

فتح العزيز

عبد الكريم الرافعي ج 9

[1]

فتح العزيز شرح الوجيز وهو الشرح الكبير للامام ابي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة 623 هـ. الجزء التاسع دار الفكر بسم الله الرحمن الرحيم

[2]

قال * (النظر الرابع الكتاب في موجب الالفاظ المطلقة وتأثيرها باقتران العرف وهي ثلاثة أقسام (الاول) ما يطلق في العقد * فمن اشترى شيئا بمائة فقال لغيره وليتك هذا العقد فقبل انتقل الملك إليه بالمائة وسلم الزوائد للاول وتتجدد الشفعة بجريان هذا البيع (و) ولو حط عن المائة لحق الحط (و) المشتري الثاني لانه في حق الثمن كالبناء) * عرفت في أول البيع أن كلام هذا النظر فيما يقع والالفاظ المتأثرة بالقرائن المنضمة إليها تنقسم إلى راجعة إلى مطلق العقد وإلى راجعة إلى الثمن خاصة (أما) القسم الاول فمقصوده بيان لفظين يشتمل

[3]

الفصل علي إحداهما وهي التولية والتولية أن يشتري شيئا ثم يقول لغيره وليتك هذا العقد فيجوز ويشترط قبوله في المجلس علي قاعدة التخاطب بأن يقول قبلت أو توليت ويلزمه مثل الثمن الاول جنسا وقدرا ووصفا ولا يشترط ذكره إذا علماه فان لم يعلمه المشتري أعلمه أولا ثم ولاه العقد وهذا العقد بيع يشترط فيه القدرة علي التسليم والتقابض إذا كان صرفا وسائر الشروط ولا يجوز قبل قبض المبيع علي ما مر في النظر الثالث والزوائد المنفصلة قبل التولية تبقى للمولى ولو كان المبيع شقصا مشفوعا وعفي الشفعيع تجددت الشفعة بالتولية * ولو حط البائع بعد التولية بعض الثمن انحط عن المولى أيضا ولو حط الكل فكذلك لانه وإن كان بيعا جديدا فخاصيته وفائدته التنزيل على الثمن الاول * وعن القاضي الحسين أن الوجه التردد في جميع هذه الاحكام فعلى رأى يجعل المولى نائبا عن المولى فتكون الزوائد للمولى ولا تتجدد الشفعة ويلحق الحط المولى وعلى رأى تعكس هذه الاحكام ونقول هي بيع جديد وظاهر المذهب الفرق بين الزوائد والشفعة وبين الحط وعلى هذا لو حط البعض قبل التولية لم تجز التولية إلا بالباقي ولو حط الكل لم تصح التولية ومن شرط التولية أن يكون الثمن مثليا لياخذ المولى مثل ما بذل فلو اشتراه بعرض لم يجز فيه التولية * قال في التتمة إلا إذا انتقل ذلك العرض من

البائع إلى إنسان فولاه العقد * قال ولو اشتراه بعرض وقال قام على بكذا وقد وليتك العقد بما قام على أو أرادت المرأة عقد

[4]

التولية على صداقها بلفظ القيام أو أراد الرجل التولية على ما أخذه من عوض الخلع ففي جميع ذلك وجهان * ولو أخبر المولى عما اشترى به وكذب فمنهم من قال هو كالكذب في عقد المراجعة وسيأتي ومنهم من قال يحط قدر الخيانة قولاً واحداً * قال (ولو قال أشركتك في هذا العقد على المناصفة كان تولية في نصف المبيع ولو لم يذكر المناصفة فالأصح التنزيل على الشطر) * اللفظة الثانية الاشتراك وهو أن يشتري شيئاً ثم يشرك غيره فيه ليصير بعضه له بقسمته من الثمن ثم إن نص على المناصفة أو غيرها فذاك وإن أطلق الاشتراك فوجهان (أحدهما) أنه يفسد العقد للجهل بمقدار العوض كما لو قال بعثك بمائة ذهباً وفضة (والثاني) يصح ويحمل على المناصفة كما لو أقر بشئ لزيد وعمر ويحمل على المناصفة (والأول) هو الذي أورده في التهذيب (والثاني) أصح عند صاحب الكتاب وهو ما أورده في التتمة والاشراك في البعض كالتولية في الكل في الأحكام التي ذكرنا * قال (القسم الثاني ما يطلق في الثمن من ألفاظ المراجعة فإذا قال بعث بما اشتريت ورجح ده

[5]

يازده وكان قد اشترى بمائة استحق مائة وعشرة ولو قال يحط ده بازده وكان قد اشترى بمائة وعشرة استحق مائة (و) * بيع المراجعة جائز من غير كراهة وهو عقد بنى الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة مثل أن يشتري شيئاً بمائة ثم يقول لغيره بعث هذا بما اشتريته ورجح ده بازده أو بربح درهم لكل عشرة أو في كل عشرة ويجوز أن يضم إلى رأس المال شيئاً ثم يبيعه مراجعة مثل أن يقول اشتريته بمائة وقد بعثك بمائتين ورجح ده بازده وكأنه قال بعث بمائتين وعشرين * وكما يجوز البيع مراجعة يجوز محاطة مثل أن يقول بعث بما اشتريت يحط ده بازده وفي القدر المحطوط وجهان (أحدهما) أنه يحط من كل عشرة واحد كما زيد في المراجعة على كل عشرة واحد (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب أنه يحط من كل أحد عشر واحد لأن الربح في المراجعة جزء من أحد عشر فليكن كذلك الحط في المحاطة وليس في حط واحد من العشرة رعاية لنسبة ده بازده * فإذا كان قد اشترى بمائة فالثمن على الوجه الأول

[6]

تسعون وعلى الثاني تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم حطاً لتسعة من تسعة وتسعين ولجزء من أحد عشر جزءاً من الدرهم الباقي * ولو كان اشترى بمائة وعشرة فالثمن الآن على الوجه الأول تسعة

وتسعون وعلى الثاني مائة وعلى هذا القياس وصور كثير من العراقيين وغيرهم المسألة فيما إذا قال بعت بما اشتريت بحط درهم من كل عشرة وأوردوا فيها الوجهين * قال إمام الحرمين وهو غلط فان في هذه الصيغة تصريحاً بحط واحد من كل عشرة فلا معنى للتردد فيه وإنما موضع التردد لفظ ده بازده وهذا اعتراض بين * وذكر القاضي الماوردي وغيره أنه إذا قال بحط درهم من كل عشرة فالمحطوط واحد من عشرة ولو قال بحط درهم لكل عشرة فالمحطوط واحد من أحد عشر * قال (ولو قال بعتك بما قام على استحق مع الثمن ما بذله من أجرة الدلال والكيال وكراء البيت ولا يستحق ما أنفقه في علف الدابة ولا أجرة مثله إن كان يعمل بنفسه أو كان البيت ملكه لانه

[7]

ليس من خرج التجارة) * بيع المراجعة يفرض بعبارة أكثرها دورانا على الالسن ثلاث (إحداهما) بعت بما اشتريت أو بما بذلت من الثمن وربح كذا (والثانية) بعت بما قام على وربح كذا ويختلف حكم العبارتين في الداخل تحنهما وفيما يجب الاخبار عنه كما سنقصله من بعد فإذا قال بعت بما اشتريت لم يدخل فيه سوى الثمن وإذا قال بما قام على دخل فيه مع الثمن أجرة الكيال والدلال والحمال والحارث والقصار والرفا والصباغ وقيمة الصبغ وأجرة الختان وتطيين الدار وسائر المؤنات التي تلزم للاسترباح وألحق بها كراء البيت الذي فيه المباع * قال الامام لان التربص ركن في التخابر وانتظار الاسعار (وأما) المؤنات التي يقصد بها استبقاء الملك دون الاسترباح كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة فلا تدخل فيه ويقع في ذلك مقابلة المنافع والفوائد المستوفاة من المبيع وفي التتمة حكاية وجه أنها تدخل أيضا والمشهور الاول نعم العلف الزائد للتسمين يدخل فيه ذكره القاضي حسين وغيره وأجرة الطبيب إن اشتراه مريضا كأجرة القصار ونحوها لازدياد قيمته بزوال المرض وإن حدث المرض في يده فهي كالنفقة وفي مؤنة السائس تردد عند الامام (والاظهر) إلحاقها بالعلف * ولو قصر الثوب بنفسه أو كال أو حمل أو طين

[8]

الدار بنفسه لم تدخل الاجرة فيه لان السلعة لا تعد قائمة عليه إلا بما بذل وكذا لو كان البيت ملكه وكذا لو تطوع متطوع بالعمل أو باعارة البيت فان أراد اشتراك ذلك فسيبيله أن يقول اشتريت أو قام على بكذا وعملت فيه ما أجرته كذا وقد بعتك بهما وربحت كذا * (والعبارة الثالثة) أن يقول بعتك برأس المال وربح كذا فالمذهب الظاهر أنه كما لو قال بما اشتريت لان السابق إلى الافهام من رأس المال الثمن وعن القاضي أبي الطيب أنه كما لو قال بما قام على وهو اختيار ابن الصباغ * وذكر صاحب التتمة أن المكس الذي يأخذه السلطان يدخل في لفظه القيام وإن في دخول الغداء إذا جني العبد ففداه وجهين والذي أورده الاكثرون أنه لا يدخل فداء الجناية ولا ما أعطاه واسترد به المغصوب في شئ من الالفاظ والعبارات الثلاث تجري في المحاطة جريانها في المراجعة * قال (فلو كان مقدار ما اشترى به أو ما قام عليه مجهولا للمشتري الثاني عند العقد بطل (و) عقده) *

ينبغي أن يكون رأس المال أو ما قامت به السلعة عليه معلوما عند المتبايعين في بيع المراجعة فان تبايعا وأحدهما جاهل به ففي صحة العقد وجهان (أصحهما) وهو المذكور في الكتاب أنه لا يصح للجهل بالثمن كما في غير المراجعة وعلى هذا فلو أزيلت الجهالة في المجلس لم ينقلب العقد صحيحا وفيه وجه أنه ينقلب صحيحا وبه قال أبو حنيفة (والثاني) أنه يصح لان الثمن فيه مبنى على الثمن في العقد الاول

[9]

الرجوع إليه سهل فصار كالشفيع يطلب الشفعة قبل الاحاطة بمبلغ الثمن يجوز لسهولة معرفته وعلى هذا ففي اشتراط إزالة الجهالة في المجلس وجهان * ومهما كان الثمن دراهم معينة غير معلومة الوزن ففي جواز بيعه مراجعة الخلاف المذكور (والاصح) المنع حتى يعرف * وإذا تأملت ما ذكرنا تبين لك أن قوله للمشتري الثاني ليس لتخصيص الحكم بالمشتري بل لو كان مجهولا للبائع لكان الحكم كذلك * قال (ويجب (ح) على البائع حفظ الامانة بالصدق في قدر ما اشترى به وبالاخبار عما طرأ في يده من عيب منقص أو جناية (ح) ولا يلزمه الاخبار عن الغبن (و) في العقد ولا عن البائع وإن كان ولده (ح و) ويجب ذكر تأجيل الثمن) *

[10]

بيع المراجعة مبنى على الامانة لاعتماد المشتري نظر البائع واستقصاه ورضاه لنفسه ما رضيه البائع مع زيادة يذلها فعلى البائع الصدق في الاخبار عما اشترى به وعما قام به عليه ان كان يبيع بلفظ القيام * ولو اشترى بمائة وخرج عن ملكه ثم اشتراه بخمسين فرأس ماله خمسون ولا يجوز ضم الثمن الاول إليه * ولو اشتراه بمائة وباعه بخمسين ثم اشتراه ثانيا بمائة فرأس ماله مائة ولا يجوز أن يخبر بمائة وخمسين من قبل خسارته خمسين * ولو اشتراه بمائة وباعه بمائة وخمسين ثم اشتراه بمائة فان كان يبيعه مراجعة بلفظ رأس المال أو بلفظ ما اشترى أخبر بمائة ولا يلزمه أن يحط منه ربح البيع الاول كما لم يجر في الصورة الاولى ضم الخسران إلى المائة * وعن أبي حنيفة وأحمد أنه يجب حط ربح البيع الاول * وإن باعه بلفظ قام على فوجهان (أحدهما) ويحكي عن ابن سريج أنه لا يخبر إلا بخمسين فان أهل العرف يعدون السلعة والحالة هذه قائمة عليه بذلك (وأصحهما) أنه يخبر بمائة لان الملك الاخير قائم عليه بمائة * ويكره أن يواطئ وكيله ببيع ما اشتراه منه ثم يشتريه بأكثر ليخبر به في المراجعة ولو فعل قال ابن الصباغ يثبت للمشتري الخيار وخالفه غيره * ولو اشترى سلعة ثم قبل لزوم العقد ألحقا بالثمن زيادة أو نقصانا وصحناه فالثمن ما استقر عليه العقد وإن حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد وباع بلفظ ما اشترى لم يلزمه حط المحطوط عنه خلافا لابي حنيفة وإن باعه بلفظ قام على لم يخبر إلا بالباقي فان حط الكل لم يجر بيعه مراجعة بهذا اللفظ ولو حط عنه بعض الثمن بعد جريان المراجعة لم يلحق الحط بالمشتري

[11]

منه * وعن الشيخ أبي محمد وجه أنه يلحق كما في التولية والاشراك * ولو اشترى شيئا بعرض وباعه مرابحة بلفظ الشراء أو بلفظ القيام ذكر أنه اشتراه بعرض قيمته كذا ولا يقتصر على ذكر القيمة لأن البائع بالعرض يشدد فوق ما يشدد البائع بالنقد * ولو اشتراه بدين على البائع فإن كان مليا غير مماطل لم يجب الاخبار عنه وإن كان مماطلا وجب لأنه يشتري من مثله بالزيادة للتخلص من التقاضي * ويجوز أن يبيع مرابحة بعض الشيء الذي اشتراه ويذكر قسطه من الثمن وكذا لو اشترى قفيز حنطة ونحوها وباع أحدهما مرابحة * ولو اشترى عبدين أو ثوبين وأراد بيع أحدهما مرابحة فسيبيله أن يعرف قيمة كل واحد منهما يوم الشراء ويوزع الثمن على القيمتين ثم يبيعه بحصته من الثمن وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع أحدهما مرابحة لأن التوزيع بالقيمة تخمين ثم في الفصل صور (أحدها) يجب الاخبار عن العيوب الطارئة في يده سواء حدث العيب بأفة سماوية أو بجنايته أو بجناية أجنبي لأن المشتري يبني العقد على العقد الأول ويتوهم بقاء المبيع على ما كان ولا فرق بين ما ينقص العين وما ينقص القيمة كما في الرد وعن أبي حنيفة أنه لا يجب الاخبار عن العيب الحادث بالآفة السماوية * ولو أطلع على عيب قديم واختار امساكه ذكره في بيع المرابحة ولو تعذر رده لعيب حادث وأخذ الارش فإن باعه مرابحة بلفظ قام على حط الارش وإن باعه بلفظ ما اشترت ذكر ما جرى به العقد ويجب أن يذكر أيضا العيب واسترداد الارش فإن الارش المسترد جزء من الثمن * ولو أخذ أرض الجناية ثم باعه فإن باع بلفظ ما اشترت ذكر الثمن وأخبر

[12]

بالجناية وإن باع بلفظ قام على فوجهان (أحدهما) أنه نازل منزلة الكسب والزيادات والمبيع قائم عليه بتمام الثمن (وأصحهما) أنه يحط الارش من الثمن كارش العيب والمراد من الارش هاهنا قدر النقصان لا المأخوذ بتمامه فإذا قطعت يد العبد وقيمته مائة فنقص منها ثلاثون يأخذ خمسين ويحط من الثمن ثلاثين لا خمسين وحكى الامام وجه آخر أنه يحط جميع المأخوذ من الثمن * ولو نقص من القيمة أكثر من الارش المقدر حط ما أخذ من الثمن وأخبر عن قيامه عليه بالباقي وأنه نقص من قيمته كذا (الثانية) إذا كان قد اشتراه بعين فهل يلزمه الاخبار عنه فيه وجهان (أصحهما) عند الامام وهو المذكور في الكتاب أنه لا يلزم لأنه باع ما اشترى كما اشترى (والثاني) يلزم لأن المشتري منه اعتمد على نظره ويعتقد أنه لا يحتمل الغبن فليخبره ليكون على بصيرة من أمره وقضية كلام الأكثرين ترجيح هذا الوجه لأمري (أحدهما) أنهم قالوا لو اشتراه بدين من مماطل وجب الاخبار عنه لأن الغالب أنه يشتري من مثله بالزيادة وقد مر ذلك (والثاني) أنهم قالوا لو اشترى من ابنه الطفل وجب الاخبار عنه لأن الغالب في مثله الزيادة في الثمن نظرا للطفل واحترازا عن التهمة فإذا وجب الاخبار عند طن الغبن فلان يجب عند تعيينه كان أولى وإن اشتراه من ولده البالغ أو من أبيه فاصح الوجهين باتفاق الأئمة لا يجب الاخبار عنه كما لو اشترى من زوجته أو مكاتبه وفي الشامل ما يقتضى ترددا في المكاتب وعند أبي حنيفة وأحمد إذا اشتراه من ابنه أو أبيه وجب الاخبار عنه (الثالثة) إذا اشتراه بثمن مؤجل وجب الاخبار عنه

[13]

للتفاوت الظاهر بين المؤجل والمعجل في المالية وفي البيان حكاية وجه غريب أنه لا يجب التعرض له (الرابعة) لا يجب الاخبار عن وطئ الثيب ولا عن مهرها الذي تأخذه ولا عن الزیادات المنفصلة كالولد واللبن والصوف والثمره ولو كانت حاملا يوم الشراء أو كان في ضرعها لبن أو على ظهرها صوف أو على النخلة طلع فاستوفاهما حط بقسطها من الثمن وهذا في الحمل مبنى على أنه يقابله قسط من الثمن * قال (فان كذب في شئ من ذلك ففي استحقاق حط قدر التفاوت قولان فان قلنا لا يحط فله الخيار لكونه مظلوما بالتلبیس إلا إذا كان عالما بكذبه والاصح أن الخيار للبائع ان قلنا يحط ولا للمشتري) * إذا قال اشتريته بمائة وباعه مرابحة ثم بان أنه اشتراه بتسعين إما باقراره أو بالبينة فالبيع صحيح على المذهب لان غاية ما فيه التغریر والتدليس وذاك لا يمنع صحة البيع كما لو روج عليه معيба وعن رواية القاضي أبي حامد وغيره وجه أنه لا يصح لكون الثمن مجهولا عند العقد ويحكى هذا عن مالك * وإذا قلنا بظاهر المذهب فلا يخلو كذبه في هذا الاخبار إما أن يكون خيانة أو غلطا أما في الحالة الاولى فقولان منصوصان في اختلاف العراقيين (اصحهما) وهو المنقول في المختصر وبه قال أحمد إنا نحكم بالانحطاط الزيادة وحصلتها من الربح لانه تملك باعتبار الثمن الاول فيحط الزائد عليه كما في الشفعة (والثاني) وبه قال أبو حنيفة أنا لا نحكم لانه سمى ثمنا معلوما وعقد به العقد فليجب وان كان ملبسا (وأما) في الحالة الثانية فالمنصوص القول الاول والثاني مخرج من مثله في الحالة الاولى * (التفريع) ان حكمنا بالانحطاط فهل للمشتري الخيار نقل المزني أنه يثبت وقال في اختلاف العراقيين لا يثبت فمن الاصحاب من قال في المسألة قولان (أظهرهما) انه لا خيار له لانه قد رضى بالاكتر

[14]

فاولى أن يرضى بالاقول (والثاني) وبه قال أبو حنيفة أنه يثبت الخيار لانه إن بان كذبه بالاقرار لم يؤمن كذبه ثانيا وثالثا وإن بان بالبينة فقد تخالف الظاهر والباطن وأيضا فقد يكون له غرض في الشراء بذلك المبلغ لتحلة قسم وانفاذ وصية ونحوهما ومنهم من حمل النص الاول على ما إذا تبين كذب البائع بالبينة والثاني على ما إذا تبين باقراره والفرق أنه إذا ظهر بالبينة خيانتة لم تؤمن خيانتة من وجه آخر والاقرار يشعر بالامانة وبذل النصيح والطريقة الاولى أظهر (فان قلنا) لا خيار له فامسك بما يبقى بعد الحط فهل للبائع الخيار فيه وجهان وقيل قولان (أحدهما) نعم لانه لم يسلم له ما سماه في العقد (وأظهرهما) لا إذ يعد ان يصير تلبيسه أو غلظه سببا لثبوت الخيار له ومنهم من خص الوجهين بصورة الخيانة وقطع بثبوت الخيار عند الغلط فان حكمنا بعدم الانحطاط فللمشتري الخيار لان البائع قد غره إلا أن يكون عالما بكذب البائع فيكون كما لو اشترى معيبا وهو عالم بعيبه وإذا أثبت الخيار فلو قال البائع لا تفسخ فاني أحط الزيادة عنك ففي سقوط خياره وجهان وجميع ما ذكرناه فيما إذا كان المبيع باقيا أما إذا ظهر الحال بعد هلاك المبيع فان القاضي الماوردي ذكر انه تنحط الخيانة وحصلتها من الربح قولاً واحداً والظاهر جريان القولين في الانحطاط (فان

قلنا) بالانحطاط فلا خيار للمشتري لان البائع قد لا يزيد القيمة فالفسخ ورد القيمة يضربه (وأما) البائع فان لم يثبت له الخيار عند بقاء السلعة فكذلك هاهنا وإن أثبتناه ثم ثبت هاهنا كما لو وجد بالعبد عيبا والثوب الذي هو عرضه تالف * (وإن قلنا) بعدم الانحطاط فهل للمشتري الفسخ فيه وجهان (أظهرهما) كما لو عرف العيب بعد تلف المبيع ولكن يرجع بقدر التفاوت وحصته من

[15]

الربح كما يرجع بارش العيب وعن أبي حنيفة انه لا يفسخ ولا يرجع بشئ * ولو كان قد اشتراه بثمن مؤجل وحال فلم يتبين كونه مؤجلا لم يثبت الاجل في حق المشتري الثاني ولكن له الخيار وكذلك إذا ترك ذكر شئ آخر مما يجب ذكره * (وقوله) في الكتاب فان كذب في شئ من ذلك ففي استحقاق حط قدر التفاوت قولان يقتضى اثبات الخلاف فيما إذا أخبر عن سلامة المبيع وكان معيبا أو عن حلول الثمن وكان مؤجلا كما لو أخبر عن القدر كاذبا وقد صرح في الوسيط بذلك فيما إذا لم يخبر عن العيب فضلا عن أن يخبر عن السلامة كاذبا ولكن لم أر لغير المصنف رحمه الله تعرضا لذلك فان ثبت الخلاف فالسبيل على قول الحط النظر إلى القيمة وتقسيط الثمن عليها والله أعلم * (قال ولو كذب بنقصان الثمن وصدقه المشتري فالاصح أن لا تلحقه الزيادة إذ العقد لا يحتمل الزيادة ولكن للبائع الخيار إن صدقه المشتري * وان كذبه فلا تسمع بينته ودعواه لانه على نقيض ما سبق منه * وان ذكر وجهها مخيلا في الغلط فتسمع دعواه علي رأى لبعض الاصحاب متجه) * تكلمنا فيما إذا كذب المشتري في قدر الثمن بالزيادة غلطا أو خيانة أما إذا كذب بالنقصان بان قال كان الثمن أو رأس المال أو ما قامت به السلعة على مائة وباع مرابحة ثم عاد وقال غلطت وانما هو مائة وعشرة فنظر إن صدقه المشتري ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح البيع كما لو غلط بالزيادة (واصحهما) عند الامام وصاحب التهذيب انه لا يصح لتعذر امضائه فان العقد لا يحتمل الزيادة وأما النقصان فهو معهود بدليل الارش (فان قلنا) بالاول فاصح الوجهين أن الزيادة لا تثبت ولكن للبائع الخيار (والثاني) أنها تثبت مع ربحها وللمشتري الخيار (وقوله) في الكتاب فالاصح أن العقد لا يحتمل الزيادة إلى آخره أراد

[16]

به الوجهين الاخيرين المفرعين على وجه الصحة وذلك جواب منه بالصحة وهو الذي أورده القاضى الماوردى (وقوله) آخر إن صدقه المشتري تكرار غير محتاج إليه فانه تبين ذلك في التصوير أولا * وان كذبه المشتري فهذا يفرض على وجهين (أحدهما) أن لا يبين للغلط وجهها مخيلا فلا يقبل قوله ولو أقام عليه بينة لا تسمع دعواه لان اعترافه بان الثمن مائة يكذب قوله الثاني وبينته * فلو زعم أن المشتري عارف بصدقه والتمس تحليفه على أنه لا يعرف ذلك فوجهان في أنه هل يجاب (أحدهما) لا يجاب كما لا تسمع بينته (والثاني) يجاب لانه ربما يقر عند عرض الثمن عليه فعلى هذا إن نكل هل ترد اليمين على المدعي فيه وجهان بناء على أن اليمين المردودة بعد نكول المدعى عليه كالاقرار من جهة المدعي عليه أو كالبينه من جهة

المدعى وهذا أصل يشرح في موضعه * فعلى الاول يرد وعلى الثاني لاثم إذا قلنا بتحليف المشتري فانما يحلف على نفي العلم فان حلف أمضى العقد على ما حلف عليه وإن نكل وردنا اليمين فالبائع يحلف على القطع وإذا حلف فللمشتري الخيار بين إمضاء العقد بما حلف عليه وبين الفسخ كذا أطلقوه وقضية تنزيله منزلة إقرار المدعى عليه أن يعود فيه ما ذكرنا في حالة التصديق (والثاني) أن يتبين للغلط وجهها مخيلا مثل أن يقول ما كنت اشتريته بنفسى وإنما اشتراه وكيلى وأخبرني أن الثمن مائة فبان خلافه أو ورد على كتاب منه فبان مزورا أو أن يقول راجعت جريدتي فغلطت من ثمن متاع إلى غيره فتسمع دعواه للتحليف لان بيان هذه الاعذار يحرك ظن صدقه ومنهم من طرد الخلاف في التحليف وسماع البينة بترتب على التحليف ان قلنا لا تحليف فالبينة أولى ألا تسمع وان قلنا له التحليف ففي البينة وجهان (والاظهر) أنها تسمع أيضا وقوله في الكتاب فلا تسمع بينته ودعواه جواب على أنه ليس له التحليف والا فالتمكن من التحليف يتضمن سماع البينة والاصغاء

[17]

إليها وعلى مقابلته قوله فتسمع دعواه على رأى يشعر بسماع البينة وجواز التحليف والله أعلم * (فرع) قوله في المراجعة بعثك بكذا يقتضى أن يكون الربح من جنس الثمن الاول ولكن يجوز أن يجعل الربح من غير جنس الاصل ولو قال اشتريت بكذا أو بعثك به وربح درهم على كل عشرة فالربح يكون من نقد البلد لاطلاقه الدرهم والاصل مثل الثمن سواء كان من نقد البلد أو غيره * (فرع) لو أتهب بغير عوض لم يجز بيعه مراجعة الا أن يبين القيمة وبيع بها مراجعة وان أتهب بشرط الثواب ذكره وباع به مراجعة وإذا أجر دارا بعبد أو نكحت على عبد أو خالغ زوجته عليه أو صالح عن الدم عليه لم يجز بيع العبد مراجعة بلفظ الشراء ويجوز بلفظ قام على وبذكره في الاجارة أجرة مثل الدار وفي النكاح والخلع مهر المثل وفي الصلح عن الدم الدية * وأعلم أن الائمة اطبقوا على تصوير المراجعة فيما إذا قال بعث بما اشتريت وربح كذا أو بما قام علي ولم يذكروا فيه خلافا وفيما إذا أوصي لانسان بنصيب ابنه ذكروا وجهها أنه لا يصح إذا قال بمثل نصيب ابني فكانهم اقتصروا ههنا على إيراد ما هو الاصح والا فلا فرق بين البابين

[18]

(قال القسم الثالث ما يطلق في المبيع وهى ستة الفاظ (الاول) لفظ الارض وفى معناها العرصه والساحة والبقعة ولا تندرج تحتها الاشجار والبناء على أصح القولين إلا إذا قال بعث الارض (و) بما فيها) * ذكر في هذا القسم الفاظا تمس الحاجة إلى معرفة ما يندرج فيها وما لا يندرج (منها) الارض والعرصه والساحة والبقعة فإذا قال بعثك هذه الارض وكان فيها أبنية وأشجار نظران قال دون ما فيها من البناء والشجر لم تدخل هي في البيع وان قال بعثكها بما فيها دخلت الابنية والاشجار وكذا لو قال بعثكها بحقوقها على المشهور وحكي الامام وجهها أنها لا تدخل وحقوق الارض الممر ومجري الماء وما أشبههما وان أطلق فنصه ههنا أنها تدخل ونص فيما لو رهن الارض وأطلق أنها لا تدخل وللأصحاب فيها طرق (أحدها) ان

فيهما قولين بالنقل والتخريج (وجه) الدخول انها للدوام والثبات في الارض فاشبهت أجزاء الارض ولهذا يلحق بها في الاخذ بالشفعة (ووجه) المنع خروجها عن مسمى الارض (والثاني) تقرير النصين والفرق ان البيع قوى لازالة الملك فيستتبع الشجر والبناء والرهن بخلافه ولهذا يكون النماء الحادث من أصل

[19]

المبيع للمشتري ولم يكن النماء الحادث من أصل المرهون مرهونا (والثالث) ويحكي عن ابن سريج القطع بعدم الدخول في البيع والرهن جميعا ونصه ههنا محمول على ما إذا قال بحقوقها وكذا الحكم في الرهن لو قال بحقوقها وما الاظهر من هذا الخلاف (ذكر) صاحب الكتاب ان الاصح انها لا تدخل اقتداء بامام الحرمين ولا شك أنه أوضح في المعنى لكن عامة الاصحاب رحمهم الله على ان ظاهر المذهب دخولها ورأوا أصح الطرق تقرير النصين والله أعلم * قال (وأصول البقول كالاشجار والزروع لا تندرج قطعاً ولا البذر وان كان كامناً (والاصح) أنها لا تمنع صحة بيع الارض كما لو باع داراً مشحونة بأمثلة نعم إن جهل المشتري فله الخيار لتضرره بتعطيل المنفعة (والاصح) انه يدخل في ضمان المشتري (ح) وبده بالتسليم إليه وان تعذر انتفاعه بسبب الزرع) * في الفصل مسألتان (إحدهما) الزرع ضربان (الاول) ما لا تؤخذ ثمرته وفائدته مرة بعد أخرى

[20]

وانما يؤخذ دفعة واحدة كالحنطة والشعير فلا يدخل في مطلق بيع الارض لانه ليس للثبات والدوام وكان كمنقولات الدار ويصح بيع الارض وان كانت مزروعة على اصح الطريقين كما لو باع داراً مشحونة بأمثلة ولا يخرج على الخلاف في بيع الدار المستأجرة لان يد المستأجر حائلة ثم (ومنهم) من خرجه على القولين * قال الجمهور ولو كان في معنى تلك الصورة لوجب أن يقطع بالفساد لان مدة بقاء الزرع مجهولة وإذا قلنا بالصحيح فللمشتري الخيار ان كان جاهلاً بالحال بأن كانت رؤية الارض سابقة على البيع وان كان عالماً فلا خيار له وهل نحكم بصيرورة الارض في يد المشتري ودخولها في ضمانه إذا خلى البائع بينه وبينها فيه وجهان (أحدهما) لا لانها مشغولة بملك البائع كما ذكرنا فيما إذا كانت الدار المبيعة مشحونة بأمثلة البائع فيما قبل (وأظهرهما) نعم لحصول التسليم في الرقبة وهي المبيعة ويخالف صورة الاستشهاد لان التفريع ثم مات في الحال على أن الامام أورد في تلك الصورة وجهاً أيضاً وادعى أنه ظاهر المذهب وإذا كان في الارض جزر أو فجل أو سلق أو ثوم لم تدخل في بيع

[21]

الارض كالحنطة والشعير وكل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل وان قال بعت الارض بحقوقها يحكى ذلك عن الشيخ أبى حامد ورأيته لمنصور التميمي في المستعمل أيضا ولا يؤمر البائع بقطع الزرع الذى يبقى له في الحال بل له ابقاؤه إلى أوان الحصاد خلافا لابي حنيفة وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ وعليه تسوية الارض وقلع العروق التى يضر بقاؤها بالارض كعروق الذرة تشبيها بما إذا كان في الدار أمتعة لا يتسع لها باب الدار ينقض وعلى البائع ضمانه (الضرب الثاني) ما تؤخذ ثمرته وفائدته مرة بعد أخرى في سنتين أو أكثر كالكرسف الحجازى والنجرس والبنفسج فالظاهر من ثمارها عند بيع الارض يبقى للبائع وفى دخول الاصول الخلاف الذى سبق في الاشجار وفى النرجس والبنفسج وجه أنهما من الضرب الاول * وما يحز مرارا كالقت والقصب والهندبا والنعناع والكرفس والطرخون تبقى جزتها الظاهرة عند البيع للبائع وفى دخول الاصول الخلاف وعن الشيخ أبى محمد

[22]

القطع بأنها تدخل في بيع الارض لانها كامنة فيها نازلة منزلة اجزائها بخلاف الاشجار فيجوز أن نعلم لذلك قوله في الكتاب (وأصول البقول كالاشجار) بالواو وإذا قلنا بدخولها فليشترط على البائع قطع الجرة الظاهرة لانها تزيد ويشته المبيع بغيره ولا فرق بين أن يكون ما ظهر بالغا أو أن الجز أولا يكون قال في التتمة إلا القصب فانه لا يكلف بقطعه الا أن يكون ما ظهر قدرا ينتفع به ولو كان في الارض اشجار خلاف ما يقطع من وجه الارض فهي كالقصب (المسألة الثانية) لو كانت الارض المبيعة مبدورة ففي البذر الكامل مثل التفصيل المذكور في الزروع فالبذر الذى لا ثبات لبناته ويؤخذ دفعة واحدة لا يدخل في بيع الارض ويبقى إلى أوان الحصاد وللمشتري الخيار ان كان جاهلا به فان تركه البائع له سقط حق خياره وعليه القبول ولو قال أخذه وأفرغ الارض سقط خياره أيضا ان أمكن ذلك في زمان يسير * والبذر الذى يدوم نباته كنوي النخل والجوز واللوز وبذر الكراث

[23]

ونحوه من البقول حكمه في الدخول تحت بيع الارض حكم الاشجار وجميع ما ذكرنا في المسألتين مفروض فيما إذا أطلق بيع الارض فأما إذا باعها مع الزرع أو البذر فانا نورده في خلال اللفظ السادس إن شاء الله تعالى * قال (والحجارة ان كانت مخلوقة في الارض اندرجت وان كانت مدفونة فلا وعلى البائع النقل والتفريغ وتسوية الحفر فان كانت تتعيب به الارض أو تتعطل به منفعة في مدة النقل فله الخيار عند الجهل فان أجاز فالظاهر أن له طلب أجرة المنفعة في هذه المدة وفي مدة بقاء الزرع وكذلك له طلب أرش التعيب فان ترك البائع الحجارة بطل خيار المشتري لانه غير متضرر بالبقاء ثم لا يملكه بمجرد الاعراض (و) الا إذا جرى لفظ الهبة وشرطها) * الحجارة ان كانت مخلوقة في الارض أو مثبتة دخلت في بيع الارض * وان كانت تضر بالزرع

[24]

والغرس فقد ذكرنا في عداد العيوب أنه عيب إذا كانت الأرض مما تقصد لذلك وفيه وجه أنه ليس بعيب وإنما هو فوات فضيلة وإن كانت مدفونة فيها لم تدخل في البيع كالكنوز والأقمشة في الدار ثم لا يخلو (أما) أن يكون المشتري عالما بالحال أو جاهلا (فإن) كان عالما فلا خيار له في فسخ العقد وإن تضرر بقلع البائع وله إجبار البائع على القلع والنقل تفريغا لملكه بخلاف الزرع فإن له أمدا ينتظر ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل وإن طالت كما لو اشترى دارا فيها أقمشة وهو عالم بها لا أجرة له في مدة النقل والتفريغ ويجب على البائع إذا نقل تسوية الأرض * وإن كان جاهلا فللحجارة مع الأرض أربعة أحول (الحالة الأولى) أن لا يكون في قلعتها ولا في تركها ضرر بان لم يحوج النقل وتسوية الأرض إلى مدة لمثلها أجرة ولم تنقص الأرض بها فللبائع النقل وعليه تسوية الأرض ولا خيار للمشتري وله إجبار البائع على النقل وحكى الامام وجهها أنه لا يجبر والخيرة للبائع والمذهب

[25]

الأول (الحالة الثانية) أن لا يكون في قلعتها ضرر ويكون في تركها ضرر فيؤمر البائع بالنقل ولا خيار للمشتري كما لو اشترى دارا فلحق سققتها خلل يسير يمكن تداركه في الحال أو كانت منسدة البالوعة فقال البائع أنا أصلحه وأنقنها فلا خيار للمشتري (الثالثة) أن يكون القلع والترك جميعا مضرين فللمشتري الخيار سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعتها مضرا ولا يسقط خياره بأن يترك البائع الأحجار لما في نقلها من الضرر وهل يسقط بأن يقول للمشتري لا تفسخ لا غرم لك أجرة المثل لمدة النقل فيه وجهان (عن) روايه صاحب التقريب (أصحهما) لا كما لو قال البائع لا تفسخ البيع بالعيب لا غرم لك الأرض ثم إن أجاز المشتري البيع فعلى البائع النقل وتسوية الأرض سواء كان النقل قبل القبض أو بعده وهل تجب أجرة المثل لمدة النقل إن كان النقل قبل القبض فيبني على أن جناية البائع قبل القبض كافة سماوية أو كجناية الاجنبي (إن قلنا) بالأول لم تجب (وإن قلنا) بالثاني فهو كما لو نقل بعد القبض وإن كان النقل بعد القبض فوجهان (أصحهما) عند الشيخ أبي حامد أنها

