق بالتى
ولدت لاقل من ستة أشهر في ملكه وهما توأم فمن ضرورة التيقن بعلوق
أحدهما في ملكه التيقن بعلوق الآخر فهو كما لو ولدتهم لاقل من ستة
أشهر وقد بينا ان بعد موت الولد لا تصح دعوى البائع وان كان الولد خلف
ولدا بخلاف ولد الملائنة فانه إذا مات عن ولد ثم اكذب الملائع نفسه فانه
يثبت النسب منه وهذا لان نسب ولد الملائع كان ثابتا من الزوج بالفراش
وبقى بعد اللعان موقوفا على حقه حتى لا تنفذ دعوة الغير فيه فيظهر
ذلك بالكذب إذا كان مقيدا وتقام حاجة ولده إلى ذلك مقام حاجته فاما
نسب ولد الجارية المباعة فلم يكن ثابتا منه قبل الدعوى وانما تصح دعواه
لحاجة الولد إلى النسب وقد استغنى عن ذلك بالموت فلا يمكن اقامة ولده
مقامه في اثبات نسبه ابتداء فلهذا لا تصح دعواه وان كان في يده صبي لا
ينطق فزعم انه عبده ثم اعتقه ثم زعم انه ابنه فهو غير مصدق في ذلك
في القياس لانه مناقض في كلامه ويصدق في الاستحسان ويثبت نسبه
منه لان الانسان قد يشتبه عليه هذا

[144]

في الابتداء ثم يتبين له في الانتهاء فيريد ان يتدارك وقد بينا ان لخفاء امر
العلوق يعذر في التناقض فيه ثم لا منافاة بين الولاة الثابت له عليه وبين
النسب الا ترى انه يشترى ابنه فيعتق عليه ويجتمع له ولاؤه ونسبه ولو كان
عبدا كبيرا اعتقه ثم ادعاه ومثله يولد لمثله لم تجز دعوته الا ان يصدقه لانه
بالعتق صار في يد نفسه فالتحق بسائر الاحرار فالدعوى من المولى بعد
ذلك ومن غيره سواء لا تنفذ الا بتصديقه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن
نفسه لانه في يد مولاه إذ هو ليس بمحل أن يعبر عن نفسه * قال في
الكتاب أستحسن في الصغير كما أستحسن في المدير يكون بين اثنين إذا
جاى بولد فادعاه أحدهما وقد تقدم بيان هذه المسألة في كتاب العتاق *
قال وإذا ولدت الامة ولدين في بطن واحد فباع المولى الام مع أحدهما ثم
ادعى المشتري الذي اشترى فان نسبه يثبت منه لانه ادعى مملوكه في
حال حاجته إلى النسب ثم يثبت منه نسب الذي عند البائع لانه توأم ومن
ضرورة ثبوت نسب أحدهما منه ثبوت نسب الآخر وهو عند البائع على حاله
لان العلوق لم يكن في ملك المشتري فدعواه دعوى التحرير والتوأم
ينفصل أحدهما عن الآخر في التحرير كما لو اعتق أحدهما وان كان البائع
ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبهما منه وانتقض البيع في الآخر وان كان
اعتقه المشتري لان أصل العلوق كان في ملك البائع فدعواه توجب حرية
الأصل الذي بقي عنده والتوأمان خلقا من ماء واحد ولا يفصل أحدهما عن
الآخر في حرية الأصل وقد بينا أنه يجوز نقض عتق المشتري لضرورة اثبات
حرية الأصل له * قال وإذا باع أمة حاملا فخاف المشتري ان يدعى البائع
حملها واراد ان يتحرز عن ذلك فانه يشهد عليه أن هذا الحمل من عبده له
كان زوجها وليس هذا بتعليم للكذب ولا أمر به فانه لا رخصة في الكذب

ولكنه بيان لحكم ان البائع ان اقر بذلك كيف يكون الحكم فيه وقد بينا بقية هذه المسألة في كتاب الاعتاق أن المقر له ان صدقه أو لم يظهر منه تصديق ولا تكذيب فليس للبائع أن يدعيه لنفسه وان كذبه فكذلك عند أبي حنيفة لان لاقرار حكامين اخرج نفسه عن نسب هذا الولد واثبات من المقر له فانما يبطل بتكذيب المقر له ما كان من حقه فاما ما هو من خالص حق المقر فان اقراره فيه لا يبطل بتكذيب المقر له خصوصا فيما لا يحتمل الابطال وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الاقرار بتكذيب المقر له يبطل من أصله فله ان يدعيه لنفسه بعد ذلك وقاسا النسب بالولاء فان من اشترى جارية ثم زعم ان البائع كان

[145]

اعتقها فكذبه البائع كان له ان يدعي ولاءها لنفسه بعد ذلك الا ان أبا حنيفة يفرق بينهما فيقول الولاء قابل للتحويل من شخص إلى شخص الا ترى أن ولاء الولد يثبت لمولى الام إذا كان الاب عبدا فإذا عتق الاب تحول ولاءه إليه والنسب لا يحتمل التحويل من شخص إلى شخص فعند ما أخرج نفسه من نسب هذا الولد لا يصح دعواه لنفسه * قال أمة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من صاحبه ثم ولدت لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع صحت دعواه وبطل البيع فيكون هذا كحكم الجارية المشتركة استولدها أحدهما ولو ادعياه معا ثبت نسبه منهما وبطل البيع لان العلق حصل في ملكيهما جميعا ولو ادعاه البائع وأعتقه المشتري فدعوى البائع تستند إلى وقت العلق ويثبت به حرية الاصل للولد فيكون عتق المشتري فيه باطلا ولو باع أحدهما نصيبه من رجل وهي حامل فادعى المشتري الحبل وادعاه البائع والذي لم يبع فان ولدت لاقل من ستة أشهر فالبيع باطل ويثبت نسبه من البائع ومن شريكه لان دعواهما تستند إلى وقت العلق فالعلق حصل في ملكهما وباخذ المشتري مانقذ من الثمن ويرد على الذي لم يبع نصف العقد لاقرار بالوطئ * قال الحاكم أبو الفضل قوله ويرد على الذي لم يبع نصف العقد ليس بسديد والصواب أن يرد جميع العقد على الشريكين جميعا وهكذا في رواية أبي سليمان لان اقراره بوطنها لا بد أن يكون سابقا على الشراء وقد حصل ذلك في ضمن دعوى النسب فيكون عليه جميع العقد للشريكين * وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر ثبت نسبه من المشتري ومن الذي لم يبع لانا لم نتيقن بحصول العلق قبل البيع فلا يصح دعوى البائع ولكن على البائع نصف العقد للذي لم يبع لانه أقر بوطنها وذلك يلزمه نصف العقد للذي لم يبع سواء كان وطؤه اياها قبل البيع أو بعد البيع بشبهة وليس للبائع على المشتري عقد لانه ما أقر بوطنها قبل شرائه وانما زعم أنه وطنها بعد شرائه في ضمن دعوى النسب فلهذا لا يغرم له شيئا من العقد والله أعلم (باب الاستبراء) قال رضى الله عنه الاصل في وجوب الاستبراء قول النبي صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى من الفئ حتى يرضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحیضة وهذا خطاب للموالي فيفيد وجوب الاستبراء على المولى فانه إذا قيل لا تضرب فلانا يكون

[146]

ذلك نهيا للضارب عن الضرب لا خطابا للمضروب والمعنى في المسببة حدوث ملك الحل فيها لمن وقعت في سهمه بسبب ملك الرقبة فهذه العلة يتعدى الحكم من المنصوص عليه إلى غير المنصوص عليه وهي المشتراة أو الموهوبة. ووجوب الاستبراء في المشتراة مروى عن علي وابن عمر رضى الله عنهما. والحكمة في ذلك تعرف براءة الرحم وصيانة ماء نفسه عن الخلط بماء غيره والتحرز عن أن يصير ماؤه ساقيا زرع غيره ولكن الحكم يثبت بثبوت علته ولهذا قلنا إذا اشتراها من امرأة أو صبي باعها أبوه أو اشتراها وهي بكر أو اشتراها من مملوك لزمه الاستبراء لوجود العلة الموجبة وهي حدوث ملك الحل بسبب الرقبة وعن أبي يوسف قال إذا تيقن فراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه فيها استبراء واجب لان الاستبراء كاسمه تبين فراغ الرحم وقاس بالمطلقة قبل الدخول أنه لا يلزمها العدة لان المقصود من العدة في حال الدخول تبين فراغ الرحم ولكننا نقول هذه حكمة الاستبراء والحكم متعلق بالعلة لا بالحكمة ثم اشتغال رحمها بالماء عند الشراء لا يمكن معرفته حقيقة فيتعلق الحكم شرعا بالعيب الظاهر وهو حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فدار الحكم معه وجودا وعدمًا للتيسير على الناس وكذلك لا يقبلها ولا يباشرها ولا ينظر منها إلى عورة حتى يستبرئها لان من الجائز أنها حملت من البائع وان البيع فيها باطل وهذه التصرفات لا تحل الا في الملك كالوطئ ولان الوطئ حرام في مدة الاستبراء وهذا من دواعي الوطئ فيحرم بحرمة الوطئ كما إذا ظاهر من امراته لما حرم عليه وطؤها حرم عليه دواعيه بخلاف الحيض فان المحرم بسبب الحيض استعمال الاذى كما وقعت إليه الاشارة بالنص ولا يوجد ذلك في التقبيل والمس ثم الدواعي هناك لاتوقعه في ارتكاب الحرام لنفرة في طبعه عنها بسبب الاذى والدواعي هنا موقعة في ارتكاب الحرام وهو الوطئ لانه راغب فيها غاية الرغبة ما لم يحصل مقصودة منها فان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فاستبرأؤها بشهر لان الشهر قائم مقام الحيض والطهر شرعا فكل شهر يشتمل على حيض وظهر عادة ألا ترى أن الله تعالى أقام ثلاثة أشهر في حق الأيسة والصغيرة مقام ثلاثة قروء في العدة ومدة الاستبراء ثلث مدة العدة فيتقدر بشهر وان كانت حاملا فاستبرأؤها بوضع الحمل للنص كما روينا ولان مدة الحمل لا تحتمل التحري لتعذر الاستبراء ببعضها فإذا وجب اعتبار جزء منها وجب اعتبار الكل والمقصود تبين فراغ الرحم ولا يحصل شئ من هذا المقصود قبل الوضع بل يزداد معنى الاشتغال بمضي

[147]

بعض المدة فلهذا قدرنا الاستبراء في حقها بوضع الحمل وإذا ارتفع حيضها وهي ممن تحيض تركها حتى إذا استبان له أنها ليست بحامل وقع عليها لان المقصود تبين فراغ الرحم من ماء البائع ليتقين بصحة البيع ووقوع الملك للمشتري فيها وقد حصل ذلك إذا مضى من المدة مالو كانت حبلى لظهر ذلك بها وليس في ذلك تقدير بشئ فيما يروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو بثلاثة أشهر وكان محمد رحمه الله يقول أولا يستبرئها بأربعة أشهر وعشر اعتبارا بأكثر العدة وهي عدة الوفاة في حق الحرة ثم رجع وقال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام لان أطول مدة العدة في حق الامة هذا فإذا كان بأقوى السببين وهو النكاح لا يجب على الامة الاعتداد الا بهذه المدة ففي أضعف السببين وهو الملك أولى ان لا يجب في استبرائها زيادة على هذه المدة. وقال زفر يستبرئها بحولين اكثر مدة الحمل وكان أبو

مطيع البلخي يقول يستبرئها بتسعة أشهر لانها مدة الحبل في النساء عادة قال والاول اصح لان نصب المقادير بالرأى لا يكون وليس في ذلك نص ولو ملكها بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث أو جنابة وجبت عليه أو جعل كتابة أو خلع فعليه الاستبراء فيها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة * وكذلك لو كان له في جارية شقص فملك الباقي منها بوجه من الوجوه لان حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة يكون بعد ملكه جميع رقبته فعند ذلك يلزمه الاستبراء وهذا لان ملك بعض الرقبة بمنزلة بعض العلة وثبوت الحكم عند كمال العلة وأما بعض العلة فلا يثبت شئ من الحكم قال وإذا اشتراها وهي حائض لم يحتسب بتلك الحيضة عليه وأن يستبرئها بحيضة أخرى وعن أبي يوسف انها كما طهرت من هذه الحيضة فله أن يطأها لتبين فراغ رحمها بناء على أصله ولكننا نقول الشرع ألزمه الاستبراء بحيضة والحيضة لا تتجزأ وقد تعذر الاحتساب من الاستبراء بما مضى منها قبل الشراء فلا يحتسب بجميعها منه كما لو طلق امرأته في حالة الحيض لا يحتسب بهذه الحيضة من العدة ولانه كان يحتسب بما بقي من الحيضة بعد الشراء من الاستبراء فعليه اكمالها من حيضة أخرى فإذا وجب جزء من الحيضة الثانية وجبت كلها وكذلك ان كانت حاضت حيضة مستقبلية بعد الشراء قبل القبض لم يحتسب بتلك الحيضة من الاستبراء الا على رواية ابي يوسف رحمه الله فانه يقول تبين فراغ الرحم يحصل بالحيضة التي توجد في يد البائع كما يحصل بالحيضة التي توجد في يد المشتري ولكننا نقول ملك الوطئ بسبب ملك الرقبة

[148]

انما يستفيده المشتري بالقبض لان الوطئ تصرف وملك التصرف يحصل للمشتري بالقبض فالحيضة التي توجد قبل هذا لا يحتسب بها ولكن الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالعقد والموجود قبله بمنزلة الزوائد الحادثة والتخمر في العصير وكذلك ان وضعت على يدي عدل حتى ينقد الثمن فحاضت عنده لان يد العدل فيها كيد البائع ألا ترى أنها لو هلكت انفسخ البيع وهلكت من مال البائع * قال وإذا باع جارية ولم يسلمها حتى تاركة المشتري البيع فيها ففي القياس على البائع أن يستبرئها بحيضة. وذكر أبو يوسف في الامالى أن ابا حنيفة كان يقول أولا بالقياس ثم رجع إلى الاستحسان فقال ليس عليه ان يستبرئها وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله. وجه القياس انها بالبيع خرجت عن ملكه ثم عادت إليه بالاقالة فقد حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة وهي العلة الموجبة للاستبراء ووجه الاستحسان انها في ضمان ملكه ما بقيت يده عليها بدليل انها لو هلكت هلكت على ملكه فيجعل بقاؤه فيها كبقاء الملك فاما إذا سلمها إلى المشتري ثم تقايلا فعلى البائع أن يستبرئها في ظاهر الرواية لانها خرجت من ملكه ويده وثبت ملك الحل فيها لغيره وهو المشتري فإذا عادت إليه لزمه استبراء جديد كما لو استبرأها ابتداء بخلاف ما قبل التسليم وعن أبي يوسف قال إذا لم يكن البائع فارق المشتري حتى تقايلا فليس عليه فيها استبراء لانه يتقن بفراغ رحمها من ماء غيره * قال وإذا اشترى جارية لا تحيض فاستبرأها بعشرين يوما ثم حاضت بطل الاستبراء بالايام لان الشهر يدل عن الحيض واكمال البذل بالاصل غير ممكن ولكن القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبذل يسقط اعتبار البذل كالمعتدة بالاشهر إذا حاضت وإذا حاضت عند المشتري حيضة ثم وجد بها عيبا فردها لم يقر بها البائع حتى تحيض عنده حيضة لانها عادت إليه بعد ما حدث ملك الحل فيها لغيره بسبب ملك الرقبة فعليه أن يستبرئها سواء كان عودها

إليه بسبب هو فسخ أو بمنزلة عقد جديد. وكذلك لو باع شقصا منها ثم استقاله البيع فيها أو اشتراها لان بيع البعض كبيع الكل في زوال ملك الحل في حق البائع وفي الوجهين تحدد الحل بعد زوال ملكه وبده فلزمه استبراء جديد * قال وإذا رجعت الأبقه اوردت المغصوبة أو فكت المرهونة أو ردت عليه المؤجرة للخدمة قبل انقضاء العدة فليس عليه أن يستبرئها لان ملك الحل ما زال عنه بما عرض من الاسباب فان سببه ملك الرقبة ولم يختل ملك الرقبة بهذه الاسباب فبارتفاعها لا يتجدد ملك الحل له وكذلك لو كاتب أمته

[149]

ثم عجزت فليس عليه ان يستبرئها عندنا وقال الشافعي عليه ان يستبرئها لانها بالكتابة صارت كالخارجة عن ملكه حتى يغرم بوطنها العقد لها ويغرم الارش لها لو جنى عليها يوضحه انها صارت بمنزلة الحرة بدا فتكون مملوكة له من وجه دون وجه فهو كما لو باع نصفها ثم اشترى الباقي والدليل عليه انه لو زوجها من انسان ثم فارقها الزوج وجب عليه أن يستبرئها لان ملك المنفعة زال عنه بالتزويج فكذلك بالكتابة * وجه قولنا أنها بعد الكتابة باقية على ملكه فقد قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم والعبد يكون مملوكا لمولاه فكيف يقال زال ملكه وانحل وانما كاتبه ليعتق على ملكه الا ان يعقد الكتابة يثبت لها ملك اليد في منافعها ومكاسبها وملك الحل لا يبنى على ذلك وانما يبنى على ملك الرقبة وبسبب الكتابة لا يختل ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء وانما يغرم الارش والعقد لان ذلك بمنزلة الكسب وقد جعلها أحق بكسبها فإذا عجزت فانما تقرر له الملك الذي كان باقيا فلم يحدث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء فاما الزوجة إذا فارقها زوجها فان كانت الفرقة بسبب يوجب عليها العدة فالعدة اقوى من الاستبراء وهو حق النكاح لاحق ملك اليمين وان طلقها الزوج قبل الدخول ففيه روايتان اشار اليهما في هذا الكتاب في احدي الرايتين يلزمه الاستبراء لانها حلت لغيره فإذا حلت له كان ذلك حلا متجددا وفي الكتابة ما حلت لغيره حتى يجعل ذلك حلا متجددا له وفي الرواية الاخرى ليس له أن يستبرئها وهو الاصح لانه لو لزمه الاستبراء لكان ذلك بسبب ملك النكاح الثابت للزوج والوظيفة في النكاح العدة دون الاستبراء فإذا لم يجب عند الطلاق قبل الدخول ما هو وظيفة النكاح فلان لا يجب أولى الا ترى ان المطلقة قبل الدخول إذا كانت حرة كان لها أن تتزوج عقيب الطلاق ويطؤها زوجها بالنكاح فكذلك للمولى أن يطا أمته بعد الطلاق بالملك ولو وهبها لولد له صغير ذكر أو أنثى ثم اشتراها لنفسه منه كان عليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب تجدد ملك الرقبة و لو باعها على أنه بالخيار ثم نقض البيع لم يكن عليه ان يستبرئها لانه لم يحدث ملك الحل له لانها باقية على ملكه والحل الذي كان له باق في مدة خياره فيفسخ البيع لم يتجدد له ملك الحل فان كان الخيار للمشتري فردها بعد القبض فليس على البائع ان يستبرئها في قول أبي حنيفة لان المشتري لم يملكها مع بقاء خياره عنده وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله عليه ان يستبرئها لان المشتري قد ملكها ثم ردها بخيار الشرط كردها بخيار

العيب والرؤية بعد القبض وإذا قبضها المشتري على شراء فاسد ثم ردها القاضي على البائع بفساد البيع فعليه ان يستبرئها لان المشتري ملك رقيتها بالقبض فيحدث الحل للبائع بما عاد إليه من الملك * قال وإذا غصب جارية فباعها من رجل وقبضها المشتري فوطئها ثم خاصم مولاها الاول فقضى القاضي له بها فعليه ان يستبرئها بحيضة استحسانا وفي القياس لا يلزمه الاستبراء لان المشتري من الغاصب غاصب كالاول وقد بينا ان المغصوب منه إذا استرد المغصوبة فليس عليه فيها استبراء ولكنه استحسن فقال عليه ان يستبرئها لانها حلت المشتري حين اشتراها ومعنى هذا الكلام ان المشتري ما كان يعلم ان البائع غاصب وانما قدم على شرائها باعتبار ان البائع مالك فيثبت له الحل من حيث الظاهر وان لم يثبت له الحل فيها باطنا فلثبوت الحل له ظاهرا قلنا إذا وطئها ثم استردها البائع كان عليه ان يستبرئها ولعدم ثبوت الحل فيها باطنا قلنا إذا لم يطأها فليس على البائع استبراء وهذا لان الوطئ بشبهة النكاح في حكم العدة بمنزلة الوطئ بحقيقة النكاح فكذلك الوطئ بشبهة ملك اليمين بمنزلة الوطئ بحقيقة الملك في حق وجوب الاستبراء على المالك وان كان المشتري يعلم ان البائع غاصب فليس على المولى ان يستبرئها إذا استردها لان الحل للمشتري لم يثبت فيها ظاهرا ولا باطنا ألا ترى انه لا يثبت نسب الولد منه هنا وان ادعى ذلك بعد ما وطئها وفي الاول يثبت نسب الولد منه وسقوط الحد عنه باعتبار صورة العقد الموقوف لا بثبوت الحل له فيها فلا يجب على المالك لاجل ذلك استبراء كما لو لم يطأها المشتري * قال وإذا زوج الرجل أمته وطلقها الزوج قبل الدخول كان للمولى ان يقر بها بعد ما يستبرئها بحيضة هذا في احدي الروايتين في هذه المسألة وقد بينا وجه الروايتين. وان كان تزوجت بغير اذنه ففرق بينهما قبل الدخول لم يكن عليه ان يستبرئها لانها ما حلت لغيره والامة لا تملك ان تزوج نفسها بغير اذن مولاها وان فرق بينهما بعد الدخول لم يكن له ان يقر بها حتى تنقضي عدتها لانه دخل بها بنكاح فاسد فيجب عليها العدة بسببه والعدة أقوى من الاستبراء * قال وإذا وطئ جارية ولده ولم تعلق منه ثم اشتراها فعليه ان يستبرئها لان ملك الحل له فيها حدث بالشراء ووطؤه اياها قبل الشراء كان حراما وارتكاب المحرم لا يمنع وجوب الاستبراء إذا تقرر سببه وكذلك ان اشترى جارية من أبيه أو أمة مكاتبه فعليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة * قال وان اشتراها من عبد تاجر له فلا استبراء عليه ان

كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولادين عليه لان المولى ملك رقيتها من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكفيه ذلك عن الاستبراء كما لو اشتراها له وكيله فحاضت في يد الوكيل حيضة وان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه ولهذا لو أعتقها جاز عتقه فاما عند أبي حنيفة فالقياس كذلك لان العبد ليس أهلا أن يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك للغرماء أيضا بسبب دينهم والمولى أحق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فإذا حاضت بعد ما صار المولى أحق بها يجتزئ

بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسّن فقال عليه أن يستبرئها بعد ما يشتريها من العبد لان قبل الشراء كان لا يملك رقبتها عنده حتى إذا أعتقها لم ينفذ عتقه فانما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه أن يستبرئها * قال وان وهب جارته لرجل وسلمها ثم رجع في الهبة فعليه أن يستبرئها لانها حلت للموهوب له فتجدد للواهب ملك الحل فيها بالرجوع بعد ما حلت لغيره وكذلك إذا أصاب المأسورة قبل القسمة أو بعدها لان العبد وقد كانوا ملكوها بالاحراز. ألا ترى أنهم لو أسلموا عليها كانت لهم فتجدد له فيها ملك الحل حين استردها وان ابقت إلى دار الحرب فأخذوها فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانهم ملكوها وعند أبي حنيفة رحمه الله الأبق إذا دخل دار الحرب لا يملك بالاخذ فإذا ردت على المولى بغير شئ فهي باقية على ملكه كما كانت فلا يلزمه أن يستبرئها * قال وإذا باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشتري ثم ردها عليه فليس عليه أن يستبرئها لان المشتري لم يملكها فان حق الحرية الثابتة فيها كحقيقة الحرية في المنع من تملكها بالشراء. ألا ترى انها لو كانت امرأته لم يفسد نكاحها ولو أعتقها لم يجز عتقه فيها ولو ولدت عند المشتري لم يثبت نسب الولد من المشتري وان ادعاه فإذا لم يثبت فيها ملك الحل لغيره لا يلزمه استبراء جديد * قال وإذا أراد الرجل أن يبيع أمته وقد كان يطؤها فليس ينبغي له أن يبيعها حتى يستبرئها بحيضة هكذا روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما وهذا الاستبراء في حق البائع مستحب عندنا وقال مالك واجب لانه يخرجها عن ملكه بعد وجوب السبب الشاغل لرحمها بمائه وهو الوطئ فهو نظير ما لو طلق امرأته بعد الدخول فهناك العدة واجبة لا مستحبة فكذلك الاستبراء هنا

[152]

وان كان عند الشراء يجب عليه الاستبراء لتوهم سبب اشتغال الرحم فلان يجب عند البيع وقد تقرر بسبب اشتغال رحمها أولى ولكننا نقول الاستبراء في ملك اليمين نظير العدة في النكاح ثم وجوب العدة يختص بأحد الطرفين فكذلك وجوب الاستبراء عند حدوث الملك فلو أوجبنا عليه الاستبراء عند ازالة الملك لا وجبنا عليه الاستبراء في الطرفين جميعا يوضحه ان الاستبراء على المولى لصيانة ماء نفسه من أن يسقى به زرع غيره وانما يتحقق هذا عند الشراء فاما عند البيع فلا يتحقق هذا في حق البائع ومعنى صيانة مائه يحصل بايجاب الاستبراء على المشتري الا أنه لا يأمن أن لا يستبرئها المشتري فيستحب له أن يستبرئها احتياطا وإذا فعل ذلك ثم باعها فليس للمشتري أن يحتزى بذلك الا في رواية شاذة عن أبي يوسف بناء على أصله في أن تبين فراغ رحمها يحصل به ولكننا نقول حدث ملك الحل فيها للمشتري بالشراء فعليه أن يستبرئها ولو أراد البائع أن يزوجه لم يكن له أن يزوجه حتى يستبرئها ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا فرق بين البيع والتزويج بل في الموضوعين جميعا يستحب للمولى أن يستبرئها من غير أن يكون واجبا عليه ألا ترى أنه لو تزوجه قبل أن يستبرئها جاز كما لو باعها قبل أن يستبرئها والاطهر ان عليه أن يستبرئها ان أراد أن يزوجه بعد ما وطئها صيانة لمائه لانه لا يجب على الزوج أن يستبرئها ليحصل معنى الصيانة له بخلاف البيع فهناك يجب على المشتري ان يستبرئها فيحصل معنى الصيانة وان تزوجه قبل أن يستبرئها جاز لان وجوب الاستبراء على المولى لا على الامه ولا يمنع صحة تزويجها والاحسن للزوج أن لا يقربها حتى تحيض حيضة وليس ذلك بواجب عليه في القضاء وفي الجامع الصغير قال للزوج ان يطأها قبل أن يستبرئها عند أبي

حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد أحب إلى أن لا يطأها حتى يستبرئها كي لا يؤدي إلى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد لان ذلك حرام * قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة في طهر واحد وجه قولهما ان الاستبراء وظيفه ملك اليمين كما أن العدة وظيفه ملك النكاح فكما لا ينقل وظيفه النكاح إلى ملك اليمين فكذلك لا ينقل وظيفه ملك اليمين إلى النكاح وكذلك ان أراد أن يزوج أم ولده أو مدبرته فهي في ذلك كالامة * قال وإذا زنت أمة الرجل فليس عليه أن يستبرئها بحيضة لانه لا حرمة لماء الزنا والشرع ما جعل للزاني الا الحجر وليس في الزنا استبراء ولا عدة * وقال زفر عليه ان يستبرئها بحيضة صيانة لماء نفسه عن الخلط

[153]

بماء غير وفي الجامع الصغير ذكر عن محمد قال أحب إلى أن لا يطأها حتى يستبرئها بحيضة فان حبلت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها لانه لو وطئها كان ساقيا ماءه زرع غيره وقال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره * قال أمة بين رجلين باع أحدهما كلها وسلم الآخر البيع بعد ما حاضت عند المشتري حيضة فعليه أن يستبرئها بعد جواز البيع كله لان ملك الحل لا يثبت له ما لم يملك جميع رقبته وذلك بعد اجازة البيع. وكذلك لو باع أمة رجل بغير اذنه فقبضها المشتري وحاضت عنده حيضة ثم أجاز المولى البيع كان عليه أن يستبرئها لان ملك الحل انما يثبت له بعد اجازة المالك البيع عندنا وأصل المسألة أن بيع الفضولي يتوقف على اجازة المالك عندنا ويجعل اجازته في الانتهاء كالاذن في الابتداء وعند الشافعي لا يتوقف بل يلغو بيع مال الغير بغير إذن المالك وكذلك كل ماله محيز حال وقوعه من العقود والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على هذا الخلاف. واحتج الشافعي بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه والفساد من العقود عنده غير مشروع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض فكون بيع ما يقبض ولم يملك منهيا عنه أولى والمعنى فيه ان تصرفه صادف محلا لا ولاية له على ذلك المحل فيلغو كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء فانه لا ينعقد وان أخذه بعد ذلك وهذا لان انعقاد العقد يستدعى محلا ويختص بمحل للعاقده عليه ولاية فإذا انعدمت الولاية على المحل ينزل ذلك منزلة انعدام الاهلية في المتصرف عند العقد وذلك يوجب الغاء كالصبي والمجنون إذا طلق امرأته يلغو ذلك ولا ينعقد وان أجازته بعد البلوغ فكذلك هذا وهذا بخلاف قول المشتري قبل ايجاب البائع قد اشتريت منك بكذا فان ذلك تصرف في ذمة نفسه بالتزام الثمن إذا أوجب البائع البيع وهو محل ولايته. والدليل عليه ان المشتري إذا باع المبيع قبل القبض ثم قبضه لا ينفذ ذلك البيع وكذلك لو أجازته البائع لانعدام ولاية العاقده على المحل يدا وكذلك لو باع الأبى ثم رجع من اباقه لم ينفذ ذلك البيع فإذا انعدمت ولايته ملكا وبدا على المحل أولى وكذلك لو باع مال الغير ثم اشتراه من المالك أو ورثه يبطل البيع ولا ينفذ فإذا لم يجز أن ينفذ هذا العقد من جهة العاقده باعتبار ملكه فلان لا ينفذ من جهة غيره باجازه أولى. وحجتنا في ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى حكيم بن حزام

دينارا وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فصح بها وأما الدينار فتصدق به فقد باع ما اشترى له بغير أمره ثم أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه ولا يجوز أن يقال كان هو وكيفا مطلقا بالبيع والشراء لان هذا شيء لا يمكن اثباته بغير نقل ولو كان لنقل على سبيل المدح له فالمنقول أمره أن يشتري له أضحية وبهذا لا يصير وكيفا بمطلق التصرف ودفعت رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا إلى عروة البارقي رضي الله عنه وأمره أن يشتري أضحية فاشترى بالدينار شاتين ثم باع احدهما بدينار وجاء بالآخرى مع الدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجوز عليه الصلاة والسلام ذلك ودعا له بالخير ولو لم يكن البيع موقوفا على اجازته لامره بالاسترداد. والمعنى فيه ان هذا تصرف صدر من أهله في محله فلا يلغو كما لو حصل من المالك وكالوصية بالمال ممن عليه الدين وبأكثر من الثلث ممن لادين عليه وهذا لان التصرف كلام وهو فعل اللسان فحده ما هو حد سائر الافعال وتحقيق الفعل ينتقل من فاعل في محل ينفع فيه فهذا يكون حد التصرف باللسان وإذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده ثم قد يمتنع نفوذه شرعا لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالإجارة يزول المانع وهو عدم رضا المالك به و بيان الاهلية في التصرف أن التصرف كلام والاهلية للكلام حقيقة بالتميز واعتباره شرعا بالخطاب وبيان المحلية أن البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون محلا بكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم ألا ترى أنه لو باعه باذن المالك جاز وما ليس بمحل فبالاذن لا يصير محلا ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا أو غير مالكا فإذا قبل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية أحكامها واشتراط الملك في المحل لاجل الحكم فالتمليك لا يتحقق الا من المالك فإذا لم يكن المتصرف مالكا لغا تصرفه لانعدام حكمه ففي الجواب عن هذا السؤال طريقان أحدهما أن نقول لا نسلم أن الحكم لا يثبت لهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك الموقوف كما يثبت بالسبب البات ملك بات ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك في اثبات ملك موقوف بهذا السبب كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب وإنما الضرر في زوال ملكه وبالملك الموقوف لا يزول ملكه

البات والثاني ان السبب انما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعا فاما إذا تأخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار وهنا الحكم يتأخر إلى اجازة المالك ولا ينعدم أصلا لان انعدام الحكم في الحال لرفع الضرر عن المالك وفي تأخير الحكم إلى وجود الاجازة توفر المنفعة عليه فانه إذا صار مستندا بالنظر ان شاء أجاز البيع وان شاء ابطله فيكون فيه محض منفعة له فلهذا انعقد السبب في الحال على أن يجعل اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء بخلاف بيع الطير في الهواء والسماك في الماء فهناك لغا العقد لانعدام محله والمحل غير مملوك أصلا

ولا يكون قابلا للتملك وكذلك طلاق الصبي امرأته انما لغا لانعدام الاهلية في المتصرف فان اعتبره عقل الصبي وتميزه لتوفير المنفعة عليه وما يتمحض ضررا ينعدم فيه هذا المعنى ولا يجعل أهلا باعتباره ودليل أن الطلاق يتمحض ضررا أن الولي لا يملك عليه هذا التصرف وإنما لغا لانعدام حكمه أصلا فامرأة الصبي ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها بالايقاع ألا ترى انه لا يقع عليها باذن الولي ولا بايقاعه فاما مال الغير فمحل الحكم البيع حتى يشته فيه حكم البيع عند اذن المالك أو مباشرته بنفسه وهذا بخلاف بيع الأبق والمبيع قبل القبض فان ذلك لا يصير لغوا بل ينعقد فاسدا لانعدام شرط الصحة وهو قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه وبخلاف ما إذا اشترى العاقد ما باعه لان حكم ذلك السبب لا يمكن اثباته باعتبار الملك الحادث له فحكم السبب ثبوت الملك للمشتري من وقت العقد وإنما يتأنى ذلك باعتبار ملك من كان مالكا وقت العقد وقد زال ذلك بازالته فلو نفذ باعتبار الملك الحادث نفذ مقصورا على الحال وحكم السبب ليس هذا فاما عند الاجازة فيثبت الملك للمشتري من وقت العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وهذا هو تأويل النهى عن بيع ما ليس عند الانسان ان المراد إذا باعه ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يارسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب منى سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم أدخل السوق فاشترىها فاسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لاتبع ما ليس عندك إذا عرفنا هذا في بيان مسألة الاستبراء فالملك النافذ للمشتري لا يكون الا بعد الاجازة والحل يبنى على ذلك ولا يحتسب بالحیضة التي توجد قبل الاجازة من الاستبراء فتلك دون الحيضة الموجودة في يد البائع بعد تمام البيع فإذا كان لا يحتسب بها من الاستبراء فهذا أولى ولو كان البائع هو المالك لها فسلمها وحاصت

[156]

بعد ما قبضها المشتري قبل ان يتفرقا عن مجلس العقد فانه يحتسب بهذه الحيضة من الاستبراء عندنا خلافا للشافعي وهو بناء على خيار المجلس فان عندنا البيع يلزم بنفسه ويتم الملك للمشتري بالقبض وليس لواحد منهما ان ينفرد بالفسخ قبل الافتراق عن المجلس ولا بعده وعند الشافعي خيار المجلس ثابت لكل واحد منهما فما لم يفترقا فكل واحد منهما ينفرد بالفسخ الا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر ويرضى به صاحبه وله في وقوع الملك للمشتري قولان. واحتج بحديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولا يكونا متبايعين إلا بعد الايجاب والقبول وقد نص على اثبات الخيار لكل واحد منهما ما لم يتفرقا والمراد التفرق عن المجلس بدليل ما ذكره في رواية أخرى المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا عن مكانهما الذي تبايعا فيه وراوي الحديث ابن عمر رضي الله عنهما وقد فهم منه الافتراق عن المجلس على ما يروى انه كان إذا أراد أن يوجب البيع مشي هنية والمعنى فيه أن هذا عقد تملك المال فلا يلزم بنفسه ما لم ينضم إليه ما يتأيد به كعقد الهبة فانه لا يوجب الملك بنفسه ما لم ينضم إليه القبض وتأثيره أن المال مبتذل تكثر المعاملة فيه ويقع العقد عليه بعينه من غير نظر وروية والمقصود به الاسترباح ولا يحصل هذا المقصود الا بعد نظر وروية فاثبت الشرع الخيار لكل واحد منهما به ماداما في المجلس ليتحقق به ما هو المقصود لكل واحد منهما بخلاف النكاح فانه في العادة لا يقع بغتة وانما يكون بعد تقدم الخطبة والمرادة ثم إنما تقدر

هذا الخيار بالمجلس لان حال المجلس جعل كحالة العقد ألا ترى أن في
الصرف والسلم القبض الموجود في المجلس كالقبض المقترن بالعقد ثم
حالة العقد وهو ما بعد الايجاب قبل القبول يثبت الخيار لكل واحد منهما
فكذلك يثبت ماداما في المجلس إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر فيستدل
بهذا اللفظ على تمام النظر والروية فيسقط به الخيار. وحجتنا في ذلك
قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقد شرط امضاء
العقد بينهما فيلزمهما الوفاء بظاهر الحديث وقال عمر رضى الله عنه
البيع صفقة أو خيار والصفقة هي النافذة اللازمة فتبين ان البيع نوعان
لازم وغير لازم بشرط الخيار فيه فمن قال بأن الخيار يثبت في كل بيع
فقد خالف هذا الحديث والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فمطلقه يوجب
اللزوم بنفسه كالنكاح وتأثير هذا الكلام ان العقد يتقوى بصفة المعاوضة
وإنما يظهر فوته في حكمه حتى لا ينفرد

[157]

أحدهما برفعه وبه فارق التبرع فهو ضعيف لخلوه عن العوض ولهذا لا يثبت
الحكم به الا بالقبض ثم لزوم هذه المعاوضة تعتمد تمام الرضا من
المتعاقدين وبه يلزم بعد المجلس فكذلك في المجلس لانه لا أثر لبقائهما
في المجلس في المنع من تمام الرضا والدليل عليه أن لو قال أحدهما
لصاحبه اختر فانه يلزم العقد مع بقائهما في المجلس لوجود الرضا وايجاب
العقد مطلقا أدل على الرضا من هذه الكلمة ثم الشرع مكن كل واحد منهما
من دفع العين عن نفسه بشرط الخيار فإذا لم يفعل فهو الذي ترك النظر
لنفسه ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له ثم الفسخ ضد العقد فما هو
المقصود بالعقد لا يحصل بالفسخ بل هو متعين في إمضاء العقد فهذا
يقتضى أن لا يثبت حق الفسخ لوأحد منهما بحال الا أن الشرع مكن كل
واحد منهما من اشتراط الخيار لنفسه ليتمكن به من الفسخ إذا ظهر أن
منفعته فيه فإذا لم يشترط الخيار عرفنا أنه إنما قصد تحصيل ما هو
المطلوب بالعقد وهو الملك في البدل وفي لزوم العقد بنفسه يحصل هذا
المقصود لا تفويته فاما الحديث فرواية مالك رحمه الله ومن مذهبه أنه لا
يثبت خيار المجلس وفتوى الراوى بخلاف الحديث دليل ضعفه ثم المراد
بالحديث ان صح المتساومان فان حقيقة إسم المتبايعين لهما حالة
التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالمقابلين والمناظرين وبه نقول ان
لكل واحد من المتساومين الخيار أو المراد بالتفرق التفرق بالقول دون
المكان يعنى أنهما جميعا بالخيار ان شاء فسخا البيع بالاقالة ما لم يتفرق
رأيهما في ذلك وذكر أبو يوسف في الامالى ان تأويل هذا الحديث إذا قال
لغيره يعنى هذه السلعة بكذا فيقول الآخر بعت وبه يتأول ان يعد هذا الكلام
قبل قول المشتري اشتريت لكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا عن ذلك
المجلس وهذا صحيح فهما متبايعان في هذه الحالة لوجود التكلم بالبيع
منهما وعلى أصل الشافعي بهذا اللفظ ينعقد البيع بينهما ثم يثبت الخيار
لكل واحد منهما ما لم يتفرقا عن المجلس إن شاء قال المشتري اشتريت
حتى يتم البيع وان شاء رجع البائع أو قام من المجلس قبل أن يقول
المشتري اشتريت * قال وإذا ارتدت أمة لرجل ثم تاب لم يكن عليه أن
يستبرئها لانها لم تخرج عن ملكه ولم تحل لغيره إنما حرمت عليه تعارض
الردة ثم زال ذلك بالتوبة فهو بمنزلة مالهو حرمت عليه بالحيز * قال وإذا
اشترى أمة لها زوج ولم يدخل بها وطلقها قبل أن يقبضها المشتري فعلى
المشتري أن يستبرئها لان وقت وجوب الاستبراء على المشتري وقت
القبض وهي فارغة عن حق الغير عند القبض