[26]

لا تجب لأن إجازته رضي بتلف المنفعة في مدة النقل (وأصحهما) على ما يقتضيه كلام الأكثرين وبه قال أبو إسحق أنها تجب كما لو جنى على المبيع بعد القبض عليه ضمانه وقد يختصر فيقال في وجوب الأجرة ثلاثة أوجه (ثالثها) وهو الاظهر الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا تجب أو بعده فتجب ويجرى مثل هذا الخلاف في وجوب الأرض لو بقى في الأرض بعد التسوية نقصان وعيب وفي مأخذ الخلاف في الأرض ولزوم التسوية مزيد

كلام مذكور في الغصب (الرابعة) أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر فللمشتري الخيار فإن أجاز ففي الأجرة والأرض ما مر ولا يسقط خياره بأن يقول للبائع اقلع واغرم الأجرة أو أرش النقص قاله في التهذيب ويحيى فيه مثل الخلاف المذكور في الحالة الثالثة ولو رضى بترك الأحجار في الأرض سقط خيار المشتري إبقاء للعقد ثم ينظر إن اقتصر على قوله تركتها إلى المشتري فهو تملك أو مجرد إعراض لقطع الخصومة فيه وجهان كالوجهين في ترك النقل على الدابة المردودة بالعيب (أحدهما) أنه تملك ليكون سقوط الخيار في

[27]

مقابلة ملك حاصل (وأظهرهما) وهو الذي ذكره في الكتاب أنه قطع للخصومة لا غير (فان قلنا) بالاول فلو قلعها المشتري يوما فهي له ولو بدأ البائع في تركها لم يمكن الرجوع (وان قلنا) بالثاني فهي للبائع ولو أراد الرجوع قال الاكثرون له ذلك ويعود خيار المشتري وقال الامام لا رجوع ويلزمه الوفاء بالترك وان قال وهبتها منك فان رآها من قبل واجتمعت شرائط الهبة حصل الملك ومنهم من طرد الخلاف لانه لا يبغي حقيقة الهبة وانما يقصد دفع الفسخ وان لم تجتمع شرائط الهبة ففي صحتها للضرورة وجهان (إن) صحناها ففي افادة الملك ما ذكرنا في لفظ الترك * واعلم أن جميع ما ذكرنا فيما إذا كانت الأرض بيضاء أما إذا كان فيها غراس فينظر إن كانت حاصلة يوم البيع واشترائها مع الأرض فنقصان الأشجار وتعييبها بالأحجار كتعييب الأرض في إثبات الخيار وسائر الأحكام وان أحدثها المشتري بعد الشراء فينظر إن أحدثها عالما بالأحجار فللبائع قلعها وليس عليه نقصان ضمان الغراس وان أحدثها جاهلا ففي ثبوت الخيار وجهان (وجه) الثبوت إن الضرر ناشئ من إيداعه الأحجار

[28]

في الأرض (والاصح) إنه لا يثبت لرجوع الضرر إلى غير المبيع فان كانت الأرض تنقص بالأحجار أيضا نظر إن لم يورث الغرس وقلع المغروس نقصانا في الأرض فله القلع والفسخ وان أورث الغراس أو القلع نقصانا فلا خيار في الفسخ إذ لا يجوز له رد المبيع ناقصا ولكن يأخذ الأرض وإذا قلع البائع الأحجار فانتقص الغراس فعليه أرش النقص بلا خلاف ولو كان فوق الأحجار زرع اما للبائع أو للمشتري ففي التهذيب أنه يترك إلى أوان الحصاد لان له غاية منتظرة بخلاف الغراس ومنهم من سوى بينه وبين الغراس * إذا تقرر فقه الفصل فالحاجة بعده إلى معرفة ما ذكر في الكتاب واحلال كل شيء محله (أما قوله) وعلى البائع النقل والتفريغ وتسوية الحفر فاعلم ان الجمع بين النقل والتفريغ ضرب إيضاح والا فنقل الحجارة عن الموضع دون التفريغ محال ثم الكلام مجرى على إطلاقه في صورة العلم باشتغال الأرض على الأحجار المدفونة وكذا في صورة الجهل حيث لا يثبت الخيار وحيث ثبت فكذلك إن أجاز المشتري (وأما) إذا فسخ فلا يخفى أنه لا يكلف بالنقل وتسوية الحفر ثم

[29]

تكلم الامام في أنهم لم أوجبوا تسوية الحفر على البائع وعلى الغاصب إذا حفر في الارض المغصوبة ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده وانما أوجبوا الارش وأجاب عنه بأن طم الحفر لا يكاد يتفاوت وهيأت الابنية تختلف وتتفاوت فشبه ذلك بذوات الامثال وهذا بذوات القيم حتى لو رفع لبنة أو لبنتين من رأس الجدار وأمكن الرد من غير اختلاف في الهيئة كان ذلك كطم الحفيرة فهذا ما ذكره وفي وجوب الاعادة على هادم الجدار خلاف يذكر في كتاب الصلح (وقوله) فله الخيار عند الجهل محمول على الحالة الثالثة والرابعة (وأما) في الاولى والثانية فقد عرفت أنه لا خيار وقوله فالأظهر أن له طلب أجره المنفعة في هذه المدة وفي مدة بقاء الزرع (أما) أجره مدة النقل فقد تكلمنا فيها وبيننا أن الاظهر الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض أو بعده (وأما) في مدة بقاء الزرع فوجهان (عن) رواية صاحب التقريب الذي أورده المعظم أنه لا تجب الاجرة وتفع تلك المدة مستثناه كما لو باع دارا مشحونة بأقشمة لا يستحق المشتري الاجرة لمدة التفريغ (والثاني) وهو الاظهر عند صاحب الكتاب

[30]

أنها تجب ولفظ المنفعة في قوله أجره المنفعة حشو لا يضر اسقاطه إذ ليس الاجرة إلا عوض المنفعة (وقوله) وان ترك البائع الحجارة بطل خيار المشتري مصور في الحالة الرابعة لا غير لانه لا خيار للمشتري في الاولى والثانية حتى بفرض سقوطه (وأما) في الثالثة فقد ذكرنا أن ترك الحجارة لا يسقط الخيار وقوله لانه غير متضرر بالبقاء فيه إشارة إلى التصوير في الحالة المذكورة (وقوله) ثم لا يملكه بمجرد الاعراض معلم بالواو (وقوله) الا إذا جرى لفظ الهبة استثناء منقطع ويجوز أن يعلم قوله وشرطها بالواو للوجه الذي ذكرناه في أنه لا تعتبر اجتماع الشروط * قال (اللفظ الثاني الباغ وفي معناه البستان وهو مستتبع للاشجار ولا يتناول البناء على الاظهر (وأما) اسم القرية والدسكرة فيتناول البناء والشجر) * إذا قال بعثك هذا الباغ والبستان دخل في البيع الارض والاشجار والحائط وفي دخول البناء الذي فيه ما سبق في دخوله تحت الارض وفي العريش الذي توضع عليه القصبان تردد للشيخ أبي محمد والظاهر عند الامام دخوله وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان ولكن العادة في نواحينا إخراج الحائط عن مسمى الكرم وادخاله في مسمى

[31]

البستان ولا يبعد أن يكون الحكم علي ما استمر الاصطلاح به ولو قال هذه الدار بستان دخلت الابنية والاشجار جميعا ولو قال هذا الحائط بستان أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الاشجار وفي البناء الخلاف السابق هكذا ذكره في التهذيب ولا يتضح في لفظ المحوطة فرق بين الابنية والاشجار فليدخلا أو ليكونا على الخلاف ولو قال بعثك هذه القرية دخل في البيع الابنية والساحات التي تحيط بها الصور وفي الاشجار

وسطها الخلاف. اختيار الامام وصاحب الكتاب دخولها بخلاف اختيارهما في لفظ الارض (وأما) المزارع فلا تدخل في البيع الا ترى أنه لو حلف أنه لا يدخل القرية لم يحنث بدخوله المزارع ولو قال بعثتها بحقوقها لم تدخل أيضا بل لابد من نص على المزارع وفي النهاية أنها تدخل وذكر القاضي ابن كج أنها تدخل إذا قال بحقوقها وهما غريبان والله أعلم * قال (اللفظ الثالث الدار ولا يندرج تحته المنقولات إلا مفتاح الباب استثناء صاحب التلخيص ويندرج تحته الثوابت وما أثبت من مرافق الدار للبقاء كالابواب والمغالق تندرج وفي الاشجار

[32]

وحجر الرحي والاجانات المثبتة خلاف وفي معناها الرفرف والسلاليم المثبتة بالمسامير * إذا قال بعثك هذه الدار دخل في المبيع الارض والابنية على تنوعها حتى يدخل الحمام المعدود من مرافقها وحكي عن نصه أن الحمام لا يدخل وحملوه على حمامات الحجاز وهي بيوت من خشب تنقل ولو كان في وسطها اشجار ففي دخولها ما سبق في دخولها تحت بيع الارض ونقل الامام في دخولها ثلاثة أوجه (ثالثها) الفرق بين أن يكثر بحيث يجوز تسمية الدار بستانا فلا يدخل في لفظ الدار وبين أن لا تكون كذلك فتدخل (وأما) الآلات في الدار فهي علي ثلاثة أنواع (أحدها) المنقولات كالدلو والبكرة والرشا والمجارف والسررو الرفوف الموضوعة على الاوتاد والسلاليم التي لم تسم ولم تطين والاقفال والكنوز والدفاين فلا يدخل شيء منها في البيع نعم في مفتاح المغلاق المثبت وجهان (أحدهما) أنه كسائر المنقولات (وأصحهما) ويحكي عن صاحب التلخيص أنه يدخل لانه من توابع المغلاق المثبت وفي ألواح الدكاكين ماث هذين الوجهين لانه أبواب لها وان كانت تنقل وتردد في الفوقاني من حجر الرحي

[33]

مثل هذين الوجهين ان أدخلنا التحتاني والاصح الدخول والثاني ما أثبت تنمة للدار ليدوم فيها ويبقى كالسقوف والابواب المنصوبة وما عليها من المغاليق والحلق والسلاسل والضبات تدخل في البيع فانها معدودة من أجزاء الدار (الثالث) ما أثبت على غير هذا الوجه كالرفوف والدنان والاجانات المثبتة والسلاليم المسمرة والاولاد المثبتة في الارض والجدران والتحتاني من حجر الرحي وخشب القصار ومعجن الخبز ففي جميع ذلك وجهان (أصحهما) أنها تدخل لثباتها واتصالها (والثاني) لا تدخل لانهما انما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كي لا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال وأشار الامام إلى القطع بدخول الحجرين في بيع الطاحونة وبدخول الاجانات المثبتة إذا باع باسم المدبغة والمصبغة وان الخلاف في دخولها تحت بيع الدار وفي التهمة أن أصل الخلاف في هذه المسائل الخلاف في تجويز الصلاة إلى العصا المغروزة في سطح الكعبة إن جوزنا فقد عدناها من البناء فتدخل والا فلا وهذا يقتضي التسوية بين اسم الدار والمدبغة (وقوله) في الكتاب وتندرج تحته الثوابت وما أثبت من مرافق الدار كأنه

[34]

يعنى بالثواب ما هو ثابت في نفسه من غير اثبات أو ما هو من ضرورات الدار وبما أثبت من المرافق ما سواها * (فروع) (أحدها) لا يدخل مسيل الماء في بيع الأرض وكذا لا يدخل فيه شربها من القناة أو النهر المملوكين إلا أن يشترط أو يقول بحقوقها وحكى أبو عاصم العبادي وجها أنه لا يكفى ذكر الحقوق وإذا كان في الدار المبيعة بئر ماء دخلت في المبيع والماء الحاصل في البئر لا يدخل أما إذا لم نجعله مملوكا فظاهر وأما إذا جعلناه مملوكا فلأنه نماء ظاهر فأشبه الثمار المؤبرة وفي النهاية حكاية وجه أنه يدخل إذا جعلناه مملوكا وينزل منزلة الثمار التي لم تؤثر لانه العرف فيه وان شرط دخوله في البيع صح على قولنا أن الماء مملوك بل لا يصح البيع دون هذا الشرط والا اختلط ماء المشتري بماء البائع وانفسخ البيع وذكر الخلاف في الماء وتغاريبه مؤخر إلى أحياء الموات (الثاني) لو كان في الأرض أو الدار معدن ظاهر كالنفط والملح والغاز والكبريت فهو كالماء وإن كان باطنا كالذهب والفضة دخل في البيع ألا أنه لا يجوز بيع ما فيه معدن الذهب والفضة من جهة الربا وفي

[35]

بيعه بالفضة قولان للجمع في الصفقة الواحدة بين البيع والصرف (الثالث) باع دارا في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع وفي دخول الاشجار الخلاف الذي سبق وإن كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم ولا الاشجار في البيع بل لا حريم لمثل هذه الدار على ما سنذكر في أحياء الموات * قال * (اللفظ الرابع العبد ولا يتناول مال العبد (وان قلنا) أنه يملك بالتملك وفي ثيابه التي عليه ثلاثة أوجه وفي (الثالث) يندرج سائر العورة دون غيره (والوجه الصحيح تحكيم العرف) * العبد إذا ملكه سيده مالا هل يملكه فيه قولان مذكوران بتوجيههما في باب معاملات العبيد * إذا عرف ذلك فلو ملكه سيده مالا ثم باعه وشرط المال لنفسه فلا كلام وإن أطلق بيعه لم يتبعه المال أيضا (أما) إذا قلنا أنه لا يملك فظاهر (وأما) إذا قلنا أنه يملك فلان اللفظ لا يتناول المال وهو بسبيل من الرجوع فيه وكان ترك التعرض للمال رجوعا * وإن باعه مع المال (فان قلنا) أنه

[36]

لا يملك ما ملكه اعتبر فيه شرائط المبيع حتى لو كان مجهولا أو غائبا لم يصح البيع وكذا لو كان ذهبا والتمن فضة أو بالعكس فهو على قول الجمع بين البيع والصرف (وان قلنا) أنه يملك فقد نص أن المال ينتقل إلى المشتري مع العبد وأنه لا بأس بكونه مجهولا أو غائبا ولم يحتمل ذلك عن أبي سعيد الاصطخري أن المال تابع وقد يحتمل في البائع ما لا يحتمل في الاصل ألا ترى أن الجهل في الحمل واللبن التابعين محتمل وكذا الجهل بحقوق الدار * وعن ابن سريج وأبي اسحق أن المال ليس بمبيع لا أصلا ولا تبعا ولكن شرطه للمبتاع ببقائه له على العبد كما كان فللمشتري انتزاعه منه كما كان للبائع الانتزاع فعلى هذا لو كان المال ربويا والتمن من جنسه

فلا بأس وعلى الاول لا يجوز ذلك ولا يحتمل الربا في البائع كما في الاصل
وأصح المعنيين عند الاصحاب الثاني * هذه إحدى مسألتني الفصل (والثانية)
الثياب التي على العبد هل تدخل في بيعه فيه وجهان (أحدهما) لا تدخل
أقتصار على اللفظ كما أن السرج لا يدخل في بيع

[37]

الدابة (والثاني) تدخل وعلى هذا فوجهان (أحدهما) أن ما عليه من الثياب
تدخل اعتبارا بالعرف وبه قال أبو حنيفة (والثاني) يدخل سائر العورة دون
غيره (وقوله) في الكتاب والوجه الصحيح تحكيم العرف ربما أشعر بوجه
رابع لكن المنقول ليس إلا الوجوه الثلاثة فهو إذن ترجيح لوجه دخول ما
عليه من الثياب لكن صاحب التهذيب وغيره رجحوا الوجه السائر إلى أن
شيئا منها لا يدخل في البيع وكذا قالوا في عذار الدابة (وأما) نعلها فيدخل
وكذا برة الناقة إلا أن يكون من ذهب أو فضة * قال (اللفظ الخامس الشجر
ويندرج تحته الاغصان والاوراق حتى ورق الفرصاد على الاصح وكذا العروق
ويستحق الابقاء مغروسا ولا يستحق المغرس على الاصح من القولين
ولكن يستحق منفعتها للابقاء) * في الفصل مسألتان (إحدهما) أغصان
الشجرة تدخل في مطلق بيعها لانها معدودة من أجزاء

[38]

الشجرة نعم لا يدخل الغصن اليابس في بيع الشجرة الرطبة لان العادة فيه
القطع كما في الثمار قال في التهذيب ويحتمل أن يدخل كالصوف على
ظهر الغنم وتدخل العروق أيضا في مطلق بيع الشجرة وكذلك الاوراق إلا
أن شجرة الفرصاد إذا بيعت في الربيع وقد خرجت اوراقها ففي دخولها
تحت البيع وجهان (أصحهما) تدخل كما في غير وقت الربيع وكما في سائر
الاشجار (وقال) أبو إسحق لا تدخل لانها كثمار سائر الاشجار وفي اوراق
شجر النبق ذكر طريقتين في التتمة (أظهرهما) أنها كاوراق غيرها من
الاشجار (والثاني) أنها كاوراق الفرصاد لانها تلتقط ليغسل بها الرأس
(الثانية) لو باع شجرة يابسة فعلى المشتري تفريغ الارض عنها للعادة
(قال) في التتمة فلو شرط ابقاءها فسد البيع كما لو اشترى الثمرة بعد
التأبير وشرط عدم القطع عند الجذاذ ولو باعها بشرط القلع أو القطع جاز
وتدخل العروق في البيع عند شرط القلع ولا تدخل عند شرط القطع بل
تقطع عن وجه الارض وان كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الابقاء أو
شرط القلع أتبع الشرط ولو أطلق جاز الابقاء أيضا

[39]

للعادة كما لو اشترى بناء يستحق ابقاءه وهل يدخل المغرس في البيع
وجهان. وقال الامام وصاحب الكتاب رحمهما الله قولان (أحدهما) ويحكمي
عن أبي حنيفة نعم لانه يستحق منفعته لا إلى غاية وذلك لا يكون إلا على

سبيل الملك ولا وجه لتملكه إلا دخوله في البيع (وأصحهما لا لأن أسم
الشجرة لا يتناوله وقد يستحق غير المالك المنفعة لا إلى غاية كما لو أعار
جداره ليضع غيره الجذع عليه فعلى الوجه الاول لو انقلعت الشجرة أو
قلعها المالك كان له أن يغرس بدلها وله أن يبيع المغرس وعلى الثاني
ليس له ذلك ويجرى الخلاف فيما لو اشترى أرضا وشرط البائع لنفسه
شجرة منها ان المغرس يبقى له أم لا * قال (وان كان عليها ثمرة مؤبرة لم
تندرج تحته وغير المؤبرة تندرج (ح) وفى معنى المؤبرة كل ثمرة بارزة
ظهرت للناظرين وإذا تابى بعض الثمار حكم بانقطاع التبعية في الكل نظرا
إلى وقت التأبير لعسر تتبع العناقيد هذا إذا اتحد النوع وشملت الصفة
فان اختلفا أو أحدهما ففيه خلاف المقصود) * بيان أن الثمرة متى تندرج
في بيع الشجرة ومتى لا تندرج * والاصل في الباب ما روى عن ابن عمر
رضى الله عنهما

[40]

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من باع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها
للبيع إلا أن يشترط المبتاع) (1) وروى أن رجلا ابتاع نخلا من آخر واختلفا
فقال المبتاع أنا أبرته بعدما ابتعت وقال البائع أنا أبرته من قبل البيع
فتحاكما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقصى بالثمرة لمن أبر منهما) (2)
* وأول ما يحتاج إلى معرفته تفسير التأبير * اعلم أن النخيل فحول وأناث
ومعظم المقصود من طلع الفحول استصلاح الاناث بها والذي يبدو منها
أولا أكمة صغيرة ثم

(1) (حديث) من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبيع إلا أن يشترط المبتاع. الشافعي عن ابن
عينة عن الزهري عن سالم عن أبيه رواه مسلم واتفقا عليه من حديث مالك عن نافع عن
ابن عمر بلفظ قد أبرت وأخرجه الشافعي أيضا عن مالك قال الشافعي هذا الحديث ثابت
عندنا وبه نأخذ (تنبيه) وقع في بعض تنسخ الرافعي قبل أن يؤبر وهو غلط من الناسخ وكذا
عزاه ابن الرفعة في المطلب للمختصر فوهم وقد ذكره امام الحرمين في النهاية على
المختصر على الصواب * (2) (حديث) روي أن رجلا ابتاع نخلا من آخر واختلفا فقال المبتاع
أنا أبرته بعد

[41]

تكبر وتطول حتى تصير كأذن الحمر فإذا كبرت تشقق فتظهر العناقيد
في أوساطها فيذر فيها طلع الفحول ليكون الحاصل من رطبها أجود
فالتشقيق ودر طلع الفحول فيها هو التأبير وقد يسمى تلقيفا أيضا ثم
الاكثرون يسمون الكمام الخارج كله طلعاً والامام خص اسم الطلع بما
يظهر من النور على العنقود من تشقق الكمام ثم المتعهدون للنخيل
لا يؤبرون جميع الاكمة ولكن يكتفون بتأبير البعض والباقي ينشق بنفسه
وينبت ريح الفحول إليه وقد لا يؤبر في الحائط شئ وتتشق الاكمة
بنفسها إذ كبرت الا أن رطبها لا يجئ جيداً وكذلك الخارج من الفحول ينشق
بنفسه ولا يشقق غالباً * إذا تقرر ذلك فإذا باع نخلة عليها ثمرة وشرطاها
للبيع لم تندرج في بيع النخلة وان شرطاها

= ما بتعت وقال البائع أنا أبرته قبل البيع فتحاكما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ففضى بالثمرة لمن أبر منهما. البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي من مرسل عطاء وعزاه ابن الطلاع في الاحكام إلى الدلائل للاصيلي مسندا عن ابن عمر*

[42]

للمشتري اندرجت وان أطلقا وهي مسألة الكتاب نظر ان كانت مؤبرة لم تندرج في البيع وكذا لو لم تؤبر وتشققت الاكمة بنفسها اعتبارا لظهور المقصود وان لم تؤبر ولا تشققت هي اندرجت في البيع وبه قال مالك وأحمد (وقال) أبو حنيفة تبقى الثمار للبائع أبرت أو لم تؤبر * لنا ما سبق من الخبر وأيضا فان لها حالة كمون وظهور بأصل الخلقة فيتبع الاصل في حالة الكمون اعتبارا بحال البهيمه والجارية ولو باع الفحول من النخل بعد تشقق طلعتها لم يندرج الطلع في البيع وان لم يتشقق فوجهان (أظهرهما) الاتدراج كما في طلع الاناث (والثاني) لا يندرج لان طلع الفحل يؤكل على

[43]

هيئته ويطلب لتلقيح الاناث به وليس له غاية منتظرة بعد ذلك فكان ظهوره كظهور ثمرة لا قشر لها بخلاف طلع الاناث فانه يعني بثمرته فاعتبر ظهورها * ثم الكلام في أمرين (أحدهما) ما عدا النخل من الاشجار أقسام (أولها) ما يفصل منه الورق كشجر الفرصاد وقد ذكرنا حكمه (قال) في البيان وشجر الحنا ونحوه يجوز أن يلحق بشجر الفرصاد ويجوز أن يقال إذا ظهر ورقه فهي للبائع بلا خلاف لانه لا ثمرة لها سوى الورق وللفرصاد ثمرة مأكولة (وثانيها) ما يقصد منه الورد وهو على ضربين (أحدهما) ما يخرج في كمام ثم ينفث كالورد الاحمر فإذا بيع أصله بعد خروجه وتفتحه فهو للبائع كطلع

[44]

النخل المتشقق وان بيع بعد خروجه وقبل تفتحه فهو للمشتري كالطلع قبل التشقق وعن الشيخ أبي حامد أنه يكون للبائع أيضا (والثاني) ما يخرج ورده ظاهرا كالياسمين فان خرج ورده فهو للبائع والا فللمشتري (وثالثها) ما يقصد منه الثمرة وهو على ضربين (أحدهما) ما تخرج ثمرته بارزة بلا قشر ولا كمام كالتين فهو كالياسمين والحق العنب بالتين وان كان لكل حبة منه قشر لطيف يتشقق ويخرج منها نور لطيف لان مثل ذلك موجود في ثمر النخل بعد التأبير ولا عبرة به (والثاني) ما لا يكون كذلك وهو على ضربين (أحدهما) ما تخرج ثمرته في نور ثم يتناثر النور فتبرز الثمرة بلا حائل كالشمش

[45]

والتفاح والكمثرى وما أشبهها فان باع الاصل قبل انعقاد الثمرة فانها تنعقد على ملك المشتري وان كان النور قد خرج وان باعه قبل الانعقاد وتناثر النور فهي للبائع وان باعه بعد الانعقاد قبل تناثر النور فوجهين (أحدهما) أنها للمشتري تنزيلا للاستتار بالنور منزلة استتار ثمر النخل بالكمام (والثاني) أنها للبائع تنزيلا لها منزلة استتارها بعد التأبير بالقشر الابيض وهذا أرجح عند أبى القاسم الكرخي وصاحب التهذيب لكن الاول هو المحكى عن نصه في البويطي وعن أبى اسحق واختاره ابن الصباغ والقاضى الرويانى والله أعلم (والثاني) ما يبقى له حائل على الثمرة المقصودة وله ضربان (أحدهما) ماله

[46]

قشرة واحدة كالرمان * فإذا بيع أصله وقد ظهر الرمان بقشره فهو للبائع ولا اعتبار بقشره لان ابقاءه من مصلحته وان لم تظهر فالذي يظهر يكون للمشتري (والثاني) ماله قشرتان كالجوز واللوز والفسق والرائج فان باعها قبل خروجها فانها تخرج على ملك المشتري وان باعها بعد الخروج فتبقى على ملك البائع ولا يعتبر في ذلك تشقق القشرة العليا على أصح الوجهين (والثاني) يعتبر وبه قال الشيخ أبو حامد وطبقته * وأعلم أن أشجار الصريين الاخيرين (منها) ما يخرج ثمره في قشره من غير نور كالجوز

[47]

والفسق (ومنها) ما يخرج في نور ثم يتناثر عنه كالرمان واللوز وما ذكرنا من الحكم فيما إذا بيع الاصل بعد تناثر النور عنه فان بيع قبله عاد فيه الكلام السابق * (فرع) الكرسف وهو القطن نوعان (أحدهما) ماله ساق تبقى سنين وتثمر كل سنة وهو كرسف الحجاز والبصرة والشام فهو كالنخل أن بيع أصله قبل خروج الجوزق أو بعده وقبل تشققه فالحاصل للمشتري وان بيع بعد التشقق فهو للبائع (والثاني) ما لا يبقى أكثر من سنة فهو كالزرع

[48]

فان باعه قبل خروج الجوزق أو بعده وقبل تكامل القطن فلا بد من شرط القطع ثم ان لم يتفق القطع حتى خرج الجوزق فهو للمشتري لحدوثه من

عين ملكه (قال) في التهذيب وان باعه بعد تكامل القطن فان تشقق الجوزق صح البيع مطلقا ودخل القطن في البيع بخلاف الثمرة المؤبر لا تدخل في بيع الشجرة لان الشجرة مقصودة لثمار سائر الاعوام ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة وان لم يتشقق لم يحز البيع في أصح الوجهين لان المقصود مستتر بما ليس من صلاحه بخلاف الجوز واللوز في القشرة السفلى (الامر الثاني) لا يشترط لبقاء الثمرة على ملك البائع التأبير في كل كمام وعنقود لما

[49]

في بيع ذلك من العسر بل إذا باع نخلة أبر بعض طلعتها بقي الكل للبائع وجعل غير المؤبر تابعا للمؤبر وذلك أولى من أن يعكس فيجعل المؤبر تابعا لغير المؤبر لان المؤبر ظاهر واتباع الباطن الظاهر أولى كما أن باطن الصبرة تبع لظاهرها في الرؤية ولان الباطن صائر إلى الظهور بخلاف العكس * ولو باع نخلات طلع بعضها مؤبر وطلع البعض غير مؤبر فلها حالتان (إحدهما) أن يكون في بستان واحد فينظر إن اتحد النوع وباعها صفقة واحدة فالحكم كما في النخلة الواحدة إذا أبر بعض ثمرها دون بعض وان أفرد ما لم يؤبر طلعه فوجهان (أحدهما) أنه يبقى للبائع أيضا لدخول

[50]

وقت التأبير والاكتفاء به عن نفس التأبير (وأصحهما) أنه يكون للمشتري لانه ليس في المبيع شئ مؤبر حتى يجعل غير المؤبر تبعا له فيبقى تبعا للاصل وان اختلف النوع فوجهان (أحدهما) وبه قال ابن خيران أن غير المؤبر يكون للمشتري والمؤبر للبائع لان لاختلاف النوع تأثيرا بينا (في اختلاف الايدي وقت التأبير) (1) (وأصحهما) أن الكل يبقى للبائع كما لو اتحد النوع دفعا لضرر اختلاف الايدي وسوء المشاركة (الحالة الثانية) أن يكون في بستانين فحيث قلنا في البستان الواحد إن كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفرد بحكمه فهاهنا أولى وحيث قلنا بأن غير المؤبر يتبع المؤبر فهاهنا

(1) ما بين القوسين ساقط في بعض النسخ

[51]

وجهان (أصحهما) أن كل بستان يفرد بحكمه والفرق أن لاختلاف البقاع تأثيرا في وقت التأبير وأيضا فانه يلزم في البستان الواحد ضرر اختلاف الايدي وسوء المشاركة ولان للخطة الواحدة من التأثير في الجمع ما ليس للخطتين ألا ترى أن خطة المسجد تجمع بين الامام والمأموم وان اختلف

البناء وتباعدت المسافة بينهما ولا فرق بين أن يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين * (فروع) أحدها إذا باع نخلة وبقيت الثمرة له ثم خرج طلع آخر من تلك النخلة أو من نخلة أخرى حيث يقتضى الحكم اشتراكهما في الحال ففيه وجهان (أصحهما) أن الطلع الجديد للبائع أيضا

[52]

لانه من ثمرة العام (وقال) ابن أبي هريرة أنه للمشتري لانه حدث من ملكه بعد البيع (الثاني) لو جمع في صفقة واحدة بين فحول النخل وإنائها كما لو جمع بين نوعين من الاناث (الثالث) قال في التهذيب تشقق بعض الجوزق من الكرسف كتشقق الكل وما تشقق من الورد يبقى للبائع وما لم يتشقق يكون للمشتري وان كانا على شجرة واحدة ولا يتبع البعض البعض بخلاف ثمر النخل لان المتشقق لا يقطع بل يترك إلى إدراك الكل وما تشقق من الورد يحتني ولا يترك إلى تشقق الباقي وذكر أيضا أن التين والعنب إن ظهر بعضه دون بعض فما ظهر يكون

[53]

للبائع وما لم يظهر يكون للمشتري وهذه الصورة الاخيرة محل التوقف والله أعلم * (وأما) لفظ الكتاب (فقوله) وغير المؤبر يندرج يحتاج إلى قيد آخر وهو أن لا يتشقق بنفسه إذ لو تشقق لما اندرج وان لم يؤبر على أن بعضهم فسر التأبير بما يدخل فيه التشقيق والتشقق فعلى ذلك الاصطلاح يستمر الكلام على ظاهره (وقوله) كل ثمرة ظهرت للناظرين أي إما في ابتداء الوجود كالتين أو بالتفتح كالورد أو بالخروج من النور على التفصيل السابق (وقوله) نظرا إلى وقت التأبير هذا التوجيه يقتضى أن يكون احد البستانين تابعا للآخر لدخول وقت التأبير لكن الظاهر خلافه

[54]

على ما مر فهو إذا محمول على نخيل البستان الواحد وفي قوله هذا إذا اتحد النوع وشملت الصفقة مثل هذا الكلام المعني وان اتحد البستان إلا أن يجاب بالوجه الآخر * قال * (وليس لمشتري الاشجار أن يكلف البائع قطع الثمار بل له (ح) الأبقاء إلى أوان القطاف للعرف ولكل واحد أن يسقى الاشجار إذا كان يحتاج إليه إن لم يكن يتضرر صاحبه وان تقابل الضرران فأيهما أولى به فيه ثلاثة أوجه (أصحها) أن المشتري أولى إذا التزم البائع سلامة الاثمار له وفي (الثالث) يتساويان فيفسخ العقد لتعذر الامضاء إن لم يصطلحا ومهما لم تتضرر الثمار بالسقي وتضرر الشجر بترك السقي فعلى البائع السقي أو القطع) *

[55]

في الفصل صور (إحداها) إذا باع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع فان شرط القطع في الحال لزمه القطع وان أطلق فليس للمشتري أن يكلفه القطع في الحال بل له الإبقاء إلى أوان الجذاذ في النخل والقطاف في العنب وبه قال مالك وأحمد (وقال) أبو حنيفة يلزمه القطع في الحال ولو شرط الإبقاء ففسد * لنا أن مطلق العقد محمول على المعتاد والمعتاد في الثمار الإبقاء حتى لو كانت الثمرة من نوع يعتاد قطعها قبل النضج يكلف القطع وإذا جاء وقت الجذاذ لا يمكن من أن يأخذها علي التدريج ولا يؤخر إلى نهاية النضج (واعلم) أنه حكى اختلاف القول في جواز إبقاء الثمار في صورتين (إحدهما)

[56]

لو تعذر السقي لانقطاع الماء وعظم ضرر النخل بإبقاء الثمار ففيه قولان منقولان عن الام (قال) أبو القاسم الكرخي (أصحهما) أنه ليس له الإبقاء دفعا للضرر عن المشتري (الثانية) لو أصاب الثمار أفة سماوية ولم يكن في إبقائها فائدة هل له الإبقاء عن رواية صاحب التقريب فيه قولان (الصورة الثانية) سقي الثمار عند الحاجة على البائع وعلى المشتري تمكينه من دخول البستان ليسقي فان لم يأتئمه نصب الحاكم أمينا للسقي ومؤنته على البائع وإذا كان السقي ينفع الثمار والاشجار معا فلكل واحد من البائع والمشتري السقي وليس للآخر منعه وان كان يضربهما معا فليس لاحدهما السقي إلا برضى

[57]

الآخر وان أضر بالثمار ونفع الاشجار فأراد المشتري أن يسقي ونازعه البائع فوجهان (قال) ابن أبي هريرة للمشتري السقي ولا يبالى برضى البائع لانه قد رضى به حين أقدم على هذا العقد (وقال) أبو إسحاق يفسخ العقد لتعذر امضائه إلا باضرار أحدهما فان سامح أحدهما الآخر أقر وهذا أظهر وان أضر بالاشجار ونفع الثمار وتنازعا جري الوجهان فعند ابن أبي هريرة للبائع السقي (وقول) أبي اسحق لا يختلف فهذا ما نقله الجمهور واقتصروا عليه * وحكى الامام وصاحب الكتاب في صورتين ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجاب المشتري إلى مطلوبه لانه التزم سلامة الاشجار للبائع (وثانيها) أنه يجاب البائع

[58]

لاستحقاقه إبقاء الثمار (والثالث) يتساويان وترجيح الوجه الاول مما لم أره إلا لصاحب الكتاب * ولو كان السقي يضر باحدهما وترك السقي يمنع

حصول زيادة في جانب الثاني ففي التحاقه بتقابل الضرر احتمالان عند الامام (الصورة الثالثة) لو لم يسق البائع وتضرر المشتري ببقاء الثمار لامتناعها رطوبة الاشجار أجبر على السقي أو القطع فان تعذر السقي لانقطاع الماء ففيه القولان السابقان والله أعلم * قال (اللفظ السادس بيع الثمار * وموجب إطلاقه استحقاق الإبقاء إلى القطاف فان كان بعد بدو الصلاح صح بكل حال وموجب الاصلاق التبعية (ح) وإن كان قبله بطل (ح) الا بشرط القطع

[59]

لأنها تتعرض للعاهات فلا يوثق بالقدرة على التسليم إلى القطاف وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم (عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة) (1) ولو اشتراها صاحب الشجرة فلا يجب شرط القطع (و) ولو باع الشجرة وبقيت الثمار له لم يجب شرط القطع لان المبيع هو الشجر ولا خوف فيه ولو باع الشجرة مع الثمرة فلا يشترط القطع لفقد العلة المذكورة ولو اطرده عرف قوم بقطع الثمار ففي الحاق العرف الخاص بالعام خلاف * قد ذكر في اللفظ الخامس حكم بيع الاشجار دون التعرض للثمار والغرض الآن الكلام في بيع الثمار دون التعرض للاشجار وهي إما أن تباع بعد بدو الصلاح أو قبله (الحالة

(1) (حديث) أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة رواه الشافعي وغيره وقد تقدم *

[60]

(الاولى) إذا بيعت بعد بدو الصلاح جاز مطلقا وبشرط ابقائها إلى وقت الجذاذ وبشرط القطع سواء كانت الاصول للبائع أو للمشتري أو لغيرهما لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها " (1) والحكم بعد الغاية يخالف الحكم قبلها * ثم عند الاطلاق يجوز الإبقاء إلى أوان الجذاذ للعرف وشرط التبعية تصريح بما هو من مقتضيات العقد وساعدنا مالك وأحمد على ما ذكرناه وعند أبي حنيفة لا يجوز البيع بشرط الإبقاء ويلزم القطع في الحال في صورة الاطلاق ولا يجوز ان يبيع الثمار بعد بدو الصلاح مع ما يحدث بعدها خلافا لمالك (الحالة الثانية) إذا بيعت

(1) (حديث) أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها متفق عليه من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وأخرجه عن الشافعي في رواية لمسلم حتى يبدو صلاحه حمزته وصفريته وفي رواية له قال ما صلاحه قال تذهب عاهته وفي رواية لها قيل لابن عمر وأخرجه مسلم عن جابر وأبي هريرة وفي البخاري عن سهل ابن أبي حثمة وغيره عن زيد ابن ثابت وفيه قصة *

[61]