فوجود النكاح عند العقد وعدمه سواء وان طلقها الزوج بعد ما قبضها المشتري فليس عليه أن يستبرئها لانه حين قبضها لم يلزمه الاستبراء لكونها مشغولة بحق الزوج فحقه يمنع ثبوت ملك الحل له بملك الرقبة وإذا لم يلزمه الاستبراء عند القبض لا يلزمه بعد ذلك لانه لو لزمه الاستبراء إنما يلزمه بالطلاق قبل الدخول والطلاق لا يوجب الاستبراء وهذه هي الرواية الأخرى في ان الزوج إذا طلقها قبل الدخول لا يجب على المولى به الاستبراء ولو استبرأها وقبضها ثم زوجها فان مات عنها زوجها واعتدت عدة الوفاة ولم تحض ولا بأس بأن يطأها لما بينا أن العدة أقوى من الاستبراء فعند ظهور العدة لا يظهر حكم الاستبراء وان طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض عنده لم يطأها المشتري حتى يستبرئها بحيضة لان الاستبراء قد وجب هنا حين قبضها وهي فارغة وبالطلاق قبل الدخول ارتفع النكاح لا إلى أثر فيظهر ماكان من الحكم قبل النكاح والطلاق وهو الاستبراء الواجب على المشتري وان كانت قد حاضت حيضة عند الزوج قبل الطلاق أجزاء تلك الحيضة عن الاستبراء لانها حاضتها بعد ما وجب الاستبراء على المشتري بالقبض وبتلك الحيضة يتبين فراغ رحمها من ماء البائع فيحتزئ بها من الاستبراء لانها حاضتها بعد ما وجب الاستبراء بالقبض وفي كتاب الحيل قال ان زوجها المشتري عبدا له قبل أن يقبضها ثم قبضها ثم طلقها العبد قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض فللمشتري أن يطأها من غير استبراء وهو صحيح فتزوجها اياها قبل القبض صحيح كالاعتاق لان النكاح لا يمنع صحته بسبب الغرر أو أن وجوب الاستبراء بعد القبض وقد قبضها وهي مشغولة بالنكاح فلم يلزمه الاستبراء عند ذلك ولا بالطلاق بعد ذلك وهذه هي الحيلة لاسقاط الاستبراء في حق من كان تحته حرة لانه لا يمكنه أن يتزوجها بنفسه وان لم يكن تحته حرة فالحيلة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وإنما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل على تبين فراغ رحمها من ماء الغير شرعا ثم الحل لم يتجدد له بملك الرقبة لانها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء بهذه الصفة إذا علم أن البائع لم يكن وطنها في هذا الطهر وفي قول أبي يوسف وقال محمد يكره ذلك وهو نظير ما تقدم من الحيلة لاسقاط الزكاة فعند أبي يوسف هو يمتنع من التزام حكم مخافة أن لا يتمكن من الوفاء به إذا لزمه ومحمد يقول الفرار من الاحكام الشرعية ليس من

أخلاق المؤمنين فيكره له اكتساب سبب الفرار وهكذا الخلاف في الحيلة لاسقاط الشفعة والله أعلم (باب الاستبراء في الاختين) قال وإذا وطئ الرجل أمة ثم اشترى اختها كان له أن يطأ الاولى وليس له أن يطأ الثانية لانه إذا وطئ الثانية يصير جامعا بين الاختين وطئا بملك اليمين وذلك لا يحل لظاهر قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان في هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي الله عنهما فكان عثمان رضي الله عنه يقول أحلتها آية يعنى قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتها آية يعنى

قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين فكان يتوقف فيه وكان علي رضي الله عنه يرجح آية التحريم لانه ان كان المراد الجمع بينهما وطأ فهو نص خاص وان كان المراد الجمع بينهما نكاحا فالنكاح سبب مشروع للوطئ فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطئا واخذنا بقول علي رضي الله عنه احتياطاً لتغليب الحرمة على الحل والاباحة ولذا قال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شئ الاغلب الحرام الحلال * وإن لم يكن وطئ الاولى حتى اشترى الثانية أو اشتراهما معا فله أن يطأ إيتهما شاء لان كل واحدة منهما مملوكة له وبوطئ احدهما لا يصير مرتكباً لما هو المحرم وهو الجمع بينهما وطئا فله أن يطأ إيتهما شاء فان وطئ احدهما لم يكن له أن يطأ الاخرى لانه لو وطئ الاخرى صار جامعاً بينهما وطئاً فان وطئهما جميعاً أو قبلهما أو نظر إلى فرجيهما بشهوة فقد أساء بارتكاب الجمع المحرم فكما يحرم الجمع بينهما في دواعي الوطئ والتقبيل والنظر إلى الفرج بشهوة من جملة الدواعي كالنكاح ولهذا ثبت به حرمة المصاهرة كما ثبت بالوطئ ثم ليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرم على نفسه إحداهما ببيع أو نكاح أو تبرع لانه إذا أراد أن يطأ احدهما والاخره موطوءته ولهذا لو كانت موطوءته على الخصوص لم يكن له أن يطأ اختها بالملك حتى يحرمها على نفسه فكذلك هذا الحكم بعد ما وطئهما فان زوج احدهما فله أن يطأ الباقية منهما لان المنكوحة صارت فراشاً للزوج وبثبوت الفراش الصحيح للزوج ينعدم أثر وطئ المولى حكماً ولهذا لو جاءت بالولد بعد ذلك لا يثبت النسب من المولى وان ادعاه فيكون هذا بمنزلة الطلاق قبل الدخول ولو طلق احدي الاختين قبل الدخول كان له أن يتزوج بالاخرى من ساعته فهنا أيضاً له أن

[160]

يجامع الاخرى غير انى لا أحب له أن يجامعها حتى تحيض اختها حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم اختين وكذلك الزوج يستحب له أن لا يقرب التي تزوج حتى تحيض حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لا ينبغي لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة في طهر واحد فان طلقها الزوج وانقضت عدتها لم يبيع للمولى ان يطأ واحدة منهما حتى يزوج احدهما أو يبيع لان حق الزوج يسقط عنها بالطلاق ولم يبق له أثر بعد انقضاء العدة فعاد الحكم الذي كان قبل التزويج وكذلك لو باع احدهما وسلم ثم اشترىها أو ردت عليه بعب فليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرم إحداهما على نفسه هكذا روى عن ابن عمر رضي الله عنهما وهذا لانهما اجتمعا في ملكه وكل واحدة منهما موطوءته فكانت هذه الحالة كحاله قبل البيع في المنع * قال وإذا ارتدت إحداهما عن الاسلام والعياذ بالله لم يحل له أن يطأ الاخرى لان المرتدة في ملكه بعد ولم يثبت فيها حل لغيره وحرمتها عليه بالردة كحرمتها بالحيض وكذلك الرهن والاجارة والتدبير فمباشرة في احدهما لا يخرجها عن ملكه ولا يحرمها عليه ولا يحل له أن يطأ الاخرى باعتباره وكذلك ان لحق احدهما دين أو جناية فانها لم تخرج من ملكه ما لم تدفع أو تبع فإذا دفعت أو بيعت في الدين فقد خرجت من ملكه وحل له وطئ الاخرى عند ذلك * قال ولو كاتب احدهما أو اعتق بعضها فقضى عليها بالسعاية أو لم يقض حل له أن يطأ الاخرى أما في معتقة البعض فهو غير مشكل لان ملكه زال عنها بقدر ما أعتق وزوال ملكه عن بعضها في حكم الحرمة كزوال ملكه عن جميعها وفي الكتابة الجواب مشكل فقد ذكرنا في الباب المتقدم انها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء

حديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره وكان ينبغي أن لا يحل له وطئ
الآخري ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطنها
وجعل وطنه أباهها وطئاً في غير ملك حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وقد
سقطت العقوبة فتجب الغرامة فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزوله
بتزويجها أو بيع بعضها فيحل له أن يطاء الآخري وكذلك لو وهب أحدهما أو
وهب شقفاً منها وسلم فهو والبيع سواء وكذلك لو أسرها العدو وأحرزوها
بدارهم لأنهم ملكوها بالأحرار* ولو أبقت إليهم لم يحل له وطئ الباقية
في قول أبي حنيفة لأنهم لم يملكوا الأبق بالأخذ فهي باقية على ملكه
وعند أبي يوسف

[161]

ومحمد رحمهما الله إذا أخذوها ملكوها بالأحرار فيحل له وطئ الآخري*
قال ولو زوج أحدهما نكاحاً فاسداً فوطئها زوجها ثم فرق بينهما فله أن
يطاء اختها لأن العدة وجبت على التي زوجها والعدة بمنزلة النكاح في
حرماتها بها على المولى فيحل له أن يطاء اختها وإن كانت عند الزوج لم
يفرق بينهما ولم يدخل بها أو فرق بينهما قبل الدخول لم يكن له أن يقرب
الاخت لأن النكاح الفاسد لا يحرمها على المولى ولا يثبت للزوج عليها
فراش فوجوده وعدمه سواء وإن باع أحدهما بيعاً فاسداً وقبضها المشتري
حل له وطئ الآخري لأن المشتري ملكها بالقبض وإن كان لا يحل له وطؤها
لفساد البيع وبخروج أحدهما عن ملكه يحل له وطئ الآخري لأن المشتري
ملكها بالقبض فإن تراد البيع فليس له أن يطاء واحدة منهما حتى يحرم
أحدهما عليه فإن باع التي لم يبع لم يقرب التي ردت عليه حتى يستبرئها
بحيضه لخروجها عن يده وملكه بالتسليم بحكم البيع الفاسد* قال وإذا
تزوج اخت جاريتته التي وطئها لم يقرب واحدة منهما حتى يملك فرج أمته
غيره لأن التي تزوجها صارت فراشاً له بنفس النكاح حتى لو جاءت بالولد
يثبت النسب منه فكانت كالموطوءة حكماً فلهذا لا يقرب أمته ولا يقرب
المنكوحه لأنه وطئ أختها بالملك فيصير بهذا الفعل جامعاً بين الاختين
وطئاً وذلك حرام وقال مالك له أن يطاء أمته كما كان يطؤها قبل النكاح
وجعل نكاحه أختها بمنزلة شرائه أختها والفرق بينهما ما ذكرنا فإنها بنفس
الشراء ما صارت فراشاً له حتى لو جاءت بالولد لا يثبت النسب. ولو اشترى
أخت امرأته وهي أمة كان له أن يطاء الأولى وهي المنكوحه لأن الثانية
بنفس الشراء ما صارت فراشاً له ويستوى إن كان وطئ المنكوحه أو لم
يطاءها لأن بالنكاح صارت فراشاً له والتحقق بالموطوءة. ولو اشترى أمة
أمته التي وطئها أو خالتها أو بنت أختها أو بنت أخيها من نسب أو رضاع
فهو بمنزلة شراء الاخت لأن الجمع بين هاتين في النكاح حرام فكذلك
يحرم الجمع بينهما وطئاً بملك اليمين* قال وإذا اشترى جارية وقبضها
وعليها عدة من زوج من طلاق أو وفاة يوم أو أكثر من ذلك فليس عليه بعد
مضي تلك المدة استبراء استحساناً لأن العدة من حقوق النكاح فتعمل
عمل أصل النكاح في المنع من وجوب الاستبراء ولو كانت منكوحه عند
القبض بالشراء لم يجب على المشتري فيها استبراء فكذلك إذا كانت معتدة
ألا ترى أنها لو كانت حاملاً فولدت بعدما قبضها المشتري لم يلزمه استبراء
آخر فكذلك إذا انقضت عدتها بغير ولد* قال وإذا اشترى جارية لها زوج

وقبضها ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقد كان البائع وطئها قبل أن يزوجه لم ينبغ للمشتري أن يقربها حتى تحيض حيضة استحسانا لانه لو قربها أدى إلى اجتماع الرجلين على امرأة واحدة في طهر واحد وقيل هنا الاستبراء مستحب لا واجب كما يستحب للزوج أن يستبرئها قبل أن يطأها إذا علم ان المولى وطئها في هذا الطهر فكذلك حال المشتري بعد طلاق الزوج مثله وقيل بل في حق المشتري الاستبراء واجب وهو احدى الروايتين في أن الطلاق قبل الدخول يوجب الاستبراء على المشتري فان كانت قد حاضت حيضة بعد وطئ البائع فلا بأس بان يقربها المشتري ولا يستبرئها فهذا تبين أن المنع في الفصل الاول لكيلا يؤدي إلى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد لا لوجوب الاستبراء على المشتري عند الطلاق * قال وإذا اشترى المكاتب جارية وقبضها فحاضت عنده ثم عتق حل له أن يطأها لان المكاتب في حكم ملك التصرف بمنزلة الحر وبالشراء يثبت له حق الملك فتأكد ذلك بالعتق وبالحيضة التي توجد في يده بعد ذلك يتبين له فراغ رحمها من ماء الغير فيحتسب بها من استبرائه * قال ألا ترى أن مولاه إذا اشتراها منه قبل أن يعتق كان عليه ان يستبرئها بحيضة يعنى أن المولى في كسب مكاتبه كالأجنبي والمعتبر ملك المكاتب فيها قبل العجز لاملك المولى فان عجز المكاتب لم يطأها المولى حتى يستبرئها بحيضة لان المولى انما ملكها بعد عجز المكاتب وهذا لان ملك الحل بمنزلة ملك التصرف والمكاتب هو المستبد بالتصرف في ملكه قبل العجز وانما يملك المولى التصرف بعد عجز المكاتب فيلزمه استبراء جديد ألا ترى أن المشتراة قبل القبض إذا حاضت ثم قبضها يلزمه استبراء جديد وان كان هو قبل القبض مالكا رقبته فهذا أولى فان كانت أم المكاتب أو ابنته لم يكن على المولى أن يستبرئها لانها تتكاتب عليه وكل من دخل في كتابته فهو مملوك المولى حتى ينفذ عتقه فيه كما ينفذ في المكاتبه فكما أن المكاتبه إذا عجزت لا يجب على المولى أن يستبرئها فكذلك لا يجب عليه الاستبراء متى صارت مكاتبه معه ولو كانت اخت المكاتب أو ذات رحم محرم منه فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانها قد تكاتبته عليه وعند أبي حنيفة لا يتكاتب ما سوى الوالدين والمولودين فيجب على المولى فيها الاستبراء بعد العجز كما في الاجنبية ألا ترى أن المولى لو أعتقها لم ينفذ عتقه فيها عنده ولا يمتنع عليه بيعها * قال ولو اشترى النصراني جارية فليس عليه أن يستبرئها لان ما فيه من الشرك أعظم من ترك الاستبراء معناه ان وجوب الاستبراء لحق الشرع والكافر لا يخاطب

بما هو أهم من الاستبراء كالعبادات فان أسلم قبل أن يطأها وقيل أن تحيض حيضة ففي القياس ليس عليه أن يستبرئها لان أو ان وجوب الاستبراء عند القبض ولم يلزمه عند ذلك فلا يجب من بعد كما لو كانت منكوحة أو معتدة حين قبضتها وفي الاستحسان عليه أن يستبرئها بحيضة لان وقت الاستبراء من حين يقبضها إلى أن تحيض حيضة فإذا أسلم وقد بقى شئ من وقت الاستبراء يجعل ذلك لوجود الاسلام في أول الوقت كالكافر إذا أسلم في آخر وقت الصلاة يلزمه تلك الصلاة لهذا المعنى فان وطئها قبل اسلامه ثم أسلم لم يكن عليه أن يستبرئها لان وقت الاستبراء ما قبل الوطئ لانه يستبرئ رحمها من ماء غيره لا من ماء نفسه وبعد

الوطئ لو استبرأها انما يستبرئها من ماء نفسه * قال وإذا اشترى جارية مجوسية فحاضت عنده حيضة ثم أسلمت حل له أن يطأها لان تلك الحيضة وجدت بعد تمام الملك له فيها فيحترئ بها من الاستبراء وكذلك ان كانت محرمة فحاضت في احرامها ثم حلت * قال وإذا اشترى جارية هي اخت البائع من الرضاع أو كانت حراما عليه بوجه من الوجوه فعلى المشتري أن يستبرئها لانه حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة فهو كما لو اشترأها من امرأة * قال وان اشترى جارية فلم يقبضها حتى ردها بخيار أو عيب فليس على البائع أن يستبرئها لانها لم تخرج من ضمان ملكه حين عادت إليه والله أعلم (باب آخر من الخيار) قال وإذا رأى الرجل عند رجل جارية فساومه عليها ولم يشترها ثم رآها بعد ذلك متنقبة فاشترأها بثمن مسمى ولم يعلم انها تلك الجارية ولم يقع بينهما منطلق يستدل به أنه قد عرفها فهو بالخيار إذا كشف نقابها وهذا بمنزلة من اشترى شيئا لم يره لان الرؤية السابقة لم تغد له العلم بأوصاف المعقود عليه لما لم يعلم أنها تلك الجارية وثبوت خيار الرؤية للجهل بأوصاف المعقود عليه فانما يسقط خياره برؤية تفيد العلم بأوصاف المعقود عليه فما لم يفده بأوصاف المعقود عليه فوجوده كعدمه أرأيت لو رآها عنده ثم رآها متنقبة عند آخر ولا يعلم انها تلك الجارية فاشترأها أما كان له الخيار إذا كشفت نقابها فكذلك إذا اشترأها من الاول * قال ولو نظر إلى جراب هروى فقلبه ثم ان صاحب الجراب قطع منه ثوبا ثم أخبره انه قطع منه ثوبا ولم يره اياه ثانية حتى اشترأه فهو بالخيار إذا رآه لان الثياب عدد متفاوت ولذا لا يجوز

[164]

شراء ثوب من الجراب بغير عينه فإذا لم يكن ما قطع منه معلوما عند المشتري لم يكن ما يتناوله العقد أيضا معلوم الوصف عنده فثبت له الخيار عند الرؤية. ألا ترى انه لو اشترى الجراب الا ثوبا منها بغير عينه لم يجر الشراء فكذلك إذا كان لا يعلم ما قطع البائع منها بعد رؤيته فلعله قطع أجودها والمشتري يظن أنه قطع أردأها فلهذا كان له الخيار إذا رآه * قال ولو عرض رجل على رجل ثوبين فلم يشترهما ثم لف احدهما في منديل ثم اشترأه منه ولم يره ولم يعلم أيهما هو فهو بالخيار إذا رآه لان الرؤية المتقدمة لا تفيد العلم بأوصاف المعقود عليه فلعل المشتري يظن انه أجودهما وهو أردؤهما ولو أتاه بالثوبين جميعا وقد لف كل واحد منهما في منديل فقال هذان الثوبان اللذان قد عرضت عليك أمس فقال أخذت هذا لاحدهما بعشرين درهما وهذا بعشرة في صفتين أو صفقة ولم يرها في هذه المدة فأوجبهما له فهو بالخيار لانه لما خالف بينهما في الثمن فما هو المقصود لا يحصل له ما لم يعلم بأوصاف كل واحد منهما بعينه لجواز ان يظن أن الذي اشترأه بعشرين درهما أجودهما والذي اشترأه بعشرة أردؤهما والحال بخلاف ذلك فربما يهلك أحدهما أو يجد به عيبا يحتاج إلى رده فلا يندفع الغبن عنه ما لم يعرف كل واحد منهما بعينه. ولو قال قد أخذت كل واحد منهما بعشرة أو بعشرين جاز ذلك ولا خيار له لانه أخذهما صفقة واحدة ولم يفصل احدهما في الثمن وقد كانا معلومى الوصف عنده بالرؤية المتقدمة فلاجله لا يثبت له خيار الرؤية فيهما * قال رجل اشترى ثوبا ولم يره حتى رهنه أو أجره يوما أو باعه والمشتري بالخيار فهذا اختيار منه له وليس له أن يرده لانه أوجب للغير فيه حقا لازما وذلك بعجزه عن الرد فان البيع بشرط الخيار للمشتري لازم في جانب البائع واكتسابه ما يعجزه عن الرد مسقط لخياره حكما كما لو كان المبيع عبدا فدبره أو باعه. والبائع بالخيار فنقص البيع كان له أن يرده لان خيار البائع يمنع زوال ملكه

والبيع بهذه الصفة لا يعجزه عن الرد فلا يكون مسقطا لخياره وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله انه يسقط خياره بهذا البيع وقيل تلك الرواية اصح لان البيع بشرط الخيار للبائع أقوى في اسقاط الخيار من العرض على المبيع ولو عرضه على البيع سقط خياره فإذا باعه بشرط الخيار أولى ووجه ظاهر الرواية أن البيع تصرف من جهة القول فإذا كان بحيث لا يعجزه عن الرد لا يكون اسقاطا لخياره حكما ولكنه بمنزلة اسقاط خيار الرؤية بالقول قصدا وذلك لا يصح قبل الرؤية فكذلك ايجاب البيع بشرط الخيار له * قال ولو اشترى عبدا لم يره

[165]

فكاتبه ثم عجز فرآه لم يكن له أن يرد بالخيار وكذلك خيار الشرط في ذلك لان عقد اكتساب لازم في جانب المولى وهو يعجزه عن الرد بحكم الخيار فمباشرة تتضمن سقوط خياره حكما فخيار الشرط والرؤية في ذلك سواء ولو حم العبد ثم ذهبت الحمى عنه كان له أن يرد بخيار الرؤية والشرط لان الحمى عنده بمنزلة عيب حادث وذلك غير مسقط لخياره وانما يمنعه عن الرد بغير رضا البائع لدفع الضرر عن البائع فإذا اقلعت الحمى عنه فقد زال معنى الضرر فكان هو على خياره في الرد بخلاف ما تقدم فان عجزه عن الرد هناك لاجابه حقا لازما للغير فيه وذلك مسقط لخياره حكما ولو أشهد على نقض البيع في الثلاثة بحضوره البائع والعبد محموم وله خيار الشرط ثم ذهبت الحمى قبل مضي الثلاثة ولم يحدث ردا حتى مضت الثلاثة الايام كان له أن يرد بذلك الرد لان نقضه البيع بحضوره البائع صحيح في حقه وانما امتنع ثبوت حكمه في حق البائع لدفع الضرر عنه فإذا ذهبت الحمى قبل مضي الثلاثة فقد انعدم معنى الضرر فتم البيع في حق البائع أيضا فلهذا كان له أن يرد بعد مضي الايام الثلاثة وهذا لان الحمى حين ذهبت مع بقاء مدة الخيار تجعل المشتري كالمجدد للفسخ في هذه الحالة لانه مصر على الفسخ الذي كان منه كانه جدده بعد زوال المانع. ولو تبادت به الحمى عشرة أيام ليس له بذلك الرد ولا بغيره لان مدة الخيار ذهبت والمانع قائم فيبطل حكم الرد لاستغراق المانع في جميع المدة ولانه حين اقلعت الحمى عنه يصير كالمجدد للفسخ وهو لا يملك الرد به بعد مضي مدة الخيار وانما يملك ذلك في مدة الخيار ولو خاصمه في الثلاثة إلى القاضي فرده المشتري وأبى البائع أن يقبله وهو محموم فان القاضي يجيز البيع ويبطل الرد لانه يرد به عيب حادث عنده وانما كان تمكنه من الرد بحكم الخيار له لدفع الضرر عن نفسه لا للاحاق الضرر بالبائع فإذا أدى ذلك إلى الاضرار بالبائع أبطل القاضي رده ولزمه البيع بقضاء القاضي فان صح العقد في الثلاث لم يكن له أن يرد لان الزام القاضي اياه أقوى من التزامه اسقاط الخيار ولو أسقط خياره لم يكن له أن يرد بعد ذلك فإذا ألزمه القاضي كان أولى وكذلك هذا في خيار الرؤية لان قضاء القاضي يبطلان رده مسقط لخياره حكما وذلك حاصل قبل الرؤية وهذا بخلاف الرجوع في الهبة فان الموهوب له إذا بنى في الدار الموهوبة ثم رجع الواهب فأبطل القاضي رجوعه ثم رفع الموهوب له بناءه كان للواهب أن يرجع فيها لان حق الواهب في الرجوع لا يحتمل الاسقاط حتى لو اسقطه بنفسه كان اسقاطه باطلا