قبل بدو صلاحها (فاما) أن تباع مفردة عن الاشجار أو معها (الحالة الاولى)
أن تباع مفردة عن الاشجار فالاشجار تصور على وجهين (أحدهما) أن تكون
للبيع أو لغير المتعاقدين فلا يجوز بيع الثمار مطلقا ولا بشرط الابقاء
وجوز بشرط القطع (أما) الجواز بشرط القطع فمجمع عليه واما انه لا
يجوز مطلقا وبشرط الابقاء فلما سبق من الخبر فان ظاهره يمنع من
مطلق البيع خرج البيع المشروط بالقطع بالاجماع فيعمل به فيما عداه
والمعنى الفارق بين ما بعد بدو الصلاح وقبله أن الثمار بعد بدو الصلاح
تأمن من العاهات والجوائح غالبا لكبرها وغلظ نواها وقبل بدو الصلاح
تسرع إليها

[62]

العاهات لضعفها فإذا تلفت لم يبقى شئ في مقابلة الثمن وكان ذلك من
قبل أكل المال بالباطل وإلى هذا المعنى أشار باللفظ المروى في الكتاب
وهو أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة *
وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال " أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم
يستحل أحدكم مال أخيه " (1) (فاما) إذا شرط القطع فيتبين أن عرضه هو
الحصرم والبلح وأنه حاصل هذا هو المعنى المشهور وحكى الامام مع ذلك
معنى آخر عن بعض الاصحاب وهو أن الثمار قبل بدو الصلاح تكبر أجزاؤها
كبيرا ظاهرا وتلك الاجزاء

(1) (حديث) انه صلى الله عليه وسلم قال أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال
أخيه * متفق عليه من حديث أنس وقد بينت في المدخل أن هذه الجملة موقوفة من قول
أنس وان دفعها وهم وبيانها عند مسلم *

[63]

من أجزاء الشجرة بامتصاصها رطوباتها فيتعذر الابقاء لذلك كما يتعذر البيع
بشرط أن يأكل العبد المبيع من مال البائع وساعدنا مالك وأحمد على قولنا
* وقال أبو حنيفة لا يصح البيع بشرط الابقاء ويصح مطلقا ويؤمر بقطعه
في الحال وهذا ذهب إلى أن مقتضى الاطلاق القطع إذ به يحصل التسليم
وعندنا مقتضى الاطلاق الابقاء بناء على العادة العامة كما تنزل الدراهم
المطلقة في العقد على النقد الغالب والاجارة المطلقة على المنازل
المعهودة في الطريق والتسليم يجب بحسب العادة ألا ترى أنه لو باع دارا
فيها أمتعة كثيرة لا يلزمه نقلها في جنح الليل ولا أن يجمع كل حمال في
البلد لتعجيل التسليم ولكن ينقل على العادة ثم ههنا فروع

[64]

* (أحدها) * وقد ذكره في الكتاب لو كان في البلاد الشديدة البرد كروم لا تنتهي ثمارها إلى الحلاوة واعتاد أهلها قطعها حصرما ففي بيعها وجهان (عن) القفال أنه يصح من غير شرط القطع تنزيلا لعادتهم الخاصة بمنزل العادات العامة وقد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على المعتاد فيكون القطع المعهود كالمشروط وامتنع الاكثرون من ذلك ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة وهذا الخلاف يجري فيما لو جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون حتى تنزل عادتهم على رأى منزلة شرط الانتفاع ويحكم بفساد الرهن وأشار امام الحرمين رحمه الله الي تخرج ذلك على مسألة

[65]

السر والعلانية (الثاني) إذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به ولو تراضيا على الترك فلا بأس وكان بدو الصلاح ككبر العبد الصغير وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة إلى البائع (الثالث) قال في التتمة إنما يجوز البيع بشرط القطع إذا كان المقطوع منتفعا به كالحصرم واللوز ونحوهما (فاما) ما لا منفعة فيه كالجوز والكمثرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضا (الوجه الثاني) أن تكون الاشجار للمشتري مثل أن يبيع الشجرة من انسان بعد ظهور الثمرة وتبقى الثمرة له علي ما مر ثم يبيع الثمرة من مالك الشجرة أو يوصي بالثمره لانسان ثم يبيع الموصى له الثمرة من الوارث فهل يشترط شرط القطع فيه وجهان (أصحهما) عند الجمهور نعم لشمول الخبر والمعني فان المبيع هو الثمرة ولو تلفت لم يبق في

[66]

مقابلة الثمر شئ ولكن يجوز له الابقاء ولا يلزمه الوفاء بالشرط ههنا إذ لا معني لتكليفه قطع ثماره من أشجاره (والثاني) وهو الذي أورده في الكتاب أنه لا حاجة إلى شرط القطع لانه يجمعها مالك واحد فاشبه ما لو اشتراها معا وسيأتى ذلك ولو باع الشجرة وعليها ثمرة مؤبرة فبقيت للبائع فلا حاجة إلى شرط القطع لان المبيع هو الشجرة وهي غير متعرضة للعاهات والثمار مملوكة له بحكم الدوام ولو كانت الثمرة غير مؤبرة فاستثنائها لنفسه فهل يجب شرط القطع فيه وجهان (أحدهما) نعم لان الثمار والحالة هذه مندرجة لولا الاستثناء فكان كملك مبتدأ (وأصحهما) أنه لا يجب لانه في الحقيقة استدامة ملك

[67]

فعلى هذا له الإبقاء إلى وقت الجذاذ ولو صرح بشرط الإبقاء جاز وعلى الأول لا يجوز (الحالة الثانية) أن تباع الثمار مع الأشجار فيجوز من غير شرط القطع بل لا يجوز شرط القطع فيه أما أنه يجوز من غير شرط القطع فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال (من باع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع جواز شرط الثمرة للمبتاع مع الأصل مطلقاً) والمعنى فيه أن الثمرة ههنا تتبع الأصل والأصل غير متعرض للعاهة وقد يحتمل في الشيء إذا كان تابعا ما لا يحتمل فيه إذا افرد بالتصرف كالحمل في البطن واللبن في الضرع (وأما) أنه لا يجوز شرط القطع فيه فلما فيه من الحجر عليه في ملكه * ثم نتكلم في عبارة

[68]

الكتاب (قوله) صح بكل حال معلم بالحاء لانه يتناول البيع بشرط التبعية وقد سبق أن أبا حنيفة لا يجوزه (وقوله) موجبا لاطلاق التبعية مستغني عنه لان في قوله وموجب اطلاقه استحقاق الإبقاء إلى القطف ما يغني عنه ثم هو معلم بالحاء وكذا قوله بطل الا بشرط القطع لما مر (وقوله) لانها تتعرض للعاهات فلا يوثق بالقدرة على التسليم إلى القطف أراد به أن تمام التسليم انما يحصل بالقطف وهو يعرض الجوائح والآفات قبل ذلك فالقدرة على التسليم إذا غير موثوق بها لكن في كون الامر كذلك مزيد كلام ستعرفه في مسألة الجوائح وما بعدها وقوله لفقد العلة المذكورة أراد به أن تمام التسليم ههنا يحصل بالتخلية ولا يتوقف على القطف لكون الاصول مملوكة له (وقوله) ففي الحاق العرف الخاص بالعام خلاف ليس فيه تصريح بحكم المسألة لكن فيه

[69]

إشارة إلى مأخذها معناه في الاستغناء عن شرط القطع خلاف وجه الاستغناء حمل المطلق على القطع المعهود كما يحمل المطلق على الإبقاء المعهود ذهابا إلى أن المعهود بالعرف الخاص كالمعهود بالعرف العام * قال (ثم اتفقوا على أن ح) وقت بدو الصلاح كاف كما في التأبير ولكن بشرط اتحاد الجنس وكذلك ينبغي أن يتحد النوع والبستان والملك والصفقة فلو اختلف شيء من ذلك ففيه خلاف وصلاح الثمار أن يطيب أكلها ويأخذ الناس في الأكل وذلك بظهور مبادئ الحلاوة) * في الفصل قاعدتان لا بد من معرفتهما في الباب (الأولى) لا يشترط للاستغناء عن شرط القطع بدو الصلاح

[70]

في كل عنقود بل إذا باع ثمار شجرة بدا الصلاح في بعضها صح من غير شرط القطع ولو باع ثمار اشجار بدا الصلاح في بعضها نظر إن اختلف الجنس لم يعتبر بدو الصلاح في أحد الجنسين حكم الجنس الآخر حتى لو

باع الرطب والعنب صفقة واحدة ولم يبد الصلاح في أحدهما وجب شرط القطع فيه وإن اتحد الجنس فالنظر في اتحاد النوع واختلافه ويتقدير الاتحاد فالنظر في اتحاد البستان وتعدده ويتقدير الاتحاد فالنظر في بيعها صفقة واحدة وأفراد ما لم يبدو الصلاح فيه بالبيع وحكم الأقسام على ما مر في البابين بلا فرق حتى أن الأصح أنه لا يبيعه عند الأفراد وأنه لا أثر لاختلاف النوع وأنه لا يتبع بستان

[71]

بستانا وبهذا قال أحمد وعن مالك أن البستان يتبع البستان إذا تجاوزا وربما نقل عنه الضبط ببساتين البلدة الواحدة هذه إحدى القاعدتين بقى قوله والملك (أعلم) أن المصنف رحمه الله حكى خلافا في اشتراط اتحاد الملك وربما يشير إليه كلام الامام ولا بد من البحث عن موضعه وكيفيته فنقول: إذا بدا الصلاح في ملك غيره ولم يبدو في ملكه لم يخل (أما) أن يكونا في بستان واحد أو في بستانين (فإن) كانا في بستان واحد وباع ملكه فقد ذكرنا وجهين فيما لو كان الكل ملكه وأفرد ما لم يبدو فيه الصلاح بالبيع وهل يعطى له حكم ما بدا فيه الصلاح حتى يستغنى فيه عن شرط القطع أم لا وهو المراد من الخلاف في اعتبار اتحاد الصفقة فإن ثبت الخلاف في اعتبار اتحاد الملك والحالة هذه فسيبيله أن يقال (أحد) الوجهين أن الحكم كما لو كان ما بدا فيه الصلاح

[72]

ملكه فيطرد الوجهان (والثاني) القطع بالمنع وإن كانا في بستانين فقد نقل الامام القطع بأنه لا عبرة به ولا نظر إلي بدو الصلاح في بستان غير البائع لكن إذا لم نفرق فيما بدا فيه الصلاح من ذلك البستان ولم يدخل في البيع بين أن يكون ملك البائع أو ملك غيره فقياسه أن لا يفرق فيما بدا فيه الصلاح في بستان آخر أيضا إذا لم يشترط اتحاد البستان والله أعلم * ثم حيث ثبت الخلاف في اعتبار اتحاد الملك ههنا فهو جائز في التأخير أيضا وإن لم يجر ذكره ثم والظاهر أنه غير معتبر في الموضعين (والثانية) بدو الصلاح في الثمار بظهور

[73]

النضج ومبادئ الحلاوة وزوال العفوضة أو الحموضة المفرطين وذلك فيما لا يتلون بأن يتموه ويتلبن وفيما يتلون بأن يحمر أو يصفر أو يسود (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى تزهى قيل يا رسول الله وما تزهى قال تحمر أو تصفر) (1) وأعلم أن هذه الأوصاف وإن كان يعرف بها بدو الصلاح في الثمار لكنها ليست ولا واحد منها بشرط في تفسير بدو الصلاح لأن القثاء لا يفرض فيه نضج ولا حلاوة وليس فيه

عفوضة ولا حموضة حتى تزول بل يستطاب أكله في الصغر كما يستطاب في الكبر ولذلك قال في الكتاب بأن يطيب

(1) (حديث) نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى ترهق فقبل يارسول الله وما ترهق قال تحمر أو تصفر: متفق عليه ولفظ مسلم حتى تحمار وتصفر وللبخاري عن جابر بلفظ حتى تشقق قيل وما تشقق قال تحمار وتصفر ويؤكل منها وبين في مسلم أن السائل عن ذلك غير سعيد بن ميناء رواية عن جابر وللإزار بإسناد صحيح عن طاووس عن ابن عباس بلفظ نهى عن بيع الثمار حتى تطعم (تنبيه) ترهق من ازهي وترهق من زها وكلاهما مسموع حكاهما الجوهري

[74]

أكلها ويأخذ الناس في الأكل فاعتبر مع طيب الأكل أخذ الناس فيه وذلك في القضاء بأن يكبر بحيث يجتنى في الغالب ويؤكل وفي الصغر (?) تؤكل على سبيل الندور وأيضا فإن بدو الصلاح في الزرع يحصل عند اشتداد الحب ولا يفرض فيه عفوضة ولا حموضة ولا نصج وحلاوة على أن اعتبار الأكل غير معتبر في تفسير مطلق بدو الصلاح أيضا لأن صاحب التهذيب ذكر أن بيع أوراق الفرساد قبل تنأهيا لا يجوز إلا أن يشترط القطع وبعده يجوز مطلقا ويشترط القطع فجعل تنأهيا الورق صلاحا له وأنه غير مأكول * إذا تقرر ذلك فلو قال قائل بدو الصلاح في هذه الأشياء

[75]

صيرورتها إلى الصفة التي تطلب غالبا لكونها على تلك الصفة لكان قد ذكر عبارة شاملة والله أعلم * قال (وبيع البطيخ أن كان مع الأصول (و) يتقيد بشرط القطع قبل الصلاح إلا إذا بيع مع الأرض وبيع أصول البقل لا يتقيد به إذ لا يتعرض للآفة) * بيع البطيخ قبل بدو صلاحه لا يجوز من غير شرط القطع وإن بدا الصلاح في كله أو بعضه نظر إن كان يخاف خروج غيره فلا بد من شرط القطع أيضا لأنه إذا وجب شرطه خوفا من الجائحة التي الغالب

[76]

فيها العدم فلان يجب خوفا من الاختلاط الذي الغالب فيه الوجود كان أولى فان شرط القطع ثم لم يتفق حتى خرج غيره واختلط المبيع بغير المبيع ففي انفساخ البيع قولان نذكرهما في نظائرها * وإن كان لا يخاف خروج غيره جاز بيعه من غير شرط القطع هذا إذا أفرد البطيخ بالبيع ووراءه حالتان (أحدهما) لو أفرد أصوله بالبيع ذكر العراقيون وغيرهم أنه يجوز ولا حاجة إلى شرط القطع إذا لم يخف الاختلاط كبيع الزرع الذي اشتد حبه ثم

الحمل الموجود يبقى للبائع وما يحدث بعده يكون للمشتري وان خيف
اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع فان شرط

[77]

ولم يتفق القطع حتي وقع الاختلاط ففيه طريقان سنذكرهما في
نظيرهما * ولو باع الاصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع أو
القلع كالزرع الاخضر وإذا اشترط ثم اتفق بقاءه حتى خرج الحمل فهو
للمشتري (الثانية) لو باع البطيخ من أصوله فجواب الامام وصاحب الكتاب
انه لا بد من شرط القطع بخلاف ما إذا باع الثمرة مع الشجرة لان الشجرة
غير متعرضة للجائحة والبطاطيخ مع أصولها متعرضة لها فلو باعها مع
الارض استغني عن شرط القطع وكان الارض ههنا كالاشجار ثم * وقضية

[78]

ما نقلناه في بيع الاصول وحدها إذا لم يخف الاختلاط انه لا حاجة إلى شرط
القطع فليعلم قوله يتقيد بشرط القطع بالواو لذلك وقوله وبيع أصول
البقل إلى آخره منازع فيه أيضا وسأذكره في الفصل التالي لهذا
والباذنجان وشجره كالبطيخ في الاحوال الثلاث * (فرع) لابن الحداد رحمه
الله * لو باع نصف الثمار على رؤس الاشجار مشاعا قبل بدو الصلاح لم
يصح وعللوه بان البيع والحالة هذه يفتقر إلى شرط القطع ولا يمكن قطع
النصف الا بقطع الكل فتضرر البائع بنقصان غير المبيع أشبه ما إذا باع
نصفا معينا من سيف وما ذكروه من ان قطع النصف لا يمكن الا

[79]

بقطع الكل انما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة أما إذا جوزنا
قسمة الثمار في حال الرطوبة بناء على انها افراز فيمكن قطع النصف
من غير قطع الكل بأن يقسم أولا فليكن منع البيع مبنيا على القول بامتناع
القسمة لا مطلقا وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد * قال القاضي أبو الطيب
وهو الصحيح * ولو باع نصفها مع نصف النخل صح وكانت الثمار تابعة * ولو
كانت الشجرة لواحد والثمرة لآخر فباع صاحب الثمرة نصفها من صاحب
الثمرة فوجهان بناء على الخلاف في اشتراط القطع ههنا ولو كانت الثمار
والاشجار مشتركة بين رجلين فاشترى أحدهما نصيب صاحبه من الثمرة لم
يجز ولو اشترى

[80]

نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة لم يجر مطلقا ويجوز بشرط القطع لان جملة الثمار تصير لمشتري الثمرة وجملة الاشجار للآخر وعلى مشتري الثمرة قطع الكل لانه بهذه المعاملة التزم قطع النصف المشتري بالشرط والتزم تفريغ الاشجار لصاحبه وبيع الشجرة على أن يفرغها للمشتري جائز وكذا لو كانت الاشجار لاحدهما والثمره بينهما فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة على شرط القطع جاز * قال (ولابد من الاحتياط في أمرين (أحدهما) أن تكون الثمار بادية الا على قول تجوز بيع الغائب

[81]

أو فيما صلاحه في ابقائه في الكمام كالرمان * وفي استتار الحنطة بالسنبلة والارزة بالقشرة والباقلاء والجوز بالقشرة العليا خلاف (م ح) منشؤه أن الصلاح هل يتعلق ببقائه فيها (لا يجوز بيع الزرع الاخضر الا بشرط القطع لما سبق في الثمار فان باعه مع الارض جاز تبعا وكذلك لا يجوز بيع البقول في الارض دون الارض الا بشرط القطع أو القلع سواء كان مما يجر مرارا أو لا يجر الا مرة واحدة هكذا أورده صاحب التهذيب وغيره وهو خلاف قوله في الكتاب (وبيع أصول البقل لا يتقيد به) فاعلمه وأعلمه * ولو باع الزرع بعد اشتداد الحب فهو كما لو باع الثمار بعد بدو الصلاح فلا حاجة إلى شرط القطع ولكن يشترط ظهور المقصود فلو باع ثمرة لا كمام لها كالتين والعنب والكمثرى جاز سواء

[82]

باعها على الشجرة أو على وجه الارض ولو باع الشعير أو السلت مع السنبلة جاز بعد الحصاد وقبله لان الحبات طاهرة في السنبلة ولو كان للثمرة أو الحب كمام لا يزال الا عند الاكل كالرمان والعلس فكمثل ما له كمامان يزال أحدهما ويبقى الآخر إلى وقت الاكل كالجوز واللوز والرنج يجوز بيعه في القشرة السفلى ولا يجوز في العليا على رأس الشجر ولا على وجه الارض لتستر المقصود بما ليس من صلاحه وفيه قول أنه يجوز ما دام رطباً في القشرة العليا وبه قال ابن القاص والاصطخري لتعلق الصلاح به من حيث انه يصون القشرة السفلى ويحفظ رطوبة اللب وبيع

[83]

الباقلا في القشرة العليا على هذا الخلاف وادعي الامام أن الاظهر فيه الصحة لان الشافعي رضى الله عنه أمر بعض أعوانه بان يشتري له الباقل الرطب * وما لا يرى حياته في السنبلة كالحنطة والعدس والسمسم لا يجوز بيعه في السنبلة دون السنبلة ومعها قولان والقديم الجواز لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الحب حتى يشتد) (1) وقد اشتد (الجديد) المنع لتستر المقصود بما لا يتعلق به الصلاح كبيع تراب الصاغة

والكدس بعد الدياسة وقبل التنقية والارز كالشعير يباع في السنابل لانه
يدخر في قشره وبهذا قال ابن القاص وأبو علي الطبري ومنهم من قال
هو كالحنطة * ولا يجوز بيع الجزر والثوم والبصل

(1) (حديث) نهى عن بيع الحب حتى يشتد تقدم في أوائل البيوع عن أنس *

[84]

والفجل والسلق في الارض لتستر المقصود ويجوز بيع أوراقها الظاهرة
بشرط القطع وبيع القنبيط في الارض لظهوره وكذا نوع من السلجم
يكون ظاهرا ويجوز بيع اللوز في القشرة العليا قبل انعقاد السفلى لانه
مأكول كله كالتفاح وهل القول بالمنع في صور الفصل مقطوع به أم هو
مفرغ على قول منع بيع الغائب * ذكر الامام أنه مفرغ عليه أما إذا جوزنا
بيع الغائب صح البيع فيها جميعا و على هذا جرى في الكتاب حيث قال الا
على قول تجوز بيع الغائب وفي التهذيب أن المنع في بيع الجزر وما معناه
في الارض ليس مبني على بيع الغائب لانه في بيع الغائب يمكن رد المبيع
بعد رؤيته في

[85]

بصفته وهاهنا لا يمكن وعند أبي حنيفة ومالك وأحمد يصح البيع في جميع
صورة الفصل * وإذا قلنا بالمنع فلو باع الجوز مثلا في القشرة العليا مع
الشجرة أو باع الحنطة في سنبلها مع الارض فطريقان (احدهما) ان البيع
باطل في الجوز والحب وفي الشجرة والارض قولا تفريق الصفة
(واصحهما) القطع بالمنع في الكل للجهل بأحد المقصودين وتعذر التوزيع *
ولو باع ارضا مبدورة مع البذر فقد قيل يصح البيع في البذر تبعا للارض
والمذهب بطلان البيع فيه ثم في الارض الطريقان ومن قال بالصحة في
الارض لا يذهب إلى التوزيع بل يوجب جميع الثمن بناء على احد القولين
فيما لو باع ماله

[86]

ومال غيره وصحنا البيع في ماله وخبرناه فانه إذا أجاز يحيز بجميع الثمن
والله أعلم * قال (الثاني ان يحذر من الربا فلو باع الحنطة في سنبلها
بحنطة فهي المحاقلة (م) المنهى عنها وهي ربا إذ لا يمكن الكيل في
السنابل * وكذا لو باع الرطب بالتمر أيضا فهي المزابنة المنهى عنها (م))

[87]

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم (عن المحاقلة والمزابنة) (1)
فالمحاقلة هي بيع الحنطة في سنبليها بالحنطة الصافية على وجه الارض
والمزابنة هي بيع الرطب على رأس النخل بالتمر على وجه الارض روى عن
جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن المحاقلة
والمزابنة) (2) فالمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائه فرق من الحنطة
والمزابنة أن يبيع التمر على رؤس النخل بما به فرق من تمر فهذا
التفسيران

(1) (حديث) نهى عن المحاقلة والمزابنة يأتي * (2) (حديث) جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة والمزابنة والمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق من الحنطة المزابنة أن يبيع التمر على رؤس النخل بمائة فرق من تمر: الشافعي في المختصر عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عنه قال ابن جريج قلت لعطاء افسر لكم

[88]

كان من النبي صلى الله عليه وسلم فذاك وان كان من الراوى فهو أعرف
بتفسير ما رواه والمحاقلة مأخوذة من الحقل وهي الساحة التي تزرع
سميت محاقلة لتعلقها بزرع في حقل والمزابنة مأخوذة من الزبن وهو
الدفع سميت بذلك لأنها مبنية على التخمين والغبن فيها مما يكثر فيريد
المغبون دفعه والغابن امضاه فيتدافعان والمعنى أن كل واحد يبيع مال
الربا بجنسه من غير تحقيق المساواة في المعيار الشرعي لان المعيار
فيهما الكيل ولا يمكن كيل الحنطة في السنايل ولا كيل الرطب على رؤس
النخل والتخمين بالخرص لا يغني كما لو كان كل واحد منهما على وجه
الارض وفي المحاقلة شيئان آخران

جابر المحاقلة كما أخبرني قال نعم وهو متفق عليه من حديث سفيان نحوه واتفقا عن مالك عن نافع عن ابن عمر بلفظ نهى عن المزابنة بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا وأخرجه عنه الشافعي في الام قال الشافعي وتفسير المحاقلة والمزابنة في الاحاديث يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم منصوفا ويحتمل أن يكون من رواية من رواه انتهى * وفي الباب عن أبي سعيد وابن عمر وابن عباس وأنس وأبي هريرة وكلها في الصحيحين أو أحدهم وعن رافع بن خديج في النسائي وسهل ابن سعد في الطبراني (تنبيه) المحاقلة مأخوذة من الحقل جمع حفلة قاله الجوهري وهي الساحات جمع ساحة *

[89]

(أحدهما) أنه يبيع الحنطة والتبن بالحنطة (والثاني) أن المقصود مستتر بما ليس من صلاحه ولو باع الشعير في سنبله بالحنطة على وجه الارض أو الرطب على رأس النخل بجنس آخر من الثمار على الشجر أو على وجه

الارض فلا بأس لكن يتقايضان بالتسليم فيما على وجه الارض وبالتخلية
فيما على الشجر ولو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس أيضا لان
الحشيش غير مطعوم ويجوز أن يعلم قوله فهي المحاقلة وقوله فهي
المزابة - بالميم - لان عن مالك أن المحاقلة هي أكثراء الارض ببعض ما
يخرج منها

[90]

من الثلث أو الربع أو غيرهما والمزابة هي ضمان الصبرة بقدر معلوم بأن
يقول أضمن لك صبرتك بكذا صاعا ان زاد فلي وان نقص فعلى ويستثنى
عن المزابة ما ذكره على الاثر * قال (ولا خبر في التخمين بالخرص الا
فيما دون خمسة أوسق (ح) إذا باعها خرصا بما تعود إليه على تقدير
الجفاف وهي العرايا (م ح) التي أرخص فيها * والاطهر الجواز في قدر
خمسة أوسق *

[91]

وميل المزني رحمه الله تعالى إلى تخصيص الجواز بما دون خمسة أوسق
لتردد الراوي فيه * فلو زاد على خمسة أوسق في صفقات جاز (ح) وكذا إذا
تعدد المشتري واتحد البائع * ولو اتحد المشتري وتعدد البائع ففيه خلاف *
ووجه الفرق النظر إلى جانب من حصل الرطب في ملكه لان الرطب محل
الخرص الذي هو خلاف القياس * هذا في الرطب بالتمر * فأما في الرطب
بالرطب ففيه خلاف وكذا في غير المحاويج إذا تعاطوا (ح) العرايا * عن
جابر رضى الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابة وهي
بيع التمر بالتمر

[92]

الا أنه رخص في العرية (1) بيع العرايا جائز وهو أن يبيع رطب نخلة أو
نخلتين باعتبار الخرص بقدر كيله من التمر سميت عرية لانه عرى أي أفرد
نخلة أو نخلتين يبيع رطبها وذهب مالك وأبو حنيفة إلى أن العرية أن يفرد
نخلة أو نخلتين فيهب ثمرتها لرجل حتى تجتني كل يوم ثم تنثر بدخوله
حائطه فعند مالك يشتريها منه بخرصها تمرا ولا يجوز ذلك لغير رب البستان
وعند أبي حنيفة له أن يستردها منه وله أن يعطيه بخرصها تمرا وساعدنا
أحمد على تفسير العرية الا أن عنه رواية أن الرطب يباع بمثله تمرا * لنا ما
روى عن سهل بن أبي حثمة رضى الله عنه (أن

(1) (حديث) جابر نهى عن المزابة وهي بيع التمر التمر الا انه رخص في العرية. الشافعي
عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عنه واتفق الشيخان عليه عن ابن عيينة *

[93]

رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرية أن تباع بخرصها تمرا يأكلها أهلها رطباً (1) ولا يجوز العرايا من غير خرص وسبيل الخرص ما ذكرناه في الزكاة ويجب التقايط في المجلس بتسليم التمر إلى البائع بالكيل وتخلية البائع بينه وبين النخلة وإن كان التمر غائباً عنهما أو كانا غائبين عن النخل فأحضره أو حضر عندها جاز ثم إن لم يظهر تفاوت بين التمر المجعول عوضاً وبين ما في الرطب من التمر بأن أكل الرطب في الحال فذاك وإن ظهر تفاوت نظر إن كان قدر ما يقع بين الكيلين لم يضر وإن كان أكثر فالعقد باطل وفيه وجه

(1) (حديث) سهل بن أبي حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرية أن تباع بخرصها تمرا يأكلها أهلها رطباً الشافعي وأحمد والشيخان وغيرهما عنه *

[94]

أنه يصح في الكثير بقدر القليل ولمشتري الكثير الخيار إذا لم يسلم له الجميع ويجوز بيع العرايا في العنب كما يجوز في الرطب وفي سائر الثمار قولان (أصحهما) المنع لأنها متفرقة مستورة بالأوراق فلا يتأتى الخرص فيها وثمرة النخيل والكروم متدلية ظاهرة ثم في الفصل ثلاث مسائل (أحداها) في القدر الذي يجوز فيه بيع العرايا ويجوز بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق من التمر ولا يجوز فيما زاد عليها وفي الخمسة قولان (أحدهما) وهو منقول المزني أنه يجوز لإطلاق خبر سهل بن أبي حثمة رضى الله عنه (والثاني) وهو مختار المزني المنع لأن النهي عن المزابة معلوم محقق والرخصة

[95]

في قدر الخمسة مشكوك فيه وذلك لأن الشافعي رضى الله عنه روى عن مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى بن أبي أحمد عن أبي هريرة رضى الله عنه (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق الشك من داود) (1) فيستصحب المعلوم المحقق والقول الأول أظهر عند صاحب الكتاب والثاني أظهر عند صاحب التهذيب والقاضي الروباني وغيرهما وهو مذهب أحمد والقدر الذي يمنع من بيع العرايا فيه إنما يمنع في الصفقة الواحدة (أما) لو باع قدراً كبيراً في صفقات فلا منع وكذا لو باع صفقة واحدة من رجلين ما يخص كل واحد منهما

(1) (حديث) روي الشافعي عن مالك عن داود وهو ابن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق شك داود. هو في الام والمختصر كذلك ورواه البخاري عن عبد الله بن عبد الوهاب الحجي سمعت مالكا وسأله عبيد الله بن الربيع أحدثك داود عن أبي سفيان عن أبي هريرة فذكره دون ما في آخره وذكر في كتاب الشرب من صحيحه ذلك ورواه مسلم عن يحيى بن يحيى عن مالك *

[96]

القدر الحائز خلافا لأحمد في المسألتين ولو باع رجلان من واحد فوجهان (أصحهما) أن الحكم كما لو باع واحد من رجلين لأن تعدد الصفقة بتعدد البائع أظهر من تعددها بتعدد المشتري كما ذكرنا في الرد بالعيب (والثاني) وبه قال صاحب التلخيص لا يجوز الزيادة على خمسة أوسق نظرا إلى مشتري الرطب لأنه محل الخرص الذي هو خلاف قياس الربويات فلا ينبغي أن يدخل في ملكه أكثر من القدر المحتمل دفعة واحدة ولو باع رجلان من رجلين صفقة واحدة لم يجر في أكثر من عشرة أوسق ويجوز فيما دونها وفي العشرة قولان (الثانية) جميع ما ذكرناه في بيع

[97]

الرطب بالتمر أما لو باع الرطب على النخل بالرطب على النخل خرصا فيهما أو بالرطب على وجه الأرض كيلا فيه ففي جوازه أوجه (أصحها) وبه قال الاصطخري لا يجوز لأن الرخصة إنما تثبت للحاجة إلى تحصيل الرطب ومالك الرطب مستغني عنه أو حاجته إليه أدنى فلا يلحق بصورة الرخصة (والثاني) وبه قال ابن خيران أنه يجوز لأنه ربما يشتهي ما عند غيره (والثالث) أنه إن اختلف النوعان جاز والا فلا ويحكمي هذا عن أبي اسحق وحكي الشيخ أبو حامد وآخرون عنه تخصيص هذا التفصيل بما إذا كان علي النخل والمنع فيما إذا كان أحدهما على وجه الأرض والفرق أنه قد يزيد النوع الذي

[98]

عند صاحبه ويريد أن يأكله رطبا على التدرج وما على وجه الأرض لا يمكن أن يؤكل رطبا على التدرج لأنه يفسد أو يحف ولو باع الرطب على وجه الأرض بالرطب على وجه الأرض لم يجر لأنه ليس في معنى صورة الرخصة من حيث أن أحد المعاني فيها أن يأكله طريا على التدرج وهذا لا يتحقق فيما على وجه الأرض. وذكر القفال في شرح التلخيص أنه على الخلاف لأنه إذا جاز البيع وأحدهما أو كلاهما على رأس النخل خرصا واحتملت الجهالة فلان يجوز مع تحقق الكيل في الجانبين كان أولى (الثالثة) فيمن يجوز له بيع العرايا ويجوز ذلك لمحايج الناس وفي أغنيائهم قولان (أصحهما) الجواز لاطلاق الالفاظ التي رويها (والثاني) لا يجوز ذكره

[99]

في اختلاف الحديث وبه قال احمد والمزني لما روى عن زيد ابن ثابت رضى الله عنه (انه سمي رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضول قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر (1) ومن قال بالاول قال هذه حكمة شرعية ثم قال يعم الحكم كما في الرمل والاضطباع في الطواف ونظائرهما ومنهم من بنى الخلاف في هذه المسائل على أن الخرص أصل بنفسه يقام مقام الكيل أو ليس كذلك ويتبع مورد النص والله أعلم *

(1) (حديث) زيد بن ثابت انه سمي رجالا محتاجين من الانصار شكوا الي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضول قوت من تمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر. هذا الحديث ذكره الشافعي في الام والمختصر بغير اسناد فقال قيل لمحمود بن لبيد أو قال محمود بن لبيد لرجل من اصحاب رسول الله

[100]

قال * (وإذا اجتاحت الآفة الثمار قبل القطاف وبعد التخلية فهي من ضمان البائع على أحد القولين * وميل الجديد إلى أنه ليس من ضمانه (م) * وما فات بأفة السرقة ليس من ضمانه علي الاصح * ويجب على البائع أن يسقى الاشجار لتربية الثمار فان ترك السقى ففسدت الثمار فهي من ضمانه * فان لم تفسد بل فاتت ففي انفساح العقد خلاف * كما في موت العبد المقبوض بمرض تقدم على القبض) * الكلام من هذا الموضع إلى رأس النظر الخامس في أحكام الثمار المبعة على رأس الاشجار وما يعرض لها ضمن العوارض الجوائح كالحر والبرد والجراد والحريق ونحوها وقد قدم امام الحرمين

= صلى الله عليه وسلم اما زيد بن ثابت واما غيره ما عراياكم هذه. قال فلان وفلان وسمي رجالا محتاجين فذكره. وذكره في اختلاف الحديث فقال والعرايا التي ارخص فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما ذكر محمود بن لبيد قال سألت زيد بن ثابت فقلت ما عراياكم هذه فذكر نحوه وذكره البيهقي في المعرفة عن الشافعي معلقا ايضا وقد انكره محمد بن داود على الشافعي ورد عليه ابن سريج انكاره

[101]

على بيان حكمها أصليين لا غنى عن معرفتهما وينفعان في أثناء المسألة (أحدهما) انه إذا باع الثمار بعد بدو الصلاح يلزمه سقى الاشجار قبل التخلية

وبعدها قدر ما ينمو به الثمار ويسلم عن التلف والفساد * واحتج له بأن التسليم واجب عليه والسقي من تنمة التسليم كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات فيكون على البائع فلو شرط كونه على المشتري بطل العقد لانه على خلاف قضيته (والثاني) ان المشتري يتسلط على التصرف في الثمار بعد جريان التخلية من كل وجه إذا تقرر ذلك فللجوائح حالتان (أحدهما) أن تعرض قبل التخلية فهي من ضمان البائع فان تلف

= ولم يذكر له اسنادا وقال ابن جزم لم يذكر الشافعي له اسنادا فبطل ان يكون فيه حجة وقال الماوردي لم يسنده الشافعي لانه نقله من السير (تنبيه) قال الشيخ الموفق في الكافي بعد أن ساق هذا الحديث متفق عليه وهو وهم منه *

[102]

جميع الثمار انفسخ العقد ولو تلف بعضها انفسخ فيه وفي الباقي قولا التفريق (والثانية) أن تعرض بعد التخلية فينظر ان باعها بعد بدو الصلاح ففيه طرق وأحدها فيه قولين (أحدهما) ان الجوائح من ضمان البائع وبه قال أحمد لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم (أمر بوضع الجوائح) (1) (وأصحهما) وهو الجديد وبه قال أبو حنيفة انها من ضمان المشتري لان القبض حصل بالتخلية فصار كما لو هلك بعد القطف والخبر محمول على الاستحباب ويشعر به ما روي (أن رجلا ابتاع ثمرة فأذهبتها الجائحة

(1) (حديث) ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح. مسلم عن جابر وفي لفظ للنسائي ان النبي صلى الله عليه وسلم وضع الجوائح *

[103]

فسأله أن يضع عنه فأبى أن لا يفعل فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يأبى أن لا يفعل خيرا فأخبر البائع بما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمح به للمبتاع (1) وتأيد القول الاول بالاصل الاول والثاني بالثاني ولا فرق على القولين بين ان يقل أو يكثر وقال مالك يوضع الثلث فصاعدا ولا يوضع ما دونه. وان باع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط القطع ولم يقطعها حتى أضاعتها الجائحة ففيه ثلاثة طرق (أظهرها) انه على القولين (والثاني) انها من ضمان المشتري قولا واحدا لتفريطه

(1) (حديث) ان رجلا ابتاع ثمرة فأذهبتها الجائحة فسأله ان يضع عنه فأبى ان لا يفعل فذكر ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال يأبى ان لا يفعل خيرا فأخبر البائع بما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم فسمح به للمبتاع. الشافعي عن مالك عن أبي الرجال عن أمه عمرة به نحوه مرسل

[104]

بترك القطع وأيضا فلانه لا علقه بينهما إذ لا يجب السقى على البائع والحالة هذه ويحكى هذا عن القفال (والثالث) انها من ضمان البائع قولا واحدا لانه إذا شرط القطع كان القبض فيه بالقطع والنقل ويتفرع على كونها من ضمان البائع أمور (الاول) أن المحكوم بكونه من ضمان البائع ما تلف قبل أوان الجذاذ أما ما تلف بعد أوان الجذاذ وامكان النقل ففيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) انها من ضمان المشتري لتقصيره بالترك (والثاني) من ضمان البائع أيضا لان التسليم لا يتم ما دامت الثمار متصلة بملك البائع ويشبه

= والبيهقي من طريق حارثة بن ابي الرجال عن ابيه عن عمرة عن عائشة موصولا وقال حارثة ضعيف وهو في الصحيحين من طريق يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة مختصرا *

[105]

أن يكون الاول أرجح * قال الامام وموضع الخلاف ما إذا لم يكن التأخير بحيث يعد تقصيرا وتضييعا كالיום واليومين فان كان كذلك فلا مساع للخلاف (الثاني) لو تلف بعض الثمار فالحكم على هذا القول كما لو تلف قبل التخلية ولو عابت الثمار بالجوائح ولم تتلف ثبت الخيار على هذا القول كما لو عابت قبل التخلية وعلى الجديد لا يثبت (الثالث) لو ضاعت الثمار بغصب أو سرقة فوجهان (أحدهما) انها من ضمان البائع أيضا بناء على أن التسليم لا يتم الا بالتخلية (والثاني)

[106]

انها من ضمان المشتري لتمكنه من الاحتراز عنه بنصب الحافظين وأيضا فان الرجوع على الجاني بالضمان متيسر وهذا أصح عند صاحب الكتاب والاكثرين فمن يقول به يقطع بأن المغصوب والمسروق من ضمان المشتري والقائل الاول يجعلهما على القولين وهو ما أورده العراقيون واعلم أن ما ذكرناه من القولين في الآفات السماوية التي لا نسبة لها إلى البائع بحال فأما إذا ترك السقى وعرضت في الثمار آفة بسبب العطش فتكلم أولا فيما إذا تلفت به ثم فيما إذا تعيبت وان كان ترتيب

[107]

الكتاب عكسه (أما) إذا تلفت ففيه طريقان (أحدهما) ان في انفساخ البيع قولين أيضا يحكي هذا عن أبي على الطبري (وأصحهما) القطع بالانفساخ لاستناد هذه الآفة إلى ترك السقي المستحق بالعقد قبل التخلية وما يستند إلى سبب سابق على القبض قد ينزل منزلة ما لو سبق بنفسه كما ذكرنا في القتل بالردة السابقة والقطع بالسرقة السابقة وموت العبد من المرض المتقدم على القبض (فان قلنا) بعدم الانفساخ فعلى البائع الضمان من القيمة والمثل وإنما يجب ضمان ما تلف ولا ينظر إلى ما كان ينتهي إليه لولا العارض (وأما) إذا فسدت بالتعب فليشترى الخيار وان جعلنا الجوائح من ضمانه قال

[108]

الامام لان الشرع الزم البائع بتنمية الثمار بالسقي فالتعب الحادث بترك السقي كالعيب المتقدم على القبض ولو أفضى التعب إلى التلف نظرا لم يشعر به المشتري حتى تلف عاد الخلاف في الانفساخ ولزم الضمان على البائع ان قلنا بعدم الانفساخ ولا خيار بعد التلف هكذا ذكره الامام وان شعر به ولم يفسخ حتى تلفت فيغرم البائع في وجه لعدوانه ولا يغرم في آخر لتقصير المشتري بترك الفسخ مع القدرة عليه * (فرع) لو باع الثمار مع الاشجار فتلفت الثمار بجائحة قبل التخلية بطل العقد فيها وفي

[109]

الاشجار قولان وان تلفت بعد التخلية فهي من ضمان المشتري قول واحد لان العلائق منقطعة ههنا والثمرة متصلة بملك المشتري * (فرع) لو اشترى طعاما مكايلا وقبضه جزافا فهلك في يده ففي انفساخ العقد وجهان لبقا علة الكيل بينهما * قال (وان باع الفناء أو ما يغلب عليه التلاحق وعسر التسليم بطل على الاصح * فان كان نادرا واتفق ذلك قبل القبض انفسخ العقد على قول * ولعل الاظهر أنه لا يفسخ * ولكن للمشتري الخيار (و) إن لم يهب البائع ما تجدد منه * فان وهب سقط خياره * وان كان ذلك بعد التخلية فان قلنا ان الجوائح من ضمانه فهو كما قبل التخلية) *

[110]

ومن العوارض اختلاط الثمار المبعة بغيرها لتلاحقها (أما) الاختلاط الذي يبقى معه التمييز فلا اعتبار به (وأما) غيره فإذا باع الثمرة بعد بدو الصلاح والشجر يثمر في السنة مرتين فينظر ان كان ذلك مما يغلب التلاحق فيه وعلم ان الحمل الثاني يختلط بالاول كالتين والبطيخ والقناء والبادنجان لم يصح البيع الا بشرط ان يقطع المشتري ثمرته عند خوف الاختلاط وفيه قول أو وجه أنه موقوف ان سمح البائع بما حدث تبين انعقاد البيع وإلا تبين انه لم ينعقد من أصله والاصح الاول لما مر في بيع البطيخ ثم إذا شرط القطع ولم يتفق حتى حصل التلاحق والاختلاط فالحكم كما لو اتفق

[111]

التلاحق فيما يندر فيه التلاحق فان كان مما يندر فيه التلاحق وعلم عدم الاختلاط أو لم يعلم أنه كيف يكون الحال فيصح البيع مطلقا وبشرط القطع والتبعية وان حصل الاختلاط فله حالتان (أحدهما) أن يحصل قبل التخلية فقولان (أحدهما) أنه يفسخ البيع لتعذر تسليم المبيع قبل القبض (وأظهرهما) على ما رآه المصنف وهو اختيار المزني أنه لا يفسخ لبقاء عين المبيع وامكان امضاء البيع فعلى هذا يثبت للمشتري الخيار لانه أعظم من اباق العبد المبيع وعن صاحب التقريب حكاية قول أنه لا خيار أيضا وان الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده والمذهب الاول ثم ان

[112]

قال البائع اسمح بترك الثمرة الجديدة للمشتري ففي سقوط خياره وجهان (أحدهما) لا يسقط لما في قوله من المنة (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب أنه يسقط كما سبق في الاعراض عن نعل الدابة المردودة بالعيب ولو باع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع ثم لم يتفق القطع حتى حصل الاختلاط جرى القولان في الانفساخ وهما جاريان فيما إذا باع حنطة فأنهال عليها مثلها قبل القبض وكذا في المائعات ولو اختلط الثوب بأمثاله أو الشاة المبعة بأمثالها فقد قال في التتمة المذهب ههنا

[113]

انفساخ البيع لانه يورث الاشتباه وأنه مانع من صحة البيع لو فرض في الابتداء وفي الحنطة غاية ما يلزم الاشاعة وأنها غير مانعة وفيه وجه أنه لا يفسخ لامكان تسليمه بتسليم الكل ولو باع جرة من القث بشرط القطع ولم يقطعها حتى طالت وتعذر التمييز جرى القولان ومنهم من قطع بعدم الانفساخ ههنا تشبيها لطولها بكبر الثمرة والشجرة وسمن الحيوان وهو ضعيف لان البائع يجبر على تسليم الاشياء المذكورة بزيادتها وههنا لا يجبر على تسليم ما زاد (والثانية) أن يحصل بعد التخلية ففيه طريقان (أحدهما) وبه قال المزني القطع بعدم الانفساخ كما لو كان المبيع حنطة فأنهالت عليها حنطة أخرى

[114]

بعد القبض (والثاني) أنه على القولين في الحالة الاولى بخلاف مسألة الحنطة لان هناك قد تم التسليم وانقطعت العلائق بينهما وفي الثمار لم

تنقطع العلائق لان البائع يدخل الحائط للسقي وتعهده النخيل وغير ذلك ويمكن بناء الطريقين على ما ذكره الامام وصاحب الكتاب وهو ان حكم المسألة مأخوذ من الخلاف في الجوائح ان جعلناها من ضمان المشتري أجبننا بالطريقة الاولى وان جعلناها من ضمان البائع أجبننا بالثانية الا ان قضية هذا البناء ان يكون القطع بعدم الانفساخ أظهر وعامة الاصحاب على ترجيح طريقة القولين وإذا قلنا بعدم الانفساخ فان تصالحا وتوافقا على شئ فذاك والا فالحول قول

[115]

صاحب اليد في قدر حق الآخر ومن صاحب اليد في صورة الثمار فيه وجهان بناء على أن الجوائح من ضمان البائع والمشتري ووجه ثالث وهو أنها في يدهما جميعا وفي صورة الحنطة صاحب اليد هو المشتري فالحول قوله في قدر حق البائع فان كان المشتري قد أودعه الحنطة بعد القبض ثم حصل الاختلاط فالحول قول البائع في قدر حق المشتري والله أعلم * وإذا تأملت ما ذكرناه علمت قوله في الكتاب انفسخ البيع بالزاي وقوله للمشتري الخيار بالواو وكذا قوله سقط خياره ثم ههنا مسألة أخرى لابد من ذكرها وهي أن يبيع شجرة عليها ثمرة تبقى للبائع وهي مما يثمر في السنة

[116]

مرتين ويغلب عليها التلاحق فلا يصح البيع الا بشرط ان يقطع البائع ثمرته عند خوف الاختلاط ويحى فيه الخلاف المذكور فيما إذا كان المبيع الثمرة ثم إذا تبايعا بهذا الشرط ولم يتفق القطع حتى حصل الاختلاط أو كانت الشجرة مما يندر فيها التلاحق أو الاختلاط فاتفق ذلك نقل المزني قولين في الانفساخ وللأصحاب طريقان (فعن) أبي علي ابن خيران والطبري القطع بعدم الانفساخ وتخطئة المزني فيما نقل لان الاختلاط وتعذر التسليم لم يوجد في المبيع بخلاف ما إذا كان المبيع الثمار وأثبت الاكثرون القولين ونقلوهما عن نصه في الام وقالوا الاختلاط وان لم يوجد في المبيع لكنه وجد في المقصود

[117]

بالعقد وهو الثمرة الحادثة فانها مقصود المشتري من الشراء فجاز أن يجعل كالمبيع فان قلنا بعدم الانفساخ نظران سمح البائع بترك الثمرة القديمة أجبر المشتري على القبول وان رضى المشتري بترك الثمرة الحادثة أجبر البائع على القبول وأقر العقد وبشبهه أن يحى في الاجبار على القبول خلاف وان استمررا على النزاع فالمثبتون للقولين قالوا انفسخ العقد بينهما كما لو كان المبيع الثمرة والقاطعون قالوا لا فسخ بل ان كانت الثمرة والشجرة في يد البائع فالحول قوله في قدر ما يستحقه

المشتري مع يمينه وان كانتا في يد المشتري فالقول قوله في قدر ما يستحقه البائع قال صاحب التهذيب وهذا هو القياس لان الفسخ

[118]

لا يفيد رفع النزاع لبقاء الثمرة الحادثة للمشتري وان قلنا بالانفساخ استرد المشتري الثمن ورد الشجرة مع جميع الثمار ذكره صاحب التتمة * قال (النظر الخامس من كتاب البيع) * (في مداينة العبيد والتحالف وفيه بابان) الاول (في معاملة العبيد والنظر في المأذون له في التجارة وغيره أما المأذون فالنظر فيما يجوز له

[119]

وفي العهدة وفيما يقضى منه ديونه (أما) ما يجوز له فكل ما يندرج تحت اسم التجارة أو كان من لوازمه فلا ينكح ولا يؤاجر (ح) نفسه ولا يتعدى (ح) النوع الذي رسم له الاتجار فيه * ولا يأذن (ح) لعبيده في التجارة الا بتوكيل معين * ولا يتخذ (ح) الدعوة للمجهزين * ولا يعامل سيده (ح) ولا يتصرف (ح) فيما اكتسب باحتطاب واصطياد واتهاب ثم لا ينزل (ح) بالاباق * ولا يستفيد (ح) الاذن بالسكوت وإذا ركبت الديون لم يزل (ح) ملك سيده عما في يده ويقبل اقراره (ح) بالدين لانيه وابنه) *

[120]

أوضحنا في أول كتاب البيع أن كلام هذا النظر في مداينة العبيد واختلاف المتبايعين وفيهما بابان (الاول) في مداينتهم والمراد من المداينة الاستقراض والشراء بالتسمية وليس الباب مقصورا على بيان ذلك بل هو واف بأحكام سائر معاملاتهم لكنهم تبركوا بترجمة الشافعي رضى الله عنه والعبد إما مأذون في التجارة أو غيره * القسم الاول المأذون في التجارة والكلام فيه يقع في ثلاثة أمور (أحدها) فيما يجوز له من التصرفات وما لا يجوز (وثانيها) في أن الطلب في الديون الواجبة بمعاملاته على من تتوجه (وثالثها) في أنها من أين تؤدي (أما الاول) فاعلم أنه يجوز للسيد أن يأذن لعبده في التجارة وفي سائر التصرفات كالبيع والشراء اجماعا ولانه صحيح العبارة ومنعه من التصرف لحق

[121]

السيد فإذا أمره به فقد ارتفع المانع ويستفيد المأذون في التجارة بهذا
الأذن كل ما يندرج تحت اسم التجارة أو كان من لوازمها وتوابعها كالنشر
والطى وحمل المتاع إلى الحانوت والرد بالعيب والمخاصمة في العهدة
ونحوها ولا يستفيد به غير ذلك وهذا القول الجملى تفصله صور (منها)
ليس للمأذون في التجارة أن ينكح كما أنه ليس للمأذون في النكاح أن يتجر
لأن كل واحد منهما غير متناول باسم الآخر (ومنها) ليس له أن يؤاجر نفسه
لأنه لا يملك التصرف في رقبته فكذلك في منفعته وعن الحلیمی حكاية
وجه أنه يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة وهل له إيجار أموال التجارة كالعبيد
والدواب فيه

[122]

وجهان (أحدهما) لا كما لا يؤاجر نفسه (وأصحهما) نعم لأن التجار قد
يعتادون ذلك ولأن المنفعة من فوائد المال فيملك العقد عليها كالصوف
واللبن (ومنها) لو أذن له السيد في التجارة في نوع من المال لا يصير
مأذونا في سائر الأنواع وكذا لو أذن في التجارة شهرا أو سنة لم يكن
مأذونا بعد تلك المدة خلافا لابي حنيفة فيهما وسلم أنه لو دفع إليه ألفا
ليشتري به شيئا لا يصير مأذونا في التجارة ولو دفع إليه ألفا وقال اتجر
فيه فله أن يشتري بعين ما دفع إليه ويقدره في ذمته ولا يزيد عليه ولو
قال اجعله رأس مالك وتصرف واتجر فله أن يشتري بأكثر من القدر
المدفوع إليه (ومنها) ليس للمأذون في

[123]

التجارة أن يأذن لعبده في التجارة خلافا لابي حنيفة ولو أذن له السيد في
ذلك ففعل جاز ثم ينزل مأذون المأذون بعزل السيد سواء انتزعه من يد
المأذون أو لم ينتزعه خلافا لابي حنيفة فيما إذا لم ينتزعه وهل له أن يوكل
عبده في أحاد التصرفات فيه وجهان (أصحهما) عند الإمام وهو الذي أورده
في الكتاب نعم لأنها تصدر عن نظره وإنما الممتنع أن يقيم غيره مقام
نفسه (والثاني) لا لأن السيد لم يرض بتصرف غيره وهذا قضية ما أورده
في التهذيب (ومنها) ألا يتخذ الدعوة للمجهزين والا يتصدق ولا ينفق على
نفسه من مال التجارة لأنه ملك السيد وعند أبي حنيفة له ذلك (ومنها) لا
يعامل سيده

[124]

بيعا وشراء لأن تصرفه لسيده بخلاف المكاتب يتصرف لنفسه وقال أبو
حنيفة له أن يعامل سيده وربما قيد ذلك بما إذا ركبته الديون (ومنها) ما
اكتسبه المأذون من الاحتطاب والاصطياد والانهاب وقبول الوصية والاخذ
من المعدن هل ينضم إلى مال التجارة حتى يتصرف فيه فيه وجهان
(أحدهما) وهو الذي أورده الفوراني والإمام وصاحب الكتاب لا لأنه لم

يحصل بجهة التجارة ولا سلمه لسيده إليه ليكون رأس المال (والثاني) نعم
لانه من جملة أكسابه وهذا أصبح عند صاحب التهذيب (ومنها) العبد المأذون
لا ينعزل بالاباق بل له التصرف في البلد الذي خرج إليه إلا إذا خص السيد
الاذن بهذا البلد

[125]

وقال أبو حنيفة يصير محجورا عليه * لنا أن الاباق عصيان فلا يوجب الحجر
كما لو عصى السيد من وجه آخر ولو أذن لجارته في التجارة ثم استولدها
ففيه هذا الخلاف ولا خلاف في أن له أن يأذن لمستولده في التجارة
(ومنها) إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت عنه لم يصير مأذونا له في
التجارة خلافا لابي حنيفة * لنا القياس على ما لو رآه ينكح فسكت عليه لا
يكون سكوته إذنا في النكاح (ومنها) إذا ركبته الديون لم يزل ملك سيده عما
في يده فلو تصرف فيه ببيع أو هبة أو اعتاق بأذن المأذون والغرماء جاز
ويكون الدين في ذمة العبد وان أذن العبد دون الغرماء لم يجز وان أذن
الغرماء دون العبد

[126]

فوجهان وعن أبي حنيفة أنه إذا ركبته الديون يزول ملك سيده عما في يده
ولا يدخل في ملك الغرماء (ومنها) اقرار المأذون بديون المعاملة مقبول
على ما سيأتي في باب الاقرار ولا فرق بين أن يقربها لاجنبي أو لابنه أو
ابنته وقال أبو حنيفة لا يقبل اقراره لهما وهذا الخلاف كالخلاف في اقرار
المريض لو ارثه (وأما) اقرار المأذون لغير دين المعاملة واقرار غير المأذون
فالكلام فيهما منه ما هو مذكور في الاقرار ومنه ما هو مذكور في السرقة
وسينتهي الشرح اليهما إن شاء الله تعالى *

[127]

قال (ولا يكتفى بقوله (ح) إني مأذون بل لابد من سماع من السيد أو بينة
عادلة * ويكتفى بالشيوخ على أحد الوجهين * ويكتفى بقوله في الحجر) *
من عامل المأذون وهو لا يعرف رقه فتصرفه صحيح ولا يشترط علمه بحاله
ذكره في النهاية ومن عرف رقه لم يجز له أن يعامله حتى يعرف إذن السيد
ولا يكفي قول العبد أنا مأذون لان الاصل عدم إذن المستحق فأشبه ما إذا
زعم الراهن إذن المرتهن في بيع المرهون * وقال أبو حنيفة يكفي قول
العبد كما يكفي قول الوكيل قال الاصحاب ليس هما سواء لان في الوكيل
لا حاجة إلى دعوى الوكالة بل

[128]

يجوز معاملته بناء على ظاهر الحال وان لم يدع شيئا وههنا بخلافه وإنما يعرف كونه مأذونا إما بسماع الاذن من السيد أو ببينة تقوم عليه ولو شاع في الناس كونه مأذونا فوجهان (أصحهما) أنه يكتفي به أيضا لان اقامة البينة لكل معامل مما يعسر ولو عرف كونه مأذونا ثم قال حجر على السيد لم يعامل فان قال السيد لم أحجر عليه فوجهان (أصحهما) انه لا يعامل أيضا لانه العاقد والعقد باطل بزعمه (والثاني) وبه قال أبو حنيفة أنه يجوز معاملته اعتمادا على قول السيد ولو عامل المأذون من عرف رقه ولم يعرف اذنه ثم بان كونه مأذونا فهو ملحق عند الائمة بما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي

[129]

فإذا هو ميت ويقرب منه قولان حكاهما الحليمي فيما إذا كذب مدعى الوكالة ثم عامله فظهر صدقه في دعوى الوكالة * (فرع) لو عرف كونه مأذونا فعامله ثم امتنع من التسليم إلى أن يقع الاشهاد على الاذن فله ذلك خوفا من خطر انكار السيد كما لو صدق مدعى الوكالة بقبض الحق ثم امتنع من التسليم حتى يشهد الموكل على الوكالة * (فرع) حكى في التتمة قولين في جواز معاملة من لا يعرف رقه وحريته (أظهرهما) الجواز لان

[130]

الاصل والغالب في الناس الحرية (والثاني) المنع لان الاصل بقاء الحجر وما حكيناه عن النهاية في صدر الفصل كأنه جواب على الاظهر والله تعالى أعلم * قال (أما العهدة فهو مطالب (و) بديون معاملته * وكذا سيده على الاظهر * وقيل السيد لا يطالب أصلا * وقيل يطالب إن لم يكن في يد العبد وفاء * ويطرد هذا الخلاف في عامل القراض مع رب المال * وقيل يطرده أيضا في الموكل إذا سلم إلى وكيله الفا معينة * وان عتق العبد طولب به * فان غرمه ففي رجوعه إلى السيد وجهان *

[131]

القول في لفظ العهدة وتفسيرها موضعه غير هذا (وأما) فقه الفصل فإذا باع المأذون سلعة وقبض الثمن فاستحقت السلعة وقد تلف الثمن في يد العبد فللمشتري الرجوع ببذله على العبد لانه المباشر للعقد وفي وجه لا رجوع على العبد لان يده يد السيد وعبارته مستعارة في الوسط وفي مطالبة السيد ثلاثة أوجه رتبها الامام (أصحها) أنه يطالب أيضا لان العقد له فكأنه البائع والقابض للثمن (والثاني) لا يطالب لان السيد بالاذن قد أعطاه استقلالاً فشرط من يعامله قصر الطمع على يده وذمته (والثالث) أنه إن

كان في يد العبد وفاء فلا يطالب السيد لحصول غرض المشتري وإلا
فيطالب

[132]

وعن ابن سريج انه إن كان السيد قد دفع إليه عين مال وقال بعها أو خذ
ثمنها واتجر فيه أو قال اشتر هذه السلعة وبعها واتجر في ثمنها ففعل ثم
ظهر الاستحقاق وطالبه المشتري بالثمن فله أن يطالب السيد بقضاء
الدين عنه لانه أوقعه في هذه العرامة وإن اشترى باختياره سلعة وباعها ثم
ظهر الاستحقاق فلا ولو اشترى المأذون شيئاً للتجارة ففي مطالبة السيد
بالثمن إلا وجه والوجه الاول والثاني جريان في عامل القراض مع رب
المال لتنزيل رب المال العهدة على المال المعين ولو أن الرجل سلم إلى
وكيله ألفاً وقال اشتر لي عبداً وأد هذا في ثمنه فاشترى الوكيل ففي
مطالبته الموكل بالثمن

[133]

طريقان (أحدهما) أنه يطالب ولا حكم لهذا التعيين مع الوكيل لان الوكيل
سفير محض والمأذون مستخدم يلزمه الامتثال والتزام ما ألزمه السيد
ذمته (وأقيسهما) طرد الوجهين فيه وإذا توجهت الطلبة على العبد لم
تندفع بعثقه لكن في رجوعه بالمعرم بعد العتق وجهان (أحدهما) يرجع
لإنقطاع استحقاق السيد بالعتق (وأظهرهما) لا يرجع لان المؤدى بعد العتق
كالمستحق بالتصرف السابق علي الرق وهذا كالخلاف في أن السيد إذا
أعتق العبد الذي أجره في اثناء مدة الاجارة هل يرجع بأجرة مثله للمدة
الواقعة بعد العتق

[134]

قال * (ولو سلم إلى عبده ألفاً ليتجر به فاشترى بعينه شيئاً وتلف الألف
انفسخ العقد * وإن اشترى في الذمة فتلاثة أوجه (الثالث) أن للمالك الخيار
إن شاء فسخ وإن شاء أجاز وأبدل الألف) * إذا سلم إلى عبده ألفاً ليتجر به
فاشترى بعينه شيئاً ثم تلف الألف في يده انفسخ العقد كما لو تلف المبيع
قبل القبض وإن اشترى في الذمة على عزم صرف الألف إلى الثمن ففي
المسألة وجهان (أحدهما) انه ينفسخ أيضاً لانه حصر ادنه في التصرف في
ذلك الألف وقد فات محل الاذن

[135]

(وأصحهما) أنه لا يفسخ وعلى هذا فوجهان (أحدهما) أنه يجب للسيد ألف آخر لان العقد وقع له والتمن غير متعين فعليه الوفاء باتمامه (والثاني) أنه لا يلزمه ذلك ولكنه ان أخرج ألفا آخر أمضى العقد والا فللبائع فسخ العقد ويشبه أن يكون هذا أظهر وهو اختيار الشيخ أبي محمد وإذا ترك الترتيب حصل في المسألة ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب ووراءها وجه رابع وهو أن الثمن يكون في كسب العبد والوجهان في الاصل كالوجهين فيما إذا دفع ألفا قراضا إلى رجل فاشترى شيئا في الذمة وتلف الألف عنده هل على رب المال ألف آخر أو ينقلب العقد إلى العامل (ان

[136]

قلنا) بالاول فعلي السيد ألف آخر (وان قلنا) بالثاني انفسخ العقد وإذا قلنا على السيد ألف آخر فهل يتصرف العبد فيه بالأذن السابق أم لابد من إذن جديد فيه وجهان وهما كالوجهين في أنه إذا أخرج ألفا آخر في صورة القراض فرأس المال ألف أو ألفان (ان قلنا) ألف فلا بد من إذن جديد (وان قلنا) ألفان كفى الأذن السابق قال الامام قدس الله روحه والألف الجديد انما يطالب به البائع دون العبد ولا شك أن العبد لا يمد يده إلى ألف من مال السيد وانه لا يتصرف فيما تسلمه البائع وانما تظهر فائدة الخلاف فيما إذا ارتفع العقد بسبب من الاسباب ورجع الألف والله أعلم *

[137]

قال (أما قضاء ديونه فمن مال التجارة لا من رقبته (ح) * وفي تعلقه باكتسابه من الاحتطاب وغيره وجهان) * الامر الثالث أن ديون التجارة من أين تؤدي ولا شك أن ديون معاملات المأذون مؤداة مما في يده من مال التجارة سواء فيه الارباح الحاصلة بتجارته ورأس المال وهل يؤدي من اكتسابه بغير طريق التجارة كالاصطياد والاحتطاب فيه وجهان (أحدهما) لا كسائر أموال السيد (وأصحهما) نعم كما يتعلق به المهر وثبوت النكاح ثم ما فضل من ذلك يكون في ذمته إلى أن يعتق وهل يتعلق

[138]

بما يكتسبه بعد الحجر فيه وجهان قال في التهذيب (أصحهما) أنها لا تتعلق به ولا تتعلق برقبته ولا بذمة السيد (أما) أنها لا تتعلق برقبته فلانه دين لزمه برضاء من له الدين فوجب أن لا يتعلق برقبته كما لو استقرض بغير إذن السيد وخالفنا أبو حنيفة فيه (وأما) أنه لا يتعلق بذمة السيد فلان ما لزمه بمعاوضة مقصودة بأذنه وجب أن تكون متعلقة بكسب العبد كالنفقة في النكاح ولو كان للمأذونة أولاد لم تتعلق الديون بهم خلافا لابي حنيفة في الذين ولدوا بعد الاذن في التجارة ولو اتلف السيد ما في يد المأذون من أموال التجارة فعليه ما أتلف بقدر الدين ولو أنه قتل المأذون وليس في يده مال لم يلزم

[139]

قضاء الدين * هذه مسائل الكتاب وما يناسبها وفي المأذون فروع كثيرة تذكر في مواضع متفرقة والذي نورد في هذه الخاتمة أنه لو تصرف فيما في يد المأذون ببيع أو هبة أو اعتاق ولا دين على العبد فهو جائز وفي وجه يشترط أن يقوم عليه حجرا وإن كان عليه دين فقد سبق حكم تصرفه وإذا باع العبد أو أعتقه صار محجورا عليه في أصح الوجهين وفي قضاء ديونه مما يكتسبه في يد المشتري خلاف المذكور فيما يكتسبه بعد الحجر عليه * واعلم أن المسائل الخلافية بيننا وبين أبي حنيفة في المأذون يبني أكثرها على أنه يتصرف لنفسه أو لسيده فعنده يتصرف لنفسه وعندنا

[140]

لسيده ولذلك نقول إنه لا يبيع نسيئة ولا بدون ثمن المثل ولا يسافر بمال التجارة إلا بأذن السيد ولا يتمكن من عزل نفسه بخلاف الوكيل * (فرع) لو أذن لعبد في التجارة مطلقا ولم يعين مالا فعن أبي طاهر الزيادي أنه لا يصح هذا الأذن وعن غيره أنه يصح وله التصرف في أنواع الأموال هذا تمام القسم الأول * قال (وأما غير المأذون فلا يتصرف بما يضر سيده كالنكاح فانه لا ينعقد دون إذنه * والا قيس جوازاتها به * وقبوله الوصية فيدخل في ملك سيده كما يدخل باحتطابه * ويخلع زوجته *

[141]

ولا يصح (ز) ضمانه وشراؤه على الأصح لانه عاجز عن الوفاء بالملتزم * وقيل إنه يصح كما في المفلس * ولا يملك العبد بتمليك السيد (م) على القول الجديد * القسم الثاني غير المأذون في التجارة وهو قد يكون مأذونا في غير التجارة وقد لا يكون مأذونا أصلا والمسائل الداخلة في هذا القسم منتشرة في الابواب والتي أوردتها في هذا الموضع خمس (أحداها) ليس للعبد أن ينكح بغير إذن السيد لانه لو جاز نكاحه لكان له أن يطأ متى شاء وأنه يورث ضعف البنية ويتضرر به السيد هذا حكم كل تصرف يتعلق برقية العبد (الثانية) الهبة

[142]

من عبد الانسان والوصية له هبة ووصية للسيد وفي صحة قبوله فيهما من غير إذن السيد وجهان (أحدهما) وبه قال الاصطخري المنع لعدم رضاه بثبوت الملك (وأصحهما) الصحة لانه اكتساب لا يعقب عوضا فاشبه

الاحتطاب والاصطياد بغير إذن وأيضاً فإن العبد إذا خالغ زوجته صح وثبت العوض ويدخل في ملك السيد قهراً فكذلك ههنا وصورة الوصية قد ذكرها صاحب الكتاب في الوصية (الثالثة) في صحة ضمانه بغير إذن السيد وجهان معادان في كتاب الضمان وشرحهما بذلك الموضع اليق (الرابعة) هل يصح شراؤه دون إذن السيد فيه طريقان (أظهرهما) أن فيه وجهين (أحدهما)

[143]

وبه قال ابن أبي هريرة نعم لانه يعتمد الذمة ولا حجر على ذمته (وأصحهما) لا وبه قال أبو إسحق والاصطخري لانه لو صح فأما أن يثبت الملك له وليس هو أهلاً لأن يملك أو لسيدته وذلك إما بعوض يلزمه أو بعوض يكون في ذمة العبد والاول ما رضى به السيد والثاني ممتنع لما فيه من حصول أحد العوضين لغير من يلتزم الثاني وبنوا الوجهين على القولين في أن المفلس المحجور عليه إذا اشترى شيئاً هل يصح ووجه الشبه أن كل واحد منهما صحيح العبارة وإنما حجر عليه لحق الغير (والطريق الثاني) القطع بالبطلان ويفارق المفلس لانه أهل للتمليك * (التفريع) أن صححنا شراءه فمنهم من قال إن الملك للسيد والبائع أن علم رقه لم يطالبه بشئ

[144]

حتى يعتق وإن لم يعلم فهو بالخيار بين الصبر إلى العتق وبين أن يفسخ ويرجع إلى عين ماله ومنهم من قال الملك للعبد والسيد بالخيار بين أن يقره عليه وبين أن ينتزعه من يده وللبائع الرجوع إلى عين المبيع ما دام في يد العبد لتعذر تحصيل الثمن كما لو أفلس المشتري بالثمن وإن تلف في يده فليس له إلا الصبر إلى أن يعتق وإن انتزعه السيد فهل للبائع الرجوع فيه وجهان الذي أورده الاكثرون أنه لا يرجع كما لو زال يد المشتري عما اشتراه ثم أفلس بالثمن وفي التتمة أن الصحيح أنه يرجع أيضاً بناء على أن الملك يحصل للسيد ابتداءً لا بالانتزاع وإن أفسدنا شراءه

[145]

فللمالك استرداد العين ما دامت باقية سواء كانت في يد العبد أو في يد السيد وإن تلفت في يد العبد تعلق الضمان بذمته وإن تلفت في يد السيد فللبائع مطالبته بالضمان وإلا ليس له مطالبة العبد بعد العتق ولا يجب على السيد الضمان بأن رآه فلم يأخذه من يد العبد ولو أدى الثمن من مال السيد فله استرداده والاستقراض في جميع ما ذكرناه كالشراء وللعبد اجارة نفسه بأذن السيد وكذا له بيع نفسه ورهنها في أصح الوجهين ولو اشترى العبد أو باع لغيره وكالة بغير إذن السيد ففيه وجهان ذكر في التتمة انهما مبنيان على الخلاف فيما لو اشترى لنفسه والاصح المنع لما

[146]

فيه من تعلق العهدة بالوكيل وقوله في الكتاب ولا يصح ضمانه وشراؤه يجوز إعلامه بالحاء لان أبا حنيفة يصح شراءه وإيراد الوسيط يدل على أن المراد من قوله على الأصح الأصح من الطريقين (وقوله) في الكتاب وقيل انه يصح كما في المفلس إشارة إلى الطريق الثاني. المعنى يصح في قول كما في المفلس (وقوله) لانه عاجز عن الوفاء بالملتزم وجهه في الضمان ظاهر فان الاداء في الحال متعذر عليه وأما في الشراء فهو مبني على أن للسيد أخذ المبيع منه فلا يبقى للثمن متعلق في الحال (الخامسة) العبد هل يملك

[147]

بتمليك السيد فيه قولان (القديم) نعم وبه قال مالك لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال (من باع عبدا وله مال أضاف المال إليه) (1) والجديد لا وبه قال أبو حنيفة كما لا يملك بالارث وتمليك غير السيد

(باب معاملات العبيد) (1) (حديث) من باع عبدا وله مال الحديث: متفق عليه من حديث ابن عمر ولابي داود وابن حبان عن جابر نحوه وللبيهقي من حديث عبادة بن الصامت نحوه *

[148]

ولانه مملوك فأشبهه البهيمة وعن احمد روايتان كالقولين (فان قلنا) بالقديم فللسيد الرجوع عنه متى شاء وليس للعبد التصرف فيه الا باذن السيد وله أن يشتري الجارية التي ملكها أباه ان أذن له فيه وعن الاستاذ أبي اسحق منعه لضعف الملك وان لم يأذن له في الشراء فليس له ذلك وفيه وجه ولو كان له عبدان فملك كل واحد منهما صاحبه فالحكم للتمليك الثاني وهو رجوع عن الاول فان وقعا دفعة واحدة من وكيلين تدافعا والله أعلم *

[149]

(الباب الثاني في التحالف) قال * (والنظر في سببه وكيفيته وحكمه) (أما) السبب فهو التنازع في تفصيل العقد وكيفيته بعد الاتفاق على الاصل كالخلاف في قدر العوض (ح) وجنسه وقدر الاجل (ح) وأصله (ح) وشرط الكفيل (ح) والخيار (ح) والرهن (ح) وغيره * فموجبه التحالف سواء كانت

[150]

السلعة قائمة أو هالكة (ح م) جرى مع العاقد أو مع ورثته * قبل القبض أو بعده (ح) لقوله صلى الله عليه وسلم " إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا " (1) *

(1) (قوله) وفي رواية إذا اختلف المتبايعان تحالفا وفي رواية أخرى تحالفا أو ترادا أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث وإنما توجد في كتب الفقه وكأنه عني الغزالي فإنه ذكرها في الوسيط وهو تبع إمامه في الأساليب وأما رواية التراد فرواها مالك بلاغا عن ابن مسعود ورواه أحمد والترمذي وابن ماجه بإسناد منقطع وقال الطبراني في الكبير. نا محمد بن هشام المستملي نا عبد الرحمن بن صالح نا فضيل بن عياض نا منصور عن إبراهيم

[151]

الأصل في الباب ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال

= عن علقمة عن عبد الله مرفوعا البيعان إذا اختلفا في البيع ترادا رواه ثقات لكن اختلف في عبد الرحمن بن صالح وما أظنه حفظه فقد جزم الشافعي أن طرق هذا الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شيء موصول وذكر الدارقطني علله فلم يعرج على هذه الطريق وله طريق أخرى عند أبي داود والنسائي والحاكم والبيهقي من طريق عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده قال قال عبد الله بن مسعود فذكر الحديث وصححه من هذا الوجه الحاكم وحسنه البيهقي وقال ابن عبد البر هو منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعة العلماء تلقوه وبنوا عليه كثيرا من فروعه وأعله ابن حزم بالانقطاع وتابعه عبد الحق وأعله بن القطان بالجهالة في عبد الرحمن وأبيه وجده وله طريق أخرى رواها الدارقطني من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال باع عبد الله بن مسعود سببا من سبي الأمانة بعشرين ألفا يعني من الأشعث بن قيس فذكر القصة والحديث ورجاله ثقات إلا أن عبد الرحمن اختلف في سماعه من أبيه *

[152]

(إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار (1) ومعناه أن المبتاع بالخيار بين إمساكه بما حلف عليه البائع وبين أن يحلف على ما يقوله للرواية الأخرى (إذا اختلف المتبايعان تحالفا) وفي رواية (إذا اختلف