فالقاضي انما يمنع رجوعه بقضائه لاجل البناء لا أن يسقط حقه في الرجوع فإذا زال المانع كان له ان يرجع وهنا القاضي مسقط لخياره لان خياره محتمل للسقوط فبعد ما سقط خياره بقضاء القاضي لا يمكن من الرد بحكمه * قال ولو اشهد على رده في الثلاثة بحضرة البائع وهو صحيح ثم حم قبل ان يقبضه البائع ثم اقلعت عنه الحمى وعاد إلى الصحة في الثلاثة أو بعدها فهو لازم للبائع ولا خيار له فيه لان المشتري فسخ البيع وهو صحيح فعاد فسخه إلى ذلك البائع ثم يحدث العيب في ضمان المشتري يثبت للبائع الخيار فإذا اقلعت الحمى فقد زال ذلك العيب وسقط ما كان من الخيار للبائع كما لو حدث بالمبيع عيب في يد البائع ثم زال العيب قبل أن يقبضه المشتري كان لازما للمشتري ولا خيار له فيه فهذا مثله وكذلك خيار الرؤية ولو خاصمه والحمى به فابطل القاضي الرد وألزم المشتري العبد فليس له أن يرده بعد ذلك لان ذلك الفسخ بطل بقضاء القاضي بمنزلة البيع إذا أبطله القاضي للعيب الحادث عند البائع ثم زال العيب * قال ولو جرح العبد عند المشتري جرحا له ارش أو جرحه هو أو كانت أمة فوطئها هو أو غيره لم يكن له ان يردها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط اما إذا جرحها هو فلان اقدمه على ذلك الفعل اكتساب منه للسبب المسقط لخياره لانه يعجزه عن ردها كما قبضها وان جرحها غيره فلما حدث من الزيادة المنفصلة وهو الارش وكذلك ان وطئها غيره فان وطئها هو فاقدمه على الوطئ يكون رضا منه بتقرر ملكه فيها وذلك مسقط لخياره وكذلك إذا ولدت ولدا فمات ولدها أو لم يمت لم يكن له أن يردها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط أما إذا بقي الولد فللزيادة المنفصلة وأما إذا مات الولد فللنقصان الحادث في يده بالولادة ولو كانت دابة أو شاة فولدت لم يكن له أن يردها لا بخيار الشرط ولا بخيار الرؤية للزيادة المنفصلة وكذلك لو قتل ولدها هو أو غيره لانه بالقتل حابس للزيادة فكأنها قائمة في يده وإذا كان القاتل غيره فقد وجب على القاتل قيمة الولد وبقاء قيمته في يده كبقاء عينه ولو مات موتا كان له أن يردها لان الزيادة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كأن لم تكن والولادة لا يمكن عيبا فيها فان الولادة في البهائم لا تكون نقصانا فلماذا كان له أن يردها * قال ولو أن البائع جرحها عند المشتري أو قتلها وجب البيع على المشتري وعلى البائع القيمة في خيار الشرط والرؤية أما في القتل فلان المشتري عجز عن ردها بعد ما قتلت وقد صار البائع منها كاجنبي آخر فكما أنه لو قتلها اجنبي آخر يسقط خيار المشتري ويكون له على القاتل قيمتها

فكذلك إذا قتلها البائع وأما إذا جرحها البائع عند المشتري فكذلك الجواب في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول وهو القياس وفي قول أبي يوسف الآخر للمشتري أن يردها بخياره ذكر قوله في كتاب الشرب وذكر محمد بن سماعه في نوادره في خيار الشرط والرؤية وخيار العيب جميعا وجه قوله ان الخيار مستحق للمشتري على البائع ومن عليه الحق لا يملك اكتساب سبب اسقاط الحق المستحق عليه الا بطريق الابقاء. يوضحه أن حدوث العيب في يد المشتري انما يمنع الرد لدفع الضرر عن البائع ولا يتحقق ذلك في جنابة البائع عليه لانه راض بفعله ولانه يجعل مستردا لذلك الجزء لجنابته ولما بقي برد المشتري عليه فيعود

إليه حكما كما خرج من يده بخلاف ماذا كان الجاني غيره. وجه قولهما أن البيع لازم في جانب البائع وهو بعد التسليم فيها كأجنبي آخر بدليل مسألة القتل ولو كان الجاني أجنبيا آخر فوجد الارش لم يتمكن المشتري بعد ذلك من ردها فكذلك إذا كان هو البائع ولا يملك اسقاط خيار المشتري فالاجنبي لا يملك اسقاط خياره والبائع انما رضى بالنقصان الحادث بجنايته في ملك المشتري فلا يكون راضيا به في ملك نفسه ولو جعل جنايته استرداداً في ذلك الجزء لكان قتله استرداداً في الكل وهذا لان البيع لازم من جهته فلا يتمكن هو من الاسترداد ولو استودعها المشتري البائع بعد ما قبضها فماتت عند البائع قبل أن يرضى المشتري ففي خيار الرؤية هي من مال المشتري وعليه الثمن لانها مملوكة للمشتري أمانة في يد البائع فهلاكها في يد الامين كهلاكها في يد المشتري وفي خيار الشرط كذلك الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان خيار الشرط عندهما لا يمنع ملك المشتري وعند أبي حنيفة في القياس كذلك لان البيع لازم في جانب البائع والمبيع خارج من ملكه فايداع المشتري اياه كابداعه أجنبيا آخر فإذا هلك في يده هلك من مال المشتري وفي الاستحسان يهلك من مال البائع لان خيار المشتري يمنع ملكه عند أبي حنيفة فتسليمه اياها إلى البائع لا يكون ايداعاً فيه ملك نفسه ولكنه فسح للقبض فكأنها هلكت في يد البائع قبل أن يقبضها المشتري فيهلك من مال البائع (باب بيع النخل وفيه ثمر أو لم يكن فيه ثمر) قال وإذا اشترى الرجل أرضاً ونخلها بألف درهم والأرض تساوى ألفاً والنخل يساوى

[168]

ألفاً فأثمر النخل بعد ذلك في يد البائع مرة أو مرتين كل مرة تساوى الثمرة ألفاً فأكله البائع كله ثم جاء المشتري يطلب بيعه فالاصل في تخريج هذه المسألة أن الثمار الحادثة زيادة في الأرض والنخل في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمهم الله وفي قوله الآخر هو زيادة في النخل خاصة وبه قوله الآخر ان الثمار يخرج النخل دون الأرض فيكون زيادة فيهما يقسم الثمن على قيمة الأرض والنخل أولاً ثم حصة النخل تقسم على قيمتها وقيمة الثمار بمنزلة مالو اشترى جاريتين فولدت احدهما قبل القبض ثم قبضهما فانه يقسم الثمن على قيمة الجاريتين أولاً ثم ما أصاب التي ولدت يقسم على قيمتها وقيمة ولدها يوم يقبض المشتري الولد لهذا المعنى ان الولد انفصل عنها فتكون زيادة فيها خاصة وجه قولهما ان النخل في هذا البيع بيع بدليل أنها تدخل في البيع من غير ذكر والبيع لا يقع له فتكون الثمار الحادثة زيادة في الاصل بمنزلة مالو اشترى جارية فولدت ابنة قبل القبض ثم كبرت الابنة وولدت ولداً فيجعل الولد الثاني زيادة في الجارية حتى يقسم الثمن على قيمتها وقيمة الولدين لان الابنة تابعة في العقد فلا يكون ولدها تبعاً لها فهذا مثله والثمار في الصورة يخرجها النخل وفي المعنى زيادة في الأرض لان النخل تنتشر بعروقها من الأرض ألا ترى ان بقوة الأرض تزداد الثمار جودة فعرفنا أن من حيث المعنى الاصل هو الأرض للثمار وللنخل جميعاً فلهذا يقسم الثمن على قيمة الكل قسمة واحدة ثم يعتبر في القسمة قيمة الثمار حين أكلها البائع لانها عند ذلك صارت مقصودة فالزيادة الحادثة انما تصير لها خاصة من الثمن إذا صارت مقصودة بالتناول ألا ترى ان المشتري إذا قبضها يعتبر في الانقسام قيمتها وقت القبض فكذا إذا أكلها البائع فان كانت أثمرت مرة واحدة فأكلها البائع وقيمتها ألف درهم انقسم الثمن أثلاثاً ثلثه بازاء الأرض وثلثه بازاء النخل وثلثه بازاء الثمار

ويسقط عن المشتري حصة الثمار من الثمن ويأخذ الارض والنخيل بثلي الثمن وفي قول أبي يوسف الآخر يقسم الثمن أولاً على قيمة الارض والنخيل نصفين ثم حصة النخيل تقسم على قيمتها وقيمة الثمار نصفين فيسقط عن المشتري ربع الثمن ويأخذ الارض والنخيل بثلاثة أرباع الثمن وان كانت أثمرت النخيل مرتين أخذ المشتري الارض والنخيل بنصف الثمن لان القيم لما استوت فحصة ما تناول البائع من الثمار نصف الثمن الاول * وقال أبو يوسف يأخذ بثلي الثمن لان نصف الثمن بمقابلة الارض والنصف الذي يقابله النخيل يقسم

[169]

أثلاثاً ثلثه يسقط عن المشتري بتناول البائع الثمار مرتين وثلث النصف حصة النخيل يتقرر على المشتري مع حصة الارض فيأخذها بثلي الثمن وان كانت أثمرت ثلاث مرات أخذ الارض والنخيل بخمسي الثمن وسقط عنه ثلاثة أخماس الثمن حصة لثمن ثلاث مرات وعند أبي يوسف يأخذ الارض والنخيل بخمسة أثمان الثمن نصف الثمن حصة الارض وربع النصف الآخر حصة النخل ويسقط عن المشتري ثلاثة أثمان الثمن وان أثمرت أربع مرات فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يأخذ الارض والنخيل بثلاث الثمن لان الثمن ينقسم على ستة أسهم حصة الارض والنخل سهمان وهو الثلث وعند أبي يوسف يأخذهما بثلاثة أخماس الثمن نصف الثمن حصة الارض وخمس النصف الآخر حصة النخل فذلك ستة أجزاء من عشرة من جميع الثمن وان أثمرت خمس مرات أخذ الارض والنخل عندهما سبع الثمن لان القسمة على الاسباع عندهما فيسقط حصة الثمار خمسة أسباع الثمن ويأخذ الارض والنخل بسبعة أجزاء من اثني عشر جزءاً من الثمن حصة الارض نصف الثمن وحصة النخل سدس النصف الباقي وفي جميع ذلك الخيار للمشتري ان شاء أخذ الارض والنخل وان شاء فسح البيع فيهما وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فأما عند أبي حنيفة فلا خيار للمشتري في ذلك وانما نص على الاختلاف في الباب الذي بعد هذا في الولد الحادث قبل القبض إذا أتلفه البائع ولا فرق بين الولد في الشاة وبين الثمار. وجه قولهما أن الزيادة الحادثة قبل القبض لما صارت مقصودة تتناول البائع وكان لها حصة من الثمن فالتحقت بالموجود عند العقد ولو كانت موجودة فأتلفها البائع ثبت الخيار للمشتري فيما بقي لتفرق الصفقة عليه قبل الثمار فكذلك هنا وأبو حنيفة يقول المشتري عند القبض رضى بأخذ الارض والنخيل بجميع الثمن فهو بأخذهما ببعض الثمن أرضي وثبوت الخيار لتمكن الخلل في رضا المشتري فإذا علمنا تمام الرضا منه هنا فلا معنى لاثبات الخيار له. يوضحه أن هذه الزيادة لو هلكت من غير صنع البائع أخذ المشتري الارض والنخل بجميع الثمن ولا خيار له ولان يلزم الارض والنخل ببعض الثمن عند اتلاف البائع الثمار كان أولى بخلاف الموجود عند العقد فانه لو هلك من غير صنع البائع يخير المشتري فكذلك يصنع البائع وبهذا يتبين أن تفريق الصفقة انما يحصل بهلاك الموجود عند العقد لا بهلاك الحادث بعد القبض فان كان في النخل ثمرة تساوي ألفاً يوم اشترى الارض والنخل وقد اشترهما معا فان الثمار لا تدخل

[170]

في البيع الا بالذكر لانه يعرض الفضل فهو والموضوعه في الارض سواء بخلاف النخيل فانها تابعة للارض كالبناء فيدخل في البيع من غير ذكر فإذا أكلها البائع ثم أثمرت بعد ذلك مرارا فاكله البائع فالاصل في تخريج هذه المسألة أن ثلث الثمن يسقط من المشتري بأكل البائع الثمار الموجودة لان الثمار الحادثة بعد ذلك ليست بزيادة في الثمار الموجودة وهي مقصودة لا تدخل في العقد الا بالذكر فيقسم الثمن أولا على قيمة الارض وعلى قيمة النخل وقيمة الثمار الموجودة وقت العقد وقد استوت القيم فتقسم أثلاثا ويسقط عن المشتري ثلث الثمن حصة الثمار الموجودة وأما ثلثا الثمن حصة الارض والنخيل في هذه المسألة فيمنزلة جميع الثمن في المسألة الاولى في حكم الانقسام على قيمتها وقيمة ما أكل البائع من الثمار الحادثة على نحو ما خرجنا في المسألة الاولى قال فان كانت الثمرة التي حدثت بعد البيع لم يأكلها البائع ولكن أصابتها آفة من السماء فذهبت بها ونقصت تلك النخل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء تركها لان الثمار الحادثة لما فاتت من غير صنع أحد لم يكن لها حصة من الثمن وصارت كان لم تكن فنفي النقصان المتمكن فيتخير المشتري لاجل ذلك وان لم ينقص النخل لم يكن للمشتري في البيع خيار وهو لازم له بجميع الثمن لان الثمار الحادثة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كان لم تكن وأما الثمار الموجودة عند العقد فسواء هلكت بغير صنع أحد أو تناولها البائع سقط عن المشتري حصتها من الثمن لانها كانت مقصودة بالعقد وقد فات القبض المستحق بهلاكها فينفسخ البيع فيها ويسقط عن المشتري حصتها من الثمن وله الخيار في أخذ الارض والنخل سواء هلكت من صنع أحد أو تناولها البائع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام بمنزلة ما لو اشترى جاريتين فهلكت احدهما قبل القبض والله أعلم (باب جناية البائع والمشتري على المبيع قبل القبض) قال رجل اشترى من رجل عبدا بألف درهم فلم يقبضه حتى قطع البائع يده فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ العبد بنصف الثمن وان شاء تركه لان المبيع تغير في ضمان البائع وتعيب بصنعه فتفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام بفوات النصف فان اليد من الأدمى نصفه وذلك مثبت الخيار له فان اختار فسح العقد سقط عنه جميع الثمن وان اختار أخذ الاقطع فعليه

[171]

نصف الثمن عندنا. وقال الشافعي عليه جميع الثمن ويضمن البائع نصف القيمة. وكذلك لو قتله البائع قبل القبض سقط الثمن عن المشتري عندنا وعند الشافعي يغرّم البائع القيمة إذا اختار المشتري امضاء العقد لان المبيع صار مملوكا للمشتري بالعقد قبل القبض والقاطع في الجناية عليه كأجنبي آخر وباعتبار أن اليد للبائع يثبت له حق الفسخ وبهذا لا يخرج من أن يكون مضمونا عليه بالقيمة إذا جنى عليه كالمرهون إذا جنى عليه المرتهن. وحجتنا في ذلك ان المبيع مضمون بالثمن على البائع وضمن الثمن مع ضمان القيمة لا يلتفتان وهذا لانه لو وجب بالجناية ضمان القيمة على البائع لزمه تسليمها بحكم العقد ولايجوز أن يجب على البائع القيمة في ذمته على وجه يلزمه تسليمها بحكم العقد ولان المبيع في ضمان ملك البائع حتى لو هلك كان هلاكه على ملكه فينزل ذلك منزلة المملوك له حقيقة في المبيع من وجوب ضمان القيمة عليه بالجناية كما لو كانا في مجلس العقد أو كان البائع شرط الخيار لنفسه فإذا لم يلزمه ضمان القيمة سقط عنه من الثمن حصة ما أتلفه بجنائه لان ذلك صار مقصودا بالتناول فيقابل حصة من الثمن وقد فات القبض المستحق فيه باستهلاك البائع

فينفسخ العقد فيه في ذلك القدر وان كانت يد العبد شلت من غير فعل أحد كان المشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه لتغير المعقود عليه في ضمان البائع فان اختار الاخذ فعليه جميع الثمن هنا بخلاف الاول والشافعي يسوى بينهما فيقول في الموضوعين جميعا على البائع ضمان نصف القيمة لان المبيع في ضمانه قبل التسليم فلا فرق بين ان يفوت جزء منه بفعل الضامن أو بغير فعله كالمغصوب وقاس بما لو اشترى عبدين فتلف احدهما قبل القبض بفعل البائع أو بغير فعله كان الجواب في ذلك سواء فهذا مثله ولكننا نقول الطرف من العبد وصف ألا ترى انه يدخل في البيع تبعا من غير ذكر ولايجوز استثناءه من العقد واسم العبد لا يتغير بقواته وبقيائه والبيع يلاقى العين والثمن يكون بمقابلة الاصل دون الوصف فإذا كان الفاتت وصفا قلنا ان فات بغير صنع أحد فقد فات تبعا لا مقصودا فلا يقابله شئ من الثمن وان فات بجناية البائع فقد صار مقصودا بالجنس وفسخ العقد فيه فيقابلة بعض الثمن لا محالة بخلاف العبدین وكل واحد منهما هناك يدخل في العقد مقصودا يوضحه ان الوصف لا يفرد بالعقد فلا يفرد بضمان العقد أيضا والثابت ببقاء يد البائع ضمان العقد فلا يظهر ذلك في الوصف إذا فات من غير صنعه بخلاف المغصوب فهو مضمون بالتناول والوصف يفرد بالتناول

[172]

فيفرد أيضا بضمان التناول وكذلك ان كان البائع هو الذي جنى عليه فسقوط حصته من الثمن هنا باعتبار تناول البائع اياه وحبسه اياه والوصف يفرد بذلك وكذلك ان قطع العبد يد نفسه فهو كما لو شلت يده بغير فعل أحد لان فعله بنفسه هدر وان قطع اجنبي يد العبد فالمشتري بالخيار فان اختار امضاء العقد فعليه جميع الثمن واتبع القاطع بنصف القيمة لان جناية القاطع على ملكه والقيمة الواجبة عليه تقوم مقام الفاتت فباعتبارها يبقى جميع الثمن على المشتري وهذا الان وجوب ضمان القيمة على الجاني ليس بحكم العقد بل بسبب الجناية ألا ترى انه يبقى عليه وان فسخ المشتري العقد بالرد بخلاف ما إذا كان الجاني هو البائع فانه لو لزمه ضمان القيمة انما يلزمه بحكم العقد ألا ترى انه لا يبقى بعد فسخ العقد بالرد فلا يجوز استحقاق القيمة في الذمة بحكم البيع فإذا أخذ من القاطع نصف القيمة تصدق بما زاد على نصف القيمة على نصف الثمن لان هذا ربح حصل في ضمان غيره لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وعند الشافعي لا يلزمه التصدق بشئ وأصل الخلاف في القتل فان العبد المبيع لو قتله اجنبي وقيمه ألفا درهم وقد اشتراه بألف درهم فاختار المشتري امضاء العقد وأخذ القيمة من القاتل فعليه أن يتصدق بالفضل عندنا لانه ربح حصل لا على ضمانه ولان القبض له مشابهة بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ومبادلة الالف بالالفين ربا فقبض الالفين بحكم العقد بمقابلة الالف يتمكن من شبهة الربا فيلزمه التصدق وعند الشافعي لا يلزمه ذلك لان حكم الربا عنده انما يثبت باعتبار الشرط في العقد فإذا لم يكن مشروطا في العقد لا يتمكن باعتباره الربا والمشتري إنما يعطى الثمن بمقابلة العبد لا بمقابلة القيمة وإنما استوفى القيمة باعتبار انه بدل ملكه فهو كما لو قتل بعد قبضه وان اختار المشتري فسخ البيع فان البائع يتبع الجاني بنصف القيمة أيضا لان العقد انفسخ برد المشتري من الاصل فيبقى جناية القاطع على ملك البائع ورجعه عليه بنصف القيمة ويتصدق أيضا بما زاد من نصف القيمة على نصف الثمن لان أصل الجناية حصل لا على ملك البائع وان كان باعتبار