(1) (حديث) ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار. الشافعي عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن اسماعيل بن أمية عن عبد الملك بن عمير عن أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود قال أتى عبد الله بن مسعود فقال حضرت النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بالبائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع إن شاء ترك رواه أحمد عن الشافعي والنسائي والدارقطني من طريق أبي عبيدة أيضا وفيه انقطاع على ما عرف من اختلافهم في صحة سماع أبي عبيدة من أبيه واختلف فيه على اسماعيل بن أمية ثم عن ابن جريج في تسمية والد عبد الملك هذا الراوي عن أبي عبيدة فقال يحيى بن سالم عن اسماعيل بن أمية عبد الملك بن عمير كما قال سعيد بن سالم ووقع في النسائي عبد الملك بن عبيد ورجح هذا أحمد والبيهقي وهو ظاهر كلام البخاري وقد صححه ابن السكن والحاكم وروى الشافعي في المختصر عن سفيان عن ابن عجلان عن عون بن عبد الله ابن عتبة بن مسعود عن ابن مسعود نحوه بلفظ الباب وفيه نقصان ورواه الدارقطني من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن جده وفيه اسماعيل بن عياش عن موسى ابن عقبة * (قوله) وفي رواية إذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لاحدهما تحالفا رواها عبد الله بن أحمد في زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده ورواها الطبراني والدارمي من هذا الوجه فقال عن القاسم عن أبيه عن ابن مسعود وانفرد بهذه الزيادة وهي قوله

[153]

المتبايعان ولا بينة لاحدهما تحالفا * إذا عرفت ذلك فكلام الباب يقع في ثلاثة فصول (أحدها) في السبب المحجوج إلى التحالف ومتى تباع اثنتان ثم وقع بينهما اختلاف فذلك إما أن يكون مع الاتفاق على عقد صحيح أولا معه القسم الاول أن يختلفا مع الاتفاق على عقد صحيح مثل أن يختلفا في قدر الثمن فيقول البائع بعثك هذا بمائة فيقول المشتري بخمسين فينظران كان لاحدهما بينة قضى بها وإن أقام كل واحد

= والسلعة قائمة عن أبي ليلى وهو محمد بن عبد الرحمن الفقيه وهو ضعيف سئ الحفظ وأما قوله فيه تحالفا فلم يقع عند أحد منهم وإنما عندهم والقول قول البائع أو يراد أن *

[154]

منهما بينة على ما يقوله سمعا من حيث أن كل واحد منهما مدع ثم إن قلنا بالتساقط فكان لا بينة والا توقفنا إلى ظهور الحال وإن لم يكن لواحد منهما بينة فيتحالفاً لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فالبايع مدع وزيادة الثمن ومدعى عليه في تملك السلعة بالاقبل والمشتري بالعكس فإذا لم يكن بينة حلف كل واحد منهما ولا فرق في ذلك بين أن تكون السلعة قائمة أو هالكة وقال أبو حنيفة إنما يتحالفا عند قيام السلعة أما إذا هلكت فالقول قول المشتري مع يمينه وعن أحمد روايتان كالمذهبين وعن مالك مثل ذلك ورواية المنذر هي أنه إن كان قبل القبض تحالفا وإن كان بعده فالقول قول المشتري لنا ما سبق من إطلاق الاخبار وقياس حالة الهلاك على حالة البقاء لا فرق أيضا بين أن يقع الاختلاف

[155]

بين المتبايعين أو ورثتهما بعدهما وقال أبو حنيفة إن كان المبيع غير مقبوض تحالفا والا فالقول قول ورثة المبتاع * ولو اختلفا في جنس الثمن أو بعض صفاته فهو كالخلاف في القدر وكذا الاختلاف في قدر المبيع بأن يقول البائع بعتك هذا العبد ويقول المشتري هذا العبد وهذا الثوب والاختلاف في قدر المبيع والثمن بأن يقول البائع بعتك هذا العبد بألف ويقول المشتري بعتنه وهذه الجارية بالفين ولو قال البائع بعتك هذا العبد فقال المشتري بعتنه هذه الجارية ولم يختلفا في الثمن نظران كان الثمن معينا تحالفا كما لو اختلفا في جنس الثمن وإن كان الثمن في الذمة فوجهان (أحدهما) أنهما يتحالفا

[156]

أيضا كما لو كان معينا وبهذا أجاب ابن الحداد واختاره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ رحمهم الله والثاني أنه لا تحالف لأن المبيع مختلف فيه والثمن ليس بمعين حتى يربط به العقد ويحكى هذا عن الشيخ أبي حامد واختاره الامام وصاحب التتمة ونظير المسألة من الصداق أن يقول الزوج أصدقتك أباك فقالت بل أمي وقد أوردتها صاحب الكتاب في آخر كتاب الصداق ورأى الاصح التحالف فإن قلنا لا تحالف حلف كل واحد منهما على نفى ما يدعيه صاحبه ولم يجمع أحدهما في اليمين بين النفي والاثبات ولا يتعلق بينهما فسخ ولا انفساخ ولو كانت المسألة بحالها وأقام كل واحد

[157]

منهما بينة على ما ذكره سلمت الجارية للمشتري وأما العبد فقد أقر البائع بيعه وقامت البينة عليه أو لم تقم فإن كان في يد المشتري أقر عنده وإن كان في يد البائع فوجهان (أحدهما) أنه يسلم إلى المشتري ويجبر على قبوله والثاني لا يجبر لانه ينكر ملكه فيه فعلى هذا يقبضه الحاكم وينفق عليه من كسبه فإن لم يكن له كسب ورأى الحظ في بيعه وحفظ ثمنه فعل ولو أنفقا على المبيع والثمن واختلفا في شرط الخيار أو قدره أو شرط الرهن بالثمن أو الكفيل أو شرط الاجل أو قدره جرى التحالف أيضا خلافا لابي حنيفة وأحمد حيث قالوا الاختلاف في شروط العقد لا يقتضى التحالف ولكن القول قول من منعها * لنا اطلاق الاخبار السابقة والرواية

[158]

المذكورة في الكتاب ولا تخفي المواضع المستحقة للعلامات من الفاظ الكتاب * قال (ويجرى في كل معاوضة * كالصلح عن دم العمد والخلع والنكاح والاجارة والمساقاة والقراض والجعالة ولكن أثره في بدل الدم

والبضع الرجوع إلى بدل المثل لا فسخ الخلع والنكاح * ولو قال وهبت هذا منى فقال لا بل بعته فالقول قوله في انه ما وهب * ولم يتحالف إذ لم يتفقا على عقد * في الفصل مسألتان (أحدهما) ان التحالف لا يختص بالمبيعات بل يجرى في سائر عقود

[159]

المعاوضات من السلم والاجارة والمساقاة والقراض والجعالة والصلح عن الدم والخلع والصداق والكتابة طردا للمعنى ثم في البيع ونحوه يفسخ العقد بعد التحالف أو يفسخ ويترادان كما سيأتي وفي الصلح عن الدم لا يعود استحقاق بل ان التحالف في الرجوع إلى الدية فكذلك لا يرتد البضع ولكن في النكاح ترجع المرأة إلى مهر المثل وفي الخلع يرجع إليه الزوج وسيعود ذكر هذا الكلام في كتابيهما ثم ذكر الامام قدس الله روحه في هذا الموضوع اشكالا فقال أي معنى للتحالف في القراض مع انه جائز وكل واحد منهما بسبيل من فسخه بكل حال وايد ذلك بأن القاضى الحسين منع من التحالف في البيع في زمان

[160]

الخيار ومكانه لامكان الفسخ بسبب الخيار واجاب بان التحالف ما وضع للفسخ ولكن عرضت الايمان رجاء أن ينكف الكاذب ويتقرر العقد بيمين الصادق فإذا لم يتفق ذلك واصررا فسخ العقد للضرورة ونزع القاضى فيما ذكره لاشكالات قررهما ثم مال بالآخرة إلى موافقته ورأى في القراض ان يفصل فيقال التحالف قبل الخوض في العمل لا معنى له واما بعده فالنزاع يؤل إلى مقصود لا خيرة فيه من ربح أو اجر مثل فيتحالفان والجعالة كالقراض (المسألة الثانية) لو قال بعتك هذا بالالف فقال

[161]

بل وهبتيه فلا تحالف إذ لم يتفقا على عقد ولكن يحلف كل واحد منهما على نفى ما يدعيه صاحبه فإذا حلفا فعلى مدعى الهبة رده بزوائده هذا هو المشهور ووراءه شيئان (أحدهما) عن صاحب التقريب رواية قول أن القول قول مدعى الهبة لانه مالك باتفاقهما وصاحبه يدعي عليه والاصل براءة ذمته عنه (الثاني) أطلق في التتمة وجها أنهما يتحالفان وادعى انه الصحيح ولو قال بعتك هذا بألف فقال بل وهبتيه حلف كل واحد منهما على نفى ما يدعيه صاحبه ورد الالف واسترد

[162]

العين ولو قال رهنكه بألف استقرضته ؟ فقال بل بعثنيه بألف فالقول قول المالك مع يمينه وترد الالف ولا يمين على الآخر ولا يكون رهنا لانه لا يدعيه قاله في التهذيب * قال (ولو تنازعا في شرط مفسد فكذاك * والاصح أن القول قول من ينكر الشرط الفاسد * ولو رد المبيع عليه بعيب فقال هذا ليس ما قبضته مني فالقول قوله * وان جرى ذلك في المسلم فيه ففيه خلاف من حيث إنه لم يعترف له بقبض صحيح * وقال ابن سريج ان كان بحيث

[163]

لو رضي به لوقع عن جهة الاستحقاق لرجوع التفاوت إلى الصفة فهو كالمبيع لان القبض صحيح فيه لو رضي به) * القسم الثاني أن يختلفا من غير الاتفاق على عقد صحيح بأن يدعى أحدهما صحة العقد والآخر فسادا كما إذا قال بعثك بألف فقال المشتري بل بألف وزق خمر وقال أحدهما شرطنا في العقد شرطا مفسدا وأنكر الآخر فلا تحالف وفيمن القول قوله وجهان (أصحهما) عند صاحب التهذيب

[164]

أن القول قول من يدعى الفساد مع يمينه لان الاصل عدم العقد الصحيح وبقاء الملك للمالك وصار كما لو اختلفا في أصل البيع (وأصحهما) عند المصنف وهو اختيار الشيخ أبي حامد وابن الصباغ أن القول قول من يدعى الصحة لان الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة واحتج لهذا الوجه بنصه في البويطى فيمن أسلم إلى رجل في طعام واختلفا فادعى المسلم إليه أنه شرط فيه الخيار وأنكره المسلم أن القول قول المسلم مع يمينه وأيضا فلو قال هذا الذي بعثنيه حر الاصل وقال البائع

[165]

بل هو مملوك فالقول قول البائع وذكر الائمة تخريج الوجهين على أصليين (أحدهما) عن القاضي أبي الطيب أن أصل الوجهين قولان للشافعي رضي الله عنه فيمن تكفل برجل ثم اختلفا فقال تكفلت على أن الخيار ثلاثا وأنكر المكفول له أن القول قول الكفيل أو المكفول له (والثاني) عن القفال ان اصلهما القولان فيمن قال لفلان على ألف من ثمن الخمر هل يؤخذ بأول كلامه ام يقبل قوله من ثمن الخمر (ان قلنا) بالثاني فالقول قول من يدعى الفساد (وان قلنا) بالاول فالقول

[166]

قول من يدعي الصحة ولمخرج ان يخرج الوجهين على قولى تقابل الاصل والظاهر ولو قال بعثك بألف فقال بل بخمر أو بثلثين مجهول ففي التهذيب نقل طريقين (أظهرهما) طرد الوجهين (والثاني) القطع بالفساد لانه لم يقر بشئ ملزم وإذا فرعنا على ان القول قول من يدعى الصحة فلو قال بعثك بألف فقال بل بخمسائة وزق خمر وحلف البائع على نفي سبب الفساد صدق فيه وبقي التنازع في قدر الثمن فيتخالفان * ثم الفصل يشتمل على مسألة أخرى في اختلاف المتبايعين من وجه آخر وهى أن يشتري

[167]

عبدا مثلا ثم يحى بعد ويريد رده بعيب فيه فيقول البائع ليس هذا ما ابتعته وقبضته مني فالقول قول البائع لان الراد يريد الفسخ والاصل مضيه على السلامة ولو فرض ذلك في التسلم أو قال ليس هذا على الوصف الذى أسلمت اليك فيه ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قول المسلم إليه مع يمينه كما أن القول قول البائع وبهذا أجاب في التنبيه (وأصحهما) أن القول قول المسلم لان اشتغال ذمته بمال السلم معلوم والبراءة غير معلومة ويفارق صورة البيع لانهما اتفقا على قبض ما ورد عليه

[168]

الشراء وتنازعا في سبب الفسخ والاصل استمرار العقد والوجهان جاريان في الثمن في الذمة أن القول قول القابض أو الدافع وعن ابن سريج وجه ثالث وهو أنه يفرق بين ما يمنع صحة القبض وبين العيب الذى يمنعها فإذا كان الثمن دراهم في الذمة وفرض هذا النزاع وكان ما أراد البائع رده زبوا ولم يكن ورقا فالقول قول البائع لانكار أصل القبض الصحيح وان كانت ورقا لكنها رديئة النوع لخشونة أو اضطراب سكة فالقول قول المشتري لان أصل القبض قد تحقق ولو رضى به لوقع المقبوض

[169]

عن الاستحقاق ولا يخفى مثل هذا التفصيل في المسلم فيه ولك أن تقول المعنى الفارق في المسلم فيه ظاهر فان الاعتياض عنه غير جائز ولكن في الثمن لو رضى بالمقبوض لوقع عن الاستحقاق وان لم يكن ورقا متى كانت له قيمة لان الاستبدال عن الثمن جائز على الصحيح وقوله في

الكتاب لرجوع التفاوت إلى الصفة أراد صفات الجودة والرداءة فان أخذ
الردئ عن الجيد جائز وانما المانع من الاخذ بتغير الجنس ولو كان الثمن
معيبا فهو كالمبيع فإذا وقع فيه هذا الاختلاف فالقول قول المشتري مع

[170]

يمينه قال في التهذيب لو كان المعين نحاسا لا قيمة له فالقول قول الراد
لانه يدعى بقاء ملكه وفساد العقد ولك أن تقول ينبغي أن يكون هذا علي
الخلاف فيما إذا ادعى أحدهما صحة العقد والآخر فسادا ولو اشترى طعاما
كيلا وقبضه بالكيل أو وزنا وقبضه بالوزن أو أسلم فيه وقبضه ثم جاء
و ادعى نقصانا فيه نظر ان كان قدر ما يقع مثله في الكيل والوزن قبل والا
فقولان عن رواية الربيع (أحدهما) أن القول قول القابض مع يمينه لان
الاصل بقاء حقه ويحكى هذا عن أبي حنيفة

[171]

ورجحه صاحب التهذيب (والثاني) ويحكى عن مالك أن القول قول الدافع
مع يمينه لانهما اتفقا على القبض والقابض يدعى الخطأ فيه فيحتاج إلى
البينة كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ فيه يحتاج إلى البينة
وهذا أصح عند القاضي أبي الطيب وغيره * ولو اختلف المتبايعان في
القبض فالقول قول المشتري ولو باع عصيرا وحصل القبض فوجد خمرا
فقال البائع تخمر في يدك وقال المشتري بل سلمته خمرا والقبض فاسد
وأمكن الامر ان جميعا فقولان (أحدهما) أن القول قول

[172]

البائع لان الاصل بقاء الحلاوة (والثاني) أن القول قول المشتري لان الاصل
عدم القبض الصحيح ولو قال أحدهما انه كان خمرا عند البيع فهذا يدعى
فساد العقد والآخر يدعى صحته وقد سبق حكمه وبهذا يقاس ما لو باعه لبنا
فأخذه المشتري في طرف ثم وجدت فيه فأرة وتنازعا في نجاسته عند
القبض وعند البيع ولو قال المشتري بعت العبد بشرط انه كاتب وأنكره
البائع فوجهان (أحدهما) أن القول قول البائع كما لو اختلفا في العيب
(والثاني) أنهما يتحالفان كما

[173]

لو اختلفا في الاجل أو الخيار قال في التتمة وهذا أصح ولو كان الثمن مؤجلا واختلفا في انقضاء الاجل فالاصل بقاءه * قال (أما كيفية اليمين فالبداء (ح) بالبائع * وفي السلم بالمسلم إليه * وفي الكتابة بالسيد لانهما في رتبة البائع * وفي الصداق بالزوج لانه في رتبة بائع الصداق وأثر التحالف يظهر فيه لا في البضع * وقيل انه يبدأ بالمشتري وهو مخرج * وقيل يتساويان فيتقدم بالقرعة أو برأى القاضى *

[174]

ثم يحلف يمينا واحدا ويجمع بين النفي والاثبات * ويقدم (و) النفي فيقول والله ما بعته بألف بل بعته بألفين * فان حلف البائع عليهما ونكل المشتري عن أحدهما قضى عليه * وفيه قول مخرج أنه لا يجمع في يمين واحدة بين النفي والاثبات بل يحلف البائع على النفي ثم المشتري على النفي ثم البائع على الاثبات ثم المشتري على الاثبات فيتعدد اليمين) * الفصل الثاني في كيفية التحالف وقاعدته أن يحلف كل واحد من المتعاقدين على إثبات

[175]

ما يقوله ونفى ما يقوله صاحبه ثم فيه مسألتان (إحدهما) فيمن يبدأ به من المتعاقدين وقد نص في البيع انه يبدأ بالبائع وفي المسلم انه يبدأ بالمسلم إليه وفي الكتابة بالسيد وهذه النصوص متوافقة وفي الصداق انه يبدأ بالزوج وظاهره يخالف سائر النصوص لان الزوج شبيه بالمشتري ونص في الدعاوى انه إن بدأ بيمين البائع خير المشتري وإن بدأ بيمين المشتري خير البائع وهذا يشعر بالتسوية والتخيير وللأصحاب طريقان (أظهرهما) أن المسألة على ثلاثة أقوال (أظهرهما) أن البداية

[176]

بالبائع وبه قال أحمد واحتجوا له بأن جانبه أقوى لان ملكه على الثمن يتم بالعقد وملك المشتري على المبيع لا يتم بالعقد ولان المبيع يعود إليه بعد التحالف (والثاني) ان البداية بالمشتري وبه قال أبو حنيفة لان البائع يدعى عليه زيادة ثمن والاصل براءة ذمته عنها فتقوى بذلك جانبه (والثالث) أنه لا بداية بل يتساويان لان كل واحد منهما مدع ومدعي عليه فلا ترجيح وعن الشيخ أبي حامد ان هذا أقيس وان كان الاول ظاهر المذهب وعلى هذا فوجهان (أظهرهما) أن الحاكم مخير

[177]

في ذلك يبدأ بمن اتفق (والثاني) أنه يقرع بينهما كما يقرع بين المتساويين إلى مجلسه (والطريق الثاني) القطع بأن البداية بالبائع ومن قال بهذا قطع بأن البداية في اختلاف الزوجين بالزوج على ما نص عليه وقرره من وجهين (أحدهما) أن أثر تحالف الزوجين إنما يظهر في الصداق دون البضع والزوج هو الذي ينزل عن الصداق فكان كالبائع له (والثاني) أن تقديم البائع إنما كان لقوة جانبه بحصول المبيع له بعد التحالف وفي النكاح يبقى البضع للزوج (وأما) نصه في كتاب الدعاوى فستعرف تأويله

[178]

(وإذا قلنا) بطريقة اثبات الخلاف فإن قدمنا البائع لم يخف من ينزل منزلته في سائر العقود وفي الصداق ويأتى وجهان (أحدهما) أن البداية بالمرأة لما مر وإن قدمنا المشتري نقله صاحب التهذيب وغيره وأوقفهما للنص أن البداية بالزوج لما مر وإن قدمنا المشتري فالقياس انعكاس الوجهين والله أعلم * ثم ههنا أمران مهمان (أحدهما) أن جميع ما ذكرناه في الاستحباب دون الإيجاب والاشتراط نص عليه الشيخ أبو حامد وصاحب التهذيب والتممة وهو أحد ما حمل عليه نصه في الدعاوى (والثاني) أن تقديم أحد الجانبين مخصوص بما إذا

[179]

باع عرضا بثمن في الذمة (فأما) إذا تبادلا عرضا بعوض فلا تتجه إلا التسوية ذكره الامام وينبغي أن يخرج ذلك على أن الثمن ماذا وقد سبق الخلاف فيه (المسألة الثانية) في تعدد اليمين وصفتها طاهر نص الشافعي رضى الله عنه الاكتفاء بيمين واحدة من كل واحد من المتعاقدين يجمع فيها بين النفي والاثبات فيقول البائع ما بعث بخمسائة وإنما بعث بألف ويقول المشتري ما اشتريت بألف وإنما اشتريت بخمسائة ولو كان في يد رجلين دار فادعي كل واحد منهما أن جميعها له فالنص أن كل واحد منهما

[180]

يحلف على مجرد نفي استحقاق صاحبه ما في يده فلو حلف أحدهما ونكل الآخر فالحالف يحلف يمينا أخرى للاثبات وللأصحاب فيهما طريقان (أصحهما) تقرير النصين والفرق أن منفى كل واحد منهما في ضمن مثبته لأن العقد واحد بالاتفاق والتنازع في صفته فكان الدعوى واحدة فجاز التعرض في اليمين الواحدة للنفي والاثبات وفي مسألة الدار منفى كل واحد منهما ممتاز عن مثبته فلا معنى ليمينه على الاثبات قبل نكول صاحبه

(والثاني) التصرف بتخريج قول من مسألة الدار فيما نحن فيه ووجهه
الجرى على

[181]

قياس الخصومات فان يمين الاثبات لا يبدأ بها في غير القسامة وهل
يتصرف بتخريج قول ما نحن فيه في مسألة الدار أيضا (قال) كثيرون نعم
حتى يكون فيهما قولان بالنقل والتخريج (وقال) الشيخ أبو حامد والامام لا
وهو الحق لان كل واحد منهما لا يحتاج فيما في يده إلى الاثبات واليمين
على الاثبات يمين الرد فكيف يحلف الاول يمين الرد وصاحبه لم ينكل بعد
وكيف يحلفها الثاني وقد حلف صاحبه (التفريع) ان اكتفينا بيمين واحدة
يجمع فيها بين النفي والاثبات فإذا حلف أحدهما

[182]

ونكل عن الثاني قضى للحالف سواء نكل عن النفي والاثبات جميعا أو عن
أحدهما والنكول عن البعض كهو عن الكل فينبغي أن يقدم النفي على
الاثبات لان النفي هو الاصل في الايمان وعن الاصطخري أن الاثبات مقدم
لانه المقصود وهذا الخلاف في الاستحباب أو الاستحقاق (والاظهر) الاول
ونقل الامام الثاني (وان قلنا) يحلف أولا على مجرد النفي فلو أضاف إليه
الاثبات كان لغوا وإذا حلف من وقعت البداية به على النفي عرضت اليمين
على الثاني فان نكل حلف الاول على الاثبات وقضى

[183]

له وان نكل عن الاثبات لم يقض له لاحتمال صدقه في نفي ما يدعيه
صاحبه وكذبه فيما يدعيه ثم عن الشيخ أبي محمد أنه كما لو تحالفا لان
نكول المردود عليه عن يمين الرد نازل في الدعاوى منزلة حلف الناكل أولا
ولو نكل الاول عن اليمين حلف الاخر على النفي والاثبات وقضى له * ولو
حلفا على النفي فوجهان (أصحهما) وبه قال الشيخ أبو محمد أنه يكفي
ذلك ولا حاجة بعده إلى يمين الاثبات لان المحوج إلى الفسخ جهالة الثمن
وقد حصلت (والثاني) أنه تعرض يمين الاثبات عليهما فان حلفا تم

[184]

التحالف وان نكل أحدهما قضى للحالف والقول في أنه يقدم يمين النفي
أو الاثبات يقاس بما ذكرنا على تقدير الاكتفاء بيمين واحدة ولو عرضت

اليمين عليهما فنكلا جميعا ففيه وجهان للامام (أحدهما) أن تناكلهما
كتخالفهما كما أنه إذا تداعي رجلان مولودا كان ذلك كتخالفهما (والثاني)
أنه يوقف الامر وكأنهما تركا الخصومة والله أعلم * وقوله في الكتاب في
المسألة الاولى وقيل إنه يبدأ بالمشتري وهو مخرج إنما ذكر ذلك لانه
مأخوذ من نصه في الصداق يجوز اعلام قوله وقيل في الموضعين

[185]

بالواو للطريق القاطعة بأن البداية بالبائع (وقوله) فالبدية بالبائع معلم
بالحاء (وقوله) يبدأ بالمشتري بالالف (وقوله) يتساويان بهما (وقوله)
فيتقدم بالقرعة أو برأي القاضى ليس للتخير وإنما أراد به الوجهين
الذين قدمناهما (وقوله) ويقدم النفي في المسألة الثانية معلم بالواو
(وقوله) بل يحلف البائع على النفي إلى آخره مفرع على أن البداية بالبائع
* قال (أما حكم التحالف فهو إنشاء الفسخ إذا استمررا على النزاع * وفيه
قول مخرج أنه يفسخ *

[186]

ثم القاضى يفسخ * أو من (و) أراد من المتعاقدين فيه وجهان) * (الفصل
الثالث) في حكم التحالف وثمرته * إذا تحالفا ففى العقد وجهان (أحدهما)
أنه يفسخ كما يفسخ النكاح بتحالف المتلاعنين ولأن التحالف يحقق ما
قاله ولو قال البائع بعت بألف فقال المشتري اشتريت بخمسائة لم
ينعقد فكذاك ههنا (وأصحهما) وهو المنصوص انه لا يفسخ

[187]

لان البينة أقوى من اليمين ولو أقام كل واحد منهما بينة على ما بقوله لا
ينفسخ العقد فباليمين أولى أن لا يفسخ * (التفريع) إن قلنا بالاول فلو
تفارا على أحد اليمين لم يعد نافذا بل لابد من تجديد عقد وهل يفسخ
المال أو يتعين ارتفاعه من أصله فيه وجهان (أظهرهما) أولهما لنفوذ
تصرفات المشتري قبل الاختلاف ويحكى الثاني عن أبى بكر الفارسي (وان
قلنا) بالاصح فالحاكم يدعوهما بعد التحالف إلى الموافقة

[188]

فينظر هل يعطى المشتري ما يقوله البائع من الثمن فان فعل اجبر البائع
عليه والا نظر هل يقنع البائع بما يقوله المشتري فان فعل فذاك والا

فحينئذ يحتاج إلى فسخ العقد ومن الذي يفسخه فيها وجهان أحدهما الحاكم كالفسخ بالعنة لانه فسخ مجتهد فيه واطهرهما أن للمتعاقدین ایضا أن یفسخا ولاحدھما أن ینفرد به كالفسخ بالعيب قال الامام (وإذا قلنا) الحاكم هو الذي يفسخ فذلك إذا استمررا على النزاع ولم يفسخا أو التمسا الفسخ فاما إذا اعرضنا عن الخصومة ولم يتوافقا على شيء ولا فسخا ففيه تردد ثم

[189]

إذا فسخ العقد ارتفع في الظاهر وهل يرتفع في الباطن ثلاثة أوجه (أحدهما) لا لأن سبب الفسخ تعذر امضاؤه لعدم الوقوف على الثمن وانه أمر يتعلق بالظاهر (والثاني) نعم كالفسخ يتعلق بالعيب (والثالث) أن كان البائع صادقا فنعم لتعذر وصوله إلى حقه كما لو فسخ بافلاس المشتري وان كان كاذبا فلا يمكنه من الوصول إلى ما ثبت له وهل يجري مثل هذا الخلاف إذا فرعنا على انفساخ العقد بنفس التحالف أم يجزم بالارتفاع باطنا أيضا اختلفوا فيه وإذا قلنا بالارتفاع باطنا ترادا وتصرف كل واحد منهما فيما

[190]

عاد إليه وان منعناه لم يجز لهما التصرف لكن لو كان البائع صادقا فقد طفر بمال من ظلم لما استرد المبيع فله بيعه أما بالحاكم في أحد الوجهين أو بنفسه في أحدهما واستيفاء حقه من ثمنه * واعلم أن جميع ما ذكرناه مفرغ في قالب واحد وهو أن يكون اختلافهما في قدر الثمن وللإمام عبارة نحو هذه الصورة وسائر صور الاختلاف وهي أن الفسخ أن صدر مع المحق فالوجه تنفيذه باطنا وان صدر من المبطل فالوجه منعه وإن صدر منهما جميعا فلا لاشك في الانفساخ باطنا وليس ذلك موضع الخلاف قال المصنف

[191]

في الوسيط كما لو تقايلا وإذا صدر من المبطل ولم ينفذه باطنا فطريق الصادق اثناء الفسخ وان اراد الملك فيما عاد إليه وان صدر من القاضى فالظاهر الانفساخ باطنا لينتفع به المحق قال (ثم يرد عين المبيع عند التفاسخ ان كان قائما والا فقيمه عند التلف اعتبارا بقيمته يوم التلف على الاصح * وقيل يعتبر يوم القبض * ولو كان المبيع عبيد وتلف أحدهما ضم قيمة التالف إلى القائم * ولو كان تعيب في يده ضم أرش العيب إليه * وان كان أبقا أو مكاتبا أو مرهونا أو مكرى

[192]

غرم القيمة * وإذا ارتفعت الموانع ففي رد العين واسترداد القيمة خلاف) *
إذا انفسخ البيع بالتحالف أو فسخ فعلى المشتري رد المبيع إن كان قائما
بحاله لما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال إذا اختلف المتبايعان تحالفا
وترادا) ويسلم له الولد والثمره والكسب والمهر وإن كان تالفا فعليه قيمته
سواء كانت أكثر من الثمن الذي يدعيه البائع أو أقل وفي القيمة المعتمدة
وجوه وقال الامام أقوال (أصحها) عند المصنف إن الاعتبار بقيمة يوم
التلف لأن مورد الفسخ العين لو بقيت

[193]

والقيمة خلف عنها فإذا فات الأصل فحينئذ ينظر إليها (والثاني) أنه يعتبر
قيمة يوم القبض لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه ثم ما يعرض من زيادة
أو نقصان فهو في ملكه ولم يذكر في الكتاب سوى هذين (والثالث) أنه
يعتبر أقل القيمتين لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك
المشتري وإن كانت يوم القبض أقل فهو يوم دخوله في ضمانه وقد ذكرنا
نظير هذه الثلاثة في القيمة التي نعتبرها لمعرفة الارش (والرابع) وقد
أوردته مع الاول في التهذيب إن الاعتبار بأقصى القيم من يوم القبض

[194]

إلى يوم التلف لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلا القيم قال الشيخ أبو علي هذا
الخلاف ناظر إلى أن العقد يرتفع من أصله أو من حينه (إن قلنا) بالاول
فالواجب أقصى القيم (وإن قلنا) بالثاني اعتبرنا قيمة يوم التلف * ولو
اشترى عيدين وتلف أحدهما ثم اختلفا وتحالفا هل يرد العبد الباقي فيه
الخلاف المذكور في مثله وإذا وجد الباقي معيبا (إن قلنا) يرد فيضم قيمة
التالف إليه وفي القيمة المعتمدة الاوجه ولعل باحثا يقول لم كان الاصح
ههنا غير الاصح في القيمة المعتمدة لمعرفة الارش

[195]

(والجواب) يجوز أن يكون السبب فيه ما أشار إليه الامام وهو أن النظر إلى
القيمة ثم ليس ليغرم ولكن ليعرف منها الارش الذي هو جزء من الثمن
وكذلك العوض فيما إذا تلف أحد العبيدين ووجد عيبا بالباقي وجوزنا افراده
بالرد يوزع الثمن على قيمة التالف والباقي وههنا المغرم القيمة فكان
النظر إلى حالة الاتلاف أليق وإن كان المبيع قائما إلا أنه قد تعيب رده مع
الارش وهو قدر ما نقص من القيمة لأن الكل مضمون على المشتري
بالقيمة فيكون البعض مضمونا ببعض

[196]

القيمة بخلاف ما لو تعيب المبيع في يد البائع وأفضى الأمر إلى الارش يجب جزء من الثمن لأن الكل مضمون على البائع بالثمن فكذلك البعض قال الشيخ أبو علي وهذا أصل مطرد في المسائل أن كل موضع لو تلف الكل كان مضمونا على الشخص بالقيمة فإذا تلف البعض كان مضمونا عليه ببعض القيمة كالمغصوب وغيره إلا في صورة وهي إذا عجل زكاة ماله ثم تلف ماله قبل الحول وكان ما عجل تالفا يغرم المسكين القيمة ولو كان معيبا ففي الارش وجهان * وهذه المسألة قد بينها

[197]

أو الارش فالقول قول المشتري لأنه الغارم ولو كان العبد المبيع قد أبق من يد المشتري حين تحالفا لم يمتنع الفسخ فإن الأباق لا يزيد على التلف ويغرم المشتري قيمته لتعذر الوصول إليه وكذا لو كاتبه كتابة صحيحة ولو رهنه فالبايع بالخيار بين أخذ القيمة وبين الصبر إلى انفكاك الرهن ولو أجره فينبى على إن بيع المستأجر هل يجوز (أن قلنا لا فهو كما لو رهنه (وأن قلنا) نعم فللبائع أخذه لكنه يترك عند المستأجر إلى انقضاء المدة والاجرة المسماة للمشتري وعليه للبائع أجره المثل للمدة الباقية * وإن كان

[198]

في موضعها وميل الشيخ إلى طرد الأصل فيها * ثم التلف قد يكون حقيقيا وقد يكون حكما كما لو كان المشتري قد وقف المبيع أو أعتقه أو باعه أو وهبه وأقبضه فتجب القيمة وهذه التصرفات ماضية على الصحة وعن أبي بكر الفارسي أنه يتبين بجران التحالف فسادها وترد العين * والتعيب أيضا قد يكون حقيقيا وقد يكون حكما كما لو زوج الجارية المبعة أو العبد المبيع فعليه ما بين قيمتها مزوجة وخلية وتعود إلى البائع والنكاح بحاله * وعن الفارسي أنه يبطل النكاح أيضا * ومهما اختلفا في قدر القيمة

[199]

قد أجره من البائع فله أخذه لا محالة وفي انفساخ الاجارة وجهان كما لو باع الدار المكراة من المكثري (أن قلنا لا يفسخ فعلي البائع المسمى للمشتري وعلى المشتري اجرة مثل المدة الباقية للبائع وإذا غرم القيمة في هذه الصورة ثم ارتفع السبب الحائل وأمكن الرد هل تسترد القيمة

وترد العين بينى ذلك على أنه قبل ارتفاع الحائل ملك من (أما) الأبق ففيه وجهان (أحدهما) أنه يبقى للمشتري والفسخ لا يرد على الأبق كالمبيع وإنما هو وارد على القيمة (وأصحهما) أنه في إباقه ملك للبائع والفسخ وارد عليه وإنما وجبت القيمة

[200]

للحيلولة (وأما) المرهون والمكاتب ففيهما طريقان (أحدهما) طرد الوجهين (وأظهرهما) وبه قال الشيخ أبو محمد القطع ببقاء الملك للمشتري كما أن المشتري إذا افلس بالثمن والعبد أبق يجوز للبائع الفسخ والرجوع إليه ولو كان مرهونا أو مكاتبا ليس له ذلك * وأم المكرى إذا منعنا بيعه فهو كالمرهون والمكاتب والأبق لأن حق المكرى يتعلق بمورد البيع والفسخ وهو فيه احتمالان للامام (فإذا قلنا) ببقاء الملك للمشتري فالفسخ وارد على القيمة كما في صورة التلف فلا رد ولا استرداد

[201]

وان قلنا بانقلابه إلى البائع ثبت الرد والاسترداد عند ارتفاع الحيلولة والله أعلم * ونختم الباب بفروع (أحدها) لو اختلف المتبايعان ثم حلف كل واحد منهما بعد التحالف أو قبله بحرية العبد المبيع أن لم يكن الأمر كما قال فلا يعتق العبد في الحال لأنه ملك المشتري وهو صادق بزعمه ثم إن فسخ العقد أو عاد العبد إلى البائع بسبب آخر عتق عليه لأن المشتري كاذب بزعمه والعبد قد عتق عليه فهو كمن أقر بحرية العبد ثم اشتراه ولا يعتق في الباطن أن كان البائع كاذبا ويعتق على المشتري

[202]

أن كان صادقا وولاء هذا العبد موقوف لا يدعيه البائع ولا المشتري ولو صدق المشتري البائع حكم بعته عليه ويرد الفسخ أن تفاسخا كما لو رد العبد بعيب ثم قال كنت أعتقته يرد الفسخ ويحكم بعته ولو صدق البائع المشتري نظر أن حلف البائع بالحرية أولا ثم المشتري فإذا صدقه البائع عقب يمينه ثم عاد العبد إليه لم يعتق لأنه لم يكذب المشتري بعد ما حلف بالحرية حتى يجعل مقرا بعته وإن حلف المشتري بحريته أولا ثم حلف البائع ثم صدقه عتق إذا عاد إليه لأن حلفه بعد

[203]

حلف المشتري تكذيب له واقرار بالحرية ولو كانت المسألة بحالها لكن المبيع بعض العبد فإذا عاد إلى ملك البائع عتق ذلك القدر عليه ولم يقوم عليه الباقي لأنه لم يحصل العتق بمباشرة بل باقراره على غيره فصار كما لو خلف اثنين وعيدا فقال أحدهما اعتق ابى هذا العبد وأنكره الآخر يعتق نصيب المقر ولا يقوم عليه الباقي وهذا الفرع من مولدات ابن الحداد رحمه الله (الثاني) إذا جرى البيع بين وكيلين واختلفا ففى تحالفهما وجهان (وجه) المنع ان غرض اليمين ليخاف الظالم فيقر

[204]

واقرار الوكيل على موكله غير مقبول (الثالث) لو كان المبيع جارية ووطنها المشتري ثم اختلفا وتحالفا ان كانت ثيبا فلا شئ عليه مع ردها وان كانت بكرًا ردها مع أرش البكارة لأنه نقصان جزء وإذا ترفع المتنازعان إلى مجلس الحكم ولم يتحالفا بعد فهل للمشتري وطئ الجارية فيه وجهان (أصحهما) نعم لبقاء ملكه وبعد التحالف وقبل الفسخ وجهان مرتبان وأولى بالتحريم لاشرافه على الزوال (الرابع) لو تقابل المتبايعان أو رد المشتري المبيع بعيب بعد قبض البائع الثمن واختلفا في قدر الثمن فالقول قول