المال يجعل كالحاصل على ملكه وتأثير الملك في سلامة الربح أكثر من تأثير الضمان فإذا كان يلزمه التصديق بالربح الحاصل على ملكه دون ضمان فلان يلزمه التصديق بالربح الحاصل لأعلى ملكه أولى ولو كان المشتري هو الذي قطع يد العبد صار قابضاً لجميع العبد لانه أتلف نصفه بقطع اليد وفي الأتلاف قبض وزيادة وغير ما بقى بفعله والمشتري يصنع معين للمعقود

[173]

عليه يصير قابضاً يوضحه انه لو تخلى به كان قابضاً له ويقطع يده يكون متخلياً بما بقى منه وزيادة فان هلك العبد في يد البائع من القطع أو من غيره قبل أن يمنعه البائع من المشتري فعلى المشتري جميع الثمن لانه صار قابضاً لجميع العبد وبالقبض يتحول المبيع إلى ضمانه فإذا هلك قبل أن يمنعه البائع كان هالكا في ضمان المشتري فينقرر عليه جميع الثمن سواء هلك بسرابة القطع أو بسبب آخر وان كان البائع منعه ثم مات من القطع فعلى المشتري جميع الثمن أيضاً لان القطع إذا اتصلت به السرابة فهو قتل حكماً ومنع البائع إياه لا يقطع السرابة عن الجنابة لان هذا المنع لا يتبدل المالك والمستحق إنما يفوت يد المشتري وإذا كان حكم الجنابة يثبت بدون يده فلان يبقى بدون يده أولى وان مات من غير القطع فعلى المشتري نصف الثمن لان البائع لما منع الباقي بالثمن فقد صار مسترداً له بحق فاسخاً لقبض المشتري فيه ولو قبضه المشتري حقيقة قبل نقد الثمن فاسترده البائع وحبسه بالثمن انتقض به حكم المشتري فكذلك إذا صار قابضاً لما بقى منه باعتبار الجنابة وإذا انفسخ قبض المشتري فيه كان هالكا في ضمان البائع فسقط حصته من الثمن وهو النصف فاما نصف الثمن فقد تقرر على المشتري بقطع اليد لان اليد من الأدمى نصفه ولا يتصور الاسترداد في الجزء الفائت فان قطع البائع أولاً يده ثم قطع المشتري رجله من خلاف ثم برئ منهما جميعاً فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن ولا خيار له فيه لان البائع بقطع اليد فوت نصفه فسقط نصف الثمن وثبت الخيار للمشتري بنصف الثمن فلما قطع المشتري رجله فقد صار مسقطاً لخياره لانه قابض لجميع ما بقى متلف لبعضه ومجرد قبضه بعد العلم بالعيب يسقط خياره فقبضه مع الأتلاف أولى أن يكون مسقطاً لخياره ولو كان المشتري هو الذي قطع يده أولاً ثم قطع البائع رجله من خلاف فبرئ منهما كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ العبد وأعطى ثلاثة أرباع الثمن وان شاء تركه وعليه نصف الثمن لان بقطع اليد تقرر على المشتري نصف الثمن ثم البائع بقطع الرجل بعد ذلك صار مفوتاً قبض المشتري في الباقي متلفاً لنصف ما بقى فيسقط عن المشتري نصف ما بقى من الثمن وهو ربع جميع الثمن ويثبت له الخيار فيما بقى من العبد لانه تغير المعقود عليه في ضمان البائع بفعله ولم يوجد من المشتري بعد ذلك ما يكون دليل الرضا منه فان شاء فسخ العقد فيما بقى منه وعليه نصف الثمن بقطع اليد وان شاء أخذ ما بقى وعليه نصف الثمن بقطع اليد وربعه بمقابلة ما بقى من العبد ولو كان المشتري نقد الثمن ولم يقبض

[174]

العبد حتى قطع المشتري يده ثم قطع البائع رجله من خلاف فبرئ منهما فالعبد للمشتري ولا خيار له فيه لان المشتري صار قابضا لجميع العبد باتلاف النصف بقطع اليد ثم بقطع البائع رجله لا ينتقص قبض المشتري في شئ لان الثمن قد سلم للبائع وليس له بعد استيفاء الثمن حق نقض قبض المشتري فلهذا لا يجعل قطعه الرجل ناقضا قبض المشتري بخلاف ما تقدم في البائع. هناك لم يستوف الثمن وله ان ينتقص قبض المشتري ما لم يصل إليه الثمن وإذا بقي حكم قبض المشتري كان البائع في قطع الرجل كاجنبي آخر فعليه نصف قيمة قطع اليد وعلى المشتري جميع الثمن لبقاء حكم قبضه في جميع العبد ولا خيار للمشتري لان المعقود عليه انما تغير لعدم تمام قبض المشتري * قال ولو كان البائع أولا قطع يده ثم قطع المشتري رجله فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن لان بقطع البائع يده يسقط نصف الثمن ويتخير المشتري الا أن خياره يسقط بقطعه رجله فكان العبد لازما له بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذي أعطاه * قال وإذا اشترى عبدا بألف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشتري رجله من خلاف فمات من ذلك كله في يد البائع فعلى المشتري ثلاثة أثمان الثمن لان البائع بقطع اليد صار متلفا نصفه ثم المشتري بقطع رجله صار متلفا نصف ما بقي وهو الربع تلف بسرابة الجنائين فنصفه يكون هالكا بسرابة جنابة البائع وانما تعتبر السرابة في الحكم بأصل الجنابة وحكم أصل جنابة البائع سقوط الثمن بحصة ما تلف به فكذلك حكم سرابة جنابته وحكم أصل جنابة المشتري تقرر الثمن عليه فكذلك حكم ما تلف بسرابة جنابته فيحتاج إلى حساب تقسم ربه نصفين وذلك ثمانية فقد تلف بأصل جنابة البائع أربعة وبسرابة جنابته سهم فلهذا سقط عن المشتري خمسة أثمان الثمن وتلف بجنابة المشتري سهمان وبالسرابية سهم فعليه ثلاثة أثمان الثمن. فان قيل فابن ذهب قولكم ان المشتري بجنابة يصير قابضا لما أتلف ولما بقي منه. قلنا هو كذلك ولكن للبائع حق الاسترداد فيما بقي ما لم يصل إليه الثمن فيكون مستردا لما تلف بسرابة جنابته لان تأثير سرابة جنابته فوق تأثير حسه وقد بينا أنه لو حسه بعد جنابة المشتري انتقص به قبض المشتري إلا فيما تلف بسرابة جنابة المشتري فلان ينتقص حكم قبض المشتري فيما تلف بسرابة جنابة البائع كان أولى ولو كان المشتري هو الذي قطع يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف فمات من ذلك فعلى المشتري خمسة أثمان الثمن وبطل عنه ثلاثة أثمان الثمن لانه

[175]

تلف بجنابة المشتري النصف وهو أربعة من ثمانية وبسرابة جنابته سهم فيلزمه خمسة أثمان الثمن وتلف بجنابة البائع سهمان وبسرابة جنابته سهم فكما انتقص قبض المشتري فيما تلف بجنابة البائع فكذلك ينتقص فيما تلف بسرابة جنابته فلهذا سقط عنه ثلاثة أثمان الثمن وان كان الثمن منقودا والمشتري هو البادئ بالجنابة فعليه جميع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبد ولم ينتقص قبضه في شئ بجنابة البائع لان لاحق للبائع في نقض قبضه بعد وصول الثمن إليه فلهذا كان عليه جميع الثمن وعلى البائع ثلاثة أثمان قيمته صحيحا لانه تلف بأصل جنابته نصف ما بقي منه وهو ربع العبد وبسرابة جنابته ربع ما بقي منه وذلك ثلاثة أثمان جميع العبد فيلزمه ثلاثة أثمان قيمته صحيحا والبائع في هذه الحالة كاجنبي آخر فان كان البائع هو البادئ بالقطع رد البائع على المشتري نصف الثمن الذي أعطاه لانه بقطع اليد أتلف نصفه قبل أن يصير المشتري قابضا له

فينفسخ البيع في ذلك النصف ويجب عليه رد نصف الثمن ثم المشتري بقطع الرجل صار قابضا جميع ما بقى قبضا تاما فيتقرر عليه نصف الثمن إلا أن نصف ما بقى تلف بجناية المشتري والنصف بسراية الجنابيين فما تلف بسراية جنابة البائع وهو الثمن فعلى البائع حصة ذلك من قيمة العبد لان التالف بسراية الجنابة كالتالف بأصل الجنابة ولو تلف بجنابته بعدما تم قبض المشتري فيه كان الواجب عليه ضمان القيمة فكذلك ما تلف بسراية جنابته فلهذا ألزمه ثمن قيمة العبد للمشتري. فان قيل قد قلتم ان للقبض مشابهة بالعقد وإذا كان بأصل العقد بعد الجنابة ينقطع حكم السراية فان قطع يد عيب نفسه ثم باعه فكذلك بقبض المشتري بعد جنابة البائع ينبغي أن ينقطع حكم السراية. قلنا عيب المبيع لا ينقطع حكم السراية ولكن تبدل المستحق سبب للبيع هو القاطع للسراية لان المستحق هو المالك وقد انتقل إلى ملك المشتري بالبيع وهذا المعنى لا يوجد في القبض وبه لا يتبدل المالك والمستحق فان قيل معنى التبدل هنا يحصل حكما أيضا فان ما تلف بأصل الجنابة قبل القبض يتلف على ملك البائع وما تلف بسراية جنابته يتلف على ملك المشتري ويتبين ذلك بالموجب فان باعتبار ما تلف بجناية البائع سقط الثمن عن المشتري وباعتبار ما تلف بجنابته يجب القيمة على البائع قلنا لا كذلك بل العيب بنفس العقد صار مملوكا للمشتري فجنابة البائع تصادف ملك المشتري وهو سبب لضمان المتلف للمشتري عليه الا أن قبض المشتري يفوت فيما تلف بأصل جنابته ومن ضرورة فوات قبضه انفساخ البيع فيه فيسقط حصته من الثمن

[176]

بذلك فأما ما تلف بسراية فلم يفت قبض المشتري فيه فلهذا كان مضمونا بالقيمة على البائع وتبين بهذا أن اختلاف الحكم لاجل فوت قبض المشتري لان حكم السراية مخالف لحكم أصل العقد في حكم الضمان وهذا هو الجواب عن الاشكال الذي يرد على أبي حنيفة في مسألة سراية القصاص ان القاطع مع السراية لا يكون قتلا من أصله إذا كان حكم أصل الفعل مخالفا لحكم السراية بدليل هذه المسألة ولو كان المشتري حين اشتراه نقد الثمن أو لم ينقده حتى قطع البائع يده ثم قبضه المشتري باذن البائع أو بغير اذنه فمات في يد المشتري من جنابة البائع عليه بطل على المشتري نصف الثمن بقطع البائع يده ولا ضمان على البائع فيما هلك في يد المشتري بجناية البائع لان المشتري باقدامه على القبض صار راضيا بما بقى منه وذلك قاطع لحكم سراية جنابة البائع بمنزلة الرد فلهذا كان على المشتري نصف الثمن ولان القبض مشابهة بالعقد ولو اشتراه بعد قطع البائع يده انقطع به حكم السراية لان المشتري صار راضيا بقبضه بحكم الشراء فكذلك في هذا الموضوع ولا يشبه قبض المشتري في هذا الوجه قبضه في الوجه الاول بالجنابة عليه أو بعيب يحدثه فيه وكل شئ يحدثه من جنابة البائع بعدما يحدث المشتري فيه جنابة فان كان الثمن غير منقود بطل عن المشتري من الثمن بحساب ما هلك منه بجناية البائع وإذا كان الثمن منقودا فعلى البائع فيه القيمة وإذا كان القبض بعد جنابة البائع باخذ المشتري اياه فلا ضمان على البائع فيما هلك من جنابته في يد المشتري من القيمة ولا يبطل عنه شئ من الثمن باعتباره لان القبض بالجنابة حكمي فانما يظهر أثره فيما تلف به ولا تنقطع السراية التي انعقد سببها بجناية البائع فاما القبض بالاخذ فحتى يظهر في جميع ما بقى من العبد وله مشابهة بالعقد فينقطع به حكم سراية جنابة البائع وهذا لان القبض حسا يجعل راضيا بما بقى من العبد بعد جنابة البائع وبالجنابة لا يكون راضيا

بتقرر ملكه فيما بقى بل هو متلف فانما ينقطع حكم سراية جناية البائع فيما يتلف بجناية المشتري أو بسراية جنايته ضرورة ألا ترى أن رجلا لو قطع يد عبده ثم غصبه منه غاصب فمات في يده من جناية المولى كان على الغاصب قيمته يوم غصبه ولو لم يغصبه ولكنه جنى عليه فمات العبد من الجنائتين كان على الجاني ضمان ما تلف بجنايته وسراية جنايته ولو لم يكن عليه ضمان ما تلف بسراية جناية المالك فيه يتضح ما سبق من الفرق بين القبض حسا وبين القبض بحكم الجناية قال وإذا اشترى الرجل عبدا من رجل فلم ينقده الثمن حتى قبض بغير

[177]

اذن البائع فقطع البائع يده في يد المشتري ولم يأخذه حتى مات العبد من قطع اليد أو غير ذلك في يد المشتري فإن كان مات من قطع اليد فقد بطل البيع ولا شئ على المشتري فيه لان حق البائع في الحبس لم يسقط بقبض المشتري اياه بغير اذنه والسراية إذا اتصلت بالجناية كانت قتلا من أصله فكان البائع قتله في هذه الحالة في يد المشتري فيصير مستردا له ينفسخ العقد فيه فيسقط الثمن عن المشتري وإذا مات من غير قطعه فعلى المشتري نصف الثمن لان البائع إنما صار مستردا لنصفه بقطع اليد فانما انتقض قبض المشتري في ذلك النصف وبقي النصف الآخر هالكا في ضمان المشتري وهذا بخلاف ما تقدم إذا قطع المشتري يده في يد البائع ثم هلك لامن ذلك القطع ولم يحدث البائع فيه منعا فعلى المشتري جميع الثمن ويجعل قابضا لجميع المعقود عليه باتلاف نصفه وهنا لم يجعل البائع مستردا لجميع العبد باتلاف نصفه لان في الوجهين جميعا بقطع اليد يتمكن من قبض ما بقى منه فيجعل بمنزلة التخلي به والمشتري بالتخلى يصير قابضا بجناية أيضا يصير قابضا والبائع بالتخلي بالمبيع لا يصير مستردا فكذلك بالجناية لا يصير مستردا لما بقى منه وهذا لان الملك للمشتري والملك ممكن له من القبض فيمكن أن يجعل قابضا للبعض بالاتلاف ولما بقى منه بالتخلي به لكونه مملوكا له فاما البائع فليس بمالك وانما حقه في الحبس باعتباره يده. ألا ترى أنه لو سلم المعقود عليه لم يكن له بعد ذلك أن يحبسه فكذلك استرداده لا يظهر إلا فيما ظهر فيه عمله بيده وذلك فيما يتلف بجنايته أو بسراية جنايته وإذا اشتراه ولم ينقده الثمن حتى أحدث المشتري فيه عيبا ينقصه من الثمن فهذا بمنزلة قطعه يده في أنه يصير قابض لجميعه ويتقرر عليه جميع الثمن ان تلف بعد ذلك بأفة سماوية. ولو باعه المشتري بعد ما أحدث فيه وقيضه الذي اشتراه منه كان بيعه جائزا وبه تبين انه صار قابضا لجميع العبد بما أحدث وهو اشارة إلى ما ذكرنا أنه مالك للعبد والملك مطلقه له حق القبض والتصرف * قال وإذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها رجلا كان النكاح جائزا لان ولاية التزويج تثبت بملك الرقبة والملك حصل للمشتري بنفس العقد والتزويج من التصرفات التي لا يمتنع صحتها لاجل الغرر. ألا ترى أن تزويج الأبقه والرصيعة يجوز فكان التزويج نظير العتق واعتاق المشتري قبل القبض صحيح فكذلك تزويجه ولهذا يجوز من الراهن تزويج الجارية المرهونة كما ينفذ عتقه ثم في القياس يصير المشتري قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن أبي يوسف حتى إذا هلك بعد ذلك فهو من مال المشتري لان التزويج عيب فيها والمشتري إذا

عيب المعقود عليه يصير به قابضا أو يجعل التزويج كالاتفاق أو التدبير فكما يصير المشتري قابضا بذلك فكذلك بالتزويج ولكنه استحسَن فقال لا يكون قابضا لها بنفس التزويج حتى إذا هلكت فهي من مال البائع لأنه لم يتصل من المشتري فعل بها وإنما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى أنه تقل رغائب الناس فيها وينتقص لاجله الثمن فهو في معنى نقصان السعر أو التزويج لما كان عيبا من طريق الحكم فهو نظير الاقرار عليه بالدين والمشتري لو أقر عليها بدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو اتلاف لجزء من عينها فإما إن يصير قابضا لما بقي بالتخلي بها أو لأن المشتري لا يتمكن من قبض البعض دون البعض فمن ضرورة كونه قابضا لما أتلف أن يكون قابضا لما بقي منه وبه يفرق بين قبض المشتري واسترداد البائع فالبايع يملك استرداد البعض ليحبسه بالثمن دون القبض فلا يجعل بنفوت البعض مسترد لما بقي وهذا بخلاف الاتفاق لأنه إنهاء للملك واتلاف للمالية ولهذا ثبت به الولاية فمن ضرورته أن يصير قابضا والتدبير نظير العتق في الاستحقاق الولاية وثبوت حق الحرية للمدبرة فإن وطئها الزوج ثم ماتت بعد ذلك ماتت من مال المشتري إن نقصها الوطئ أو لم ينقصها لأن الزوج إنما وطئها بتسليط المشتري إياه على ذلك فيكون فعله كفعل المشتري ولو كان المشتري هو الذي وطئها بنفسه ثم ماتت فعليه جميع ثمنها لأنه بالوطئ قد تخلى بها والوطئ بمنزلة اتلاف جزء منها فكذلك إذا وطئها الزوج بتسليط المشتري وإن كان البائع منعها من المشتري بعد وطئ المشتري أو لزوج إياها ولم ينقصها الوطئ شيئا ثم ماتت فلا شيء على المشتري من الثمن ولا من العقر لأن البائع صار مستردا لها بحبسه إياها بالثمن ومنع المشتري منها ولم يتلف بالوطئ شيئا من ماليتها لأن المستوفى بالوطئ وإن كان في حكم جزء من عينها فذلك جزء ليس بمال والثمن بمقابلة ما هو مال فلماذا لا يتقرر على المشتري شيء من الثمن ولا عقر عليه لأنه وطئها في ملكه ووطئ الإنسان في ملك نفسه لا يلزمه العقر وإن كانت بكرا أو كان الوطئ نقصها لم ينظر إلى العقر ولكن ينظر إلى ما ينقصها الوطئ فيكون عليه حصة من الثمن لأنه فات جزء من ماليتها بفعل المشتري فيتقرر عليه حصة ذلك من الثمن كما لو فقا المشتري عينها ثم استردها البائع فهلكت وهذا لأن البكارة في حكم جزء من المالية ولهذا يصير مستحقا بالبيع إذا اشترط فبوطئ المشتري إن

كانت بكرا يفوت جزء من المالية وقد بينا أن الوصف الذي هو مال يقابله حصة من الثمن إذا صار مقصودا بالتناول وإذا كان البائع هو الواطئ لم ينظر إلى العقر ولكنه ينظر إلى النقصان فإن كان لم ينقصها شيئا أخذها المشتري بجميع الثمن وإن كان نقصها شيئا حط عنه حصة النقصان وأخذها بما بقي من الثمن في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا لم ينقصها الوطئ يقسم الثمن على العقر والقيمة فيسقط حصة العقر من الثمن عن المشتري فإن نقصها الوطئ ينظر إلى الأكثر من العقر ومن النقصان فيقسم الثمن عليه وعلى قيمتها ويبطل على المشتري حصة ذلك الثمن ويأخذها بحصة القيمة من الثمن لأنها بالعقر صارت مملوكة للمشتري فوطئ البائع حصل في ملك الغير والوطئ