[205]

البائع مع يمينه لان العقد قد ارتفع والمشتري يدعي زيادة والاصل عدمها * (كتاب السلم والقرض وفيه بابان * الاول في شرائطه) (قال والمتفق عليه منها خمسة (الاول) تسليم رأس المال في المجلس جبرا للغرر في الجانب الآخر ولو كان في الذمة فعين في المجلس فهو كالتعيين في العقد * وكذلك في الصرف * وفي مثل ذلك

كتاب السلم

[206]

في بيع الطعام بالطعام خلاف ومهما فسخ السلم استرد عين رأس المال وان كان قد عين بعد العقد علي الاصح * قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى) الآية وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن المراد منه السلم (1) وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في التمر السنة والسنتين وربما قال والثلاث فقال من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " (2) وجمع في هذا

(1) قوله عن ابن عباس أن المراد بقوله تعالى إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى السلم الشافعي والطبراني والحاكم والبيهقي من طريق قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس قال أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى مما أحل الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم الآية وقد علقه البخاري وأوضحته في تعليق التعليق * (2) حديث أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في التمر السنة والسنتين وربما قال والثلاث

[207]

الكتاب بين السلم والقرض لتقاربهما واشتراكهما لفظا ومعنى (أما) اللفظ فلان كل واحد منهما يسمى سلفا (وأما) المعنى فلان كل واحد منهما إثبات مال في الذمة مبدول في الحال وذكروا في تفسير السلم عبارات متقاربة (منها) أنه عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا (ومنها) أنه اسلاف عوض حاضر في عوض موصوف في الذمة (ومنها) أنه تسليم عاجل في عوض لا يجب تعجيله * وعلم أن السلم بيع

فقال من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم. الشافعي عن ابن عيينة عن ابن عبد الله بن كثير عن أبي المنهال عن ابن عباس ولفظه في التمر السنة والسنتين وربما قال السنتين والثلاث واتفقا عليه من حديث سفيان *

[208]

على ما مر وقد سبق القول فيما يعتبر لصحة البيع. والسلم يختص بأمور عقد الباب الأول لبيانها وإنما قال والمتفق عليه منها خمسة لان معظم الائمة جعلوا شرائط السلم سبعا وضموا إلى الخمس العلم بقدر رأس المال وبيان موضع التسليم وفيهما اختلاف قول كما سيأتي وقد أدرجهما حجة الاسلام في أثناء الكلام لكن لم يفردهما بالترجمة وقد تعد أكثر من السبع وحقيقة الامر في مثل ذلك لا تختلف (الشرط الاول) تسليم رأس المال في مجلس العقد. واحتج لاشتراطه بان المسلم فيه دين في الذمة فلو أخر تسليم رأس

[209]

المال عن المجلس لكان ذلك معنى في بيع الكائى بالكائى لان تأخير التسليم نازل منزلة الدينية في الصرف وغيره (وقوله) في الكتاب جبرا للغرر في الجانب الآخر أراد به أن الغرر في المسلم فيه احتمل للحاجة فحبر ذلك بتأكيد العوض الثاني بالتعجيل كي لا يعظم الغرر في الطرفين * إذا تقرر ذلك فلو تفرقا قبل قبض رأس المال بطل العقد وبه قال أبو حنيفة وأحمد * وقال مالك ان تأخر التسليم مدة يسيرة كالיום واليومين لم يضر وان تأخر مدة طويلة بطل العقد ولو تفرقا قبل تسليم بعضه

[210]

بطل العقد فيما لم يقبض وسقط بقسطه من المسلم فيه والحكم في المقبوض كما لو اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض * ويجوز أن يجعل رأس المال منفعة عبد أو دار مدة معلومة وتسليمها بتسليم العين ولا يشترط تعيين رأس المال عند العقد * ولو قال أسلمت اليك ديناراً في ذمتي في كذا ثم عين وسلم في المجلس جاز وكذلك في الصرف * ولو باع ديناراً بدينار أو بدراهم في الذمة ثم عين وسلم في المجلس جاز * ولو باع طعاماً بطعام في الذمة ثم عين وسلم في المجلس فوجهان (أحدهما)

[211]

المنع لان الوصف فيه يطول بخلاف الصرف فان الامر في النقود أهون ولهذا يكفي فيها الاطلاق ولا يكفي في العروض (والثاني) الجواز ويصفه كما يصف المسلم فيه والاشبه بكلام الشيخ أبي علي والأئمة أن هذا أظهر وطني أنه تقدم ذكر هذا الخلاف أو نظيره * ولو قبض رأس المال ثم أودعه المسلم إليه قبل التفريق جاز ولو رده عليه بدين كان له عليه قال أبو العباس الروباني لا يصح لانه تصرف فيه قبل انبرام ملكه عليه فإذا تفرقا فعن بعض الاصحاب أنه يصح السلم بحصول القبض

[212]

وانبرام لملك ويستأنف اقباضه للدين ولو كان له في ذمة الغير دراهم فقال أسلمت اليك الدراهم التي في ذمتك في كذا نظر أن شرط الاجل فيه فهو باطل لانه بيع الدين بالدين وان كان حالا ولم يسلم المسلم فيه قبل التفريق فكمثل وان احضره وسلمه فوجهان (أحدهما) يصح كما لو صالح من تلك الدراهم على دنائير وسلمها في المجلس (وأظهرهما) المنع لان قبض المسلم فيه ليس بشرط وان كان السلم حالا فلو وجد لكان متبرعا به وأحكام البيع لا تبني على

[213]

التبرعات ألا ترى أنه لو باع طعاماً بطعام إلى أجل ثم تبرعا بالاحضار لم يجر * وأطلق صاحب التتمة الوجهين في أن تسليم المسلم إليه في المجلس وهو حال هل يغني عن تسليم رأس المال (والاظهر) المنع ولا يجوز أن يحيل المسلم برأس المال على غيره وان قبضه المسلم إليه من المحال عليه في المجلس لان بالحوالة يتحول الحق إلى ذمة المحال عليه

فهو يؤديه من جهة نفسه لا من جهة المسلم ولو قبضه المسلم وسلمه إلى المسلم إليه جاز * ولو قال للمحال عليه سلمه إليه ففعل لم يكف لصحة السلم لأن الانسان في ازالة ملكه لا يصير وكيفا للغير لكن

[214]

يجعل المسلم إليه وكيفا عن المسلم في قبض ذلك * ثم السلم يقتضى قبضا ولا يمكنه أن يقبض من نفسه ولو أحال المسلم إليه برأس المال الذى على المسلم فتفرقا قبل التسليم فالعقد باطل وان جعلنا الحوالة قبضا لان المعتبر في السلم القبض الحقيقي * ولو احضر رأس المال فقال المسلم إليه سلمه إليه ففعل صح ويكون المحتال وكيفا عن المسلم إليه في القبض * ولو كان رأس المال دراهم في الذمة فصالح عنها على مال لم يصح وان قبض ما صالح عليه * ولو كان عبدا فاعتقه المسلم إليه قبل القبض لم يصح

[215]

ان لم نصح اعتاق المشتري قبل القبض وان صحناه فوجهان (وجه) الفرق أنه لو نفذ لصار قابضا من طريق الحكم وانه غير كاف في السلم بدليل الحوالة فعلى هذا ان تفرقا قبل قبضه بطل العقد وان تفرقا بعده صح وفى نفوذ العتق وجهان ومتى فسخ السلم بسبب يقتضيه وكان رأس المال معيننا في ابتداء العقد وهو باق رجع المسلم إليه وان كان تالفا رجع إلى بدله وهو المثل أو القيمة وان كان رأس المال موصوفا في الذمة ثم عجل في المجلس وهو باق فهل له المطالبة بعينه أم

[216]

للمسلم إليه الاتيان ببده فيه وجهان (وجه) الثاني أن العقد لم يتناول الملك (العين ووجه) الاول وهو الاصح أن المعين في المجلس كالمعين في العقد * (فرع) وإذا وجدنا رأس المال في يد المسلم إليه واختلفا فقال المسلم أقبضتكم بعد التفرق وقال المسلم إليه بل قبله وأقام كل واحد منهما بينة على ما قاله فبينه المسلم إليه أولى لأنها نافلة يحكى ذلك عن ابن سريج *

[217]

قال (وأصح القولين وهو اختيار المزني أن رأس المال إن كان جزافا غير مقد جاز العقد (ح) كما يجوز في البيع وكما يجوز مع الجهل بقيمته) * عرفت أن رأس المال يجوز أن يكون في الذمة ثم يسلم في المجلس ويجوز أن يكون معينا في العقد فعلى التقدير الاول لا بد من معرفة قدره وذكر صفاته إذا كان عرضا وعلى التقدير الثاني هل تكفى معاينته فيه قولان (أحدهما) لا بل لا بد من بيان صفاته ومعرفة مقدارها بالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات لانه أحد العوضين في السلم فلا يجوز أن يكون جزافا

[218]

كالعوض الثاني وأيضا فإن السلم لا يتم في الحال وإنما هو عقد منتظر تمامه بتسليم المسلم فيه وربما ينقطع ويكون رأس المال تالفا فلا يدري إلى ماذا يقع الرجوع وبهذا القول قال مالك وأحمد واختاره أبو إسحاق (وأصحهما) وبه قال المزني أن المعاينة كافية واحتمال الفسخ ثابت في البيع كما في السلم هذا في المثليات * ولو كان رأس المال متقوما وضبطت صفاته بالمعاينة ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان (منهم) من طرد القولين (والاكثر) قطعوا بصحة السلم ولا فرق على القولين بين السلم

[219]

الحال والمؤجل (ومنهم) من خصص القولين بالسلم المؤجل وقطع في الحال بأن المعاينة كافية كما في البيع ثم موضع القولين ما إذا تفرقا قبل العلم بالقدر والقيمة أما إذا علما ثم تفرقا فلا خلاف في الصحة وبني كثير من الاصحاب على هذين القولين أنه هل يجوز أن يجعل رأس مال السلم ما لا يجوز السلم فيه ان قلنا بالاصح فيجوز وإلا فلا * قال الامام وليس ذلك على هذا الاطلاق بل الدرة الثمنية إذا عرفنا قيمتها وبالغا في وصفها وجب أن يجوز جعلها رأس مال لان منع السلم فيها من الاعزار في الوصف

[220]

يشبه عزة الوجود ولا معنى لاشتراط عموم الوجود في رأس المال وإذا جوزنا السلم ورأس المال جزاف ثم اتفق الفسخ وتنازعا في قدره فالقول قول المسلم إليه لانه غارم (وقوله) في الكتاب وأصح القولين يجوز اعلامه بالواو لان السلم اما حال أو مؤجل أما الحال ففيه طريقة قاطعة بالصحة وأما المؤجل ففي كتاب القاضي ابن كج طريقة قاطعة بالمنع (وقوله) جاز العقد معلم بالميم والالف ويجوز اعلامه بالحاء أيضا لان عنده ان كان رأس المال مكيلا أو موزونا وجب ضبط صفاته وان كان مذروعا أو معدودا فلا يجب

[221]

(وقوله) وكما يجوز مع الجهل بقيمته جواب على طريقة الاكثرين * قال (الشرط الثاني) أن يكون المسلم فيه ديناً * فلا ينعقد في عين لان لفظ السلم للدين * وهل ينعقد بيعا فيه قولان * وكذلك لو قال بعت بلا ثمن هل ينعقد هبة * (والاصح) الابطال لتهافت اللفظ * ولو أسلم بلفظ الشراء انعقد * وهل ينعقد سلما ليجب تسليم رأس المال في المجلس فعلى وجهين * منشؤهما تقابل النظر إلى اللفظ والمعنى *

[222]

يشترط في المسلم فيه أن يكون ديناً لان لفظ السلف والسلم موضوع للدين ولو استعمل لفظ السلم في العين فقال أسلمت اليك هذا الثوب في هذا العبد فليس ما جاء به سلماً وفي انعقاده بيعاً قولان (احدهما) ينعقد نظراً إلى المعنى (وأظهرهما) لا لاختلال اللفظ * ولو قال بعت هذا بلا ثمن أو على أن لا ثمن لى عليك فقال اشتريت وقبضه هل يكون هبة فيه مثل هذين القولين عن رواية القاضي وهل يكون المقبوض مضموناً على القابض فيه وجهان * ولو قال

[223]

بعت هذا ولم يتعرض للثمن أصلاً لم يكن ذلك تمليكا والمقبوض مضمون (ومنهم) من طرد فيه الوجهين * ولو أسلم بلفظ الشراء فقال اشتريت منك ثوباً أو طعاماً صفته كذا بهذه الدراهم فقال بعتك منك انعقد لان كل سلم بيع فإذا استعمل لفظ البيع فيه فقد استعمله في موضعه بخلاف استعمال لفظ السلم في البيع إذ ليس كل بيع بسلم وإذا انعقد

[224]

فهو سلم اعتباراً بالمعنى أو بيع اعتباراً باللفظ فيه وجهان (الاصح) على ما ذكره صاحب التهذيب وغيره أن الاعتبار باللفظ فعلى هذا لا يجب تسليم الدراهم في المجلس ويثبت فيه خيار الشرط وهل يجوز الاعتياض عن الثوب فيه قولان كما في الثمن (ومنهم) من قطع بالمنع لانه مقصود الجنس كالمبيع وفي الاثمان الغالب قصد المالية لا قصد الجنس (وان قلنا) الاعتبار بالمعنى وهو الصحيح عند ابن الصباغ فهو سلم حتى يجب تسليم الدراهم في المجلس ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا يجوز

[225]

الاعتياض عن الثوب ولو قال اشتريت ثوبا صفته كذا في ذمتك بعشرة دراهم في ذمتي فان جعلناه سلما وجب تعين الدراهم وتسليمها في المجلس وان جعلناه بيعا لم يجب * قال (ولا يشترط (ح) في المسلم فيه كونه مؤجلا * ويصح سلم الحال (ح م) ولكن يصرح بالحلول * فان أطلق فهو محمول على الاجل لاقتضاء العادة الاجل * فان أطلق ثم ذكر الاجل قبل التفريق جاز نص عليه) *

[226]

السلم الحال الصحيح خلافا لابي حنيفة ومالك وأحمد * لنا أن في الاجل ضرب من الغرر لانه ربما يقدر في الحال ويعجز عند المحل فإذا جاز مؤجلا فهو حالا أحوز وعن الغرر أبعد * إذا عرف ذلك فلو صرح بالحلول أو التأجيل فذاك وان أطلق فوجهان وقيل قولان (أحدهما) أن العقد يبطل لان مطلق العقود يحمل على المعتاد والمعتاد في السلم التأجيل وإذا كان كذلك فيفسد ويكون كما لو ذكر أجلا مجهولا (والثاني) يصح ويكون حالا كالثمن في البيع المطلق وبالوجه الاول أجاب صاحب الكتاب

[227]

لكن الاصح عند الجمهور هو الثاني وبه قال في الوسيط وفي بعض نسخ الكتاب بدل قوله فهو مجهول على النص فهو محمول على الاجل وهما متقاربان في الغرض وأما النص فيمكن تنزيله على ما حكى عن الشافعي رضي الله عنه انه قال ويذكره حالا أو مؤجلا فاعتبر ذكر الحلول كالتأجيل ولو أطلقا العقد ثم ألحقا به أجلا في مجلس العقد فالنص لحوقه وهو المذهب ويجئ في الخلاف الذي تقدم في سائر الالفاظ * ولو صرحا بالتأجيل في متن العقد ثم اسقطاه في المجلس سقط وصار العقد حالا ذكره

[228]

المسعودي وغيره واعلم أن في نصه على لحوق الاجل الملحق في المجلس دليلا ظاهرا على صحة العقد عند الاطلاق والا فالعقد الفاسد كيف ينقلب صحيحا وكيف يعتبر مجلسه * وهذا أصل بني عليه مسألة وهي أن الشرط الفاسد للعقد إذا حذفه في المجلس هل ينحذف وينقلب العقد صحيحا أم لا ظاهر المذهب أنه لا ينحذف ولا ينقلب العقد صحيحا وقد

ذكرناه من قبل وعن صاحب التقريب وجه انهما لو حذفوا الاجل المجهول
في المجلس ان حذف وصار العقد صحيحا واختلفوا في جريان هذا

[229]

الوجه في سائر المفسدات كالخيار والرهن الفاسدين وغيرهما فمنهم من
أجراه قال الامام والاصح تخصيصه بالاجل لان بين الاجل والمجلس مناسبة
لا توجد في سائر الامور وهي أن البائع لا يملك مطالبة المشتري بالثمن
في المجلس كما لا يملكها في مدة الاجل فلم يبعد اصلاح الاجل في
المجلس واختلفوا أيضا في أن زمان الخيار المشروط هل يلحق بالمجلس
في حذف الاجل المجهول تفريعا على هذا الوجه والاطهر أنه لا يلحق به *

[230]

قال (ثم لا يجوز تأقيت الاجل بالحصاد والدياس (م) وما يختلف وقته *
ويجوز (و) بالنيروز والمهرجان * وكذا بفصح (و) النصاري وفطر اليهود (و)
إن كان يعلم دون مراجعتهم * وفي قوله نفر الحجيج * أو إلى جمادى
وجهان * والاصح صحته * والتنزيل على الاول * ولو قال إلى ثلاثة أشهر
احتسب بالاهلة (ح) الا شهرا واحدا انكسر في الابتداء فيكمل ثلاثين * ولو
قال إلى الجمعة أو رمضان حل بأول جزء منه * ولو قال في الجمعة أو في
رمضان فهو مجهول لانه جعله طرفا * ولو قال إلى أول الشهر أو إلى آخره
فالمشهور البطلان لانه يعبر به عن جميع النصف الاول والنصف الاخير) *

[231]

غرض الفصل أنهما إذا ذكرا أجلا في السلم وجب ان يكون معلوما قال
صلى الله عليه وسلم (إلى أجل معلوم) وفيه صور (احداها) لا يجوز تأقيته
بما يختلف وقته كالحصاد والدياس وقدم الحاج خلافا لمالك لنا ان ذلك
يتقدم تارة ويتأخر أخرى فاشبه مجئ المطر ولو قال إلى العطاء لم يجز ان
اراد وصوله وان اراد وقت خروجه وقد عين السلطان له وقتا جاز بخلاف ما
إذا قال إلى وقت الحصاد إذ ليس له وقت معين ولو قال إلى الصيف أو إلى
الشتاء لم يجز الا ان يريد الوقت ويجوز إعلام

[232]

(قوله في) الكتاب وما يختلف وقته بالواو لان القاضي ابا القاسم ابن كج
ذكر ابن خزيمة يجوز التأقيت بالميسرة لما روى أن النبي صلى الله عليه

وسلم (اشترى من يهودي شيئا إلى الميسرة) (1) (الثانية) التأقيت بشهور
الفرس والروم جائز كالتأقيت بشهور العرب لأنها معلومة مضبوطة وكذا
التأقيت بالنيروز والمهرجان لأنهما يومان كالعيد وعرفة وعاشوراء وفي
النهاية نقل وجه أنه لا يجوز التأقيت بهما ووجهه الامام بأن النيروز
والمهرجان يطلقان على الوقتين الذين تنتهي الشمس فيهما إلى أوائل
برجى

(1) حديث انه اشترى من يهودي إلى ميسرة. الترمذي والنسائي والحاكم من حديث عكرمة
عن عائشة وفيه قصة قال الحاكم صحيح على شرط البخاري ورواه احمد من طريق الربيع
بن أنس عن أنس بن مالك باسناد ضعيف قال أبو حاتم هو منكر وهو عند الطبراني في
الاوسط من طريق عاصم الاحول عن أنس (تنبيه) أعل ابن المنذر فيما نقله ابن الصباغ
في الشامل حديث عائشة بحري بن عمارة وقال إنه رواه عن شعبة وقد قال فيه احمد بن
حنبل انه صدوق الا ان فيه غفلة قال ابن المنذر وهذا لم يتابع عليه فأخاف أن يكون من
غفلاته اه وهذا في الحقيقة من غفلات المعلل ولم يتفرد به

[233]

الحمل والميزان وقد يتفق ذلك ليلا ثم ينحبس مسير الشمس كل سنة
بمقدار ربع يوم وليلة * ولو وقتا بفصح النصارى نص الشافعي رضى الله
عنه على أنه لا يجوز فأخذ بعض الاصحاب باطلاقه اجتنابا عن التأقيت
بمواقيت الكفار وعامتهم فصلوا فقالوا ان اختص بمعرفة وقته الكفار
فالجواب ما ذكره لانه لا اعتماد على قولهم وإن عرفه المسلمون أيضا جاز
كالنيروز والمهرجان ثم اعتبر معتبرون فيهما جميعا معرفة المتعاقدين
والاكثرون اكتفوا بمعرفة الناس وسواء اعتبر معرفتهما أم لا * فلو

حري بل لم نره من روايته انما رواه شعبة عن والده عمارة عن عكرمة وكان حري حاضرا
في المجلس بينه الترمذي والبيهقي *

[234]

عرفا كفى وفيه وجه أنه لابد من معرفة عدلين من المسلمين سواهما
لأنهما قد يختلفان فلا بد من مرجع وفي معنى الفصح سائر أعياد أهل
الملل كفطر اليهود ونحوه (الثالثة) لو وقتا بنفر الحجيج وقيدا بالاول أو
الثاني جاز وان أطلقا فوجهان (أحدهما) أن الاجل فاسد لتردد المحل بين
النفرين (وأصحهما) ويحكى عن نصه أنه صحيح ويحمل على النفر الاول
لتحقق الاسم به وعلى هذا الخلاف التوقيت بشهر ربيع أو جمادي أو بالعید
* ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الاول

[235]

وحكى عن الحاوى أن التوقيت بالنفر الاول أو الثاني لاهل مكة جائز لانه معروف عندهم ولغيرهم وجهان وأن في التوقيت بيوم لاهل مكة وجهين أيضا لانه لا يعرفه إلا خواصهم وهذا غير فقيه لانا ان اعتبرنا علم المتعاقدين فلا فرق وإلا فهي مشهورة في كل ناحية عند الفقهاء وغيرهم (الرابعة) لو أجلا إلى سنة أو سنتين فمطلقه محمول على السنين الهلالية فان قيذا بالفارسية أو الرومية أو الشمسية تعبد بالمذكور * ولو قال بالعدد فهو ثلثمائة وستون يوما وكذا مطلق الاشهر محمول على

[236]

الشهور الهلالية ثم نظر ان جرى العقد في أول الشهر اعتبر الجميع بالاهلة تامة كانت أو ناقصة وان جرى بعد مضي بعض الشهر عد الباقي منه بالايام واعتبرت الشهور بعده بالاهلة ثم يتم المنكسر بالعدد ثلاثين وانما كان كذلك لان الشهر الشرعي هو ما بين الهلالين الا أن في الشهر المنكسر لابد من الرجوع إلى العدد كيلا يتأخر ابتداء الاجل عن العقد وفيه وجه أنه إذا انكسر الشهر انكسر الجميع فيعتبر الكل بالعدد ويحكى هذا عن أبى حنيفة (والمذهب) الاول * وضرب الامام مثلا للتأجيل بثلاثة أشهر مع فرض

[237]

الانكسار فقال عقدوا وقد بقى لحظة من صفر ونقص الربيعان وجمادى فيحسب الربيعان بالاهلة ويضم جمادى إلى اللحظة الباقية من صفر ويكملان بيوم من جمادى الآخرة سوى لحظة ثم قال كنت أود في هذه الصورة أن يكتفي بالاشهر الثلاثة فانها جرت عربية كوامل وما تمناه هو الذى نقله أبو سعد المتولي وغيره وقطعوا بحلول الاجل بانسلاخ جمادى في الصورة المذكورة وان العدد انما يراعى فيما إذا جرى العقد في غير اليوم الاخير وهو الصواب والله أعلم (الخامسة) لو قال إلى

[238]

الجمعة أو إلى رمضان حل بأول جزء منه لتحقق الاسم به وربما يقال بانتهاء يوم الجمعة وانتهاء شعبان والمقصود واحد ولو قال محله في الجمعة أو في رمضان فوجهان (عن ابن أبى هريرة) أنه يجوز ويحمل على الاول كما لو قال أنت طالق في يوم كذا (وأصحهما) المنع لانه جعل اليوم أو الشهر طرفا فكأنه قال محله وقت من أوقات يوم كذا وفرقوا بينه وبين الطلاق بان الطلاق يجوز تعليقه بالمجاهيل والاعرار بخلاف السلم قال ابن الصباغ نعم لكن لو كان هذا من ذلك القبيل لوقع في الجزء

[239]

الاخير دون الاول وهذا أحسن والفرق مشكل * ولو قال إلى أول شهر كذا أو آخره فعن عامة الاصحاب بطلانه لان اسم الاول يقع على جميع النصف فلا بد من البيان والا فهو مجهول وقال الامام وصاحب التهذيب وجب أن يصح ويحمل على الجزء الاول من كل نصف على قياس مسألة النفر وأيضاً فإنه إذا أجل إلى يوم حمل على أوله وإن كان اسم اليوم عبارة عن جميع الاجزاء وأيضاً فإن الامر في الطلاق على ما ذكرناه وأيضاً فإنه لو قال إلى شهر كذا حمل على أول جزء منه (وقوله) إلى أول

[240]

شهر كذا أقرب إلى هذا المعنى مما إذا أطلق ذكر الشهر * قال الامام وقد يحمل الفطر الاول على الجزء الاول والآخر على الجزء الآخر وسينتهي إلى وجه كما أشار إليه في الطلاق * (فرع) لو أسلم في جنس واحد إلى أجلين أو آجال دفعة واحدة كما لو أسلم في وفر حنطة يسلمه بنجمين أو أسلم في جنسين إلى أجل كما لو أسلم في حنطة وشعير إلى شهر ففي الصورتين قولان (أحدهما) البطلان لانه ربما يتعذر تسليم بعض النجوم أو بعض الاجناس فيرتفع العقد فيه ويتعدى إلى الباقي

[241]

فيصير التنجيم شرطاً متضمناً رفع العقد (وأصحهما) الصحة كما لو باع بثمن منجم أو بجنسين والخلاف ناظر إلى أن الصفقة هل تفرق * واعلم أن الكلام في أن التأجيل ليس بشرط في السلم وفي أن شرط الاجل ماذا لا اختصاص له بهذا الموضع وربما كان ذكره بعد الفراغ من الشروط كلها أليق * قال (الشرط الثالث أن يكون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه * فلا يصح السلم في منقطع لدي المحل * ولا يضر الانقطاع قبله (ح) ولا بعده * ولا يكفي الوجود في قطر آخر لا يعتاد نقله إليه

[242]

في غرض المعاملة * ولو أسلم في وقت الباكورة في قدر كثير يعسر تحصيله ففيه وجهان * ولو طرأ الانقطاع بعد انعقاد السلم فأصح القولين أنه لا يفسخ * بل له الخيار كما في اباق العبد المبيع * ولو تبين العجز قبل المحل ففي تنجيز الخيار أو تأخره إلى المحل قولان * هذا الشرط ليس من خواص السلم بل يعم كل بيع على ما مر وانما تعتبر القدرة على التسليم

[243]

عند وجوب التسليم وذلك في البيع والسلم الحال في الحال وفي السلم المؤجل عند المحل فلو أسلم في منقطع لدي المحل كما لو جعل محل الرطب السالم يصح وكذا لو أسلم فيما يندر وجوده كلحم الصيد حيث يعز فيه الصيد وإن كان يغلب على الظن وجوده لكن لا يتوصل إلى تحصيله إلا بمشقة عظيمة كالقدر الكثير من الباكورة ففيه وجهان (أقربهما) إلى كلام الأكثرين البطالان لانه عقد غرر فلا يحتمل فيه معاناة المشاق العظمية (وأقربهما) عند الامام الصحة لان التحصيل ممكن وقد التزمه المسلم

[244]

إليه * ولو أسلم في شئ ببلد لا يوجد مثله فيه ويوجد في غيره قال في النهاية إن كان قريبا منه صح وإن كان بعيدا لم يصح قال ولا تعتبر مسافة القصر ههنا وإنما التقريب فيه أن يقال أن كان يعتاد نقله إليه في غرض المعاملة لا في معرض التحف والمصادرات صح السلم والا فلا ويجئ في آخر الفصل ما ينازع في الاعراض عن مسافة القصر * ولو كان المسلم فيه عام الوجود عند المحل فلا بأس بانقطاعه قبله أو بعده وعند أبي حنيفة يشترط عموم الوجود من وقت العقد إلى المحل * واحتج

[245]

الشافعي رضى الله عنه بالحديث المذكور في أول الباب (وهو أنهم كانوا يسلفون في الثمار السنة والسنتين) والثمار لا تبقى هذه المدة بل تنقطع * وإذا أسلم فيما يعم وجوده ثم انقطع عند المحل لجائحة فقولان (أحدهما) أنه يفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل القبض (وأصحهما) وبه قال أبو حنيفة لا يفسخ لان المسلم فيه يتعلق بالذمة فأشبه ما إذا أفلس المشتري بالثمن لا يفسخ العقد ولكن للبائع الخيار ولان هذا العقد ورد على مقدور في الظاهر فعروض الانقطاع كباقي العبد المبيع وذلك لا يقتضى الا الخيار

[246]

فكذلك ههنا المسلم يتخير أن يفسخ العقد أو يصبر إلى وجود المسلم فيه ولا فرق في جريان القولين بين أن لا يوجد المسلم فيه عند المحل أصلا وبين أن يكون موجودا فيسوف المسلم إليه حتى ينقطع وعن بعض الأصحاب أن القولين في الحالة الاولى (أما) في الثانية فلا يفسخ العقد

بحال لوجود المسلم فيه وحصول القدرة فان أجاز ثم بدا له مكن من
الفسخ كزوجة المولى إذا رضيت بالمقام ثم ندمت ووجهه الامام بأن هذه
الاجازة انظار والانظار تأجيل والاجل لا يلحق العقد بعد

[247]

لزومه وقد يتوقف الناظر في كونها انظار أو يميل إلى انها اسقاط حق
ورضى بما عرض كأجازة زوجة العنين ويجوز أن يقدر فيه وجهان لان
الامام حكى وجهين في أنه لو صرح باسقاط حق الفسخ هل يسقط قال
والصحيح أنه لا يسقط * ولو قال المسلم إليه للمسلم لا تصبر وخذ رأس
مالك فللمسلم أن لا يجيبه وفيه وجه * ولو حل الاجل بموت المسلم إليه
في انباء المدة والمسلم فيه منقطع جرى القولان ذكره في التتمة قال
وكذا لو كان موجودا عند المحل وتأخر التسليم لغيبة أحد المتعاقدين ثم

[248]

حضر والمسلم فيه منقطع * ولو انقطع بعض المسلم فيه فقد ذكرنا حكمه
في تفريق الصفقة * ولو أسلم في شئ عام الوجود عند المحل ثم عرضت
أفة علم بها انقطاع الجنس لدى المحل فيتجز حكم الانقطاع في الحال أو
يتأخر إلى المحل فيه وجهان (أحدهما) يتجز حتى يفسخ العقد على قول
ويثبت الخيار على الثاني لتحقيق العجز في الحال (وأظهرهما) لأنه لم
يجئ وقت وجوب التسليم وهذا الخلاف مأخوذ من الخلاف فيما إذا حلف
ليأكلن هذا الطعام غدا فتلف قبل الغد يحث في الحال أو يتأخر

[249]

الحث إلى الغد (وقوله) في الكتاب ففي تنجيز الخيار أو تأخيره تفريع على
أن الثابت بالانقطاع الخيار دون الانفساخ وعلى القول الآخر يتجز
الانفساخ واللفظ العام ما سبق واطلاقه القولين في المسألة اتباع للامام
والوجه الحمل على القولين المخرجين وحينئذ لا يبقى بينهما وبين
الوجهين كثير فرق (فان قيل) فيم يحصل الانقطاع (قيل) إن لم يوجد
المسلم فيه أصلا بأن كان ذلك الشئ ينشأ في تلك البلدة وقد أصابته جائحة
مستأصلة فهذا انقطاع حقيقي وفي معناه ما لو كان يوجد في غير تلك
البلدة ولكن لو نقل إليها

[250]

لفسده وما إذا لم يوجد إلا عند قوم محصورين وامتنعوا من بيعه ولم كانوا يبيعونه بثمن غال وجب تحصيله ولم يكن ذلك انقطاعا وإن أمكن نقل المسلم فيه من غير تلك البلدة إليها وجب نقله إن كان في حد القرب وبم يضبط (أما) صاحب التهذيب في آخرين فإنهم نقلوا وجهين (أقربهما) أنه يجب نقله مما دون مسافة القصر (والثاني) من مسافة لو خرج إليها بكرة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلا (وأما) الإمام فإنه جرى على الاعراض عن مسافة القصر وقال إن أمكن النقل على عسر

[251]

(فالاصح) أن السلم لا يفسخ قطعا ومنهم من طرد فيه القولين * قال (وأصح القولين أنه لا يشترط تعيين مكان التسليم بل ينزل المطلق على مكان العقد) * السلم اما مؤجل أو حال أما المؤجل فقد حكى عن نص الشافعي رضى الله عنه اختلاف في أنه هل يجب تعيين مكان التسليم وانقسم الاصحاب إلى نفاة للخلاف ومثبتين (أما) النفاة فعن أبي إسحق

[252]

المروزي أنه ان جرى العقد في موضع يصلح للتسليم فلا حاجة إلى التعيين وإن جرى في موضع غير صالح فلا بد من التعيين وحمل النصين على الحاليين * وعن ابن العاص أن المسلم فيه ان كان لحمله مؤنة وجب التعيين والا فلا وحمل النصين على الحاليين وبهذا قال أبو حنيفة وهو اختيار القاضي أبي الطيب فهذان طريقتان (وأما) المثبتون فلهم طرق (أحدها) وبه قال صاحب الافصاح والقاضي أبو حامد ان المسألة على قولين مطلقا (والثاني) أنه ان لم يكن الموضع صالحا وجب التعيين

[253]

لا محالة وان كان صالحا فقولان (والثالث) ان لم يكن لحمله مؤنة فلا حاجة إلى التعيين وان كان له مؤنة فقولان (والرابع) ان كان لحمله مؤنة فلا بد من التعيين وإلا فقولان وهذا اصح الطرق عند الامام * ويروي عن اختيار القفال ووجه اشتراط التعيين ان الاعراض تتفاوت بتفاوت الامكنة فلا بد من التعيين قطعا للنزاع كما لو باع بدراهم وفي البلد نقود مختلفة ووجه عدم الاشتراط وبه قال احمد القياس على البيع فإنه لا حاجة فيه إلى تعيين مكان التسليم ووجه الفرق بين الموضع الصالح

[254]

وغير الصالح اطراد العرف بالتسليم في الموضع الصالح واختلاف الاغراض في غيره ووجه الفرق بين ما لحمله مؤنة وغيره قريب من ذلك والفتوى من هذا كله على وجوب التعيين إذا لم يكن الموضع صالحا أو كان لحمله مؤنة وعدم الاشتراط في غيرها تبين الحالتين ومتى شرطنا التعيين فلو لم يعين فسد العقد وان لم نشرطه فان عين تعين وعن احمد رواية ان هذا الشرط يفسد السلم وان لم يعين حمل على مكان العقد * وفي التتمة انه إذا لم يكن لحمله مؤنة سلمه في أي موضع صالح شاء وذكر

[255]

وجها فيما إذا لم يصلح الموضع للتسليم انه يحمل على أقرب موضع صالح * ولو عين موضعا للتسليم فخرّب وخرج عن صلاحية التسليم ففيه ثلاثة اوجه ذكرها القاضي ابن كج (احدها) أنه يتعين ذلك الموضع (والثاني) لا وللمسلم الخيار (والثالث) يتعين اقرب موضع صالح (وأما) السلم الحال فلا حاجة فيه إلى تعيين مكان التسليم كالبيع ويتعين مكان العقد لكن لو عينا موضعا آخر جاز بخلاف البيع لان السلم يقبل التأجيل فيقبل شرطا يتضمن تأخير التسليم بالاحصار والاعيان

[256]

لا تحتمل التأجيل فلا تحتمل شرطا يتضمن تأخير التسليم وحكم الثمن في الذمة حكم المسلم فيه وان كان معينا فهو كالمبيع قال في التهذيب ولا نعى بمكان العقد ذلك الموضع بعينه بل تلك المحلة والله أعلم * قال (الشرط الرابع أن يكون معلوم المقدار بالوزن أو الكيل * قال رسول الله صلى الله عليه وسلم * من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم * ولا يكفي العد في المعدودات

[257]

بل لابد من ذكر الوزن في البطيخ والبيض والبادنجان والرمان وكذا الجوز واللوز ان عرف نوع لا يتفاوت في القشور غالبا ويجمع في اللبن بين العد والوزن * يشترط أن يكون المسلم فيه معلوم القدر للخبر والاعلام تارة تكون بالكيل وأخرى بالوزن أو العدد أو الذرع (وقوله) في الحديث في كيل معلوم ووزن معلوم ينبغى أن يعرف فيه شيان

[258]

(أحدهما) أنه ليس أمرا بالجمع بين الكيل والوزن بل الجمع قد يكون مبطلا كما لو أسلم في ثوب ووصفه وقال وزنه كذا أو أسلم في مائة صاع حنطة على أن يكون وزنها كذا لانه يورث عزة الوجود قال الشيخ أبو حامد لكن لو ذكر وزن الخشب مع الصفات المشروطة جاز لانه لو كان زائدا أمكن نحته حتى يعود إلى القدر المشروط * إذا تقرر ذلك فالمراد من الخبر الامر بالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات (الثاني) هذا الامر ورد على العادة الغالبة في النوعين لا للتعين فيجوز ذكر

[259]