في ملك الغير لا ينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر ولكن لا يمكن استيفاء العقر من البائع لأنها في ضمانه بالثمن فيعتبر العقر لسقوط حصته من الثمن وهذا لان الوطئ في ملك الغير بمنزلة الجناية فكما ان جناية البائع عليها قبل التسليم تعتبر في اسقاط حصة من الثمن لا في ايجاب الضمان فكذلك وطؤه اياها إلا أنها إذا كانت بكرًا فالممكن هنا اعتبار معنى نقصان البكارة والعقر بسبب الوطئ ولكن يتعذر الجمع بينهما بسبب فعل واحد فيدخل الاقل في الاكثر ويعتبر الانقسام على القيمة وعلى الاكثر منهما وأبو حنيفة رحمه الله يقول الجارية قبل التسليم في ضمان البائع وقد جعل ذلك في حكم ضمان الفعل بمنزلة حقيقة الملك ألا ترى أنه لا يلزمه بالجناية ارض ولا بالوطئ عقر يستوفى منه فكما ان وطأه اياه لو حصل في حال قيام ملكه فيها لم يكن موجبا للعقر أصلا فكذلك إذا حصل في ضمان ملكه وهذا لان المستوفى بالوطئ في حكم جزء من العين كما قال ولكنه جزء ليس بمال فإذا لم يكن نقصانا في ماليتها والثمن بمقابلة المالية لا يمكن اسقاط شئ من الثمن باعتباره وبه فارق الجناية فانه يمكنه نقصانا في المالية نقول انه يسقط بحصة ذلك النقصان من الثمن يوضحه أن الجارية في حكم الوطئ انما تصير مملوكة للمشتري بالقبض وقبل القبض هي كالمملوكة للبائع في حكم ضمان الوطئ ولهذا لا يحتسب بالحیضة التي توجد في يد البائع من استبراء المشتري وأن المشتري لو زوجها ثم قبضها لم يكن عليه أن يستبرئها إذا طلقها الزوج فوطئ البائع اياها قبل التسليم من هذا الوجه بمنزلة وطئه اياها قبل البيع وبهذا الطريق قال أبو حنيفة لاخيار للمشتري أيضا بمنزلة ماله ووطنها البائع قبل

[180]

القبض ولم ينقصها الوطئ ثم علم المشتري بذلك لم يكن له فيها خيار وان كانت بكرًا فنقصها الوطئ ثبت الخيار للمشتري لقوات جزء من المالية بمنزلة ما لو ذهبت البكارة من غير صنع أحد. يوضحه ان المستوفى بالوطئ في حكم جزء هو ثمرة لانه من حيث الصورة استيفاء منفعة والمنفعة تحدث شيئًا فشيئًا فاتلاف البائع جزءًا مما هو ثمرة لا يثبت الخيار للمشتري عند أبي حنيفة إذا لم يتمكن نقصان في مالية العين كاتلاف ولد الشاة وثمره الاشجار فإذا لم يمكن نقصانا في العين ثبت الخيار للمشتري لاجله كما لو ولدت الجارية فاتلف البائع ولداها وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فيما إذا كانت بكرًا تخريجًا هو (الطمث)؟؟ من هذا فقال ينظر إلى نقصان البكارة والعقر أيقسم الثمن أولا على نقصان البكارة وعلى قيمتها فيسقط نقصان البكارة من الثمن ثم يقسم ما بقى من الثمن على قيمتها وعلى ما بقى من العقر فسقط حصة العقر من الثمن وبيانه إذا اشتراها بمائة وقيمتها مائة ونقصان البكارة عشرون والعقر أربعون فانه يسقط أولا باعتبار نقصان البكارة عشرين درهما ثم يقسم ما بقى من الثمن وذلك ثمانون درهما على قيمتها وهي ثمانون وعلى ما بقى من العقر وهو عشرون فيقسم أحماسا بأن يجعل كل عشرين سهما فيسقط عنه خمس ما بقى وذلك ستة عشر درهما وانما يأخذها بما بقى وذلك أربعة وستون درهما * قال وإذا اشترى عبداً بألف درهم فلم يقبضه ولم ينقد الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشتري وأجنبي رجله من خلاف فعلى المشتري ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمن الثمن حصة جنابته وجناية الاجنبي ويبطل عنه جناية البائع أربعة أثمان الثمن وثلثا ثلث الثمن لان البائع بقطع اليد أتلف نصفه والمشتري مع الاجنبي بقطع الرجل أتلف

نصف ما بقى ثم ما بقى وهو الربع تلف بجناية ثلثه فيكون ثلث ذلك الربع هالكا بجناية كل واحد منهم وأصل السهام من ثمانية ثم انكسر بالاثلاث فيضرب ثمانية في ثلاثة فيكون أربعة وعشرون ثم انكسر بالانصاف لان ما تلف بجناية المشتري والاجنبي يكون نصفين بينهما فتضعف أربعة وعشرون للكسر بالانصاف فيكون ثمانية وأربعين التالف بجناية البائع أربعة وعشرون وبسراية جنايته أربعة فذلك ثمانية وعشرون وذلك أربعة أثمان العبد وثلثا ثمنه لان سهام العبد ثمانية وأربعون كل ثمن ستة فأربعة وعشرون أربعة أثمان وأربعة ثلثا الثمن وجنائه موجب سقوط الثمن فلهذا سقط أربعة أثمان الثمن وثلثا الثمن ويتقرر على المشتري ثلاثة أثمان الثمن وثلث الثمن حصة ما تلف بجنائه وحصة

[181]

ما تلف بجناية الاجنبي لان الاجنبي ضامن للقيمة فيبقى البيع فيما تلف بجناية الاجنبي تبعا لبدله والتالف بجنائتهما وسراية جنائتهما في الحاصل عشرون وذلك ثلاثة أثمان العبد وثلث ثمنه ويرجع المشتري على الاجنبي بثمن القيمة وثلثي ثمنها لان التالف بجناية الاجنبي نصف العشرين وهو عشرة وذلك ثمن العبد وثلثا ثمنه فيرجع المشتري عليه بثمن القيمة وثلثي ثمن القيمة ولا يتصدق بشئ منه وان كان فيه فضل على حصة من الثمن لان المشتري بجنائه يصير قابضا وجناية الاجنبي اقترنت بجناية المشتري ووجوب القيمة عليه بعد الجناية فعرفنا ان الوجوب على الاجنبي بعد قبض المشتري فكان ذلك ربحا على ملكه وضمانه ولو كان البائع والاجنبي هما اللذان قطعوا اليد أولا ثم قطع المشتري رجله من خلاف فمات من ذلك كله فهو على ما ذكرنا من التخريج يرتفع سهام العبد إلى ثمانية وأربعين والفائت بجناية البائع والاجنبي أربعة وعشرون وبسراية جنائتهما ثمانية وذلك اثنان وثلاثون بينهما نصفان فيكون الفائت بفعل كل واحد منهما ستة عشر وبجناية المشتري اثنى عشر وبسراية جنايته أربعة فذلك ستة عشر فاما ما تلف بفعل البائع فيسقط ثمنه عن المشتري وذلك ثمن الثمن وثلثا ثمنه كل ثمن ستة وما سوى ذلك قيمته واجبة على المشتري أما حصة ما تلف بجنائه فغير مشكل وكذلك حصة ما تلف بجناية الاجنبي لانه قد وجب عليه بدله وهو القيمة فعرفنا أنه يقرر على المشتري خمسة أثمان الثمن وثلث ثمن الثمن ويرجع المشتري على الاجنبي بثمن القيمة وثلثي ثمن القيمة فيكون ذلك على عاقلته في ثلاث سنين لان الجناية على طرف المملوك إذا اتصلت بالنفس تتحملها العاقلة وكما ان بدل النفس كله يكون مؤجلا في ثلاث سنين فكذلك كل جزء من بدل النفس فعرفنا انها على الاجنبي وذلك ثمن القيمة وثلثا ثمنها يؤخذ من عاقلته في ثلاث سنين في كل سنة ثلث ذلك فإذا قبض المشتري ذلك فانه يقابل مقدار ربع القيمة بربع الثمن فان كان فيه فضل تصدق بالفضل لان مقدر الربع وجب بأصل جناية الاجنبي وقد كان ذلك قبل قبض المشتري فهذا ربح حصل لافي ضمانه فيتصدق به بالفضل وأما ثلثا ثمن القيمة فهو سالم للمشتري لا يتصدق بشئ منه لان وجوب ذلك على المشتري بسراية جنايته وقد كان ذلك بعد ما صار المشتري قابضا له بالجناية فهو ربح حصل في ضمانه ألا ترى أن رجلا لو اشترى عبدا فلم يقبضه حتى قطع اجنبي يده ثم قبضه على ذلك ورضيه فمات في يده من جناية الاجنبي عليه فعلى عاقلة الاجنبي قيمة

العبد في ثلاث سنين فإذا قبضها وفيها فضل تصدق بنصف الفضل لان ذلك ربح ما لم يضمن وألبد قطعت قبل دخول العبد في ضمانه ولا يتصدق بنصف الفضل لان السراية كانت بعد دخول العبد في ضمان المشتري بالقبض * قال ولو قطع المشتري وأجنبى يده معا ثم قطع البائع رجله من خلاف فمات من ذلك كله فالمشتري بالخيار لوجود الجناية من البائع بعد جناية المشتري فقد انتقص قبض المشتري فيما تلف بجناية البائع وصار ذلك كجنايته قبل قبض المشتري وذلك يثبت الخيار للمشتري للتغير ولم يوجد بعده من المشتري ما يكون دليل الرضا منه فلهذا يخبر بين فسخ البيع وأمضائه فان اختار البيع فعليه من الثمن خمسة أثمانه وثلاث ثمنه وسقط عنه ثمن الثمن وثلاثا ثمنه حصة ما تلف بجناية البائع وبسراية جنايته وقد بينا على التخرىج الاول ان التالف بجناية البائع اثنا عشر من ثمانية وأربعين وبسراية جنايته أربعة فذلك ستة عشر وهو ثمن العبد وثلاثا ثمنه ثم يرجع المشتري على الاجنبى بثمن القيمة وثلاثي ثمن القيمة لان التالف بجنايتهما أربعة وعشرون وسراية جنايتهما ثمانية فيكون اثنين وثلاثين نصف ذلك على الاجنبى وذلك ستة عشر فلهذا يرجع عليه بثمن القيمة وثلاثي ثمن القيمة ولا يتصدق بالفضل ان كان في ذلك لان جناية الاجنبى كانت مع قبض المشتري على ما بينا ان المشتري بجنايته يصير قابضا وان اختار المشتري نقض البيع لزمه من الثمن حصة ما تلف بجنايته وسراية جنايته وذلك ثمن الثمن وثلاثا ثمن الثمن ويسقط عنه ما سوى ذلك لانفساخ البيع فيه ويرجع البائع على الاجنبى بثمن القيمة وثلاثي ثمن القيمة لانه ظهر ان جناية الاجنبى حصلت على ملك البائع حين انفسخ البيع فما تلف بجنايته وسراية جنايته يقابل ذلك بما يخصه من الثمن فان كان فيه فضل يتصدق بالفضل لانه ربح حصل لا على ملكه لما بينا أن أصل الجناية لم تكن على ملكه * قال وإذا اشترى الرجل من الرجلين عبدا بالف درهم فلم ينقدهما الثمن حتى قطع احد البائعين يد العبد ثم قطع الآخر رجله من خلاف ثم فقا المشتري احدى عينيه فمات من ذلك كله في يد البائعين فالمشتري مختار للبيع بجنايته بعد جناية البائعين لان جنايتهما أوجبت الخيار له ولكن جنايته بعد جنايتهما تكون دليل الرضا منه والاسقاط لخياره فيكون عليه من الثمن للقاطع الاول ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمن الثمن لان للقاطع الثاني ثمن الثمن وخمسة أسداس الثمن لان القاطع الاول بجنايته أتلف النصف وذلك أربعة وعشرون من ثمانية وأربعين والقاطع الثاني بجنايته أتلف نصف ما بقى

وذلك اثنا عشر ثم المشتري بفق ء العين أتلف نصف ما بقى وهو ستة وما بقى وهو ستة تلف بثلاث جنايات فيكون على كل واحد منهم ثلث ذلك فكان حاصل ما تلف بجناية القاطع الاول وسراية جنايته ستة وعشرون نصف ذلك مما باع هو ونصف مما باع شريكه ففي حصة ما باع هو يسقط من الثمن وذلك ثلاثة عشر وكل ثمن ستة فالثلاثة عشر تكون ثمن الثمن وسدس الثمن وقد كان للقاطع الاول أربعة أثمان الثمن فإذا سقط ثمنه وسدس ثمنه بقى له ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمنه فلهذا يغرم المشتري له ذلك والتالف بجناية القاطع الثاني وسراية جنايته أربعة عشر نصف ذلك مما باعه هو فيسقط بحصته من الثمن ونصفه فيما باع شريكه

كالأجنبي فعرفنا ان الساقط من حقه ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن بقي له ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمن الثمن فيغرم له المشتري ذلك ثم يرجع المشتري على القاطع الاول بثمن القيمة وسدس ثمن القيمة وذلك ثلاثة عشر سهما من ثمانية وأربعين سهما حصة ما تلف بجنايته وسراية جنايته مما باعه شريكه لانه في الجناية على ذلك كأجنبي آخر فيلزمه القيمة ويكون ذلك على عاقلته في ثلاث سنين وعلى عاقلة القاطع الثاني ثمن قيمة العبد وسدس ثمن قيمة حصة ما تلف بجنايته وسراية جنايته مما باعه القاطع الاول وذلك سبعة أسهم ويكون ذلك في ثلاث سنين لانه جزء من بدل النفس فيكون في حكم التأجيل يعتبر الجميع بدل النفس ويتصدق المشتري بما زاد من ذلك كله على ما غرم من الثمن الافضل سدس ثمن قيمة العبد على ما كان بمقابلته من الثمن فان ذلك يطيب له لان ما وجب بأصل جناية كل واحد من البائعين انما وجب قبل قبض المشتري فيلزمه التصديق بالفضل فيه وأما ما تلف بسراية جناية كل واحد منهما فانما تلف بعد ما صار المشتري قابضا له فيطيب له الفضل في ذلك القدر * قال وإذا اشترى الرجلان من رجل عبدا فلم ينقده الثمن حتى قطع أحد المشتريين يده ثم قطع الآخر رجله من خلاف فمات العبد من ذلك كله فالبيع لازم للمشتريين بالثمن كله لان المبيع تلف بفعلهما وذلك قبض منهما وزيادة ويرجع القاطع الاول على القاطع الثاني بثمن القيمة ونصف ثمن قيمته ويرجع القاطع الثاني على القاطع الاول بثمن قيمته ونصف من قيمته فيكون ذلك على عاقلة كل واحد منهما في ثلاث سنين لان القاطع الاول بجنايته أتلف النصف والقاطع الثاني أتلف نصف ما بقي ثم تلف ما بقي بسراية جنايتهما فيكون نصفه على كل واحد منهما

[184]

فحاصل ما تلف بجناية القاطع الاول أربعة وعشرون وسراية جنايته ستة فذلك ثلاثون نصف ذلك مما اشتراه هو ونصفه مما اشتراه صاحبه فيجب عليه قيمة ذلك لصاحبه وذلك خمسة عشر سهما وخمسة عشر من ثمانية وأربعين ثمانية ونصف ثمنه فلهذا يجب على عاقلة القاطع الاول ثمن القيمة ونصف ثمن قيمته وذلك ثمن ونصف ثمن فلهذا البائع فقا عينه بعد جنايتهما فمات من ذلك كله فللمشتريين الخيار لوجود الجناية من البائع ولم يوجد بعدها منهما ما يكون دليل الرضا فان اختار انقض البيع فللبائع على القاطع الاول ثمن الثمن وسدس ثمنه وعلى الثاني ثمن الثمن وسدس ثمنه لان التالف بجناية القاطع الاول أربعة وعشرون وسراية جنايته سهمان ثلث ما بقي بعد جناية البائع فذلك ستة وعشرون نصف ذلك ثلاثة عشر مما اشتراه هو فيقرر عليه حصة من الثمن وذلك ثمن الثمن وسدس ثمنه ونصف ذلك مما اشتراه شريكه فقد انفسخ البيع فيه بفسخه فيغرم للبائع ثمن القيمة وسدس ثمن القيمة لانه فيما اشترى شريكه كالأجنبي والتالف بجناية القاطع الثاني اثنا عشر وسراية جنايته سهمان نصف ذلك وهو سبعة مما اشتراه فلزمه حصة من الثمن وهو ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن ونصفه مما اشتراه شريكه فينفسخ البيع فيه بفسخه ويغرم للبائع حصة من القيمة وذلك ثمن القيمة وسدس ثمنها فان اختار امضاء البيع كان على كل واحد منهما ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمنه لانه انما سقط من الثمن ما تلف بجناية البائع وسراية جنايته والتالف بجنايته ستة وسراية جنايته سهمان فذلك ثمن وثلث ثمن والباقي

عليهما من الثمن ستة أثمان الثمن وثلثا ثمن على كل واحد منهما ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمنه ويرجع القاطع الثاني على الاول بتمني القيمة وسدس ثمنها لما بينا ان التالف بفعله مما اشتراه القاطع الثاني ثلاثة عشر سهما فيلزمه قيمة ذلك وذلك ثمننا القيمة وسدس ثمنها لانه تلف بفعل الثاني مما اشتراه الاول سبعة أسهم وذلك ثمن وسدس ثمن فلا تقع المقاصة بينهما فيه لان ما يجب على كل واحد منهما من ذلك يكون على عاقلته في ثلاث سنين فلا تقع المقاصة فيه مع اختلاف من يجب عليه * قال وإذا اشترى عبدا بألف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشتري يده الأخرى أو قطع رجله التي في جانب اليد المقطوعة فمات من ذلك كله فقد بطل على المشتري بقطع البائع يد العبد نصف الثمن لان اليد من الأدمى

[185]

نصفه ثم ينظر إلى ما نقص العبد من جناية المشتري عليه في قطع يده أو رجله بخلاف ما سبق وهو ما إذا قطع رجله من خلاف لان فعله هناك ليس باستهلاك فانه غير مفوت لجنس المنفعة فلهذا يجعل التالف بفعله نصف ما بقى وهنا فعله استهلاك حكما لانه ان قطع اليد الأخرى فقد فوت منفعة البطش وتقويت منفعة الجنس يكون استهلاكا من طريق الحكم ولهذا لا يستحق ذلك في السرقة ولايجوز اعتاق مقطوع اليدين في الكفارة فان قطع الرجل التي من جانب اليد المقطوعة فقد فوت عليه منفعة المشي لانه لا يمكنه أن يمشي بعضا بخلاف ما إذا قطع الرجل من خلاف فعرفنا أن هذا استهلاك وإن النقصان فيه أكثر فلهذا اعتبرنا النقصان فان كانت هذه الجناية نقصته أربعة أخماس ما بقى بأن كانت قيمته بعد قطع اليد ألف درهم وتراجعت قيمته بجناية المشتري إلى مائتي درهم فقد تقرر على المشتري أربعة أخماس نصف الثمن ثم الباقي وهو خمس النصف تلف بجنابتهما فيكون نصف ذلك على المشتري فصار حاصل ما على المشتري من الثمن أربعة أعشار الثمن ونصف عشر الثمن وسقط عنه بجناية البائع وسراية جنابته خمسة أعشار ونصف عشر * قال فان بدا المشتري فقطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات من غير ذلك ولم يحدث البائع فيه منعا فعلى المشتري ثلاثة أرباع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبد ثم انما ينتقص حكم قبضه فيما تلف بفعل البائع خاصة والتالف بفعل البائع نصف ما بقى منه وهو ربع العبد فيسقط عن المشتري ربع الثمن ويلزمه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصة ما تلف بجنابته وربع الثمن حصة ما بقى من العبد لان حكم قبض المشتري بقى فيه وقد تلف لا بسراية جناية البائع فيتقرر ثمنه على المشتري ولو لم يمت البعد وبرا كان المشتري بالخيار لان حكم قبضه انتقص فيما تلف بجناية البائع وذلك يثبت الخيار للمشتري ولم يوجد منه بعد ذلك ما يدل على الرضا فكان على خياره ان شاء أخذه وأعطاه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصة ما تلف بقطعه اليد وربع الثمن حصة الباقي من العبد وان شاء تركه وأعطى نصف الثمن بقطعه اليد ولو أراد المشتري أخذه فمنعه البائع حتى يعطيه ثلاثة أرباع الثمن فمات في يده من غير جنابتهما فليس على المشتري الا نصف الثمن لان حكم قبضه انتقص فيما بقى حين منعه البائع فانما تلف ما بقى في ضمان البائع فلهذا لا يجب على المشتري من الثمن الا حصة اليد وذلك نصف الثمن والله أعلم

(باب زيادة المبيع ونقصانه قبل القبض) قال وإذا اشترى الرجل جارية بألف درهم وقيمتها ألف درهم فولدت عند البائع بنتا تساوي ألف درهم ونقصت الولادة الام فالمشترى بالخيار ان شاء أخدهما بجميع الثمن وان شاء تركهما لانها تعيبت في ضمان البائع والعيب الحادث قبل القبض فيها يجعل كالمقترن بالعقد ونقصان الولادة وان كان منجبرا بالولد فالخيار يثبت للتغير كما لو قطعت يدها وأخذ البائع الارش فان اختار المشتري أخدهما فلم يأخدهما حتى ولدت البنت بنتا تساوي ألفا وقد نقصتها الولادة فالمشترى أيضا بالخيار لان الزيادة الحادثة قبل القبض كالموجودة عند العقد حتى يصير بمقابلتها حصة من الثمن إذا قبضت وأنه يثبت للمشتري فيها حق القبض كما يثبت في الاصل فكما أنه يستحق سلامة الاصل عن العيب ويثبت له الخيار إذا لم يسلم فكذلك يثبت الخيار للنقصان المتمكن في الزيادة بسبب الولادة لانه انما رضى بنقصانها على أن يسلم له الزيادة سليمة عن النقصان فإذا لم يسلم كان هو على خياره فإذا زادت الوسطى حتى صارت تساوي ألفين فقبضهن جميعها والام قد رجعت قيمتها إلى خمسمائة ثم وجد بالام عيبا ردها بربع الثمن وهذا لان الوسطى والسفلى كلاهما زيادة في الام فان الوسطى تبع الام في العقد ولاتباع للتبع فإذا لم يمكن جعل السفلى تبعا للوسطى جعلناهما كولدتين للام ثم الاصل في قسمة الثمن انه يعتبر قيمة الام وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض لان الزيادة انما تصير مقصودة بالقبض وانما يكون لها حصة من الثمن إذا صارت مقصودة فاما البيع فلا حصة له من الثمن ما لم يصر مقصودا كأطراف المبيع وقيمة الام عند العقد ألف درهم وقيمة الوسطى عند القبض ألفان وقيمة السفلى ألف فجعلنا كل ألف سهما وإذا جعلنا كل ألف سهما انقسم الثمن على أربعة أسهم سهم بازاء الام فيردها بذلك إذا وجد العيب بها وسهمان بازاء الوسطى فيردها بالعيب بنصف الثمن وسهم بازاء السفلى فيردها بالعيب بربع الثمن لان كل واحدة منهن لما صارت مقصودة بالقبض التحقت بالموجود عند العقد في استحقاق المشتري صفة السلامة فيها وعند وجود العيب انما يرد المعيب خاصة بعد القبض وقد بينا هذا فيما سبق * قال وإذا اشترى أمتين بألف درهم قيمة احدهما خمسمائة وقيمة الاخرى ألف درهم فولدت كل واحدة منهما ولدا يساوي ألفا ثم أعورت النى كانت تساوي