الوزن في المكيلات والكيل في الموزونات التي يتأتى فيها الكيل بخلاف الربويات لان المقصود ههنا معرفة المقدار وكل واحد منهما معروف وثم نص الشارع على طريق المماثلة فوجب الاتباع وعن أبي الحسين ابن القبطان أن بعض الاصحاب منع من السلم كيلا في الموزونات والمشهور الاول لكن امام الحرمين حمل ما أطلقه الاصحاب علي ما يعتاد الكيل في مثله ضابطا (أما) لو أسلم في فتات المسك والعنبر ونحوهما كيلا لم يصح لان للقدر اليسير منه مالية كبيرة والكيل لا يعد ضابطا

[260]

فيه * ثم الفصل صورتان (إحدهما) السلم في البطيخ والقثاء والرمان والسفرجل والبادنجن والرائج والبيض جائز والمعتبر فيها الوزن دون الكيل لانها تتجافى في المكيال ودون العدد لكثرة التفاوت فيه والناس يكتفون بالعدد تعويلا على العيان وتسامحا وكذا لا يجوز السلم في الجوز واللوز عددا ويجوز وزنا وفي الكيل وجهان نقلهما صاحب البيان المذكور منهما في الشامل الجواز وكذا في الفستق والفندق * واستدرك الامام فقال قشور الجوز واللوز مختلفة فمنها غلاظ ومنها رفاق والغرض

[261]

يختلف باختلافها فليمتنع السلم فيها بالوزن أيضا وليحمل ما أطلقه الاصحاب على النوع الذي لا تختلف قشوره في الغالب * وعن أبي حنيفة أنه يجوز السلم عددا في البيض والجوز ولا يجوز السلم في البقول جزما لاختلافها وانما السلم فيها بالوزن ولا يجوز السلم في البطيخة الواحدة والسفرجلة الواحدة ولا في عدد منها لانه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها وذلك يورث عزة الوجود (وقوله) في الكتاب ولا يكفى العد في المعدودات يجوز اعلامه بالحاء لما حكيناه عنه ثم هو غير مجرى على اطلاقه لان التقدير

[262]

في الحيوانات انما يكون بالعد دون الوزن والكيل (وقوله) بل لابد من ذكر الوزن بعد قوله ولا يكفى العد قد يوهم الحاجة إلى ذكر الوزن مع العد وليس كذلك بل هو مفسد كما سبق والمراد أن المعتبر الوزن ولا نظر إلى العد (الثانية) يجمع في اللين بين العد والوزن فيقول كذا لينة وزن كل واحدة كذا لانها تضرب عن اختيار فالجمع فيها بين العد والوزن لا يورث عزة ثم الامر فيها على التقريب دون التحديد *

[263]

قال (ولو عين مكيالا لا يعتاد كالكوز فسد العقد * وان كان يعتاد فسد الشرط وصح العقد على الاصح لانه لغو * ولو أسلم في ثمرة بستان بعينه بطل لانه يناهى الدينية * وان اضافه إلى ناحية كمعقلي البصرة جاز إذ الغرض منه الوصف) * في الفصل مسألتان (أحدهما) لو عين للكيل ما لا يعتاد الكيل به كالكوز فسد السلم لان ملاه مجهول القدر ولان فيه غرر لا حاجة إلى احتماله فانه قد يتلف قبل المحل وفي البيع لو قال

[264]

بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة فوجهان بناء على المعنيين (والاصح) الصحة اعتمادا على المعني الثاني * ولو عين في البيع أو السلم مكيالا معتادا فهل يفسد العقد فيه وجهان (أحدهما) نعم لتعرضه للتلف (وأصحهما) لا ويلغو الشرط كسائر الشروط الذي لا غرض فيها والسلم الحال كالمؤجل أو كالبيع فيه وجهان (جواب) الشيخ أبى حامد منهما انه كالمؤجل لان الشافعي رضى الله عنه قال لو أسلم في ملء هذه الجرة خلا لم يصح لانها قد تنكسر فلا يمكن التسليم كذلك

[265]

ههنا * ولو قال أسلمت اليك في ثوب كهذا الثوب أو في مائة صاع من الحنطة كهذه الحنطة فقد قال العراقيون لا يصح لانه ربما يتلف ذلك المحضر كما في مسألة الكوز وفي التهذيب أنه يصح ويقوم مقام الوصف * ولو أسلم في ثوب ووصفه ثم أسلم في ثوب آخر بتلك الصفة جاز إن كانا ذاكرين لتلك الاوصاف (الثانية) لو أسلم في حنطة ضبعة بعينها أو ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يجر وعللوه بشيئين (أحدهما) أن تلك البقعة قد تصيبها جائحة فتقطع ثمرته وحنطته فاذن في

[266]

التعيين غرر لا ضرورة إلى اجتماعه (والثاني) وهو المذكور في الكتاب أن التعيين يناهض الدينية من حيث إنه يضيق مجال التحصيل والمسلم فيه ينبغي أن يكون ديناً مرسلًا في الذمة ليتيسر أدائه * وإن أسلم في ثمرة ناحية أو قرية كبيرة نظر إن أراد المسلم فيه تنوع المسلم فيه كمعقلي البصرة جاز فانه مع معقلي بغداد صنف واحد لكن كل واحد منهما يمتاز عن الآخر بصفات وخواص فالإضافة إليها تفيد فائدة الأوصاف وإن لم تفد تنوعاً فوجهان (أحدهما) أنه كتعيين المكيال لخلوه عن الفائدة (وأصحهما)

[267]

الصحة لانه لا ينقطع غالباً ولا يتضيق به المجال * قال (الشرط الخامس معرفة الأوصاف * فلا يصح السلم إلا في كل ما ينضبط منه كل وصف تختلف به القيمة اختلافاً ظاهراً لا يتعابن الناس بمثله في السلم * ولا يصح في المختلطات المقصودة إلا دكان كالمرق والحلاوي والمعجنات * والخفاف والقسي والنبال * والأصح أنه يصح في العتابي والخزوان يختلف اللحم والسدي لانه في حكم الجنس الواحد كالشهد (و) واللبن *

[268]

وكذلك ما لا يفسد خلطه كالخبز وفيه الملح * والجبن واللبن وفيه الانفة * وكذا دهن البنفسج والبان * وفي خل الزبيب والتمر وفيه الماء تردد * أقدم فقه الفصل ثم أتكلّم في الضبط الذي حاوله (أما) الفقه فهو أن معرفة أوصاف المسلم فيه بذكرها في العقد شرط فلا يصح السلم فيما لا تنضبط أوصافه أو تنضبط وأهمل بعض ما يجب ذكره لأن البيع لا يحتمل جهالة المعقود عليه وهو عين فلان لا يحتملها السلم وهو دين كان أولى

[269]

ولتعذر الضبط أسباب (منها) الاختلاط والمختلطات أربعة أنواع لان الاختلاط إما أن يقع بالاختيار أو خلقة والاول إما أن يتفق وجميع اختلاطها مقصودة أو يتفق والمقصود واحد والاول إما أن يكون بحيث يتعذر ضبط اختلاطه أو بحيث لا يتعذر (النوع الاول) المختلطات المقصودة الأركان التي لا تنضبط أقدار اختلاطها وأوصافها كالهرايس ومعظم المرق والحلاوي والمعجنات والحوارشات والغالية المركبة من المسك والعنبر والعود والكافور فلا يصح السلم في شيء منها للجهل بما هو متعلق الأغراض وكذا

[270]

الخفاف والنعال لاشتمالها على الظهارة والبطانة والحشو لان العبارة تضيق عن الوفاء بذكر أطرافها وانعطافاتها وفي البيان أن الصيمري حكى عن ابن سريج جواز السلم فيها وبه قال أبو حنيفة وكذا القسبي لا يجوز السلم فيها لاشتمالها على الخشب والعظم والعصب (وأما) النبل فقد نقل فيه اختلاف نص واتفقوا على أنه لا خلاف فيه واختلاف النص محمول على اختلاف أحواله فلا يجوز السلم فيه بعد التخریط والعمل عليه (أما) إذا كان عليه عصب وریش ونصل فللمعنيين (أحدهما) أنه من المختلطات

[271]

(والثاني) اختلاف وسطه وطرفيه دقة وغلطا وتعذر ضبطه وانه من أي موضع يأخذ من الدقة في الغلط أو بالعكس ولم تأخذ وأما إذا لم يكن فللمعنى الثاني ويجوز السلم قبل التخریط والعمل عليه لتيسر ضبطه والمغازل كالنبال والترياق المخلوط كالعالية فان كان نباتا واحدا أو حجرا جاز السلم فيه (النوع الثاني) المختلطات المقصودة الاركان التي تنضبط اقدارها وصفاتها كالثياب العنابية والخزوز المركبة من الابرسيم والوبر وفي السلم فيه وجهان (أحدهما) المنع كالسلم في العالية والمعجونات

[272]

(وأصحهما) عند المصنف ومعظم العراقيين الجواز لان قدر كل واحد من اخلاطها مما يسهل ضبطه ويحكى هذا عن نص الشافعي رضى الله عنه وبه أجاب القاضي ابن كج ويخرج على الوجهين السلم في الثوب المعمول عليه بالابرة بعد النسيج من غير جنس الاصل كالابرسم على القطن أو الكتان وان كان تركيبها بحيث لا تنضبط أركانها فهي كالمعجونات (النوع الثالث) المختلطات التي لا يقصد منها إلا الخليط الواحد كالخبز وفيه الملح لكنه غير مقصود في نفسه وانما يراد منه اصلاح الخبز وفي السلم

[273]

فيه وجهان (أصحهما) عند الامام أنه جائز وبه قال أحمد وهو الذي أورده في الكتاب لان الملح مستهلك فيه والخبز في حكم الشئ الواحد (والثاني) وهو الاصح عند الاكثرين المنع لوجهين (أحدهما) الاختلاط واختلاف الغرض بحسب كثرة الملح وقلته وتعذر الضبط (والثاني) تأثير النار فيه * وفي السلم في الجبن مثل هذين الوجهين لكن الجمهور مطبقون على ترجيح وجه الجواز كأنهم اعتمدوا في الخبز المعنى الثاني ورأوا أن عمل النار في الخبز يختلف وفي الجبن بخلافه والله أعلم *

[274]

والوجهان جاريان في السمك الذي عليه شئ من الملح وفي خل التمر والزبيب وجهان أيضا (أحدهما) واليه ميل الصيمري والامام منع السلم فيهما لما فيهما من الماء كما لا يجوز السلم في المخيض (وأظهرهما) عند الاكثرين الجواز لانه لا غنية به عن الماء فان قوامه به بخلاف المخيض إذ لا مصلحة له في الماء والاقط كالجبين وفي التتمة أن المصل كالمخيض لما فيه من الدقيق والادهان المطيبة كدهن البنفسج والبان والورد إن خالطها شئ من جرم الطيب لم يجر السلم فيها وإن تروح السمسسم بها ثم اعتصر جاز *

[275]

(النوع الرابع) المختلطات خلقة ومثلها الامام بالشهد واللبن وعد الشهد من المختلطات أظهر من عد اللبن منها لان في ركني الشهد امتيازاً ظاهراً واللبن شئ واحد الا أنه بعرض أن يحصل منه شيئان مختلفان وفي السلم في الشهد وجهان (أحدهما) المنع لان الشمع فيه وقد يقل وقد يكثر فأشبهه سائر المختلطات وهذا ما رواه القاضي ابن كج عن نصه (وأصحهما) الجواز لان اختلاطه خلقي فأشبهه النوى في التمر وكما يجوز السلم في الشهد يجوز في كل واحد من ركنيه (واما) اللبن فلا خلاف في جواز السلم

[276]

فيه (وقوله) في اول الفصل فلا يصح السلم إلى قوله لا يتغابن الناس بمثله في السلم هكذا هو في بعض النسخ وفي بعضها ما لا يتغابن الناس بمثله وهما صحيحان ومعنى الاول لا يحتمل الناس اهمال مثل ذلك الاختلاف والنقصان ومعنى الثاني انه لا بأس بأن لا تنضب من الاوصاف التي لا يبالى بها ويحتمل فواتها * ثم اعلم ان من الاصحاب من يقول يجب التعرض للاوصاف التي يختلف بها الغرض ومنهم من يعتبر الاوصاف التي تختلف بها القيمة (ومنهم) من يجمع بينهما وليس شئ منها معمولا

[277]

باطلاقه لان كون العبد ضعيفا في العمل وقويا وكاتبا وأمينا وما أشبه ذلك أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة ولا يجب التعرض لها ثم (قوله) لا يصح السلم الا في كذا يقتضى صحة السلم في كذا لان الاستثناء من النفي اثبات وليس ذلك على الاطلاق بل لو انضبط منه كل وصف تختلف به

القيمة ولكن كان عزيز الوجود لا يصح السلم فيه قال (وأما ما يقبل الوصف ولكن يفضى الاطناب فيه إلى عزة الوجود كاللائئ الكبار

[278]

واليواقيت والجارية الحسناء مع ولدها إلى غير ذلك مما يعز وجوده فان ذلك يوجب عسرا في التسليم فلا يجوز السلم فيه) * قد سبق أن السلم فيما ينذر وجوده لا يجوز لانه عقد غرر فلا يحتمل إلا فيما يوثق بتسليمه ثم الشيء قد يكون نادر الوجود من حيث جنسه كلحم الصيد في موضع العزة وقد لا يكون كذلك إلا أنه بحيث إذا ذكرت أوصافه التي بينا أنه يجب التعرض لها عز وجوده لندرة اجتماعها وفي هذا

[279]

القسم صورتان (إحدهما لا يجوز السلم في اللائئ الكبار واليواقيت والزبرجد والمرجان لانه لا بد فيها من التعرض للحجم والشكل والوزن والصفاء لعظم تفاوت القيمة باختلاف هذه الاوصاف واجتماع المذكور فيها نادر ويجوز في اللائئ الصغار إذا عم وجودها كيلا ووزنا وبم ضبط النوعين * قال قائلون ما يطلب للتداوي فهو صغير وما يطلب للترين فهو كبير * وعن الشيخ أبي محمد أن ما وزنه

[280]

سدس دينار يجوز السلم فيه وإن كان يطلب منه الترين لعموم وجوده والوجه أن يكون اعتبار السدس بالتقريب (الثانية) لو أسلم في جارية وولدها أو جارية وأختها أو عمتها أو شاة وسخلتها لم يجر لان اجتماع الجارية الموصوفة بالصفات المشروطة نادر هكذا أطلقه الشافعي رضى الله عنه وعامة الاصحاب رضى الله عنهم وفصل الامام فقال لا يمتنع ذلك في الرزجية التي لا تكثر صفاتها ويمتنع في السرية التي تكثر صفاتها وإلى هذا التفصيل أشار في الكتاب بقوله والجارية الحسناء وهذا مفرع

[281]

على أن الصفات التي يجب التعرض لها تختلف باختلاف الجوارى ولم تفصل الائمة القول فيه كما ستعرفه لكن في موضع السلم اشكال على الاطلاق لانهم حكوا عن نمه أنه لو شرط كون العبد كاتباً أو الجارية ماشطة جاز ولمدع أن يدعي ندرة اجتماع صفة الكتابة والمشط مع

الصفات التي يجب التعرض لها بل قضية ما أطلقوه تجويز السلم في عبد
وجارية بشرط كون هذا كاتبا وتلك ماشطة وكما يندر كون أحد الرقيقين
ولذا للآخر مع اجتماع الصفات المشروطة فيهما فكذا يندر كون أحدهما

[282]

كاتبا والآخر ماشطا مع اجتماع تلك الصفات فلنسو بين الصورتين في
المنع والتجويز * ولو أسلم في جارية وشرط كونها حاملا فطريقان
(أظهرهما) المنع وعللوه بأن اجتماع الحمل مع الصفات المشروطة نادر
وهذا يؤيد الاشكال الذي أوردناه (والثاني) وبه قال أبو إسحق وأبو علي
الطبري وابن القبطان أنه على قولين بناء على أن الحمل هل له حكم أم لا
(ان قلنا) نعم جاز والا فلا لانه لا يعرف حصوله وهما كالقولين في الشراء
بهذا الشرط * ولو شرط كون الشاة المسلم فيها لبونا فقولان منصومان

[283]

وقد ذهب الشيخ أبو حامد إلى ترجيح قول الجواز كما مر في شراء الجارية
بشرط أنها لبون لكن قضية توجيه أظهر الطريقين في صورة الحمل
تقتضي ترجيح المنع ههنا أيضا وبه أجاب صاحب التهذيب * قال (ويجوز
السلم في الحيوان (ح) للأخبار والآثار فيه فيتعرض للنوع واللون والذكورة
والانوثة والسن فيقول عبد تركي أسمر ابن سبع طويل أو قصير أو ربع *
ثم ينزل كل شيء على أقل الدرجات

[284]

ولا يشترط وصف آحاد الاعضاء إذ يفضي اجتماعها إلى عزة الوجود * وفي
الكحل والدعج وتكلم الوجه والسمن في الجارية * وما لا يعز وجوده ولكن
قد يعد استقصاء فيه تردد * وكذا في ذكر الملاحه ويقول في البعير ثنى
أحمر من نعم بنى فلان غير مودون أي غير ناقص الخلقة * ويتعرض في
الخيول للون والسن والنوع * ولا يجب التعرض للشيات كالطغر واللطيم *
ويتعرض في الطيور للنوع والكبر والصغر من حيث الجثة *

[285]

يجوز السلم في الحيوان وبه قال مالك وأحمد خلافا لابي حنيفة لما روى
عن عبد الله بن عمرو ابن العاص قال (أمرني رسول الله صلى الله عليه
وسلم أن اشتري بعيرا ببعيرين إلى أجل (1)

(1) حديث عبد الله بن عمرو أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اشتري له بعيرا
ببعيرين إلى أجل أخرجه أبو داود وقد تقدم في الربا *

[286]

وعن علي رضي الله عنه " أنه باع بعيرا له بعشرين بعيرا إلى أجل (1) "
وعن ابن عمر (أنه اشترى راحلة باربعة أبعة يوفيهها صاحبها بالربذة) (2)
وهذه ونحوها هي الاخبار والآثار التي أجمل ذكرها في

(1) حديث ابن عمر أنه اشترى راحلة باربعة أبعة يوفيهها صاحبها بالربذة: علقه البخاري
ورواه مالك في الموطأ عن نافع عن بن عمر والشافعي عن مالك كذلك (تنبيه) روى عن
ابن عمر ما يعارض هذا رواه عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاووس عن أبيه أنه سأل ابن
عمر عن بعير ببعيرين فكرهه ورواه ابن أبي شيبة عن ابن أبي زائدة عن ابن عون عن ابن
سيرين قلت لابن عمر البعير بالبعيرين إلى أجل فكرهه ويمكن الجمع بأنه كان يرى فيه
لجواز وإن كان مكروها على التنزيه لا على التحريم وروى الحاكم والدارقطني من حديث
ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وفي أسناده
اسحق بن إبراهيم بن جوثى وهاه ابن حبان * (2) حديث علي أنه باع بعيرا بعشرين بعيرا
إلى أجل مالك في الموطأ عن صالح عن

[287]

الكتاب * ثم الحيوان أنواع (فمنها) الرقيق فإذا أسلم فيه وجب التعرض
لامور (أحدها) النوع فيبين أنه تركي أو رومي أو هندي وهل يجب التعرض
لصنف النوع إن كان فيه اختلاف فيه قولان (أظهرهما) الوجوب (والثاني)
اللون فيبين أنه أبيض أو أسود ويصف البياض بالسمرة أو الصفرة والسواد

الحسن بن محمد بن علي عن علي وفيه انقطاع بن الحسن وعلي وقد روي عنه ما
يعارض هذا روى عبد الرزاق من طريق ابن المسيب عن علي أنه كره بعيرا ببعيرين نسيئة
وروى ابن أبي شيبة نحوه عنه *

[288]

بالصفاء أو الكدورة وهذا إذا اختلف لون الصنف المذكور فإن لم يقع فيه
اختلاف أغني ذكره عن اللون (والثالث) الذكورة والانوثة (والرابع) السن
فيقول محتلم أو ابن ست أو سبع ثم الامر في السن على التقريب حتى لو
شرط كونه ابن سبع مثلا بلا زيادة ولا نقصان لم يجر لندرة الطفر به
والرجوع في الاحتلام إلى قول العبد وفي السن يعتمد قوله إن كان بالغا

وقول سيده إن ولد في الاسلام والا فالرجوع إلى النحاسين فتعتبر
طنونهم (والخامس) القديين أنه طويل أو قصير أو ربعة لان

[289]

القيمة تتفاوت بها تفاوتاً ظاهراً * واعلم قوله في الكتاب طويل أو قصير -
بالواو - لان الامام نقل عن العراقيين أنه لا يعتبر ذكر القدي وتابعه صاحب
الكتاب في الوسيط لكن كتب العراقيين مشحونة بأنه يجب ذكره ولم
يتعرضوا لخلاف فيه والله أعلم * واعتبروا التعرض لامر سادس وهو الجودة
وهذا لا يختص بالرفيق ولا بالحيوان وستعرف حكمه من بعد (وقوله) ثم
ينزل كل شيء على اقل الدرجات معناه أنه إذا أتى بما يقع عليه اسم
الوصف المشروط كفى ووجب القبول لان الرتب لا نهاية لها وهذا

[290]

كما ذكرنا فيما إذا باع العبد بشرط أنه كاتب أو خباز والمسألة لا اختصاص
لها بهذا الموضع بل تعم كل مسلم فيه * ولا يشترط وصف كل عضو على
حياله باوصافه المقصودة وان تفاوت بها الغرض والقيمة لان ذلك يورث
عزة الموصوف لكن في التعرض للاوصاف التي يعتني بها أهل البصر
وترغب بها في الارقاء كالكل والدعج وتكلم الوجه وسمن الجارية وما
أشبهها وجهان (أحدهما) وبه قال الشيخ أبو محمد أنه يجب لانها مقصودة
ولا يورث ذكرها العزة (وأظهرهما) أنه لا يجب لان الناس

[291]

يتسامحون باهمالها ويعدون ذكرها استقصاء وعن القفال تردد رأى في
الملاحه بناء علي أنها من حملة المعاني أو المرجع بها إلى يميل إليه طبع
كل أحد (والاظهر) أنه لا يعتبر * واعلم أن الشافعي ذكر في السلم في
العبد أنه يقول خماسي أو سداسي وأنه يصف سنه واختلفوا في التفسير
فمنهم من قال أراد أراد بالخماسي والسداسي التعرض للقدي يعني خمسة
أشبار أو ستة (ومنهم) من قال أراد به السن يعني ابن خمس أو ست فمن
قال بالاول حمل قوله يصف سنه على المعني الثاني ومن قال بالثاني
حمل قوله

[292]

يصف سنه على الاسنان المعروفة أي يذكر أنه مفلج الاسنان أو غيره وذلك من طريق الاولى دون الاشتراط كالتعرض لجعودة الشعر أو سبوطته * وحكى المسعودي أن الخماسي والسداسي صنفاً من عبيد النوبة معروفان عندهم * (فرع) ذكر الشيخ أبو حامد في آخرين أنه لا يجب ذكر الثيابة والبكارة في الجارية وعن الصيمري أنه يجب وبه أجاب صاحب المذهب وهو الاولى (آخر) لو شرط كون العبد

[293]

يهودياً أو نصرانياً جاز كشرط كونه خبازاً * ولو شرط كونه ذا زوجة وكون الجارية ذات زوج فعن الصيمري أنه جائز وزعم أن ذلك مما لا يندر وعنه أنه لو شرط كونه سارقاً أو زانياً أو قاذفاً جاز أيضاً بخلاف ما لو شرط كون الجارية مغنية أو عوادة وفرق بأنها صناعة محظورة وتلك أمور تحدث كالعمى والعور وقطع اليد وهذا فرق لا يقبله ذهناك (ثالث) لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة فعن أبي إسحق أنه لا يجوز لانها قد تكبر وهي بالصفة المشروطة فيسلمها بعد أن يطاها فتكون في معنى استقراض

[294]

الجواري (والصحيح) الجواز كاسلام صغار الابل في كبارها وهل يتمكن من تسلمها عما عليه فيه وجهان لاتحاد الثمن والمثمن (إن قلنا) يتمكن فلا مبالاة بالوطئ كوطئ الثيب وردّها بالعيب * ومن أنواع الحيوان الابل ولا بد من التعرض فيها لامور (أحدها) الذكورة والانوثة (وثانيها) السن فيقول ابن مخاض أو ابن لبون أو ثني (وثالثها) اللون فيقول أحمر أو أسود أو أزرق (ورابعها) النوع مثل أن يقول من نعم بني فلان ونتاجهم وهذا فيما إذا كثر عددهم وعرف بهم نتاج كطي وبني ؟ فيس

[295]

فأما النسبة إلى الطائفة القليلة فهي كتعيين البستان في الثمار * ولو اختلف نتاج بني فلان وكان فيها أرحبية ومهرية ومجيدية فأظهر القولين أنه لابد من التعيين (وأما) قوله غير مود نقى من العيوب سبط الخلق محفر الجنين والمودى غير ناقص الخلقة والسبط المديد القامة الوافر الاعضاء ومحفر الجنين عظيمها وواسعها واتفق الاصحاب على أن ذكر هذه الامور ليست بشرط وانما هو ضرب من التأكيد (ومنها) الخيل فيجب التعرض فيها لما يجب التعرض له في الابل ولو ذكر معه الشيطان كالاغرر

[296]

والمحجل واللطيم كان أولى ولو أهملهما جاز وحمل قوله اشقر أو ادهم على البهيم وكذا القول في البغال والحمير والبقر والغنم ومالا يتبين نوعه بالاضافة إلى قوم يتبين بالاضافة إلى بلد وغيره (ومنها) الطيور ويجوز السلم فيها كالنعم وغيرها وقال في المهدب لا يجوز لانه لا يضبط سننها ولا يعرف قدرها بالدرع فعلى المشهور يوصف منها النوع والصغر والكبر من حيث الجنة ولا يكاد يعرف سننها فان عرف وصف به * ويجوز السلم في السمك والجراد حيا وميتا عند عموم الوجود ويوصف كل جنس من الحيوان بما يليق به *

[297]

قال (ويقول اللحم لحم بقر أو غنم ضأن أو معز ذكر أو أنثى خصى أو غير خصى رضيع أو فطيم معلوفة أو راعية من الفخذ أو من الجنب * ولا يشترط نزع العظم) السلم في اللحم جائز خلافا لابي حنيفة * لنا أنه يمكن ضبط صفاته فأشبه النمار ويجب فيه بيان أمور (أحدها) الجنس فيقول لحم ابل أو بقر أو غنم (والثاني) النوع فيقول لحم بقر أهلى أو جواميس ولحم ضأن أو معز (والثالث) الذكورة والانوثة وإذا بين الذكورة فليبين أنه خصى أو غير خصى (والرابع)

[298]

السن فيقول صغير أو كبير ومن الصغير رضيع أو فطيم ومن الكبير جذع أو نثى (والخامس) يبين أنه من راعية أو معلوفة لان كل واحد من النوعين مطلوب من وجه قال الامام ولا اكتفاء بالعلف بالمرّة والمرات حتى ينتهي إلى مبلغ مؤثر في اللحم (فان قلت) اطلق الاصحاب قولهم باعتبار هذا الامر ولفظ الشافعي رضى الله عنه في المختصر ويقول في لحم البعير خاصة بغير واع فكيف الجمع (فالجواب) أن النص محمول على عادتهم فانهم كانوا لا يعلقون الا الابل فلم يفتقروا إلى التقييد في

[299]

غير الابل فأما حيث جرت العادة بعلف غيره فلا بد من بيانه (والسادس) يبين موضعه اهو من الفخذ أو الجنب أو الكتف لاختلاف الاغراض وفي كتب العراقيين اعتبار أمر شائع وهو بيان السمن والهزال ولا يجوز شرط الاعجف لان العجف هزال عن علة وشرط العيب مفسد على ما سيأتي * ويجوز في اللحم المملح والقديد إذا لم يكن عليه عين الملح فان كان فقد مر الخلاف في نظيره ثم إذا أطلق السلم في اللحم وجب قبول ما فيه من العظم على العادة وان شرط نزع العظم جاز ولم يجب

[300]

قبوله * ويجوز السلم في الشحم والالية والكبد والطحال والكلية والرئة * وإذا أسلم في لحم الصيد ذكر ما يجب ذكره في سائر اللحوم لكن الصيد الذكر لا يكون الا فحلا وراعيا فلا حاجة إلى التعرض للأمريين قال الشيخ أبو حامد والمفتدون به وبين أن صيد بأحبولة أو بسهم أو بجارحة وبين أنها كلب أو فخذ لان صيد الكلب أطيب لطيب نكهته وفي لحم الطير والسمك يبين الجنس والنوع والصغر والكبر من حيث الجثة ولا حاجة إلى ذكر الذكورة والانوثة الا إذا أمكن

[301]

التميز وتعلق به الغرض وبين موضع اللحم إذا كان الطير والسمك كثيرين ولا يلزم قبول الرأس والرجل من الطير والذنب من السمك * قال * (ولا يسلم في المطبوخ والمشوى إذا كان لا يعرف قدر تأثير النار فيه بالعادة) * لا يجوز السلم في اللحم المطبوخ والمشوى لاختلاف الغرض باختلاف تأثير النار فيه وتعذر الضبط وفي السلم في الخبز وجهان ذكرناهما في فصل المختلطات وجه الجواز أن لتأثير النار فيه نهاية مضبوطة كالسمن

[302]

والدبس والسكر والفانيد كالخبز فيجوز في ثلثها الوجهان وأشار الامام إلى طريقة قاطعة بجواز السلم في السكر والفانيد وفي اللبا الوجهان (اختيار) الشيخ أبي حامد المنع (واختيار) القاضي أبي الطيب الجواز فأما ما جفف ولم يطبخ فيجوز السلم فيه بلا خلاف ويقرب من صور الخلاف تردد صاحب التقريب في السلم في الماء ورد لاختلاف تأثير النار فيما يتصعد ويقطر واستبعد إمام الحرمين وجه المنع فيها

[303]

جميعا ولا عبرة بتأثير الشمس بل يجوز السلم في العسل المصفي بالشمس وفي العسل المصفي بالنار الوجهان في الدبس ونحوه ومما يوجه به المنع أن النار تعيبه وتسرع الفساد إليه * قال (وفي السلم في رؤس الحيوانات بعد التنقية من الشعور قولان لتردها بين الحيوانات والمعدودات * والاصح في الاكارع الجواز لقلة الاختلاف في أجزائها) * في السلم في رؤس الحيوانات المأكولة قولان (أحدهما) الجواز وبه قال مالك واحمد كالسلم

[304]

في جملة الحيوان وكالسلم في لحم الفخذ وسائر الاعضاء (وأظهرهما) المنع وبه قال أبو حنيفة لاشتغالها على ابعاض مختلفة كالمناخر والمشافر وغيرها وتعذر ضبطها ويخالف السلم في الحيوان فان المقصود جملة الحيوان من غير تجريد النظر إلى أحاد الاعضاء ويخالف السلم في لحوم سائر الاعضاء فان لحم سائر الاعضاء أكثر من عظمها والرأس على العكس والاكارع كالرؤس ورأى صاحب الكتاب الجواز فيها اصح لانها اقرب إلى الضبط لكن الجمهور على الاول وعن القاضي ابي الطيب الدمر إلى

[305]

القطع بالمنع فيها (فان قلنا) بالجواز فيهما فذلك بشروط (أحدها) أن تكون منقاة من الصوف والشعر فأما السلم فيها من غير تنقية فلا يجوز لتستر المقصود بما ليس بمقصود (والثاني) أن توزن فأما بالعدد فلا لاختلافها في الصغر والكبر (والثالث) أن تكون نية فأما المطبوخة والمشوية فلا سلم فيها بحال وفي كتاب القاضي ابن كج اعتبار شرط آخر وهو أن تكون المشافر والمناخر منقاة عنها وهذا لا اعتماد عليه (وقوله): الكتاب لتردها بين الحيوانات والمعدودات اشارة إلى توجيه

[306]

القولين فوجه الجواز الشبه بالحيوانات ووجه المنع أن الوزن لا يكفي فيها لكون الكبير مقصودا منها فنلحق بالمعدودات ولا يجوز السلم فيها بالعد كما سبق وفي لفظ المختصر إيماء إلى هذا الكلام فانه قال وأرى الناس تركوا وزن الرؤس لما فيها من الصوف وأطراف المشافر والمناخر وما أشبه ذلك لانه لا يؤكل * قال (ويجوز السلم في اللبن والسمن والزبد والمخيض والوبر والصوف والقطن والابريسم

[307]

والغزلي المصبوغ وغير المصبوغ وكذا في الثياب بعد ذكر النوع والدقة والغلط والطول والعرض وكذا في الحطب والخشب والحديد والرصاص وسائر اصناف الاموال إذا اجتمعت الشرائط التي ذكرناها) * في الفصل صور (أحداها) يجوز السلم في اللبن وبين فيه ما بين في اللحم سوى الامر الثالث والسادس وبين نوع العلف لاختلاف العرض بذلك ولا حاجة إلى ذكر اللون ولا إلى ذكر

[308]

الحلاوة فان المطلق ينصرف إلى الحلو بل لو أسلم في اللبن الحامض لم
يجز لان الحموضة عيب فيه ولو أسلم في لبن يومين أو ثلاثة فانما يجوز إذا
بقي حلوا في تلك المدة وفي السلم في السمن ما يبين في اللبن ويذكر
أنه أبيض أو أصفر * وهل يحتاج إلى التعرض للحديث والعتيق قال الشيخ
أبو حامد لا بل العتيق معيب لا يصح السلم فيه وقال القاضي أبو الطيب
العتيق المتغير هو المعيب لا كل

[309]

عتيق فيجب البيان * وفي الزبد يذكر مثل ما في السمن ويذكر أنه زبد يومه
أو أمسه * ويجوز السلم في اللبن كيلا ووزنا لكن لا يكال حتى تسكن
الرغوة ويوزن قبل سكونها وكذا السمن يكال ويوزن إلا إذا كان جامدا
يتجافى في المكيال فيتعين الوزن وليس في الزبد إلا الوزن وكذا في
اللبن المجفف وقبل الجفاف هو كاللبن * وإذا جوزنا السلم في الجبن
وجب بيان نوعه وبلده وأنه رطب أو يابس (وأما) قوله والمخيض فاعلم ان
المخيض الذي فيه ماء لا يجوز السلم فيه نص عليه الشافعي

[310]

رضى الله عنه وقد أدرجناه في أثناء المختلطات فالذي ذكره محمول على
ما إذا مخض اللبن من غير ماء وحينئذ فوصفه بالحموضة لا يضر لان
الحموضة مقصودة فيه (الثانية) إذا أسلم في الصوف قال صوف بلد كذا
لاختلاف الغرض به وبين لونه وطوله وقصره وأنه خريفى أو ربيعى
فالخريفى أنظف وأنه من ذكور أو إناث فصوف الإناث أشد نعومة واستغنوا
بذلك عن ذكر اللبن

[311]

والخشونة ولا يقبل إلا نقيا من الشوك والبرع وان شرط كونه مغسولا جاز
الا أن يعيه الغسل * والوبر والشعر كالصوف والطريق فيهما الوزن
(الثالثة) يبين في القطن بلده ولونه وكثرة لحمه وقلته والخشونة والنعومة
وكونه عتيقا أو حديثا ان اختلف الغرض به والمطلق يحمل على الجاف
وعلى ما فيه الحب ويجوز في الخليج وفي حب القطن ولا يجوز في
الجورق قبل التشقق وأما بعده ففي التهذيب أنه يجوز وقال في التتمة

ظاهر المذهب أنه لا يجوز لاستتار المقصود بما لا مصلحة فيه وهذا ما أطلق

[312]

العراقيون حكاية عن النص (الرابعة) يبين في الابرسم بلده ولونه ودقته وغلظه ولا حاجة إلى ذكر الخشونة والنعومة * ولا يجوز السلم في القز وفيه الدود حية كانت أو ميتة لأنها تمنع معرفة القز وبعد خروج الدود يجوز * وإذا أسلم في الغزل ذكر ما يذكر في القطن ويذكر الدقة والغلط أيضا * ويجوز السلم في غزل الكتان أيضا ويجوز شرط كونه مصبوغا ولا بد من بيان الصبغ (الخامسة) إذا أسلم في الثياب بين الجنس انه من ابرسم أو كتان أو قطن والنوع والبلد الذي ينسج

[313]

فيه ان اختلف به الغرض وقد يغني ذكر النوع عنه وعن الجنس أيضا ويبين الطول والعرض والغلط والدقة والصفاء فيه والرقه والنعومة والخشونة * ويجوز في المقصور والمطلق محمول على الخام ولا يجوز في اللبس لانه لا ينضب ويحوز فيما صبغ غزله قبل النسج كالبرود والمشهور في كتب الاصحاب أنه لا يجوز في المصبوغ بعد النسج ووجهه بشيئين (أحدهما) أن الصبغ عين ترائنه وهو مجهول المقدار والغرض يختلف باختلاف اقداره (والثاني) أنه يمنع معرفة النعومة والخشونة وسائر

[314]

صفات الثوب وحكى الامام عن طائفة منهم شيخه أنه يجوز وبه قال صاحب الحاوي وهو القياس ولو صح التوجيهان لما جاز السلم في المنسوج بعد الصبغ أيضا وفي الغزل المنسوج أيضا * وعن الصيمري تجويز السلم في القميص والسراويلات إذا ضبطت طولاً وعرضاً وضيقاً وسعة (السادس) الخشب أنواع منها الحطب فإذا أسلم فيه ذكر نوعه وغلظه ودقته وانه من نفس الشجر أو أغصانه ووزنه ولا يجب التعرض للرطوبة والجفاف والمطلق محمول على الجاف ويجب قبول المعوج والمستقيم

[315]

(ومنها) ما يطلب للبناء كالجدوع فيبين فيها النوع والطول والغلط والدقة ولا حاجة إلى ذكر الوزن خلافاً للشيخ أبي محمد ولو ذكر جاز بخلاف الثياب