ألفا فاختر المشتري أخذ ذلك كله بالثمن فقبضهن جميعا ودفع الثمن ثم وجد بالعوراء عيبا وقيمتها خمسمائة ردها بثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلاث لان ولد كل واحدة منهما يتبعها فيما يخصها من الثمن والانقسام أولا على قيمة الامتين لانهما مقصودتان بالعقد وولد كل واحدة منهما زيادة فيها دون الاخرى فيقسم الثمن على قيمة الجاريتين وقت العقد وقيمة العوراء وقت العقد ألف درهم وقيمة الاخرى خمسمائة فكان ثلثا الثمن حصة العوراء ثم ينقسم حصتها من الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وذلك ألف فانقسم نصفان نصفه حصة ولدها ونصفه حصة العوراء وذلك ثلث الالف فبذلك يردها بالعيب ولو وجد العيب بالامة الاخرى ردها بمائة واحد عشر درهما وتسع درهم لان حصتها ثلث الثمن فانقسم ذلك على قيمتها وقت العقد وهو خمسمائة وقيمة ولدها وقت القبض وهو

ألف درهم فيردها بذلك * قال وإذا اشترى شاه فولدت قبل القبض فليس للمشتري أن يترك البيع لان الولادة زيادة في البهائم فلا يتمكن بها نقصان في الاصل فالمشتري يجبر على قبضها لانه لما كان راضيا بلزوم العقد قبل حدوث الزيادة فهو راض بلزومه بعد حدوثها فان وجد بالام عيبا قبل القبض فهو بالخيار ان شاء أخدهما بجميع الثمن وان شاء تركهما جميعا وليس له أن يأخذ احدهما دون الاخرى لان الزيادة قبل القبض تبع في العقد لاحصة لها من الثمن وثبوت الحكم في التبع بثبوته في الاصل ولانه لو رد الاصل وحدها ردها بجميع الثمن إذ لاحصة للولد ما لم يصر مقصودا بالقبض وبعد ما ردها بجميع الثمن لو بقى العقد في الولد أخذه بغير شئ فيكون فضلا خاليا عن المقابلة مستحقا بالتبع مقبوضا به وهو الربا بعينه وان وجد بالولد عيبا فلا خيار له فيه وهما لازمان له لان بوجود العيب يظهر فوات جزء من الولد ولو مات الولد قبل القبض أخذ الام بجميع الثمن ولاخيار له فيها فكذلك إذا فات جزء من الولد وهذا لان الزيادة لما فاتت من غير صنع أحد صارت كان لم تكن وقبل حدوثها كان العقد لازما له في الاصل بجميع الثمن فكذلك بعد فواتها وهذا بخلاف ما اذا وجد العيب بالولد بعدما قبضتهما لان الولد بالقبض صار مقصودا فصار له حصة من الثمن فباختبار العوض بمقابلته يستحق المشتري صفة السلامة فيه فإذا وجد المشتري به عيبا رده فاما قبل القبض فلا حصة له من الثمن واستحقاق صفة السلامة عن العيب باعتبار العوض ألا ترى انه لا يستحق ذلك في الموهوب وان كان البائع هو الذي

[188]

قتل الولد فقد صار الولد مقصودا باتلاف البائع اياه ولو صار مقصودا بقبض المشتري اياه كان له حصة من الثمن فكذلك إذا صار مقصودا باتلاف البائع وقد قررنا هذا في طرف المبيع انه إذا فات من غير صنع أحد لا يسقط شئ من الثمن وإذا أتلفه البائع يسقط حصته من الثمن فكذلك هذا في الولد الذي هو تبع فيقسم الثمن على قيمة الام وقت البيع وعلى قيمة الولد يوم قتله البائع فما أصاب الولد بطل عن المشتري وأخذ الام بما بقى ولاخيار له في ذلك عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له الخيار وهذه هي الخلافة التي ذكرناها في الثمار وتنصيبه على الخلاف هنا يكون تنصيما ثمة إذ لا فرق بينهما * قال وإذا اشترى الرجل من الرجل جارية بألف درهم واحدى عينيها بيضاء وقيمتها ألف درهم فولدت ولدا يساوي ألفا ثم ذهب البياض من عينيها فصارت تساوي ألفين ثم أن البائع ضرب العين التي كانت في الاصل صحيحة فابيضت ورجعت قيمتها إلى ألف درهم وبياض العين ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى لو كانت العين الاولى بيضاء على حالها فاني لست ألتفت إلى الزيادة لكي انظر كم كان ينقصها البياض لو كان بياض العين الاولى على حاله فإذا كان ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى وذلك ثمانمائة درهم فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بستة أعشار الثمن وان شاء تركها اما ثبوت الخيار فلانها تغيرت في ضمان البائع بفعله ثم ذهب البياض عن العين الاولى زيادة متصلة ولا معتبر بالزيادة المتصلة في عقود المعاوضات لما بينا أن المعتبر في الانقسام قيمتها وقت العقد فوجود هذه الزيادة كعدمها ولو لم يذهب البياض عن عينيها حتى ضرب البائع العين الصحيحة فابيضت فانه يتعبر فيه النقصان فيها لانها عميت بفعله وذلك استهلاك حكما فيكون المعتبر فيه النقصان فلهذا قال ينظر إلى ما ينقصها القيمة الاولى ثم الثمن ينقسم على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وهما سواء فانقسم

نصفان نصف الثمن حصة الولد ونصفه حصة الام فإذا كان النقصان أربعة أخماس القيمة الاولى سقط عن المشتري أربعة أخماس النصف وتبين أن جميع الثمن صار على عشرة أسهم نصفه وهو خمسة حصة الولد وسهم واحد حصة ما بقى من الام فإذا قبضتهما ثم وجد بالام عيبا ردها بحصتها من الثمن وهو سدس ما أخذهما به ولو وجد العيب بالولد رده بحصته وهو خمسة أسداس ما أخذهما به ولو لم يكن البائع ضرب العين الصحيحة ولكنه ضرب العين التي كان بها البياض بعد ما ذهب البياض فعاد إلى الحالة الاولى فالمشتري بالخيار في

[189]

قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أخذهما بثلثي الثمن وان شاء تركهما ولان ذهب البياض كان زيادة متصلة فقد انفصلت بفعل البائع فهي كزيادة متصلة أتلفها البائع بان ولدت ولدا آخر قيمته ألف فقتله البائع ولو كان كذلك لكان يقسم الثمن على قيمة الام وقت العقد وقيمة الولد من حين يصير كل واحد منهما مقصودا والقيمة سواء فيقسم الثلث أثلاثا وحصة ما أتلف البائع ثلث الثمن فيسقط ذلك عن المشتري ويتخير فيما بقى عندهما وعند أبي حنيفة لا خيار له بمنزلة الزيادة المنفصلة في البهائم إذا أتلفها البائع لان تلك الزيادة لا تمكن نقصانا في الاصل وهذه الزيادة مثل تلك فان كان أخذهما ثم وجد باحداهما عيبا رده بنصف ما أخذهما به لما بينا أن حصة كل واحد منهما ثلث الثمن وهذا بخلاف الاول وهو ما إذا كانت جناية البائع على العين الصحيحة لان الزيادة هناك لم تزايل البدن فلا معتبر بها وهنا الزيادة زابت البدن بصنع البائع فوجب اعتبارها * قال وإذا اشترى جارية بألف وقيمتها ألف واحدى عينها ببيضاء فذهب البياض فصارت تساوى الفين ثم ان عبدا لاجنبي ضرب تلك العين فعاد بياضها ودفعه مولاه وقيمته خمسمائة درهم فأخذهما المشتري بجميع الثمن ثم انه وجد بالعبد عيبا فانه يرد بثلث الثمن لان العبد المدفوع بالعين قائم مقامها وذهب البياض عن تلك العين كان زيادة متصلة وقد انفصلت فيجعل كولد ولدته الجارية وانما ينقسم الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض فكذلك يعتبر قيمة العبد المدفوع في الانقسام وقت القبض بحكم العقد لا وقت الدفع بالجناية لان ذلك ليس من حكم العقد في شئ وقيمته وقت القبض خمسمائة فانقسم الثمن أثلاثا ثلثه بازاء العبد يرده بذلك ان وجد به عيبا وثلثاه بازاء الجارية ان وجد العيب بها يردها بذلك وان كان المشتري لم يقبض العبد حتى زاد في يد البائع فصار يساوى ألف درهم ثم قبضتهما المشتري فوجد باحداهما عيبا رده بنصف الثمن لما بينا ان المعتبر قيمة العبد وقت القبض بحكم العقد وهى مساوية لقيمة الامة وقت العقد فانقسم الثمن عليهما نصفين * قال وإذا اشترى جارية تساوى ألفا ففقا البائع عينها ثم ولدت بعد الفق ء ولدا يساوى ألفا أخذهما المشتري بنصف الثمن لان البائع لما فقا عينها فقد سقط عن المشتري نصف الثمن لان العين من الأدمى نصفه ثم لما ولدت انقسم ما بقى من الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فان كان الفق ء بعد الولادة أخذهما ان شاء بثلاثة أرباع الثمن لانها حين ولدت وهى صحيحة فقد انقسم جميع الثمن على قيمتها وقيمة الولد

بشروط بقاء الولد على هذه القيمة إلى وقت القبض وقد بقي فظهر أن نصف الثمن كان بمقابلة الولد ونصفه حصة الام فلما فقا البائع العين فانما يسقط نصف حصتها من الثمن وذلك ربع الثمن فاما إذا كان الفوق قبل الولادة فقد كان جميع الثمن فيها حين فقا البائع عينها فلهذا يسقط نصف الثمن * قال ولا يشبه الرهن في هذا البيع يعنى في الرهن في هذه الصورة لافرق بين الولادة قبل ذهاب العين وبين الولادة بعد ذهاب العين ويكون الساقط ربع الدين في الموضعين جميعا وبالولادة بعد ذهاب العين هناك يعود بعض ما كان ساقطا وفي البيع لا يعود والفرق بينهما أن سقوط الثمن بفوق البائع العين انما كان بطريق انفساخ العقد فيما أنلغه البائع والبيع بعد ما انفسخ لا يعود بحدوث الزيادة وأما في الرهن فسقوط الدين بطريق المرتهن صار مستوفيا والاستيفاء بقرر الدين ولا يسقطه فإذا حدثت الزيادة فقد حدثت في حال قيام الدين كله لكونه منتهيا بالاستيفاء فلهذا يعود باعتبار أن الزيادة بعض ما كان ساقطا وتجعل الزيادة الحادثة بعد ذهاب العين كالزيادة قبل ذهاب العين ألا ترى انه لو اشترى شاة فماتت قبل القبض ثم دبغ البائع جلدها لا يعود العقد في حصة الجلد. ولو أن الشاة المرهونة ماتت وحكم بسقوط الدين ثم دبغ المرتهن جلدها عاد من الدين ما يخص الجلد وكان الفرق ما ذكرنا وتحقيقه من حيث المعنى أن الفسخ ضد ما هو مقصود بالعقد فانما يسقط بعض الثمن عن المشتري بما هو ضد المقصود بالعقد فلا يجعل العقد فيه كالقائم حكما وأما سقوط الدين بهلاك بعض المرهون فيحقق ما هو المقصود بالعقد لان المقصود بعقد الرهن الاستيفاء أو انما يتم ذلك بهلاك الرهن فلهذا يجعل كان العقد في الكل قائم حكما حين حدثت الزيادة فيسقط نصف ما يخص الام وذلك ربع الدين ثم الرهن والبيع يفترقان من وجه آخر وهو أن في البيع إذا ذهبت العين من غير صنع أحد لا يسقط شئ من الثمن وفي الرهن بذهاب العين من غير صنع أحد يسقط نصف الدين لان ضمان الرهن يثبت بالقبض والاوصاف تصير مضمونة بالقبض وإذا فاتت من غير صنع أحد وذلك كأوصاف المغصوبة وفي البيع الضمان بالعقد فإذا فاتت من غير صنع أحد قلنا لا يسقط شئ من الثمن بغواتها * قال وإذا اشترى جارية بألف درهم تساوى ألفا وهى ببضء احدى العينين ففقا البائع العين الباقية فصارت تساوى مائة درهم أخذها المشتري بمائة درهم ان شاء لان فعل البائع استهلاك لها حكما ويعتبر نقصان القيمة فيما يسقط من الثمن به فإذا لم يأخذها حتى ذهب

بباض عينها الاولى فصارت تساوى ألفا فالمشتري على خياره ان شاء أخذها بمائة درهم وان شاء تركها لان ذهاب البباض عن العين الاخرى زيادة متصلة ولا معتبر بها في حكم البيع فان ضرب عبد هذه العين التى برئت فعاد بباضها فمولى العبد بالخيار ان شاء دفعه بالجناية وان شاء فدهه بأرش الجناية وهو ثمانمائة درهم فان دفعه وقيمته خمسمائة درهم أخذها المشتري بمائتي درهم لما بينا أن العقد انفسخ في أربعة أخماسها بفوق البائع عينها وكما لا يعود شئ من ذلك بولد تلده فكذلك لا يعود بالعبد المدفوع بالجناية لانه قائم مقام الزيادة المتصلة وقد صارت منفصلة فهو كولد ولدته فلهذا يأخذهما المشتري بمائتي درهم ان شاء فان قبضهما

فوجد بالجارية عينا ردها بسبعى الثمن الذى نقد وهو مائتا درهم وان وجد بالعبد عينا رده بخمسة أسباعه لان ما بقى من الثمن وهو مائتا درهم انقسم على قيمة ما بقى منها وذلك مائتان وعلى قيمة العبد وقت القبض وهو خمسمائة درهم فإذا جعلت كل مائة سهما كانت القسمة أسباعا خمسة أسباعه حصة العبد فيرده به وسبعاه حصة الجارية فيردها بذلك وانما اعتبرنا في الانقسام قيمة ما بقى منها ولم نعتبر قيمتها وقت العقد لان العقد قد انفسخ في أربعة أحماسها وانما يعتبر في الانقسام قيمة ما بقى حكم العقد فيه لاقيمة ما انفسخ العقد فيه ولو كان البائع لم يبقا عينها حتى ذهب بياض عينها فصارت تساوي ألف درهم ثم ان عبدا ضرب العين التى برئت فعاد بياضها ثم ان البائع فقا العين الباقية فصارت تساوي مائتي درهم فمولي العبد بالخيار ان شاء دفعه وان شاء فداه بألف درهم لان الفداء يكون بارش الجناية وارش الجناية هنا ألف درهم فقد كانت قيمتها عند الجناية ألفي درهم فمات بذهاب العين نصفها وتراجعت قيمتها إلى ألف درهم فان دفعه وقيمه خمسمائة أخذها المشتري ان شاء بخمسي الثمن وثلاث خمس الثمن ويبطل عنه بقى البائع عين الجارية خمسا الثمن وثلاثا خمس الثمن لان العبد مدفوع بما فوته من الزيادة المتصلة فهو بمنزلة ولد ولدته يساوي خمسمائة وعند ظهوره جميع العقد فيها قائم فانقسم الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة العبد وقت القبض أثلاثا ثلثه بازاء العبد وثلثاه بازاء الجارية ثم بقى البائع عينها سقط أربعة أحماس ما فيها وبقى الخمس فإذا أردت تصحيح ذلك فالسبيل أن تضرب ثلاثة في خمسة فتكون خمسة عشر حصة الام من ذلك عشرة والساقط ثمانية من هذه العشرة وثمانية من خمسة عشر خمسا وثلثاه خمسه لان كل خمس ثلاثة فخمسا ستة وثلثا خمسه سهمان

[192]

فيسقط ذلك عن المشتري وبأخذهما بما بقى وهو سبعة من خمسة عشر وذلك خمسا وثلث خمسه والله أعلم (باب قبض المشتري باذن البائع أو بغير اذنه) قال وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدا بألف درهم حالة فليس للمشتري أن يقبض العبد حتى يعطى الثمن عندنا وهو أحد أقاويل الشافعي وقال في قول على البائع تسليم المبيع أولا لان ملك المشتري ثبت بالعقد في العين وملك البائع دينا في ذمة المشتري والملك في العين أقوى ووجوب التسليم بحكم الملك وفي قول آخر يسلم كل واحد منهما بيد ويقبض بيد لان قبضه لمعاوضة التسوية فكما اقترن ثبوت الملك لاحدهما بثبوت الملك للاخر فكذلك القبض كما في بيع المقابضة ولكننا نقول قصة المعاوضة التسوية وقد عين البائع حق المشتري في المبيع فعلى البائع أن يعين حق البائع في الثمن ولا يتعين الثمن الا بالقبض فلهذا كان أول التسليمين على المشتري بخلاف بيع المقابضة فهناك حق كل واحد منهما متعين وهذا هو الجواب عن قوله ان ملك المشتري أقوى فانا انما نوجب عليه تسليم الثمن أولا لهذا المعنى وهو أنه لما يقوى ملكه في المبيع فعليه أن يسوى جانب البائع في ملك الثمن بجانب نفسه ولا يكون ذلك إلا بالتسليم وكذلك نقده الثمن الا درهما لان سقوط حق البائع في الجنس متعلق بوصول الثمن إليه فما لم يصل إليه جميع الثمن لا يتم الشرط ويبقى حق البائع في الجنس الا أن يكون الثمن مؤجلا فحينئذ ليس للبائع أن يحبس المبيع قبل حلول الاجل ولا بعده لان قبل حلول الاجل ليس له أن يطالب بالثمن وانما يحبس المبيع بما له أن يطالبه من الثمن وأما بعد حلول الاجل فلان حق الجنس لم يثبت له بأصل العقد فلا يثبت بعد ذلك تبعا

بهذا الحق ما كان له من استحقاق اليد قبل البيع فإذا لم يبق ذلك بعد العقد لا يثبت ابتداء بحلول الاجل وذكر هاشم عن محمد رحمهما الله في نوادره أنه إذا أجله في الثمن شهرا ثم لم يسلم البائع المبيع إلى المشتري حتى مضى شهر فعلى قول أبي حنيفة أن كان الاجل شهرا بعينه فيمضيه بجل الثمن وإن كان شهرا بغير عينه فعلى البائع أن يسلم المبيع وليس له أن يطالب بالثمن حتى يمضى شهر بعد التسليم وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يطالب بالثمن في الوجهين جميعا لان مطلق الشهر في الاجل ينصرف إلى الشهر

[193]

الذي يعقب العقد عيناه أو لم يعيناه كما في الاجارات والايامن هذا هو القياس الظاهر وما ذهب إليه أبو حنيفة نوع استحسان بناء على مقصودهما فالمقصود أن يتصرف المشتري في المبيع في الشهر ويؤدي الثمن عند مضيه ويستفصل لنفسه ولا يحصل هذا المقصود إذا لم يسلم المبيع إليه فلماذا قال في الشهر المطلق يكون ابتداءه من حين يسلم إليه المبيع فان نقد المشتري الثمن وهو حال ولم يقبض المبيع حتى وجد البائع الدراهم زيوتا أو نهرجة أو ستوقا أو رصاصا أو استحققت من يده فللبائع أن يمنع المشتري من قبض العبد حتى يعطيه الثمن مثل شرطه لان الرد بهذه الاسباب ينقض القبض من الاصل فيلتحق بما لم ينقد الثمن وكذلك لو وجد بعض الثمن بهذه الصفة وإن كان ذلك درهما واحدا لان القبض قد انتقض في ذلك المردود فكأنه لم يقبض ذلك القدر وإن كان المشتري قبض العبد من البائع بآذنه ثم إن البائع وجد الثمن أو بعضه على ما وصفنا فإن كان الذي وجد ستوقا أو رصاصا كان له أن يأخذ العبد حتى يدفع إليه المشتري مكان الذي وجد من ذلك جيادا على ما شرطه لان المقبوض ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز وإنما لم يسلم البائع المبيع إليه على أن المقبوض ثمن فإذا تبين أنه لم يكن ثمننا لم يكن هو راضيا بالتسليم فكان المشتري قبضه بغير آذنه وكذلك ان استحق المقبوض من يده لان المستحق وإن كان من جنس الدراهم ولكن البائع إنما رضى بالتسليم بشرط أن يسلم له المقبوض فإذا لم يسلم كان هو على حقه في الحبس وإن كان وجد الثمن أو بعضه زيوتا أو نهرجة استبدلها من المشتري لان المستحق له بمطلق التسمية الدراهم الجياد فان المعاملات عرفا بين الناس بالجياد وبمطلق عقد المعاوضة تستحق صفة السلامة عن العيب والزيافة عيب في الدراهم فكان له أن يستبدل الزيوت بالجياد وليس له أن يسترد العبد فيحبسه بالثمن عندنا * وقال زفر له ذلك وهو رواية عن أبي يوسف لانه إنما سلم المبيع على أن المقبوض من الثمن حقه وقد تبين انه لم يكن حقا له لان حقه في الجياد والمقبوض زيوت والثمن دين في الذمة فيختلف باختلاف الاوصاف وإذا لم يكن المقبوض حقه لم يتم رضاه بالتسليم فهو والستوق سواء. يوضحه ان الرد بالعيب الزيافة ينقض القبض من الاصل ولهذا ينفرد به الراد ويرجع بموجب العقد لا بموجب تسليم الثمن مرتين فلا يتمكن من الرجوع بموجب العقد ما لم ينتقض القبض من الاصل وإذا انتقض عاد حقه في المجلس كما كان قبل استيفاء الثمن. وجه قولنا أنه سلم المبيع قبل قبض الثمن
فصح