قال الشيخ أبو حامد لانه يمكن أن ينحت منها ما يزيد على القدر المشروط * ولا يجوز السلم في المخروط لاختلاف أعلاه وأسفله (ومنها) ما يطلب ليتخذ منه القسي والسهام فيذكر فيها النوع والدقة والغلط وزاد بعضهم التعرض لكونه سهليا أو جبليا لان الجبلى أصلح لها ومنهم من اعتبر التعرض للوزن أيضا فيه وفي خشب البناء (السابعة) إذا

[316]

أسلم في الحديد ذكر نوعه وانه ذكر أو أنثى ولونه وخشونته ولينه وفي الرصاص يذكر نوعه من قلعي وغيره وفي الصعر من شبه وغيره ولونهما وخشونتهما ولينهما ولا بد من الوزن في جميع ذلك وكل شئ لا يتأتى ونرد بالقبان يوزن بالتعرض علي الماء هذا شرح الصور التي نص عليها صاحب الكتاب ونردفها بصور على سبيل الاختصار فنقول السلم في المنافع كتعليم القرآن وغيره جائز ذكره الرويانى ويجوز السلم في الدراهم والدنانير على أصح الوجهين لانه مال يسهل ضبطه (والثانى) وبه قال أبو حنيفة أنه لا يجوز

[317]

وعلى الاول يشترط أن يكون رأس المال غير الدراهم والدنانير * ويجوز السلم في أنواع العطر العامة الوجود كالعنبر والمسك والكافور ويذكر وزنها ونوعها فيقول عنبر أشهب أو غيره قطع أو فتات ويجوز السلم في الزجاج والطين والجص والنورة وحجارة الارحية والابنية والاوانى ويذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها ولا حاجة إلى ذكر الوزن ولا يجوز في البرام المعمولة ولا في الكيزان

[318]

والخباب والطلشوش والمنابر والقماقم والطناجر لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ولتعذر ضبطها نعم ما يعيب منها في الغالب يجوز السلم فيه لانه لا يختلف وكذا في الاسطال المربعة كما يجوز في مربعات الصرم وقطع الجلود وزنا ولا يجوز في الجلود على هيئتها لتفاوتها دقة وغلظا وتعذر ضبطها ويجوز السلم في الكاغد عددا ويبين فيه النوع والطول والعرض * وفي اللبن والأجر وفي الأجر وجه لتأثير النار فيه * ولا يجوز السلم في العقار لانه يحتاج فيه إلى بيان المكان وإذا بين تعين *

[319]

ولا يجوز في العلس والارز لاستتارهما بالكمام ويجوز في الدقيق وعن الداركي أنه لا يجوز * وإذا أسلم في التمر بين النوع فيقول معقلى أو برنى والبلد فيقول بغدادى أو بصرى واللون وصعر الحبات وكبرها وكونه حديثا أو عتيقا ولا يجب تقدير المدة التى مضت عليه والحنطة وسائر الحبوب كالتمر * وفى الرطب يبين جميع ذلك سوى الحديث والعتيق وفى الوسيط أنه يجب التعرض لذلك فى الرطب ولا حاجة إليه فى البر والحبوب وهو خلاف النص وما عليه عامة الاصحاب * وفى

[320]

العسل يبين أنه جبلى أو بلدى صيفى أو خريفى أبيض أو أصفر ولا حاجة إلى ذكر الحديث والعتيق لأنه لا يختلف الغرض به ويقبل مارق بسبب الجز ولا يقبل مارق رقة عيب والله أعلم * وهذا باب لا ينحصر فاعتن بالمدكور عن المتروك * قال * (فان شرط الجودة جاز ونزل على أقل الدرجات وان شرط الاجود لم يجز إذ لا يعرف أقصاه * وان شرط الرداءة فكذلك لا يجوز فان شرط الاردا جاز على الاصح لان طلب الاردا عناد محض فلا يثور به نزاع * والوصف الذى به التعريف ينبغى أن يكون بلغة يعرفها غير المتعاقدين) *

[321]

مضمون الفصل مسألتان (إحدهما) ذهب العراقيون من مشايخنا إلى اشتراط التعرض للجودة أو الرداءة في كل ما يسلم فيه وعللوه بان القيمة والاعراض تختلف بهما وظاهر النص يوافق ما ذكره وقال غيرهم لا حاجة إلى غيره ويحمل المطلق على الجيد وهو الاظهر وايراد الكتاب بواقفه وسواء قلنا بالاشتراط أو لم نقل فإذا شرط الجودة نزل على أقل الدرجات كما إذا شرط صفة أخرى * ولو شرط الاجود لم يجز لان أقصاه غير معلوم فكانه شرط شيئا مجهولا وأيضا فانه ما من شئ يأتي

[322]

به الا والمسلم يطالبه بما هو أجود منه تمسكا باللفظ فيدوم النزاع بينهما * وان شرط الرداءة فقد أطلق في الكتاب أنه لا يجوز وفصل كثيرون فقالوا شرط رداءة النوع يجوز لانضباطه وشرط رداءة العيب والصفة لا يجوز لانها لا تنضبط وما من ردئ الا وهناك ما هو خير منه وان كان رديئا فيفصى إلى النزاع * واعلم أن نوع المسلم فيه لابد من التعرض له علي ما سبق فان لم ينص علي النوع وتعرض للردئ تعريفا للنوع فذلك محتمل لا محالة وان نص على النوع فذكر الرداءة

[323]

حشو (وأما) رداءة الصفة فالذي حكيناها عن العراقيين يقتضى تجويز اشتراطه لانهم ذكروها في مقابلة الجودة ولا شك أنهم لم يريدوا بها جودة النوع ولهم أن يعترضوا فيقولوا هب أن رداءة الصفة لا تنضبط لكن الجودة أيضا كذلك وقد نزلناها على أقل الدرجات فلم لا تفعل في الرداءة مثله وان شرط الاردا فففيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) وهو المنصوص في المختصر أنه لا يجوز لانه لا يوقف

[324]

على أقصاه كما في الاجود (وأصحهما) الجواز لانه إذا أتى بردي لم يطالبه المسلم بما هو أردأ منه وان طالبه به كان معاندا فيمنع منه ويجبر على قبوله * ولك أن تعلم قوله في الكتاب وان شرط الجودة لم يجز بالواو لان في تعليق الشيخ أبى حامد أن من اصحابنا من خرج قولا أنه جائز وكذلك قوله فكذلك لا يجوز لما قدمناه (الثانية) صفات المسلم فيه المذكورة في العقد تنقسم إلى مشهورة عند الناس وإلى غير مشهورة وذلك قد يكون لدقة معرفتها كما في الادوية والعقاقير وقد يكون

[325]

لغرابة الالفاظ المستعملة فيها فلا بد من معرفة المتعاقدين بها فلو جهلاها أو أحدهما لم يصح العقد وهل يكفى معرفتهما فيه وجهان (أظهرهما) لا وهو المنصوص بل لا بد من أن يعرفها غيرهما ليرجع إليه عنه تنازعهما (والثاني) أنه يكفى معرفتهما والنص محمول على الاحتياط * فهذا شرط آخر للمسلم * وهل تعتبر فيها الاستفاضة أم يكفى معرفة عدلين سواهما فيه وجهان (أظهرهما) الثاني ويجرى الوجهان فيما إذا لم يعرف المكيال المذكور الا عدلان * واعلم أن جميع ما ذكرناه الآن من

[326]

معرفة المتعاقدين وغيرهما يخالف ما قدمنا في مسألة فصح النصارى من نقض الوجوه ولعل الفرق أن الجهالة هناك راجعة إلى الاجل وههنا راجعة إلى المعقود عليه فجاز أن يحتمل من نيل الجهالة ما لا يحتمل من هذه والله تعالى أعلم * (الباب الثاني في أداء المسلم فيه والقرض) قال (أما المسلم فيه فالنظر في صفته وزمانه ومكانه (أما صفته) فان أتى بغير جنسه لم يقبل

[327]

لانه اعتياض وذلك غيره جائز في المسلم فيه * وان كان من جنسه ولكنه أجود وجب قبوله وان كان أردأ منه جاز قبوله ولم يجب * وان أتى بنوع آخر بأن أسلم في الزبيب الأبيض فجاء بالأسود ففي جواز القبول وجهان إذ يكاد أن يكون اعتياضاً * قوله والقرض معطوف على الاداء لا على المسلم فيه لانه لم يقصر الكلام في القرض على ادائه بل تكلم في فصول منها الاداء * إذا عرفت ذلك فاعلم أن الاعتياض عن المسلم فيه قبل القبض

[328]

غير جائز لما مر في النظر الثالث من كتاب البيع فلا يجوز أن يستبدل عنه غير جنسه * وان لم يختلف الجنس فاما أن لا يختلف النوع أيضا أو يختلف (الحالة الاولى) أن لا يختلف فينظر ان أتى بالمسلم فيه على الصفة المشروطة وجب قبوله وان أتى به على صفة أجود مما شرط جاز قبوله وفي الوجوب وجهان (أحدهما) لا يجب لما فيه من المنة (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب أنه يجب لان إتيانه به يشعر بأنه لا يجد سبيلا إلى ابراء دمنه بغيره وذلك يهون أمر المنة وان أتى

[329]

به أراد أمما شرط جاز القبول ولم يجب (الحالة الثانية) أن يختلف كما لو أسلم في التمر المعقلى فجاء بالبرنى أو في الذبيب الأبيض فجاء بالأسود أو في الثوب الهروي فجاء بالمروى فلا يجب على المسلم قبوله لاختلاف الأغراض باختلاف الأنواع (ومنهم) من حكى وجهاً آخر أنه يجب تمسكاً بقول الشافعي رضي الله عنه وأصل ما يلزم السلف قبول ما أسلف فيه أن يأتيه به من جنسه (فان قلنا بالاول) فهل يجوز قبوله فيه وجهان (أظهرهما) وبه قال الشيخ أبو حامد لا لانه يشبه الاعتياض كما لو اختلف

[330]

الجنس (والثاني) نعم كما لو اختلفت الصفة * وذكروا خلافاً في أن التفاوت بين التركي والهندي من العبيد تفاوت جنس أو تفاوت نوع (والصحيح) الثاني وفي أن التفاوت بين الرطب أو التمر وما يسقي بماء السماء وما يسقي بغيره تفاوت نوع أو صفة والاشبه الاول * (فرع) ما أسلم فيه كيلا لا يجوز قبضه وزنا وبالعكس وعند الكيل لا يزلزل المكيال ولا يوضع الكف على جوانبه (آخر) إذا أسلم في الحنطة وجب تسليمها نقية من الزوان والمدور

[331]

والتراب فان كان فيها شئ قليل من ذلك وقد اسلم كيلا جاز وان اسلم وزنا لم يجز ويجب تسليم التمر جافا والرطب صحيح غير منشخ * قال (اما الزمان فلا يطالب به قبل المحل ولكن ان جاء به قبله وله في التعجيل غرض بأن كان بالدين رهن أو ضامن أو كان يظهر (و) خوف الانقطاع وجب القبول كما يجب

[332]

قبول النجوم من لمكاتب قبل المحل * وان لم يكن له غرض سوى البراءة نظر فان كان للممتنع غرض بأن كان في زمان نهب أو غارة أو كانت دابة يحذر من علفها فلا يجبر وان لم يكن من الجانبين غرض فقولان في الاجبار * السلم اما مؤجل أو حال فان كان مؤجلا فلا يخفى انه لا مطالبة بالمسلم فيه قبل المحل والا لبطل فائدة التأجيل * ولو اتى المسلم إليه به قبل المحل وامتنع المسلم من قبوله فترتيب صاحب الكتاب

[333]

يخالف ترتيب الجمهور فنذكر ما ذكره ثم نعود إلى ما أورده * قال الجمهور ان كان له في الامتناع كما إذا كان وقت نهب أو كان المسلم فيه حيوانا يحذر من علفه أو ثمرة أو لحما يريد أكله عند المحل طريا أو كان مما يحتاج إلى مكان مؤنة كالحنطة والقطن الكثيرين فلا يجبر على القبول لتضرره وان لم يكن غرض في الامتناع فان كان للمؤدى غرض في التعجيل سوى براءة الذمة كما لو كان به رهن يريد فكاكه أو ضامن يريد براءته يجبر على القبول كالمكاتب يعجل النجوم ليعتق

[334]

يجبر السيد على قبولها وهل يلتحق بهذه الاعذار خوفه من انقطاع الجنس قبل الحلول فيه وجهان المذكور منهما في الكتاب انه يلحق لما في التأخير من خطر انفساخ العقد أو ثبوت حق الفسخ * وان لم يكن للمؤدى غرض سوى البراءة فقولان (احدهما) انه لا يجبر المستحق على القبول لان التعجيل كالتبرع بمزيد فلا يكلف تقلد المنة (وأصحهما) وهو المنصوص في المختصر انه يجبر لان براءة الذمة غرض ظاهر وليس للمستحق غرض في الامتناع فيمنع من التعنت * وان تقابل غرض

[335]

المتنع والمؤدى فقد حكى الامام فيه طريقين (أحدهما) انهما يتساقطان (وأصحهما) أن المرعى جانب المستحق وحكى أيضا عن بعضهم طرد القولين فيما إذا كان للمعجل غرض في التعجيل ولم يكن للمتنع غرض في الامتناع وهو غريب (وأما) صاحب الكتاب فانه راعى جانب المؤدى أولا فقال ان كان له غرض في التعجيل يجبر المتنع على القبول والا فان كان له غرض في الامتناع فلا يجبر والا فقولان ولا يخفى مخالفته لطريقة الجمهور فان ذكره

[336]

عن ثبت فهو منفرد بما نقل والا فقد التبس الامر عليه والله أعلم * وحكم سائر الديون المؤجلة فيما ذكرنا حكم المسلم فيه (وأما) السلم الحال فالمطالبة فيه متوجهة في الحال ولو أتى المسلم إليه بالمسلم فيه وأبى المسلم قبوله نظران كان للمعجل غرض سوى البراءة أجبر على القبول والا فطريقان (أحدهما) أنه على القولين وجه عدم الاجبار انه يقول الحق لى فلى ان أخره إلى أن أشاء (وأصحهما) أنه يجبر على القبول أو البراءة وحيث ثبت الاجبار فلو أصر على الامتناع اخذه الحاكم له

[337]

روى (أن أنسا كاتب عبدا له على مال فجاء العبد بالمال فلم يقبله أنس فأتى العبد عمر رضى الله عنه فأخذه منه ووضع في بيت المال (1) * قال (أما المكان فمكان العقد فلو ظفر به في غيره وكان في النقل مؤنة لم يطالب به * ولكن يطالب (و) بالقيمة للحيلولة ثم لا يكون عوضا إذ يبقى استحقاق الدين * وان لم يكن مؤنة طالب به * وفي مطالبة الغاصب بالمثل في موضع آخر مع لزوم المؤنة خلاف تغليظا عليه) *

(1) حديث أن أنسا كاتب عبدا له على مال فجاء العبد بالمال فلم يقبله أنس فأتى العبد عمر فأخذه منه ووضع في بيت المال. هذا الاثر الذي ذكره الشافعي في الام بلا اسناد وقد رواه البيهقي من طريق أنس بن سيرين عن أبيه قال كاتبت أنس على عشرين الف درهم فكنت فيمن فتح تستر فاشتريت رقة فربحت فيها فأتيت أنسا بكتابتى فذكره " *

[338]

إذا عين في السلم مكان التسليم أو لم يعين وقلنا يتعين مكان العقد وجب التسليم فيه فلو طغر المسلم به في غير ذلك المكان نظران كان لنقله مؤنة لم يطالب به وهل يطالب بالقيمة للحيلولة فيه وجهان (أحدهما لا لان أخذ العوض عن المسلم فيه قبل القبض غير جائز (والثاني) نعم لوقوع الحيلولة بينه وبين حقه وهذا ما أورده صاحب الكتاب في هذا الموضع لكنه أعاد المسألة في باب الغصب وذكر فيها الخلاف (والاصح) في المذهب هو الوجه الاول ولم يورد العراقيون وصاحب التهذيب

[339]

سواه وإذا فرعنا عليه فللمسلم الفسخ واسترداد رأس المال كما لو انقطع المسلم فيه * وان لم يكن لنقله مؤنة كالدراهم والدنانير فله مطالبته به وأشار الامام إلى خلاف فيه * ولو طغر المالك بالغاصب في غير مكان الغصب أو الاتلاف فهل يطالبه بالمثل حكى فيه خلافا ههنا وذكر في الغصب أنه لا يطالب الا بالقيمة وهو الاظهر ولنشرح المسألة ثم ان شاء الله تعالى (وقوله) في أول الفصل أما مكانه فمكان

[340]

العقد عند الاطلاق محمول على ما إذا عينا مكان العقد أو أطلقا ولم يشترط تعيين المكان (وقوله) ثم لا يكون عوضا إذ يبقى استحقاق الدين أراد به أن القيمة المأخوذة لا تكون عوضا عن المسلم فيه بل يبقى استحقاق المسلم فيه بحاله حتى إذا عاد لى مكان التسليم يطالبه به ويرد القيمة ولمن نص ظاهر المذهب أن يقول لو صح هذا الكلام لوجب أن يحكم بمثله في انقطاع المسلم فيه * ولو أتى المسلم

[341]

إليه بالمسلم فيه في غير مكان التسليم وأبى المستحق قبوله فان كان لنقله مؤنة أو كان الموضع مخوفا لم يجبر والا فوجهان بناء على القولين في التعجيل قبل المحل فان رضي وأخذه لم يكن له أن يكلفه مؤنة النقل * قال (أما القرص فاداؤه كالمسلم فيه ولكن يجوز الاعتياض عنه * ويجب المثل في المثليات وفي ذوات القيم وجهان أشبههما بالحديث أن الواجب المثل * استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم

[342]

بكرا ورد بارلا والقياس القيمة) *

[343]

الاقراض مندوب إليه لما فيه من الاعانة على البر وكشف كربة المسلم
وفى الفصل مسائل (احداها) أداء القرض في الصفة والزمان والمكان كما
ذكرنا في المسلم فيه نعم لو ظفر بالمستقرض في غير مكان الاقراض
وكان المال مما لنقله مؤنة فلا خلاف في جواز مطالبته بالقيمة ثم إذا
أخذها في مكان الاقراض فهل له رد القيمة والمطالبة بالمثل وهل
للمستقرض مطالبته برد القيمة فيه وجهان

[344]

والقيمة التي يطالبه بها هي قيمة بلد الاقراض يوم المطالبة وكذا في
السلم يطالب بقيمة بلد العقد عند من جوز المطالبة بالقيمة (الثانية) يجوز
الاعتياض عن المقرض وقد ذكر هذه المسألة مرة

[345]

(الثالثة) ستعرف في الغصب أن المال ينقسم إلى مثلى وإلى متقوم فإذا
استقرض مثليا رد مثله وإذا استقرض متقوما فوجهان (اقيسهما) واختاره
الشيخ ابو حامد أنه يرد القيمة كما لو أتلّف متقوما على

[346]

انسان تلزمه القيمة (وأظهرهما) أنه يرد المثل من حيث الصورة واختاره
الاكثرون لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم (استقرض بكرا ورد بارلا)
(1) والبكر الفتى من الابل والبال الذي له ثمانى سنين وروي أنه صلى الله
عليه وسلم (استسلف بكرا فأمر برد مثله) (فان قلنا) بالاول فالاعتبار
بقيمة يوم القبض ان قلنا

(باب القرض) (1) حديث أنه صلى الله عليه وسلم استقرض بكرا ورد بارلا: هذا اللفظ تبع
فيه الغزالي في الوسيط وهو تبع الامام في النهاية وزاد أنه صح والذي في الصحيحين
عن أبي هريرة كان لرجل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حق فاعطاه له فهم به
اصحابه فقال دعوه فان لصاحب الحق مقالا فقال لهم اشترؤا له سنا فاعطوه اياه فقالوا
انا لا نجد الا سنا هو خير من سنا قال فاشترؤوه فاعطوه اياه فان من خيركم أو خيركم
أحسنكم قضاء وأخرج مسلم عن أبي رافع أنه صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل

بكرا فقدمت عليه ابل من الصدقة فامر أبا رافع أن يعطي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها الا خيارا رباعيا فأمره أن يعطيه الحديث وقد ذكره الرافعي بعد (تنبيه) البكر

[347]

يملك القرض في القبض (وان قلنا) يملك بالتصرف فبالاكثر من يوم القبض إلى يوم التصرف وفيه وجه أن الاعتبار بيوم القبض وإذا اختلفا في قدر القيمة أو في صفة المثل فالقول قول المستقرض *

الصغير من الابل والرباعي بفتح الراء ماله ست سنين وأما البازل فهو ماله ثمان سنين ودخل في التاسعة فتبين أنهم لم يوردوا الحديث لفظه ولا بمعناه وقد أخرج النسائي والبخاري من حديث العرياض بن سارية قال بعث من النبي صلى الله عليه وسلم بكرا فأتيته أنقاضه فقلت اقضني ثمن بكري قال لا أقضيك الا بختية فدعاني فاحسن قضائي ثم جاء أعرابي فقال اقضني بكري فقضاه بعيرا الحديث "

[348]

قال (ثم النظر في ركن القرض وشرطه وحكمه) (أما ركنه) فمن جهة اللفظ صيغة دالة عليه كقوله أقرضتك وفي اشتراط القبول وجهان (وجه) المنع ان هذه اباحة اتلاف بعوض وهي

[349]

مكرمة ولذلك يجوز الرجوع (م) عنه في الحال * ولا يجوز (م) شرط الاجل فيه * وأما المقرض فكل ما جاز السلم فيه جاز قرضه الا الجواني ففيها قولان منصوصان والقياس الجواز * وما لا يجوز

[350]

السلم فيه ان قلنا انه يرد في المتقومات القيمة فيصح أيضا اقراضه) * عد حجة الاسلام رحمه الله أركان القرض ثلاثة كما فعل في البيع وهي الصيغة والقرض والمقرض

[351]

لكن أهمل ههنا ذكر المقرض لوضوح حاله والعلم بأنه لا يصح الاقراض الا من جائز التصرف ويعتبر فيه أهلية التبرع لان القرض تبرع أو فيه شائبة التبرع ألا ترى أنه لا يقرض الولي مال الطفل

[352]

الا لضرورة ولذلك لا يجوز شرط الاجل لان المتبرع ينبغي أن يكون بالخيار في تبرعه وانما يلزم الاجل في المعاوضات (وأما الصيغة فالإيجاب لابد منه وهو أن يقول أقرضتك أو أسلفتك أو خذ

[353]

هذا بمثله أو خذه واصرفه في حوائجك ورد بدله أو ملكتك على أن ترد بدله * ولو اقتصر على قوله ملكتك كان هبة فان اختلفا في ذكر البذل فالقول قول المخاطب * وأما القبول ففي

[354]

اشتراطه وجهان (أصحهما) ولم يورد المعظم سواء أنه يشترط كما في البيع وسائر التمليكات (والثاني) لا يشترط لان القرض إباحة اتلاف على شرط الضمان فلا يستدعي القبول وادعي الامام أن هذا

[355]

أظهر وقرب هذا الخلاف من الخلاف في أن القرض يملك بالقبض أو بالتصرف وقوله في الكتاب وهي مكرمة أراد به أن سبيله سبيل الميراث والتبرعات لا سبيل المعاوضات والمعاملات أو فيه شائبة

[356]

من هذه وشائبة من هذه ولهذا لم يجب التقاوض فيه إذا كان المقرض ربويا
* واحتج في الكتاب لهذا الأصل بشيئين (أحدهما) أن للمقرض الرجوع عنه
في الحال وهذا سنذكره من بعد (والثاني)

[357]

أنه لا يجوز شرط الاجل فيه ولا يلزم بحال وقال مالك يثبت الاجل في
القرض ابتداء وانتهاء (أما) ابتداء فبان يقرضه مؤجلا (وأما) انتهاء فبان
يقرضه حالا ثم يؤجله (وأما) المقرض فالاموال ضربان (أحدهما)

[358]

ما يجوز السلم فيه فيجوز اقراضه حيوانا كان أو غيره نعم في اقراض
الجواري قولان (أحدهما) ويحكى عن المزني أنه جائز وهو القياس عند
الامام وصاحب الكتاب إلحاقا للجواري بالعبيد

[359]

(وأظهرهما) المنع لنهى السلف عن اقراض الولائد قال الاصحاب وهما
مبنيان على الخلاف في أن القرض بما يملك وفى كيفية البناء طريقان
قال قائلون (ان قلنا) يملك بالقبض جاز اقراضها والا فلا

[360]

لما في اثبات اليد من غير المالك من خوف الوقوع في الوطئ * وعن
الشيخ أبى على أما ان قلنا يملك بالقبض لم يجز اقراضها لانه إذا ملكها
فربما يطؤها ثم يستردها المقرض فيكون ذلك في صورة

[361]

إعارة الجواري للوطئ وان قلنا لا يملك بالقبض فيجوز لانه إذا لم يملكها
لم يطأها وفيما حكى عن نضه في الجديد رمز إلى هذه الطريقة (وقوله)
في الكتاب قولان منصوبان اقتدى فيه بالامام وكلام

[362]

غيرهما لا يتعرض لكونهما منصوبين بل العراقيون رووا عن نصه قديما
وجديدا المنع ونقلوا الجواز عن بعض الاصحاب نقل الوجوه ويشبه أن يكون
مخرجا علي الاصل المذكور وكيف ما كان

[363]

فالخلاف مخصوص بالجارية التي تحل للمستقرض (فاما) المحرمة بنسب أو
رضاع أو مصاهرة فلا خلاف في جواز اقراضها منه (الضرب الثاني) ما لا
يجوز السلم فيه كالآلئ الكبار وغيرها فجواز

[364]

اقراضه مبني على أن الواجب في المتقومات المثل أو القيمة (ان قلنا)
بالاول لم يجز لتعذر ضبطه حتى يوجد مثله (وان قلنا) بالثاني جاز * وفي
اقراض الخبز وجهان كما في السلم فيه (أحدهما) لا يجوز

[365]

وبه قال أبو حنيفة وهو الاصح عند صاحب التهذيب (والثاني) يجوز وبه قال
احمد للحاجة العامة واطباق الناس عليه وهذا ما اختاره ابن الصباغ وغيره
ولا بأس لو رتب ف قيل ان جوزنا

[366]

السلم فيه جاز قرضه والا فوجهان للحاجة وقد أشار صاحب البيان إلى هذا
الترتيب ثم ذكر ان جوزنا قرضه وجب رد مثله وزنا ان قلنا يجب في
المتقومات المثل من حيث الصورة (وان قلنا) يجب

[367]

فيها القيمة فالواجب القيمة فان شرطنا رد المثل ففي جوازه وجهان
ويجب أن يكون المقرض معلوم القدر ليتأتى قضاؤه ويجوز اقراض المكيل
وزنا والموزون كيلا كما في السلم وعن القفال أنه لا يجوز

[368]

اقراض المكيل بالوزن بخلاف السلم فانه لا يسوى بين رأس المال
والمسلم فيه وزاد فقال لو أئلف مائة من من الحنطة ضمنها بالكيل * ولو
باع شقصا مشغوعا بمثله بمائة من من الحنطة ينظر كما هي

[369]

بالكيل فيأخذه الشفيع بمثلها كيلا (والاصح) في الكل الجواز هذا تمام
الكلام في أركان القرض *

[370]

قال (أما شرطه فهو أن لا يجر القرض منفعة * فلو شرط زيادة قدر أو
صفة فسد ولم يفسد جواز التصرف ولو شرط رد المكسر عن الصحيح * أو
تأخير القضاء (م) لغا شرطه وصح القرض

[371]

علي الاصح لانه عليه لا له * ولو شرط رهنا أو كفيلا به جاز فانه إحكام عينه
ولو شرط رهنا بدين آخر فسد ولو قال اقرضتك بشرط أن أقرضك غيره
صح ولم يلزمه الوعد بخلاف البيع فانه يفسد بمثله

[372]

إذ يصير ذلك القرض جزءاً من العوض المقصود *

[373]

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (أنه نهى عن قرض جر منفعة) وروى أنه قال (كل قرض جر منفعة فهو ربا) (1) فلا يجوز أن يقرضه بشرط أن يرد الصحيح عن المكسر أو الجيد عن الردئ ولو شرط

(1) (حديث) أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر منفعة وفي رواية كل قرض جر منفعة فهو ربا قال عمر بن بكر في المغنى لم يصح فيه شيء وأما إمام الحرمين فقال أنه صح وتبعه الغزالي وقد رواه الحرث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي باللفظ الأول وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك ورواه البيهقي في المعرفة عن فضالة بن عبيد موقوفا بلفظ كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا ورواه في السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفا عليهم *

[374]

زيادة في القدر فكذلك ان كان المال ربويا والا فوجهان (أحدهما) يجوز لما روى عن عبد الله ابن عمرو بن العاص قال (أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشا فنفذت الأبل فأمرني أن أخذ بعيرا ببعيرين إلى أجل) (1) (وأصحهما) المنع لما سبق وهذا الحديث محمول على السلم ألا ترى أنه قال

(1) (حديث) عبد الله ابن عمرو أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشا فنفذت الأبل فأمرني أن أخذ بعيرا ببعيرين إلى أجل تقدم في الربا *

[375]

إلى أجل والقرض لا يقبل الأجل * ولو شرط رده ببلد آخر لم يجز لما فيه من دفع خطر الطريق * وإذا جرى القرض بشئ من هذه الشروط كان فاسدا للخبر وكما لو باع بشرط فاسد وفي البيان نقل

[376]

وجه أنه لا يفسد لانه عقد مسامحة وإرفاق * ولو أقرض من غير شرط ورد المستقرض ببلد آخر وأجود أو أكثر جاز قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (خياركم أحسنكم قضاء) (1) ولا فرق بين الربويات وغيرها

(1) (حديث) خياركم أحسنكم قضاء تقدم من حديث أبي هريرة قريبا *

[377]

ولا فرق بين أن يكون الرجل مشهورا برد الزيادة أو لا يكون وفيه وجه أنه لا يجوز رد الزيادة في الربويات ووجه أنه لا يجوز إقراض المشهور برد الزيادة تنزيلا للمعتاد منزلة المشروط ثم في الفصل صور (أحداها) لو أقرضه

[378]

بشرط أن يرد عليه إرداء أو يرد المكسر عن الصحيح لغا الشرط وهل يفسد العقد فيه وجهان (أحدهما) نعم لأنه على خلاف قضية العقد كشرط الزيادة (وأصحهما) لا لأن المنهى عنه جر

[379]

المقرض النفع إلى نفسه وهاهنا لا نفع له في الشرط وإنما النفع للمستقرض وكأنه زاد في المسامحة ووعده وعدا حسنا وإيراد بعضهم يشعر بالخلاف في صحة الشرط * ولو شرط تأخير القضاء وضرب له

[380]

أجلا نظرا أن لم يكن للمقرض فيه غرض فهو كشرط رد المكسر عن الصحيح وإن كان له فيه غرض بأن كان زمان نهب والمقرض ملئ فهو كالتأجيل لغير غرض أو كشرط رد الصحيح عن

[381]

المكسر فيه وجهان (أظهرهما) الثاني (الثانية) يجوز أن يقرضه بشرط الرهن أو الكفيل وكذا بشرط أن يشهد أو يقر به عند الحاكم لأن هذه التوثيقات لأحكام عين القرض لا أنها منافع زائدة

[382]

ولو شرط رهنا بدين آخر فهو كشرط زيادة الصفة وستعود هذه الصورة مفصلة ان شاء الله تعالى في كتاب الرهن (الثالثة) لو اقرضه بشرط أن يقرضه مالا آخر صح ولم يلزمه ما شرط بل هو

[383]

وعد وعده وكذا لو وهب منه ثوبا بشرط أن يهب منه غيره ويخالف ما إذا باع بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر حيث يفسد البيع لانهما جعلتا رفقا القرض أو الهبة أو البيع الآخر مع العشرة

[384]

المذكورة مثلا ثمننا والشرط لغو فيسقط بسقوطه بعض الثمن ويصير الباقي مجهولا وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع وسلف) (1) وفسروه بأن يبيع شيئا بشرط أن يقرضه المشتري وفي المسألة وجه

(1) (حديث) أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن سلف وبيع. البيهقي وغيره من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وقد تقدم * (قوله) نهى السلف عن اقراض الولائد وكأنه تبع امام الحرمين فانه كذا قال بل زاد أنه صح عنهم وأما الغزالي في الوسيط فعزاه إلى الصحابة وقد قال ابن حزم ما نعلم هذا أصلا من كتاب ولا من رواية صحيحة ولا سقيمة ولا من قول صاحب ولا من جماع ولا من قياس *

[385]

أن الاقراض كالبيع بشرط الاقراض (وقوله) في الكتاب فلو شرط زيادة قدر أو صفة فسد يجوز أن يريد به فسد الشرط ولم يفسد القرض جواز التصرف ويجوز أن يريد به فسد القرض ولم يفسد

[386]

جواز التصرف وعلى التقديرين يجوز أن يكون معلما بالواو (أما) على التقدير الاول فلانه أطلق الكلام اطلاقا وقد حكينا وجهها في جواز شرط زيادة القدر في غير الربويات (وأما) على التقدير

[387]

الثاني فللوجه المنقول عن البيان (وقوله) أو تأخير القضاء لغا شرطه
شرط تأخير القضاء هو التأجيل وقد ذكره مرة أنه لا يجوز شرط الاجل فيه
إلا أنه اعاده مع نظيره ليقين أن فسادهما لا يفسد القرض (وقوله) صح
القرض معلم

[388]

بالواو ولما نقلناه آخرا * قال (وأما حكمه فهو التملك ولكن بالقبض أو
بالتصرف فيه قولان (أقيسهما) أنه بالقبض لانه لا يتقاعد عن الهبة
وللعوض فيه مدخل وعلى هذا الاصح أنه لو أراد الرجوع في

[389]

عينه جاز لانه أقرب إلى حقه من بدله وله المطالبة ببذله للخبر (وان قلنا)
يملك بالتصرف فقل انه كل تصرف يزيل الملك فيخرج عنه الرهن
والتزويج وقيل انه كل تصرف يتعلق بالرقبة فيخرج

[390]

عنه الاجارة وقيل كل تصرف يستدعى نفوذه الملك فيخرج عنه الرهن إذا
رهن المستعار جائز * لاشك أن المستقرض يملك ما استقرضه ولكن فيما
يملك به قولان متفرعان من كلام الشافعي رضي الله

[391]

عنهما (اصحهما) انه يملك بالقبض لانه إذا قبضه ملك التصرف فيه من
جميع الوجوه ولو لم يملكه لما ملك التصرف فيه ولان الملك في الهبة
يحصل بالقبض ففي القرض أولى لان للعوض مدخلا فيه

[392]

(والثاني) أنه يملك بالتصرف لانه ليس بتبرع محض إذ يجب فيه البذل وليس على حقائق المعاوضات كما سبق فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله *

[393]

(التفريع) (إن قلنا) يملك بالقبض فهل للمقرض أن ترجع فيه ما دام باقيا في يد المستقرض بحاله فيه وجهان (احدهما) لا صيانة لملكه وله أن يؤدي حقه من موضع آخر وهذا ما ذكره

[394]

في التهذيب (وأظهرهما) عند الاكثرين ان له ذلك لانه يتمكن من تغريمه بدل حقه عند القوات فلان يتمكن من مطالبته بعينه كان أولى ولا يبعد أن يرجع فيما ملكه غيره كما يرجع الواهب في

[395]

الهبة (وقوله) في الكتاب وله المطالبة ببذله للجبر ليس مسألة أخرى بل المعنى أن له المطالبة ببذل ملكه عند قواته جبرا لحقه فأولى أن يكون له المطالبة بما كان عين ملكه وكثيرا ما يقرؤون قوله

[396]

للجبر للخبر وظني القريب من اليقين أنه خطأ لانه ليس في كتب المصنف ولا في كتب غيره ذكر خبر يستدل به على أن للمقرض المطالبة ببذل القرض مع بقاء عينه (وأما) للجبر فهو مناسب للمعنى

[397]

المذكور وهو الذى أورده الامام والمصنف في الوسيط وغيره * وعن مالك أنه ليس للمقرض الرجوع فيما أقرضه حتى يقضى المستقرض وطره منه أو يمضي زمان يسع لذلك * ولو رد المستقرض عين ما أخذه

[398]

فعلى المقرض لا محالة (وان قلنا) انه يملك بالتصرف فمعناه أنه إذا تصرف تبين لنا ثبوت الملك قبله ثم في ذلك التصرف وجوه (أظهرها) أنه كل تصرف يزيل الملك (والثاني) كل تصرف

[399]

يتعلق بالرقبة (والثالث) كل تصرف يستدعى الملك فعلى الوجوه يكفى البيع والهبة والاعتاق والاتلاف ولا يكفى الرهن والتزويج والاجارة وطحن الحنطة وخبز الدقيق وذبح الشاة على الوجه

[400]

الاول ويكفي ما سوي الاجارة على الثاني وما سوي الرهن على الثالث لانه يجوز أنه يستعير للرهن شيئا فبرهنه كما سيأتي (وقوله) رهن المستعار جائز يعني المستعار للرهن لا مطلق المستعار وعن الشيخ

[401]

أبى محمد عبارة أخرى وهي أن التصرف الذى يملك به القرض هو الذى يقطع رجوع الواهب والبايع عند افلاس المشتري وإذا فرعنا على الوجه الاول فهل يكفى البيع بشرط الخيار (ان قلنا) انه لا يزيل

[402]

الملك فلا (وان قلنا) انه يزيله فوجهان لانه لا يزيل صفة اللزوم ومن فروع القولين أنه إذا كان المقرض حيوانا وقلنا انه يملك بالقبض فنفقته على المستقرض (وان قلنا) يملك بالتصرف فهي على

[403]

المقرض إلى ان يتصرف المستقرض ولو استقرض من يعتق عليه عتق
عليه إذا قبضه على القول الاول

[404]

ولم يعتق على الثاني قال صاحب التهذيب ويجوز أن يقال يعتق ويحكم
بالمك قبيله والله أعلم

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الالكترونية