تسليمه وبعد صحة التسليم لا يعود حق البائع في الحبس لان من ضرورة صحة التسليم سقوط حقه في الحبس والمسقط يكون مثلا شيئا لا يتصور عوده لهذا فلنا لو أعار المبيع من المشتري أو أودعه منه سقط حقه في الحبس وكذلك لو أجله في الثمن سقط حقه في الحبس ثم لا يعود بحلول الاجل وبيان لوصف أن الزيوف والتبهرجة من جنس الدراهم الا ان بها عيبا والعيب بالشيء لا يبدل جنسه ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز وكان مستوفيا لا مستبدلا فكان البائع يقبضها قابضا للثمن وتسليم المبيع بعد قبض الثمن صحيح ثم بالرد ينتقض قبضه من الاصل كما قال ولكن في الحكم الذي يحتمل النقص بعد الثبوت دون ما لا يحتمل ذلك ألا ترى أن المولى إذا قبض بدل الكتابة فوجده زيوفا فرده لا يبطل العتق وكذلك لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فاستوفى حقه ثم وجد المقبوض زيوفا فرده لا يبطل به حكم البر في اليمين فقد بينا ان حق البائع في الحبس بعد ما سقط لا يتصور عوده فلا يعود بانتفاض القبض بالرد أيضا بخلاف الستوق والرصاص فهناك يتبين انه لم يقبض الثمن وان تسليمه لم يكن صحيحا وبخلاف المستحق لان قبض المستحق موقوف على اجازة المستحق فالتسليم الذي ينبنى عليه يكون موقوفا أيضا ولا يكون صحيحا مطلقا وان لم يرتجع البائع من المشتري العبد ولم يجد في الثمن شيئا مما ذكرنا حتى باع المشتري العبد أو وهبه وسلمه أو رهنه وسلمه أو أجره ثم وجد البائع في الثمن بعض ما ذكرنا فجميع ما صنع المشتري في العبد جائز لا يقدر البائع على رده ولا سبيل له على العبد لان المشتري تصرف فيه بعد القبض وإنما تصرف فيه بتسليط البائع فالبيع والتسليم تسليط له على التصرف ألا ترى ان في البيع الفاسد لا يتمكن البائع من نقض تصرفه فلما حصل بتسليط صحيح كان أولى ولو كان المشتري قبض العبد بغير اذنه ثم صنع فيه بعض ما ذكرنا ثم وجد البائع بعض الثمن على ما ذكرنا كان له أن ينقض جميع ما صنع المشتري فيه ويسترده حتى يوفيه المشتري الثمن لان تصرف المشتري حصل لا بتسليط من البائع فالقبض منه كان بغير اذن وذلك لا يسقط حق البائع في الحبس ولما ظهر ان الثمن كان على ما وصفنا فقد ظهر ان حق البائع باق في الحبس لم يسقط حكما بوصول حقه ولا أسقطه باختباره بتسليم المبيع إلى المشتري فكان له أن ينقض جميع ما تصرف فيه المشتري إذا كان محتملا للقبض بان كان البائع لما علم بقبض المشتري العبد سلم ذلك ورضى به والمسألة على حالها كان هذا مثل اذنه له في القبض لانه أجاز قبضه في الانتهاء وتأثير اجازته

في اسقاط حقه كتأثير اذنه في الابتداء * قال ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فرهنه بها عبدا يساوى ألفا فقبضه المرتهن ثم قضاه لراهن دراهمه ولم يقبض الرهن حتى وجد المرتهن الدراهم أو بعضها زيوفا أو نبهجة أو ستوقا أو رصاصا أو استحقت من يده فاعلم ان الجواب في الرهن في جميع ما ذكرنا كالجواب في البيع لان المرهون محبوس بالدين كما أن المبيع محبوس بالثمن الا في خصلة واحدة وهى ما إذا وجد المرتهن المقبوض زيوفا فرده وقد كان الراهن قبض الرهن باذنه فللمرتهن أن يسترده ويحبسه بالدين بخلاف البيع وزفر يستدل في الخلافة به والفرق أن تسليم المرتهن العين إلى الراهن ليس بمسقط حقه في الحبس وان

كان صحيحا في نفسه ألا ترى أنه لو سلم المرهون إلى الراهن على طريق العارية أو الوديعة كان له أن يسترده فكذلك إذا سلمه بعد قبض الزيوف فانما المسقط لحقه كمال وصول حقه إليه ولم يوجد بخلاف المبيع فالتسليم الصحيح من البائع مسقط حقه في الحبس وهذا لان الثابت للمرتهن بعقد الرهن بدل الاستيفاء فيبقى حقه ما لم يستوف حقه وقد تبين أنه لم يستوف حقه ألا ترى أن مع التأجيل في الدين يكون له أن يحبس الرهن فأما في البيع فحق الحبس للبائع باعتبار توجه المطالبة له بالثمن حتى لو أجله في الثمن لم يبق حقه في الحبس وبعد قبض الزيوف ليس له حق المطالبة بالثمن ما لم يرد المقبوض فلهذا سقط حقه في الحبس إذا سلم المبيع قبل أن يرد المقبوض * قال وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدا بألف درهم فلم يقبضه حتى وكل رجلا يقبضه فقبضه الوكيل بغير أمر البائع ولم ينقد البائع الثمن فهلك العبد في يد الوكيل فللبائع أن يضمن الوكيل قيمة العبد فيكون في يده حتى يعطيه المشتري الثمن لان بالبيع المبيع صار مملوكا للمشتري ولكنه محبوس في يد البائع ما لم يصل إليه الثمن فقبض الوكيل في حق البائع جناية بمنزلة العصب ولو غصبه منه غاصب فهلك في يده كان للبائع أن يضمنه القيمة وهذا نظير المرهون إذا قبضه وكيل الراهن بغير رضا المرتهن فهلك في يده يكون ضامنا حقا للمرتهن وهذا بخلاف مالهو كان المشتري قبضه بنفسه فهلك عنده فانه لا يكون ضامنا للقيمة لان قبض المشتري يقرر عليه ضمان الثمن فلا يوجب عليه ضمان القيمة إذ لا يجوز أن يجتمع الضمانان على واحد بسبب قبض واحد فاما قبض الوكيل فلا يوجب عليه ضمان الثمن فيكون موجبا ضمان القيمة لحق البائع ثم استرداد البائع القيمة منه كاسترداد العبد لو كان باقيا إذ القيمة تقوم مقام العين وانما سميت قيمة لقيامها مقام العين

[196]

فإذا أعطاه الثمن رجعت القيمة إلى الوكيل لان الوكيل في حق المشتري كان أمينا ممتثلا لأمره وانما كان ضمان القيمة عليه لحق البائع فإذا سقط حقه رجعت القيمة إلى الوكيل كما لو أوفى المشتري الثمن قبل أن يضمن البائع الوكيل ولو نوبت القيمة عند البائع سقط الثمن عن المشتري لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين فهلك عنده انفسخ البيع وسقط الثمن فكذلك إذا استرد القيمة ثم يتبع الوكيل المشتري في القيمة لانه في القبض كان عاملا له بأمره وقد لحقه فيه ضمان فيرجع به عليه ولو كان المشتري أعتق المبيع قبل القبض لم يكن عليه ضمان القيمة لان اعتاقه اياه بمنزلة القبض ولو قبضه فهلك في يده لم يكن عليه ضمان القيمة فكذلك إذا أعتقه ولو كان الوكيل هو الذي قبض العبد باذن المشتري ثم أعتقه المشتري فهذا وموت العبد في يد الوكيل سواء في حق البائع لانه تعذر عليه استرداده بهذا السبب فهو كتعذر الاسترداد بالموت في يده وهذا لان أمر المشتري الوكيل بالقبض غير معتبر في حقه لانه لا يملك قبضه بنفسه لحق البائع في الحبس فكذلك لا يملك أن يأمر غيره به * قال ولو أن المشتري أمر رجلا بعتق العبد وهو في يد البائع فاعتقه المأمور ففي قول أبي يوسف الاول هذا وأمره بالقبض سواء في جميع ما ذكرنا من التفريع لان اعتاق المبيع بمنزلة القبض فكذلك إذا وكل الغير به فهو والوكيل بالقبض سواء ألا ترى ان المشتري لو باشره بنفسه كان ذلك بمنزلة قبضه فكذلك إذا وكل الغير به فهو والوكيل بالقبض سواء ثم رجع وقال لا ضمان على الوكيل في هذا الفصل ولكن يرجع البائع على المشتري بالثمن وهو قول محمد وهو رواية عن أبي حنيفة ووجه ذلك ان

الوكيل بالاعتاق معبر عن المشتري فيكون ذلك كاعتاق المشتري بنفسه وذلك يقرر عليه الثمن فلا يوجب ضمان القيمة كما لو أعتقه بنفسه وتقرير هذا انه بكلمة الاعتاق إذا جعله مقصورا عليه لا يحصل به الاتلاف ولا يبطل به حق البائع وإنما يحصل به الاتلاف إذا انتقلت عبارته إلى المشتري ألا ترى أنه لو أعتقه بغير إذن المشتري كان اعتاقه باطلا ولا يجب على المعتق له ضمان وإذا نقلنا عبارته إلى المشتري كان هذا مقررا للثمن عليه فلا يكون موجبا ضمان القيمة فاما القبض ففعل محسوس يوجب الحكم على القابض إذا جعل مقصورا عليه ألا ترى أنه لو قبضه بغير إذن المشتري كان موجبا عليه ضمانه فكذلك إذا قبضه بآذنه لانه لا معتبر بآذنه في حق البائع وإذا اقتصر حكم القبض على القابض في حق البائع كان هو ضامنا للقيمة ولو

[197]

اعتق المشتري المبيع قبل القبض وهو معسر فليس البائع أن يستسعى العبد في شيء رجح أبو يوسف عن هذا وقال له أن يستسعى العبد في الأقل من قيمته ومن الثمن وذكر هذا القول في نوادر هشام وجعله قياس المرهون إذا أعتقه الراهن وهو معسر ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن يعقد الرهن يتسبب للمرتهن حق الاستيفاء من مالية الرهن وتلك المالية احتسبت عند العبد باعتاق الراهن اياه فكان له أن يستسعى العبد إذا تعذر عليه الوصول إلى حقه لعسرة الراهن فاما البائع فما كان له حق استيفاء الثمن من مالية المبيع ولكن كان له ملك العين واليد فزال ملك العين بالمبيع وبقي له اليد إلى أن يصل إليه الثمن وباعتاق المشتري العبد فات محله ومجرد اليد ليس يقوم على العبد فلا يستسعيه لاجل ذلك. يوضحه ان حق البائع في الحبس ضعيف ولهذا يسقط باعارة المبيع من المشتري بخلاف حق المرتهن ثم يعود تصرف المشتري بتسليط البائع اياه على ذلك فيمتنع هذا التسليط بثبوت حقه في استسعاء العبد بخلاف تصرف الراهن في المرهون فان لم يعتقه المشتري ولكنه أفلس بالثمن فان لم يكن لبائع سلم المبيع إليه فله ان يحبسه إلى أن يستوفى الثمن وان كان سلم المبيع إليه فله ان يسترده ولكنه أسوة غرماء المشتري فيه وليس له أن يفسخ البيع عندنا وقال الشافعي إذا أفلس المشتري بالثمن فللبائع أن يفسخ البيع وهو أحق بالمبيع ان كان سلمه بفسخ العقد وبعبده إلى ملكه ويؤيده حديث أبي هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس بالثمن فوجد رجل متاعه عنده بعينه فهو أحق به والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فمطلقه يقتضى التسوية بين المتعاقدين ثم لو تعذر على المشتري قبض المبيع بالابق ثبت للمشتري حق الفسخ فكذلك إذا تعذر على البائع قبض الثمن لافلاس المشتري وكما أن المالية في الأبق كالثاوى حكما فكذلك الدين في ذمة المفلس بمنزلة الثاوى حكما لاستبداد طريق لوصول إليه ولا فرق بين المبيع والثمن الا من حيث ان الثمن دين والمبيع عين وكما ان تعذر القبض في العين يثبت حق الحبس فكذلك تعذر القبض في الدين ألا ترى أن المسلم فيه دين فإذا تعذر قبضه بانقطاعه من أيدي الناس يثبت لرب السلم حق الفسخ فكذلك الثمن ولا فرق بينهما سوي ان الثمن مفقود والمسلم به والمسلم فيه معقود عليه ولكن حق الفسخ يثبت بتعذر قبض المعقود به كما ثبت بتعذر قبض المعقود عليه ألا ترى ان المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة تمكن المولى من فسخ العقد وبدل الكتابة معقود به كالثمن والدليل عليه

أن هلاك الثمن قبل القبض يوجب انفساخ العقد كهلاك المبيع ان من اشترى بفلوس شيئاً فكسدت قبل القبض بطل العقد لان الثمن فلوس رائجة فإذا كسدت الفلوس فقد هلك الثمن وما ينقص العقد بهلاك إذا تعذر قبضه ثبت للعاقد حق الفسخ كالمبيع. وحجتنا في ذلك قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة والمشتري حين أفلس بالثمن قد استحق النظرة شرعاً ولو أجله البائع لم يكن له أن يفسخ العقد قبل مضي الاجل فإذا صار منظرًا بانظار الله تعالى أولى أن يتمكن البائع من فسخ العقد وأما الحديث الذي استدلوا به فقد ذكر الخصاص باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو في ماله بين غرمائه أو قال فهو اسوة غرمائه فيه وتأويل الرواية الاخرى ان المشتري كان قد قبضه بغير اذن البائع أو مع شرط الخيار للبائع وبه نقول ان في هذا الموضوع للبائع حق الاسترداد والمعنى فيه ان لم يتعين على البائع شرط عقده فلا يتمكن من فسخ العقد كما لو كان المشتري ملياً وبيان ذلك ان موجب العقد ملك اليمين فان اليمين يجب بالعقد ويملك به وانما يملك بالعقد ديناً في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس على ما كانت عليه قبل الافلاس محل صالح لوجوب الدين عليه فاما حق الاستيفاء فتأبث للبائع بسبب ملكه لا بحكم العقد ألا ترى انه يجوز اسقاطه بالابراء وبالاستبدال وقبض البديل إذا صار مستحقاً بالبيع لا يجوز اسقاطه بالاستبدال وقبض البديل إذا صار مستحقاً بالبيع لا يجوز اسقاطه بالاستبدال كما في البيع عينا كان أو ديناً فعرفنا ان حق قبض الثمن له بحكم الملك لا ان يكون موجب العقد فيتعذر له لا يتغير شرط العقد والدليل على هذا أن قدرة المشتري على تسليم الثمن عند العقد ليس بشرط لجواز العقد فلو كان تسليم الثمن يستحق بالعقد لكانت القدرة على تسليمه شرطاً لجواز العقد كما في جانب المبيع فانه إذا كان عينا لا يجوز العقد إلا ان يكون مقدور التسليم للبائع وان كان ديناً كالتسليم لا يجوز العقد الا على وجه تثبت القدرة على التسليم به للعاقد وهو الاجل ولما جاز الشراء بالدرهم حالاً وان لم يكن في ملكه عرفنا ان وجوب تسليم الثمن ليس من حكم العقد وبهذا الحرف يستدل في المسألة ابتداءً فان العجز عن تسليم الثمن إذا طرأ بالافلاس لا يكون أقوى من العجز عن تسليم الثمن إذا اقترن بالعقد والمفلس إذا اشترى شيئاً والبائع يعلم انه مفلس صح العقد ولزم في الافلاس الطارئ لان لا ترتفع صفة اللزوم أولى بخلاف جانب المبيع فهناك ابتداء العقد مع العجز عن التسليم لا باق العبد لا يجوز فان رضى به المشتري فكذلك

إذا طرأ العجز فانه يثبت للمشتري حق الفسخ فان قيل كيف يستقيم هذا وقد قلتم ان أول التسليمين على المشتري فلو لم يكن تسليم الثمن مستحقاً بالعقد لم يتأخر حقه في قبض المبيع الا ان يؤدي الثمن قلنا وجوب أول التسليمين عليه لتحقيق معنى التسوية بينهما لان ذلك موجب العقد على ما قررنا ان العقد عقد تمليك فيقتضى التسوية بين المتعاقدين في الملك وقد حصل الملك لكل واحد منهما بالعقد الا ان الملك في العين

أكمل منه في الدين فعلى المشتري تسليم الثمن أولاً ليتقوى به ملك
البائع فكان ذلك من حكم الملك لا أن يكون موجب العقد ولئن سلمنا انه
من حكم العقد لاقتضى التسوية ولكن هذا المعنى قد انعدم بتسليم البائع
لما بيع طوعاً فهو كما لو انعدم بالتأجيل في الثمن فلا يبقى له بعد ذلك حق
فسخ البيع وان تعذر عليه استيفاء الثمن لافلاس المشتري وهذا بخلاف
الفلوس إذا كسدت لانه تغير هناك موجب العقد فيتغير فموجب العقد ملك
فلوس هي ثمن وبعد الكساد لا يبقى له في ذمة المشتري فلوس بهذه
الصفة فاما بعد افلاس المشتري فيبقى الثمن في ذمته مملوكاً للبائع كما
استحقه بالعقد وهذا بخلاف الكتابة لان هناك يعجز المكاتب بغير موجب
العقد فموجب ملك إذا طرأ العجز فانه يثبت للمشتري حق الفسخ فان قيل
كيف يستقيم هذا وقد قلتم ان أول التسليمين على المشتري فلو لم يكن
تسليم الثمن مستحقاً بالعقد لم يتأخر حقه في قبض المبيع الا ان يؤدي
الثمن قلنا وجوب أول التسليمين عليه لتحقيق معنى التسوية بينهما لان
ذلك موجب العقد على ما قررنا ان العقد عقد تملك فيقتضى التسوية بين
المتعاقدين في الملك وقد حصل الملك لكل واحد منهما بالعقد الا ان
الملك في العين أكمل منه في الدين فعلى المشتري تسليم الثمن أولاً
ليتقوى به ملك البائع فكان ذلك من حكم الملك لا أن يكون موجب العقد
ولئن سلمنا انه من حكم العقد لاقتضى التسوية ولكن هذا المعنى قد انعدم
بتسليم البائع لما بيع طوعاً فهو كما لو انعدم بالتأجيل في الثمن فلا يبقى
له بعد ذلك حق فسخ البيع وان تعذر عليه استيفاء الثمن لافلاس المشتري
وهذا بخلاف الفلوس إذا كسدت لانه تغير هناك موجب العقد فيتغير
فموجب العقد ملك فلوس هي ثمن وبعد الكساد لا يبقى له في ذمة
المشتري فلوس بهذه الصفة فاما بعد افلاس المشتري فيبقى الثمن في
ذمته مملوكاً للبائع كما استحقه بالعقد وهذا بخلاف الكتابة لان هناك يعجز
المكاتب بغير موجب العقد فموجب ملك المولى بدل الكتابة عند حلول
الاجل ولا يملكه إلا بالقبض لان المكاتب عبد له والمولى لا يستوجب دينا
في ذمده ولهذا لو كفل له انسان ببدل الكتابة عن المكاتب لم تصح
الكفالة وللمكاتب أن يعجز نفسه فإذا لم يكن له ذلك دينا حقيقة قلنا الملك
للمولى انما يثبت بالقبض وإذا عجز المكاتب عن الاداء فقد تغير ما هو
موجب العقد عليه فلهذا يمكن من فسخ العقد وهنا بافلاس المشتري لا
يتغير ملك البائع في الثمن فانه مملوك دينا في ذمة المشتري ولسنا نسلم
أن الدين في ذمة المفلس ناو فان المديون إذا كان مقراً بالدين فهو قائم
حقيقة وحكما مفلسا كان أو ملياً ولهذا قال أبو حنيفة يجب على صاحب
الدين الزكاة بمعنى إذا قبضه فإذا لم يتغير موجب العقد لا يتمكن من فسخ
العقد والله أعلم (تم الجزء الثالث عشر ويليه الجزء الرابع عشر) (وأوله
كتاب الصرف)